

DERECHOS HUMANOS Y NATURALEZA HUMANA

Mauricio Beuchot
Javier Saldaña



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

DERECHOS HUMANOS Y NATURALEZA HUMANA

DERECHOS HUMANOS Y NATURALEZA HUMANA

Mauricio Beuchot
Javier Saldaña



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Mrx[co, 2000

La publicación de esta obra ha sido posible gracias al financiamiento otorgado por la Dirección General de Asuntos del Personal Académico de la UNAM, a través del Proyecto IN-403997 "Las fuentes jurídicas latinas y la cultura novohispana" del Centro de Estudios Clásicos del Instituto de Investigaciones Filológicas.

Primera edición: 2000

DR © 2000, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES FILOLÓGICAS
DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS DEL PERSONAL ACADÉMICO

Impreso y hecho en México

ISBN 968-36-7697-9

ÍNDICE

Introducción	7
La fundamentación de los derechos humanos como problema moral.....	11
Derecho y moral. El caso de los derechos humanos	29
Derechos humanos y derecho natural. <i>¿Es posible entender los derechos humanos como derechos naturales?</i>	49
Críticas en torno al derecho subjetivo como concepto de los derechos humanos.....	77
<i>¿Derechos morales o derechos naturales? Un análisis conceptual desde la teoría jurídica de Ronald Dworkin</i>	105
Concepción del derecho natural en torno a la inviolabilidad de la vida.....	135
Reflexiones sobre los derechos humanos de la libertad de acción y pensamiento.....	163
La ley natural en Suárez.....	173
Bibliografía.....	189

INTRODUCCIÓN

En la presente obra nos propusimos reunir algunos trabajos que sirvieran de muestras de un iusnaturalismo contemporáneo aplicado al tema de los derechos humanos. En efecto, consideramos los derechos humanos como derechos naturales subjetivos. Ciertamente a muchos les ha parecido abusiva la noción misma de derechos naturales, porque no coinciden necesariamente con los derechos positivos, y éstos son los que cumplen plenamente con la definición de derecho. Ellos son los que están en un *corpus* de derechos de un estado, y su defensa puede ser garantizada por parte de ese estado. En cambio, los derechos naturales muchas veces tienen que contentarse con estar grabados en la conciencia de los hombres y encontrar su garantía en ella.

Algunos han preferido ver los derechos humanos como algo moral, y de ninguna manera jurídico, ni siquiera de manera analógica, como era visto por la tradición iusnaturalista, sino meramente como un uso abusivo de la palabra "derecho". Se considera que más bien se trata de valores morales —pero no de hechos jurídicos— que están rigiendo el orden del derecho, y que orientan las conciencias a una mejor consecución de la justicia y la paz. Por eso algunos han llamado "derechos morales" a los que antes se llamaban "derechos naturales". Y se ofrece ahora una concepción de los derechos humanos como derechos morales. En todo caso, no se los ve solamente como derechos positivos. Al ser derechos morales, son derechos que están por encima e independientemente de la positivación. Valen por sí mismos y gobiernan el despliegue de los derechos positivos.

Sin embargo, creemos que esto sigue indicando que los derechos humanos son algo más que meros derechos positivos. Están de alguna manera por encima de su positivación. Es cierto que muchos de ellos ya han sido positivados, y otros siguen paso a paso el proceso de su positivación. Por supuesto que es algo muy deseable y muy importante el llegar a la positivación de todos ellos. Pero su problema filosófico es previo a ello. Se da en el ámbito del conocimiento de los valores humanos y en el de su reconocimiento como obligaciones morales; sólo después se pasa a procurar su incorporación en un *corpus* de derechos de un estado y de los estados de manera mundial. Esto es lo que hace a los derechos humanos muy importantes filosóficamente: no sólo son positivados, sino que son encontrados por un proceso de reflexión filosófica y reconocidos como moralmente obligantes a pesar de que se los viole y se actúe contra ellos.

Esto es lo que ha movido nuestras reflexiones. Así, se encontrarán entre los trabajos aquí agrupados algunas reflexiones sobre la fundamentación filosófica de los derechos humanos, sobre todo a partir del iusnaturalismo, y un intento de respuesta a la famosa "falacia naturalista", que pasa por ser la objeción más importante contra esa corriente iusfilosófica; asimismo, se verá un intento de conectar nuevamente la ética y el derecho. Se encontrarán, además, planteamientos modernos de estos derechos humanos, ya no como naturales sino como morales, por ejemplo en Dworkin y Nino. Igualmente, aplicaciones más concretas de los mismos, por ejemplo en el derecho a la libertad de pensamiento y a la libertad religiosa. Se terminará con un ensayo sobre un antecedente de los derechos humanos en la historia, a saber, el eminente filósofo y teólogo del derecho Francisco Suárez.

Los ensayos "La fundamentación de los derechos humanos como problema moral", "Derecho y moral. El caso de

los derechos humanos", "Reflexiones sobre los derechos humanos de la libertad de acción y pensamiento" y "La ley natural en Suárez" son de Mauricio Beuchot. Los restantes, a saber, "Derechos humanos y derecho natural. ¿Es posible entender los derechos humanos como derechos naturales?", "Críticas en torno del derecho subjetivo como concepto de los derechos humanos", "?Derechos morales o derechos naturales? Un análisis conceptual desde la teoría jurídica de Ronald Dworkin" y "Concepción del derecho natural en torno a la inviolabilidad de la vida", son de Javier Saldaña. Unos y otros han surgido del diálogo entre los dos autores, del continuo revisar y cotejar las posturas ante los derechos humanos. Ambos autores sostienen una postura iusnaturalista, pero tratan de ponerla al día y atender a las reflexiones y críticas recientes, y, sobre todo, a los problemas concretos que surgen a cada momento. Por ello se pensó en reunirlos aquí, como fruto de ese constante diálogo, y con la esperanza de que impulsen la discusión, y, sobre todo, la defensa filosófica de esos derechos, mediante la concientización de las personas.

MAURICIO BEUCHOT

JAVIER SALDAÑA

LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO PROBLEMA MORAL

1. *Planteamiento*

Usualmente se ha visto la fundamentación de los derechos humanos como un problema de filosofía, concretamente de filosofía del derecho. Pero no ha sido sino hasta muy recientemente cuando se ha percibido que también es una cuestión de filosofía moral.¹ Por eso hasta se han planteado como derechos morales. Mas no sólo pertenece (al menos en parte) a la moral su fundamentación, sino que asimismo plantea un dilema moral: ése pueden fundamentar en valores morales inamovibles, o se tienen que fundamentar solamente en la positivación jurídica (que estamos moralmente obligados a cumplir)? El dilema consiste en que si se fundan en valores morales inamovibles, nos veremos obligados a sostenerlos en cosas sobre las que, como la esencia humana, parecen conceptos cerrados, y sobre los que además no hay acuerdo, y que difícilmente son aceptados por todos, a más de que no parecen responder a las situaciones históricas; y, si los fundamos en la positivación, ¿pueden ser des-positivados por un tirano, y ser cancelados por los regímenes opresores, así como pueden positivarse leyes injustas? Para intentar salir de este dilema y resolverlo, ensayaremos la propuesta de otra alternativa, que no caiga en los inconvenientes de esas dos, consistente en fundar los derechos humanos en valores morales, e incluso en una naturaleza humana, pero

Cfr. PECES-BARBA, G., "Sobre el fundamento de los derechos humanos (un problema de moral y derecho)", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 28 (1988), pp. 194 ss.

que se da históricamente concretizada y que es atenta a las situaciones concretas en las que los derechos se cumplen. Se trata de un iusnaturalismo vivo, que busca la universalidad para esos derechos, pero que piensa que lo universal se da de manera concreta, situada, encarnada en lo histórico. Es un iusnaturalismo analógico.

Procederemos de la siguiente manera. Primero caracterizaremos lo que entendemos por fundamentación. Después veremos las ventajas y desventajas del iuspositivismo. Luego las del iusnaturalismo. En seguida procederemos a añadir algunas consideraciones tendentes a pragmatizar e historizar el iusnaturalismo, resultando lo que llamamos "iusnaturalismo analógico". Agregaremos algunos argumentos a favor de ello, comparándolo sobre todo con la posición que considera los derechos humanos como derechos morales (*moral rights*) en la filosofía analítica. Y terminaremos con unas breves conclusiones.

2. *Fundamentación filosófica*

¿Por qué buscar una fundamentación filosófica a los derechos humanos? Muchos dicen que esto es pérdida de tiempo, que lo que en verdad urge y ha de hacerse es positivarlos y proteger su cumplimiento. Pero algo que nos mueve a buscar fundamentos filosóficos a los derechos humanos es la misma hambre filosófica que nos mueve a buscarlos para otras cosas, es decir, nuestra inclinación a cuestionar e inquirir la razón suficiente de los seres, y, en este caso, de los derechos y las leyes que admitimos. Y, si tenemos una actitud filosófica exigente, no nos bastará una fundación pura-

² Es lo que plantea GARCÍA MÁYNEZ, E., en su trabajo "El derecho natural y el principio jurídico de razón suficiente", en el mismo, *Ensayos filosófico-jurídicos*, 1934-1979, México: UNAM, 1984, pp. 217-224.

mente pragmática o utilitaria, es decir, cerrar el caso diciendo que son algo muy benéfico para el ser humano, y ya. Iremos hasta la razón suficiente más íntima, que estará enraizada en la ética o filosofía moral, en la epistemología y en la metafísica misma, según los niveles de profundidad que nos exijamos en nuestra tarea de fundamentación filosófica (pues todos ellos son aspectos y ramas de la filosofía).

Otros han dicho que no hay que buscar fundamentos filosóficos a los derechos humanos porque no hay tales fundamentos, como se ve en el espíritu del tiempo (la llamada "posmodernidad"), que nos ha mostrado que nada se puede fundamentar en los apoyos que buscaron afanosamente los filósofos modernos tales como Descartes, Malebranche, Leibniz, Locke, Hume, etc. No hay ni fundamento racionalista ni empirista; no se encontrará ni en los primeros principios de la razón ni en los hechos básicos de la experiencia. Lo que proponen es aceptar los derechos humanos porque sí, o darles, en todo caso, una aceptación débil, condicionada a sus resultados pragmáticos. Pero también podemos darnos cuenta de que posturas así, como algunas posmodernas, rayan a veces en lo gratuito y lo irresponsable. Irresponsable, porque parecen decirnos que hemos de luchar y defender ciertos derechos aunque no existan, precisamente por carecer de razón suficiente de su existencia. Nada vale alegar la fiesta o el carnaval del discurso, ni la desontologización y hermeneutización o pragmatización de la filosofía, porque (llegamos siempre a lo mismo) los relativismos nunca llegarán a los derechos humanos. Estos suponen y requieren la superación o sobrepujo del relativismo, y alcanzar algún tipo de universalidad, y algún tipo de necesidad o absolutez. Si no, se hunden en el vacío.

¿Y qué posibles fundamentos filosóficos hay para los derechos humanos? Tradicionalmente, quienes se han dado a la tarea de ofrecer tal fundamento a estos derechos han os-

cilado entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo. Se han propuesto varias posibilidades intermedias, diferentes; pero se ha visto que en definitiva se reducen a alguna de estas posturas clásicas, por carta de más o por carta de menos. El iuspositivismo consiste en fundamentar esos derechos en la sola positivación de los mismos, esto es, en el acto normativo, que los hace formar parte del *corpus* jurídico de un estado; así tendrán una fuerza coercitiva que los haga ser cumplidos y respetados. En cambio, el iusnaturalismo sostiene que la fundamentación de esos derechos está más allá de su positivación, en algo previo a ella, y se pone en la naturaleza humana (la cual, a su vez, es entendida de diversas maneras).

3. *El iuspositivismo*

Muchos partidarios ha ganado el positivismo jurídico, sobre todo por la sencillez y firmeza de su planteamiento. Tiene varias modalidades, pero lo resumiremos lo más posible. No hay derechos humanos hasta que sean puestos como derechos fundamentales en la constitución de un país, o en una declaración firmada por varios países (por todos, si fuera posible). En algún momento, Bobbio llegó a decir que, desde su positivación en la Declaración de la ONU de 1948, la fundamentación filosófica de los derechos humanos había dejado de ser un problema.³ Estaban fundamentados en el consenso y las firmas de los países que la suscribían. Y, si se iban descubriendo nuevos derechos humanos, bastaría con que se fueran incorporando a esas legislaciones. No negaremos que es necesaria y urgente la positivación de los dere-

³ Cfr. BOBBIO, N., "Presente y futuro de los derechos del hombre", en el mismo, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona: Gedisa, 1992 (2a. ed.), p. 130.

chos humanos, y que vayan creciendo y engrosando las cartas magnas de los diversos países, o en las que acceden a firmar entre varios de ellos.

Pero no parece que ahí termine el asunto. El peligro que tiene el iuspositivismo es que está en manos del positivador, y puede estar al servicio de un individuo o grupo. Y, si viene otro positivador, podrá positivar leyes injustas, o podrá despositivar estos derechos, sin que encontremos ningún recurso que oponerle, ni siquiera de tipo moral, que se dirija a la conciencia, como es el de la filosofía. Algunos dirán que esto es un recurso muy magro, y que viene a ser casi un consuelo oponer al tirano, al cancelador o violador de los derechos humanos, una objeción moral y de conciencia de la cual se reirá seguramente. Pero algo es ya el tener una autoridad moral, al ser un escrúpulo molesto que no deje en paz las conciencias, como siempre ha sido la labor del filósofo moral. En todo caso, también hemos visto, y con tristeza, que cuando un país viola los derechos humanos, no hay fuerza autorizada para detenerlo; pues, o bien todos fingen que no están obligados a hacerlo, o hay alguno (uno, muy en concreto) que finge estar constituido como el policía del globo terráqueo, y entonces la situación es peor que al inicio.

Muy claramente Bobbio reconoce que el iuspositivismo tiene la falla de dejarnos inermes frente al que cancela o despositiva los derechos humanos.⁴ Por eso se siente uno impulsado a ensayar y pulsar las otras alternativas. Y la otra alternativa es el iusnaturalismo (con varias modalidades, pero que resumiremos al máximo).

⁴ Cfr. el mismo, *El positivismo jurídico*, Madrid: Debate, 1993, p. 228, donde habla del iuspositivismo como ideología.

4. *El iusnaturalismo*

Al iusnaturalismo se le ve el defecto, de entrada, de basarse en algo extrajurídico, a saber, la naturaleza humana. Da la impresión de que los llamados derechos naturales no son derechos, pues sólo es derecho lo que es creado de manera positiva y normativista. En concreto, tales derechos naturales no son como los derechos positivos, que tienen una instancia coercitiva que los haga cumplir. Estos derechos naturales sólo tienen como instancia que los haga valer una coerción moral: la buena conciencia y, en definitiva, la buena voluntad de los seres humanos. Pero eso es difícil de conseguir.

Tales derechos naturales, además de no parecer derechos, tampoco parecen naturales, ya que dicen basarse en la naturaleza humana, y no parece haber naturalezas, pues desde una postura nominalista o antiesencialista, es desechada. Pero esto podría subsanarse de manera no tan difícil, ya que en la actualidad han vuelto las posturas esencialistas, sobre todo en la filosofía analítica, y los teóricos de la posmodernidad que adoptan el antiesencialismo y el relativismo marchan en retirada, o dan razones tan débiles que no se pueden tomar en cuenta; y si tampoco aceptan razonar (ni dar ni aceptar razones), ellos mismos se excluyen de todo cognitivismo, y se salen del diálogo discursivo o racional.

Pero, aun aceptando que de alguna manera se pueda invocar una naturaleza humana, queda el problema de cuál es la que se va a establecer. Se han propuesto tantas a lo largo de la historia, y tan diferentes, que eso parece acabar con su existencia, es su mejor refutación. Platón, Aristóteles, San Agustín, Santo Tomás, Hobbes, Locke, Hume, Rousseau, etc., etc., han tenido las más diversas ideas acerca del hombre. Si se juntaran todas saldría un monstruo de contradicciones. Con todo, el disenso acerca de un objeto no implica

necesariamente que el objeto no exista. El que no haya acuerdo en moral, y haya tantas escuelas éticas no cancela la posibilidad de que haya filosofía moral. Más bien hay que buscar cuál es la idea de hombre que se puede defender más que las otras, sus rivales. Inclusive se puede pensar en que dos o tres teorías acerca del hombre se acercan y se pueden hacer compatibles, son verdaderas y complementarias; pero por supuesto no todas. Hay que hacer una criba, y atender a lo que la experiencia histórica y la capacidad de abstraer que tiene el hombre le digan aproximadamente lo que es él mismo.

Se puede, pues, postular una naturaleza humana. El contenido que desde Aristóteles se le ha dado es el de animal racional. Y esto parece insuficiente, demasiado formal, ya que tendremos que discutir qué se entiende por racionalidad, qué tiene la razón como contenido material. Sobre todo se ha visto que tiene que ser una racionalidad ética, como han insistido Apel y Habermas. No basta una racionalidad sin más, pues ésta puede tomarse como razón maquiavélica, o puramente fría y estratégica, interesada e individualista, o instrumental, como la llama el discurso habermasiano. Tiene que ser una razón ética, animada por el deseo del bien común, del bien no sólo individual, sino del de los demás. De otra manera no se podrían garantizar los derechos humanos, como se encargó de señalarlo Ernst Bloch.⁵

Pero, aun cuando se llegue, así, a una naturaleza humana, centrada en la racionalidad (Adela Cortina llama a las posturas de Apel y Habermas "iusnaturalismo procedimental" ⁶ esto es un iusnaturalismo formal o de la razón sola), vemos

⁵ Cfr. BLOCH, E., *Derecho natural y dignidad humana*, Madrid: Aguilar, 1980; HABERMAS, J., "Derecho natural y revolución", en el mismo, *Teoría y praxis*, Buenos Aires: Sur, 1966, pp. 59 ss.

⁶ Cfr. CORTINA, A., "Una teoría de los derechos humanos", en la misma, *Ética sin moral*, Madrid: Tornos, 1990, p. 245.

que necesita ciertos contenidos materiales o axiológicos, no puede ser tan formal. Y aquí viene el impulso hacia la vida, hacia la integridad personal, hacia la procreación, hacia la educación de la prole, y hacia el cultivo del espíritu o cultura. Sólo de esta manera se podrá dar un contenido más explícito y aceptable a lo que se ve como naturaleza del hombre.' Tal vez se tenga que discutir acerca de esos contenidos: la vida, la cultura, etc., pero ya será sólo para explicarlas y aclararlas, no para postularlas.

Pues bien, otro reparo u objeción que se hace al ius-naturalismo es que, al basarse en una naturaleza humana, y determinar en ella las necesidades y las aspiraciones del hombre, puede englobar como en un sistema cerrado a los seres humanos, y declarar no-hombres a los que no se pliegan a esa definición, por no caber en ella o no aceptarla. Pero esto sólo ocurriría si se mantuviera una idea completamente cerrada y excluyente de la naturaleza humana, no si se tuviera una que no fuera reduccionista, aunque tampoco tan abierta como para que se desdibujen sus contornos. O se puede temer que, por excluir los cambios en la naturaleza humana, no se adapte a las vicisitudes históricas del hombre y sea tan universal que olvide las peculiaridades de los individuos. Tal objeción se puede superar, a condición que a la noción del hombre no se le exija que acepte todo, sin límites; justamente son los límites los que constituyen una definición. Se preguntará: ¿y quién impone esos límites? Se ponen de manera *a posteriori*, por la experiencia y la reflexión (ni siquiera de manera sintética *a priori*, como quieren Apel y Habermas). Se atiende a la experiencia que da la

⁷ En esta postulación de un contenido material a la ética, y no sólo una ética formal, coincidimos con Enrique Dussel, que propone la producción y la promoción de la vida. Cfr. DUSSEL, E., "Ética material, formal y crítica", en *Coloquio de Filosofía* 1997, *Teoría crítica, liberación y diálogo intercultural. Encuentro con Karl-Otto Apel*, México: UIC-DAM, 1997, p. 20.

historia, la cual ya es bastante, y se extrae por una abstracción reflexiva lo que ella decanta acerca del ser humano. Este es el gran problema que tiene el iusnaturalismo. ¿Cómo seguir siendo iusnaturalistas si admitimos adaptaciones, y cómo seguir siendo justos si no se adapta a los movimientos históricos del hombre?

5. Iusnaturalismo analógico

Para resolver este dilema es que deseamos proponer una clarificación epistemológica y ontológica. Se puede plantear un iusnaturalismo analógico, esto es, que no tenga el univocismo de los iusnaturalistas modernos, sobre todo racionalistas, que son los más temidos y a los que más les cuadran las objeciones que corrientemente se dirigen al iusnaturalismo; pero que tampoco tenga el equivocismo que caracteriza a los relativismos al uso, en los cuales se quieren justificar hasta las perversiones, y donde ya no cabe ni siquiera la noción de derechos humanos.

Un iusnaturalismo analógico tiene una universalidad diferenciada, esto es, trata de no perder la advertencia de las condiciones particularizantes de la situación, de las circunstancias; trata de dar cuenta de las diferencias, de no lastimarlas en lo que sea posible. Con todo, nunca renuncia a universalizar. Guarda y preserva la suficiente universalidad como para señalar de manera clara qué cosas son moralmente admisibles y qué actos son intrínsecamente malos. No nos espantemos ante esta idea de actos que son moralmente malos en sí mismos. Ciertamente es difícil señalar valores absolutos, pero al menos se pueden señalar maldades absolutas. Un ejemplo que es frecuentísimo en la literatura reciente es el señalado por Adorno: Auschwitz. Y así hay otros más. Un iusnaturalismo analógico escapa a la dis-

persión y permisividad del equivocismo, pero también evita la homogeneización del univocismo. Esto último lo logra con una aplicación del derecho de manera muy ponderada al caso concreto (es donde intervienen la *phrónesis* y la *epiqúfa*), pero sigue siendo universal (análogo), porque la idea que se maneja resulta una instancia paradigmática o icónica de lo que debe ser el hombre, esto es, se aplica de manera analógica y dinámica un icono de la naturaleza humana. Por eso es un iusnaturalismo, además de analógico, icónico (en el sentido de Peirce).⁸ Es como lo que Bartolomé de las Casas aplicaba al indígena para reconocerlo como otro, pero buscando los límites de la apropiación; aceptación de la diferencia, pero diferenciada ella misma; reconocimiento de la alteridad, pero en la semejanza.⁹

En relación con la historicidad y la mutación, un iusnaturalismo analógico admite cierta variación o cambio. No ciertamente en esos principios básicos que lo constituyen como núcleo, sino en los principios rectores de la aplicación, esto es, en las cosas que hay que añadir y modular. Pues, en efecto, el derecho natural tiene principios o preceptos que guardan jerarquía. Hay analogicidad entre ellos, esto es, orden de primarios y secundarios. Los preceptos primarios son unos pocos, relativos a las modalidades de la vida y su promoción, a los que ya hemos aludido; y éstos no se pueden cambiar, ni negociar, ni transigir. Pero hay otros que son las concretizaciones de éstos, y ellos sí pueden ser mejorados y adaptados a las circunstancias particulares del momento histórico. Por ejemplo, la calidad de vida exige ahora muchas más cosas que hace dos siglos; pero siempre tendrá

⁸ Para una amplia exposición del signo icónico en Peirce, cfr. SEBEOK, Th. A., *Signos: una introducción a la semiótica*, Barcelona: Paidós, 1996, pp. 95-106.

⁹ Cfr. BEUCHOT, M., *La fundamentación filosófica de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*, Barcelona: Anthropos, 1994, pp. 63 ss.

como límite aquello que haga al hombre salir de su propio cultivo intelectual, de la cultura que lo identifica como ser racional. La calidad de vida que nos trae la globalización puede no ser lo más deseable para el hombre. Siempre se buscará el bien del individuo humano, que es lo que se intenta al buscar el bien de la especie humana, de la naturaleza misma del hombre.

En todo caso, es tan importante la prudencia y la epiqueya en la aplicación del derecho, que es como si se adaptara a la situación histórica los propios principios o normas. Es una segunda legislación, por así decir, ya que es muy difícil e importante aplicar el derecho a la situación o circunstancia de una manera adecuada.¹⁰ Sin ello, se cometerá injusticia incluso al aplicar el derecho establecido. Es, otra vez, el principio de la analogicidad, que busca la aplicación no unívoca, sino diferenciada, de los principios y las normas. Cada norma será una invitación a cumplir de manera paradigmática e icónica el bien que se desea alcanzar. En este caso, la persona es la que cumple y aplica (sea como legislado, o como legislador o juez) esas normas y derechos de manera responsable y madura, con las diferenciaciones o distingos que sean del caso; pero nunca de manera equivocista y laxa, de modo que también se venga a cometer injusticia. Esto nos enseña, a su vez, que la misma justicia es analógica; que si queremos aplicarla unívocamente, igualando sin más a todos, esto es, sin atender a sus circunstancias concretas, se cae en la injusticia; y, de manera semejante, si se quiere aplicar equívocamente, con privilegios infundados o con laxitudes solapadoras, también se incurre en lo injusto.

¹⁰ En esta idea de un iusnaturalismo histórico coincidimos con TORRE RANGEL, J. A. DE LA, *Del pensamiento jurídico contemporáneo. Aportaciones críticas*, México: Escuela Libre de Derecho - Miguel Angel Porrúa, 1992, pp. 197 ss.

Además, un iusnaturalismo analógico retiene las ventajas del positivismo como método, a saber, la búsqueda de una instancia coercitiva que, mediante la positivación, haga cumplir los derechos humanos. Pero trata de evitar el exceso en el que puede incurrir el positivismo, a saber, el imponer una ley injusta. Sólo podrá cumplirse cuando el desobedecerla traiga mayores males, y entablando o siguiendo un proceso en el que se la critique y se busque su cambio o derogación.

6. Algunos argumentos a favor del iusnaturalismo analógico

Igualmente, podemos caracterizar nuestro iusnaturalismo analógico (e icónico) por lo que respecta a la función o los efectos que produce en el estado o en la ley. A eso nos ayuda Bobbio, que habla del iusnaturalismo y del iuspositivismo viéndolos a ambos bajo dos aspectos: como método y como ideología (entendiendo "ideología" como doctrina iusfilosófica substancial). Lo más interesante es verlos como ideologías, y así es como Bobbio los ve. Bajo esa perspectiva, resultan cuatro modalidades de los mismos, dos extremas y dos medias. Así, la ideología iuspositivista extrema dice que las leyes deben ser obedecidas en cuanto tales porque son justas, esto es, aunque se muestren injustas (obediencia activa); la ideología iuspositivista moderada dice que las leyes deben ser obedecidas porque la legalidad, por sí misma, garantiza el valor del derecho en el orden y la paz (obediencia condicionada); la ideología iusnaturalista extrema dice que las leyes deben ser obedecidas en la medida en que sean justas, además de válidas, y cuando no lo son se las puede desobedecer (desobediencia activa); la ideología iusnaturalista moderada dice que las leyes deben ser obedecidas aun cuando sean injustas, salvo en caso extremo (desobediencia

condicionada u obediencia pasiva). Mientras que las dos posturas extremas son opuestas, las moderadas son convergentes, y tienden a resaltar el valor de la legalidad." Como puede verse, nuestro iusnaturalismo analógico-icónico coincide con el iusnaturalismo moderado de Bobbio, el cual puede compatibilizarse —momo cree él mismo— con el iuspositivismo moderado, que pone como prioritarios el orden y la paz. De acuerdo con ello, a ese iuspositivismo moderado, que busca el orden y la paz, puede corresponderle un iusnaturalismo moderado, según el cual una ley injusta puede ser desobedecida, pero sólo en el caso de que esa desobediencia no lleve a una situación peor que la que se produciría en caso de atenerse a ella, esto es, cuando lleve a romper ese orden y esa paz que se procuran. También puede verse que la ética o moral está presente y actuante junto al derecho, pues precisamente una ley injusta lo es de acuerdo a una moral, esto es, se toma como una ley inmoral, y por eso debe ser señalada y combatida. Pero la misma ética o moral obliga a no oponerse a esa ley cuando el orden y la paz van a sufrir con ello mayor detrimento.

El propio Bobbio dice que el iusnaturalismo ha sido visto como una iusfilosoffa de acuerdo con la cual el derecho surge de la razón (*ex imperio rationis*),¹² en tanto que de acuerdo con el iuspositivismo el derecho surge de la voluntad (*ex ratione impero*).³ No se puede negar que éste es el cambio que se dio con el nominalismo y la modernidad: para Santo Tomás la ley surge de la razón del legislador, en tanto que para los ockhamistas o nominalistas (medievales y modernos) surge de su voluntad. Así, el iusnaturalismo resalta la razón, y el positivismo la voluntad. El peligro en

Cfr. Boma, N., *El problema del positivismo jurídico, México: Fontamara, 1991, pp. 79-80.*

¹² Por el imperio de la razón.

³ Por la razón del imperio.

el primero es restar eficacia a la ley, y el peligro del segundo es que la ley pueda ser arbitraria y hasta atrabiliaria. Pero se puede evitar esto último sin perder las ventajas de lo primero, a saber, postulando un derecho basado en la razón y en la justicia que sea efectivo.

Pero también tiene razón el mismo Bobbio cuando dice que, a pesar de que se ha querido ver al iusnaturalismo como el defensor de la razón y la justicia en contra de los poderes del estado en vistas a evitar los absolutismos, históricamente no siempre ha sido así; y que, a pesar de que se ha querido ver al iuspositivismo como exaltador de los poderes del estado, no siempre ha sido de esa manera. Por ello lo que le parece mejor es buscar la coincidencia —lo cual nos parece bien, en el espíritu de Nicolás de Cusa— de estos dos opuestos en sus formas moderadas, a las que ya hemos mencionado. De él mismo dice:

Creo que el modo más prudente de responder a la pregunta acerca de si cierto autor es iusnaturalista o positivista, es decir, con un gesto de cautela '...depende'. Depende del punto de vista en el cual uno se coloca para juzgarlo. Puede suceder que sea positivista desde un cierto punto de vista y iusnaturalista desde otro. En la medida en que sea útil, pongo como ejemplo mi caso personal: ante el enfrentamiento de las ideologías, donde no es posible ninguna tergiversación, soy iusnaturalista; con respecto al método soy, con igual convicción, positivista; en lo que se refiere, finalmente, a la teoría del derecho, no soy ni lo uno ni lo otro.¹⁴

Nos parece bien esta prudencia que Bobbio aconseja, para conjuntar en uno los aspectos más aprovechables del iuspositivismo y del iusnaturalismo. Por eso proponemos un iusnaturalismo analógico. Ciertamente es un iusnatura-

¹⁴ BOBBIO, N., *ibid.*, p. 89.

lismo, pero no incurre en las dificultades que se le atribuyen; en efecto, no ve como sistema cerrado la naturaleza humana, pues, desde su analogicidad, procurará ser atento a las diferencias entre los hombres; ni tampoco quita la normatividad, pues aunque exige la ley justa, no privará de obediencia a la ley injusta más que en los casos extremos, y cuando el desobedecer no sea peor que el obedecer; ni se cegará ante el proceso de la historia, pues con la prudencia y la epiqueya tendrá que ser muy cuidadoso de la circunstancia histórica o situación concreta.

Este iusnaturalismo analógico-icónico entrará en lo que Bobbio ha denominado iusnaturalismo moderado o mitigado, que integra los beneficios del iuspositivismo también moderado, pues desea la positivación de los más derechos humanos que se pueda. Este iusnaturalismo analógico ve el derecho natural como un conjunto de principios y normas de tipo más bien ético y moral, esto es, no como una ley en el sentido *coercitivo*, de que tenga un órgano punitivo, sino en el sentido moral *o directivo*, de que tiene capacidad para aludir a la razón y a la conciencia de los hombres. En este sentido parece acercarse también a la idea de derechos morales (*moral rights*) de algunos teóricos pertenecientes a la filosofía analítica, como Ronald Dworkin, Eusebio Fernández y Carlos Santiago Nino. Para estos autores, tales derechos son independientes de su positivación, aunque estén positivados, y tienen más fuerza moral que coercitiva o propiamente jurídica. Por eso estos derechos morales han sido considerados como derechos naturales por sus críticos iuspositivistas. De hecho, Javier Muguerza ha llamado iusnaturalista velado a Eusebio Fernández, y lo mismo ha hecho Roberto Vernengó con Carlos Santiago Nino.¹⁵

¹⁵ Cfr. MUGUERZA, J., "La alternativa del disenso (en torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)", en MUGUERZA, J. y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid: Debate, 1989, p. 25;

7. Conclusión

Como conclusión, podemos decir que hemos abordado un dilema moral, ya que es el lado moral de los derechos humanos, a saber, el de su fundamentación filosófica, que es moral, más que filosófico-jurídica. El dilema que se presenta es el de fundarlos en el iusnaturalismo (con sus inconvenientes) o en el iuspositivismo (con sus inconvenientes). Hemos tratado de abordar el dilema superándolo mediante la adición de una alternativa viable, como era la costumbre y ley en los antiguos lógicos: ante un dilema *o cornuto* —como se llamaba al silogismo que lo contenía, pues eran como dos cuernos las dos alternativas del dilema— había que romper uno de los cuernos, partirlo en dos presentando una nueva alternativa, la cual no se veía por lo reduccionista del planteamiento originario. Así, entre esos dos cuernos extremos y amenazadores, se trata de saltar, a la torera, la embestida asesina partiendo el cuerno más débil, el del iusnaturalismo, y añadiendo a partir de él una alternativa nueva, la del iusnaturalismo analógico, que permita salvarse de la cornada que se avecinaba. Esperamos haberlo logrado.

En síntesis, nos hemos planteado el dilema moral de fundamentar los derechos humanos en el iusnaturalismo (con el riesgo de anquilosarlos, estratificarlos, endurecerlos, en suma, por imponer una definición del hombre que parece cerrarlos) o en el iuspositivismo (con el riesgo de dejarlos tan abiertos que quedarían a merced del tirano, el cual podrá cambiarlos a su antojo o aun cancelarlos, pues lo que únicamente se basa en su positivación carece de sustento cuando se procede a despositivarlo). Hemos intentado re-

VERNENCO, R. J., "Los derechos humanos y sus fundamentos éticos", en *ibid.*, p. 339.

resolver este dilema moral escapándonos de esas dos alternativas, y planteando otra, que fue nuestra propuesta. Una postura en la que el fundamento es la naturaleza humana, pero entendida no unívocamente, sino de manera analógica, esto es, dando cabida a lo particular, a lo histórico, al cambio, pero no en lo fundamental, sino por la atención cuidadosa a las contingencias de su aplicación, de modo que intervenga la *epiqueya*, o diferenciación en el cumplimiento de los derechos y leyes, y la *phrónesis* o prudencia que ve lo universal en lo particular, de modo que se llegue a una jurisprudencia de los derechos humanos, pero sin renunciar a su universalidad y firmeza.

DERECHO Y MORAL. EL CASO DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. *Planteamiento*

Las relaciones entre el derecho y la moral no siempre sido cordiales. Lo fueron en la Antigüedad, en la Edad Media y en parte de la Edad Moderna; pero ya en la Edad Moderna, y sobre todo en la Contemporánea, no fueron tan buenas. Creemos que deberían serlo, dentro de una tradición que ha abogado por su distinción pero que también ha buscado las conexiones fructíferas que puedan darse entre ellas. No se trata de confundir derecho y moral, cosa que muchos tratan acertadamente de evitar y por eso llegan a temer cualquier tipo de relación entre los dos. Se trata de preservar su distinción; pero, sin perderla, esforzarse por aclarar las relaciones benéficas que se pueden dar entre ellos (por ejemplo, esclarecer el problema de si una ley inmoral puede ser ley jurídica). Una de las corrientes que lucha por desvincular la ética y la moral ha sido el positivismo jurídico, sobre todo con el argumento de que se comete la famosa *falacia naturalista*.

Examinaremos sus puntos de vista, para hacer ver que no sólo esa acusación de falacia ha sido desechada y superada, sino que aun se ha llegado a buscar, en el seno del positivismo, en algunos de sus cultores, esas relaciones válidas y útiles entre derecho y moral, cosa que señalaremos al final de este trabajo. Comenzaremos con el alegato del positivismo jurídico en contra de la vinculación del derecho con la moral.

2. *La separación del derecho y la moral*

El positivismo surge de la búsqueda de una ciencia entendida como cálculo; da la primacía a la razón calculadora, y así se quiere una ciencia jurídica como las ciencias exactas. Es la eclosión de la modernidad. Se creyó que eso era el progreso. Que se llegaría al hombre realizado y libre. Pero —como señala Jesús Ballesteros—¹⁶ la modernidad también produjo el estatalismo, o politicismo, en el que el derecho pasa a servir al estado, a la política, y el hombre queda a merced del gobierno. Eso es lo que desembocó en el positivismo jurídico, ya que sólo es injusto lo que es contrario a la ley, y la ley la hace el estado (Maquiavelo, Hobbes, Locke); el hombre es sólo un ciudadano (Hegel). También la modernidad produjo el economicismo: el hombre es un burgués o un proletario, un *homo faber*. La libertad económica llega a quitar la libertad política, pues el derecho servirá a la clase, concretamente a la burguesía. En el fondo es la defensa de los propietarios (Hume, A. Smith). Además, el utilitarismo apoya al positivismo jurídico, como se ve en Bentham y Austin.

En resumen, puede decirse que la escisión *entre el ser y el deber ser*, base de todo el positivismo jurídico, de inspiración formalista, en la línea que va de Bentham a Kelsen, pasando por Austin y Holmes, tiene en última instancia su inspiración en el empirismo de los autores *ya* citados, desde Maquiavelo a Hobbes, según el cual hay que limitarse a atender al hombre como es de hecho, dejando a un lado los ideales acerca de cómo debería ser.^o

¹⁶ Cfr. BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, Madrid: Tecnos, 1986 (2a. ed.), pp. 30 ss.

¹⁷ *Ibid.*, p. 42.

Se separa, así, la moral del derecho, porque la moral tiene que atender al deber ser, y sólo se puede atender al ser. Separación que ocurre, creemos, desde los nominalistas que anteceden al empirismo inglés. Todos ellos fomentan la falacia naturalista, que desemboca en Hume.

En efecto, la mayoría de los modernos quieren tratar el derecho como juicio de hecho y no como de valor. Separan el derecho de la moral. La ley no necesita ser justa, basta con que esté positivada por el estado. Hay un voluntarismo: la ley no depende de la razón, sino de la voluntad (Hobbes, Austin, Kelsen). El derecho es una técnica aplicada a la sociedad (Roscoe Pound, Kelsen, Bobbio). Está basado en la coacción, de modo que depende de la fuerza (Ihering, Holmes). Es la violencia legítima (Max Weber, Alf Ross). Por eso Bobbio ha querido evitar el Estado Gendarme, de la burguesía, y recuperar su función directiva o promocional. Pero esto implicaría rebasar la falacia naturalista y aceptar la injerencia de la moral en el derecho.

3. *La acusación de la falacia naturalista*

La falacia naturalista (Hume, Moore) lleva a la *Wertfreiheit* de Weber, la ciencia jurídica tiene que estar libre de valoración. Recorre a la modernidad el deseo de un "cierre jurídico", *more geometrico*, lo cual se ve desde Grocio, Pufendorf, Leibniz, hasta Windscheid, Merkel o Bergbohm-Weber-Kelsen. Adopta el método empirista con el formalismo. Oscilan entre lo material y lo formal extremados. Es lo que se da en las escuelas "realistas"; unas son psicologistas, como la del americano J. Frank y la de los nórdicos Hagerström y Olivecrona; y otras son sociologistas, como la del francés Duguit, la del alemán Ehrlich y la del escandinavo Ross. Por eso Bobbio quiso conciliar los dos extremos: la ciencia jurí-

dita es a un tiempo formal y empírica; lo primero, cuando conceptualiza, cosa que toca a la teoría general del derecho; lo segundo, cuando interpreta y aplica las normas; de ahí que sea comprensible que Bobbio haya ido mitigando su iuspositivismo, criticándolo en cuanto a la ciencia jurídica," aunque lo retiene en otros muchos aspectos.

Veamos cómo se ha enjuiciado la falacia naturalista. Según Norbert Hoerster, para inferir un juicio normativo de uno descriptivo, se puede usar una definición o análisis del significado. Por ejemplo: "La acción x es nuestro deber", la cual puede equivaler a "La acción x nos ha sido ordenada por Dios"; y de ahí podemos pasar a decir que "La acción x se prescribe".¹⁹

Moore, en 1903, se opone a esto, pues para él lo bueno no puede definirse; es un concepto normativo básico. Sobre todo, no puede definirse con un concepto descriptivo. Además, al ser básico, el concepto de lo bueno no deja lugar a ninguna duda, no requiere ni de descripción ni de análisis. De esta manera, no se puede obtener equivalencia o sinonimia que nos haga pasar de lo descriptivo a lo prescriptivo.

Frankena, en 1939, critica a Moore por tener una noción de sinonimia muy estrecha, pues siempre cabe alguna ambigüedad. Su rechazo a definir lo bueno descansa en un dogma; y, como se sabe que la división de lo natural en cosas dadas y valores tendrá siempre una clase vacía (la segunda), está cerca de ser una *petitio*.

En seguimiento de Moore, durante los años 40, Ayer y Stevenson insistieron en que los juicios éticos significan algo

18 En trabajos tales como "Essere e dover essere nella scienza giuridica", ponencia en el Congreso Mundial de Gardone Riviera, 1967, en *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, 168, pp. 475-486. Hay trad. de A. Ruiz Miguel en Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia: Fernando Torres, 1980, pp. 201-224.

19 Cfr. HOERSTER, N., *Problemas de ética normativa*, México: Fontamara, 1992, pp. 14 ss.

emotivo. Por eso Toulmin, en 1950, quiso introducir una lógica distinta de la inductiva y la deductiva, a saber, la normativa, la de la ética; pero no se le hizo mucho caso. Más bien se siguieron buscando caminos, dentro de la lógica deductiva, para inferir válidamente el *debe* del *es*. De manera cercana a eso, pero en la línea de la metaética, Hare, en 1952, dice que los conceptos normativos tienen en el lenguaje la función de recomendar algo.

En cambio, J. R. Searle, en 1964, hace la inferencia tratando de explicitar el contenido ilocucionario y perlocucionario de tipo deóntico que se encuentra en las expresiones constatativas. Pasa de los enunciados de promesa a los de obligación. Claro que pone algunas condiciones suplementarias (pragmáticas), pero todas se cumplen.

Posteriormente, Mavrodes y Prior hacen, por adición, una disyunción con un enunciado descriptivo y otro normativo, y de ahí derivan la parte normativa por silogismo hipotético. Pero suena muy artificial, como la paradoja de Bunge.²⁰

Por eso es necesario acudir a algo distinto. Hay un tratamiento de la falacia naturalista, que es el de C. I. Massini, que ha sido muy benéfico para la discusión actual. Massini trata dicha falacia en sus dos expositores principales, que son Hume y Moore. Hay diferencias de planteamiento, pero en el fondo es lo mismo: no se puede pasar del ser al deber ser, de lo descriptivo a lo prescriptivo, o de lo no-normativo a lo normativo. Aunque se referían a la totalidad de sus antecesores, Hume se dirigió en concreto a Samuel Clarke, y Moore a Sidgwick. Pero ambos incurren en lo mismo o prueban demasiado.

²⁰ Cf. *ibid.*, pp. 35-37. La paradoja de la adición es señalada por Mario Bunge, la cual consiste en adicionar mediante disyunción una premisa a otra, y después obtener, por *modus tollens*, lo que se desea. Pero Hugo Margáin señaló que ahí no hay paradoja, sino incorrección. Sobre esto véase MARCAIN, H., *Racionalidad, lenguaje y filosofía*, México: ECE, 1978, pp. 62-64.

Y hay varias respuestas. Una de ellas es aceptar que es una falacia pero se niega que se incurra en ella. Así, Fagothey y Finnis dicen que Santo Tomás no cae en ella. Los principios prácticos son evidentes, y no se infieren de los teóricos. Massini reúne un buen número de textos del Aquinate en los que puede señalarse eso. Y aun concluye que los que verdaderamente violan la "ley de Hume" son los propios positivistas, que derivan normas de hechos: sentimientos, usos sociales, la voluntad del legislador o la de la clase dominante, etc.

O'Connor atribuye la falacia a Santo Tomás, pero injustificadamente. En efecto, el Aquinate comienza con el primer principio práctico. Con él, aun cuando se introdujeran premisas descriptivas, está asegurada la carga prescriptiva, que no sería extraída ilícitamente. Además, como dice el iusfilósofo austríaco Ota Weinberger, de puras proposiciones normativas no se puede seguir ningún precepto concreto. Y, como —según Offe— la conclusión sigue a la parte más débil, tiene que seguirse conclusión deóntica.

A semejanza de Moore, tampoco para Tomás lo bueno es definible. Al menos no en sentido estricto. Es una propiedad trascendental del ser y, por lo mismo, análoga (y lo análogo no tiene definición propia).

En cuanto a los enunciados normativos, Massini sigue a Kalinowski, para quien las normas tienen como significado ciertas proposiciones normativas, son entes intencionales cognoscitivos, *i.e.* que hacen conocer la realidad. Tienen como referencia o designación ciertos estados de cosas que consisten en relaciones de obligación o de libertad, relaciones deónticas reales, estructuras deónticas de la realidad, existentes de modo objetivo, sea en un mundo posible o en el actual. Hay algunas que existen por sí mismas entre el modo de ser del hombre y el valor de ciertas acciones, y otras son establecidas por los legisladores. Si el ente real no

condicionara, directa o indirectamente, lo deontológico, estaríamos condenados a inventarlo siempre. Pero sólo los entes reales posibilitan relaciones reales en el ámbito de lo deóntico. Interpretamos y encontramos los valores en las cosas. Así recogemos el ser en el deber ser, sin falacia.

4. *Descrédito de la separación derecho-moral*

Dentro de la filosofía jurídica positivista, el pensador más influyente ha sido Hans Kelsen (en seguimiento de Max Weber). Kelsen parece tratar de conciliar el formalismo y el empirismo mediante la conciliación de normativismo científico jurídico y análisis sociológico del derecho. Así, a la ciencia del derecho le toca estudiar la norma jurídica, y a la filosofía del derecho la axiología jurídica. La filosofía del derecho estudia la dimensión axiológica del derecho. Kelsen lo dijo claramente en su respuesta a una encuesta de los *Archives de Philosophie du Droit* en 1962:

Creo que la filosofía del derecho y la teoría general del derecho tienen idéntica razón de existir. La filosofía del derecho busca responder a la cuestión de saber qué reglas *debe* adoptar o establecer el derecho; en otros términos, su objeto específico es el problema de la *justicia*. Siendo claro que la justicia es un postulado de la moral, la filosofía del derecho constituye una rama de la filosofía moral o ética. Su método es el método mismo de esta disciplina. Por el contrario, la teoría general del derecho tiene por objeto *el derecho tal como es*, es decir, el derecho positivo tanto nacional como internacional. Su objetivo consiste en analizar la estructura del derecho positivo y fijar las nociones fundamentales del conocimiento de este derecho.²¹

²¹ "Respuesta ala encuesta", Aro, 1962, p. 131.

Estas últimas son consideradas como cosas metajurídicas, no objetivas, sino que expresan intereses y sentimientos. Es ideología; en todo caso, es historia de las doctrinas jurídico-políticas o de la filosofía política. Así lo considera Bobbio (en su obra *lusnaturalismo y positivismo jurídico*). Pero, más que cuestiones metajurídicas, son de filosofía del derecho —al modo como en la lógica muchas cosas que se empezaron a estudiar como metalógicas finalmente se aceptaron como de filosofía de la lógica. Se trata de la perspectiva más universal alcanzable en el terreno de lo jurídico. Y el iuspositivismo ha frenado mucho la riqueza de esta perspectiva. Por eso ha llegado a hablarse de cierta crisis del iuspositivismo.

5. *La crisis de la separación entre derecho y moral*

Según Bobbio, la crisis actual del iuspositivismo afecta lo que él llama el iuspositivismo metodológico, no el teórico ni el ideológico; por eso rechaza estos dos últimos, y retiene aquél, como el núcleo fuerte. Es el formalismo jurídico, que excluye las consideraciones sociológicas y valorativas. A ese positivismo jurídico se adhirió Bobbio en *Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto*²² y en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*²³. Pero se ve un cambio en 1966, en su intervención en la *Tavola Ronda sul positivismo giuridico*,²⁴ donde habla de la crisis del principio de la distinción entre derecho que *es* y derecho que *debe ser*, en el cual estriba el positivismo. Acepta que la superación del positivismo se debe a la "naturaleza de las cosas", que salva ese *hiatus*, la idea de principios generales del derecho

²² A cargo di N. Morra, Turin: Libreria Universitaria, 1960.

²³ Milán: Comunità, 1965.

²⁴ Pavía, 1966, mayo, Milán: Giuffrè, pp. 69-73.

y la revalorización del papel de los jueces (jurisprudencia), porque donde el derecho se halla en continua formación, los confines de lo que es y lo que debe ser se ven superados. El positivismo nació como decisión científica, pero detrás de ella hay una exigencia política. Supone la aceptación del *status quo*. Bobbio mantiene esta crítica en "Essere e dover essere nella scienza giuridica",²⁵ donde declara que la pretensión de *Wertfreiheit* (o de que el derecho está libre de valoración) es ya insostenible. En su participación en el simposio *Las ciencias humanas en Italia hoy*,²⁶ habla del descrédito en el que ha caído el positivismo, pues los juristas no usan a los filósofos del derecho (positivistas). Pero de mayor importancia es su trabajo "Dalla struttura alla funzione",²⁷ donde dice que el positivismo formalista sirve de control social y coacción, y, en contra de Kelsen, trata de superar eso y destaca el papel directivo o promotor del derecho. Pasa de la visión estática a la dinámica, en la que comienza a aceptarse una teleología en el derecho. Y esto ya es un atisbo de la conexión de derecho y moral.

Por su parte, también H. L. A. Hart desea conciliar el formalismo y el empirismo, con su distinción entre punto de vista interno (lógico-formal) y punto de vista externo (sociológico), que corresponde a ciencia jurídica y sociología jurídica, según lo trataba Kelsen. Hart, al principio, por ejemplo en *Derecho y moral*, sostenía la separación de los dos órdenes. Pero en *El concepto del derecho* niega que el derecho pueda tener cualquier contenido, y afirma un contenido mínimo del derecho natural, que consta del "No matarás", de la delimitación de las libertades, de la igualdad mínima y del cumplimiento de las promesas (aunque los relativiza a la primacía del principio de utilidad). Acepta

²⁵ En la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 168, 475-486.

²⁶ *Le scienze umane in Italia oggi*, Bologna: Il Mulino, 1971, p. 276.

²⁷ En *Nuovi studi di teoria del diritto*, Milán: Comunità, 1977, pp. 14 ss.

como válido el derecho vigente, pero distingue validez amplia (vigencia formal) y validez restringida (que exigiría la adecuación a criterios morales) y rechaza esta última. También disminuye su positivismo —y hasta parece apartarse de él— al aceptar el valor de las normas primarias puramente directivas, lo que le permite salvar el carácter jurídico del derecho internacional, cosa que no podría hacer un positivista fuerte. En "El derecho en la perspectiva de la filosofía. 1776-1976",²⁸ analiza críticamente a su sucesor en Oxford, R. Dworkin, y señala que en 1776 se abrió una etapa, con un fragmento de Bentham (sobre la legislación) que separaba el ser y el deber ser, y dice que esa etapa está ahora cerrándose y acabándose. El ser y el deber ser vuelven a conectarse. El utilitarismo olvidaba la inviolabilidad de la persona, y es necesario abrir nuevas perspectivas, por lo que estamos al final de una etapa y al comienzo de otra, la iniciada por Dworkin. Hart sigue la misma línea en "Un nuevo desafío al positivismo jurídico".

6. Examen de una objeción a la relación derecho-moral

En un sugestivo libro, Francisco Laporta aborda las relaciones del derecho con la moral.¹⁰ Por supuesto la relación principal es aquella en la que la moral critica una ley por el hecho de ser injusta o moralmente inicua. Dado que ésa es precisamente la postura del iusnaturalista, Laporta pone una dificultad al iusnaturalista en cuanto a eso. Alguien puede juzgar éticamente un sistema jurídico desde dentro de él o desde fuera de él. Y tanto uno como otro podría hacer su juicio desde una ética autoritaria o desde una ética crítica.

28 En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado (J)*, 1978, n. 33, p. 317.

29 En *Sistema*, n. 36, 1980, pp. 12 ss.

¹⁰ LAPORTA, F., *Entre el derecho y la moral, México*: Fontamara, 1995.

Pues bien, la tesis de Laporta es que el iusnaturalista que sostiene sin paliativos la relación necesaria entre derecho y moral la única visión que puede tener es la autoritaria. Se refiere solamente a un caso:

aquel en el que dicho enunciado es emitido por un *observador* externo sobre una *norma aislada* que satisface los criterios de *pertenencia* a un sistema y es *vigente empíricamente* pero, para las pautas de *moralidad crítica* de ese observador, es inmoral. En este significado decir 'Esto es derecho válido pero inmoral' no es en absoluto contradictorio y, por tanto, en este significado no hay una conexión necesaria entre derecho y moral"

Si únicamente nos atuviéramos al punto de vista interno, llegaríamos a un relativismo muy extremo, en el que no sería posible enjuiciar moralmente al derecho. Laporta quiere evitar eso, y por ello tiene que aceptar la posibilidad y validez del enjuiciamiento del derecho por un observador moral externo. De hecho, hay que ponerse en el nivel meta-normativo, sobre la vinculación moral de un derecho, que es la que conecta derecho y moral.

Entonces Laporta dice que el observador externo es el único que puede contrastar una práctica con pautas morales críticas, por no estar implicado en ella, pues el interno sólo conoce la moralidad en la que está implicado y no puede salir de ella (en el momento en que la criticara, dejaría de ser interno). Por eso el interno que acepta que hay conexión necesaria entre derecho y moral lo único que dice es que acepta las normas jurídicas como pautas morales válidas; y esto sólo puede referirse a la moralidad posible para él: la crítica. Aquí vemos ya un desliz, pues Laporta nos ha dicho que el observador interno no puede tener una moral

³¹ *mid.*, p. 106.

crítica, por estar implicado en ella, siempre será positiva o autoritaria. Y es cuando Laporta establece que el observador externo que conecta moral y derecho se refiere a la moralidad positiva, y dice la trivialidad de que siempre que hay un orden jurídico, alguien cree moralmente en él.³² Pero antes había dicho que el observador crítico es el externo, el único que puede hacer un contraste de pautas morales. Hay algo que no se sigue aquí. Pero veamos.

Laporta añade:

Entiendo por iusnaturalista, precisamente, a alguien que afirma la existencia de esa conexión necesaria o conceptual y que, además, y simultáneamente, la une a la afirmación de que hay valores o pautas morales objetivos y cognoscibles, de tal forma que si el derecho no incorpora de algún modo dichas pautas o valores no merece, en sentido estricto, la calificación de 'derecho' o, lo que es lo mismo, a 'eso' no le cuadra el concepto o el nombre de 'derecho'. ¿Dónde estaría situado este iusnaturalista? Me parece que, necesariamente, tendría que alimentar la pretensión de hablar como un *observador externo* y objetivo que afirma la conexión conceptual entre derecho y moralidad crítica.³³

Dice que tal posición es inútil, ya que se encontrarán muchas situaciones que sean justas o moralmente buenas y no por eso serán jurídicas. Y entonces necesitará algún criterio adicional para reconocer cuáles son las situaciones jurídicas. Allí encuentra Laporta la paradoja:

Resulta que el iusnaturalista propone un criterio fuerte de *juridicidad* (la justicia, el bien común, etc.) y se ve obligado a apelar a un criterio subsidiario o ulterior imprecisamente

³² *Ibid.*, p. 113.

³³ *Ibid.*, p. 114.

respecto a los componentes básicos de mayor 'jerarquía' del sistema!¹⁴

Pero aquí hay un non sequitur o, por lo menos, una equivocación en la que incurre Laporta. Describe una situación demasiado abstracta. No se trata de que el iusnaturalista venga únicamente armado con la regla de que todo lo que sea justo deba ser normado jurídicamente; no existe ese "antropólogo jurídico" que llegue así a una cultura distinta y examine de esa manera sus instituciones jurídicas. Recuérdese la situación de un misionero español, por ejemplo Bartolomé de las Casas —que era iusnaturalista— cuando llegó a América, y examinó algunas instituciones jurídicas de los aztecas y las declaró injustas. Primero tuvo que detectarlas o conocerlas como jurídicas y luego aplicó su criterio moral para evaluarlas. A menos que la situación de *insider* y *outsider* se difuminen en el caso de Las Casas, que trató de atenuar la situación de los sacrificios humanos y otras cosas, y, sin embargo, las declaró inmorales y, por lo tanto, según sostenía Santo Tomás, como leyes que se autocancelan. No se ve clara, no, la paradoja de Laporta; ni siquiera en el caso extremo de llegar a una cultura desconocida en la que cueste trabajo discernir qué cosas están normadas jurídicamente y tengan que ser evaluadas moralmente.

Según Laporta, la juridicidad o competencia de lo jurídico sólo podría saberse entonces por recurso a lo formal, no a lo material, esto es, a la autoridad competente que emite las leyes. Por eso agrega:

Pues bien, si esto es así el iusnaturalista que se ha visto obligado a conceder una dimensión moral a las normas de competencia se encuentra con un severo problema. Había

³ ⁴ Ibid., p. 115.

planteado como exigencia para poder hablar de derecho el que las normas cumplieran con un criterio material de justicia y como esto era insuficiente había añadido un criterio complementario de identificación de normas jurídicas a través de normas de competencia: serían *jurídicas* aquellas normas *justas* emanadas de una autoridad, pero no de una autoridad cualquiera, sino de una autoridad moralmente legítima. Y ahora vemos que sus dos criterios no pueden convivir porque las normas de competencia como razones morales 'independientes del contenido' y 'perentorias' tienden a ignorar precisamente la consideración de la justicia del contenido de las normas de conducta. El criterio material de justicia se ha esfumado y el iusnaturalista se encuentra con que para mantener su teoría de la conexión necesaria entre derecho y moral tiene que hacer descansar la moralidad del derecho en la autoridad que lo crea, y nada más. El derecho sería entonces *moral* porque emana de una autoridad moral, cualquiera que sea el contenido de sus normas. Y esto hace desembocar al iusnaturalismo en una ética del tipo 'mandato divino', es decir, le hace desembocar en algo incompatible con una ética ilustrada o crítica: en la idea de que el poder como razón moral perentoria nos ahorra la práctica del debate moral sobre el contenido de las normas."

Pero tampoco esto es verdad. No se ha acudido sólo a lo formal y se ha desechado lo material; pues, aunque el iusnaturalista hable —como hace Santo Tomás— de que sólo es jurídicamente válida una ley que emite la autoridad competente, eso no significa que sólo se deba atender a la autoridad para ver lo que es jurídico, con lo cual se esfumaría la posibilidad de una moralidad crítica y sólo quedaría la autoritaria o positiva. En efecto, el que algo tenga que ser emitido por la autoridad competente y moral para ser ley, es sólo condición necesaria pero no suficien-

³⁵ *Ibid.*, pp. 119-120.

te; precisamente para que sea suficiente tiene que ser moralmente justa. Una autoridad moral por definición ¿cuál es? Sólo se puede ver si es moral por las leyes que emana. Hay incluso autoridades que son morales por el origen, pero pueden volverse inmorales por el desempeño, por su actuación jurídica.

Se da, pues, una revisión reflexiva y *a posteriori* de la moralidad de la ley, y no como la que imagina Laporta, que es inexistente. En efecto, el iusnaturalista revisa lo que es tenido como jurídico, y después ve si en verdad es moral; y no, como él supone, sólo lo que sea vigente y moral es visto por él como jurídico y después evaluado para ver si es tal. Eso ciertamente sería redundante. Pero ha fabricado artificialmente una situación que atribuye al iusnaturalista, y que no es el caso.

7. *Necesidad de la vuelta al derecho natural como fundamento ontológico del derecho*

Según Ballesteros, hay dos movimientos que han influido para volver la vista al iusnaturalismo: la filosofía jurídica de la "naturaleza de la cosa" y la rehabilitación de la filosofía práctica. Además, el que se ha recuperado es el iusnaturalismo aristotélico-viquiano. El iusnaturalismo de Aristóteles y de Vico tiene un carácter más práctico o prudencial (fronético) que el racionalista, y por ello está más abierto a la historia; y quita el dualismo de órdenes normativas natural y positivo.

Para Aristóteles, en efecto, hay una justicia natural, pero es variable; por ello tiene primacía la *epikeia* en el orden jurídico. Lo equitativo es mejor que lo justo, pues la equidad rectifica la justicia legal. Dada la índole de las cosas prácticas, en ellas no se puede usar igual la ley universal,

tiene que fallar en algunos casos. Esa posibilidad de fallos hace atender a las circunstancias. Ahora bien, la *frónesis* apoya a la *praxis*, como la *techne* a la *poiesis*. Tanto Gadamer como Habermas reconocen que la ética aristotélica pasaba directamente a la *praxis*, a diferencia de lo que sucede de Hobbes en adelante.

Pero, a pesar de que no se puede aplicar sin más la ley universal, las leyes siguen rigiendo, sólo que se aplican prudencialmente. Es la aplicación, no la ley, la que es prudencial. Aunque los principios tienen carácter histórico, no por ello se vuelven meramente discrecionales. Oscilan entre la necesidad y la historicidad. Su historicidad no impide que sean incuestionables; y son cuestionables sin que se vuelvan convencionales. Este planteamiento de la ley puede dar cuenta a un tiempo de la regla y de la excepción. Pues la *frónesis* se encarga de buscar la verdad práctica, tanto la de la regla como la de la excepción. Por ese carácter doble, que ve lo necesario y lo contingente, evita el escepticismo y el relativismo morales. Bien dice Jesús Ballesteros: "El derecho natural no pretende en modo alguno ser un orden jurídico distinto y separado respecto al derecho positivo, sino que no es otra cosa que la raíz del único orden jurídico".³⁶ No hay dualismo de órdenes (natural/positivo) sino que son uno y el mismo. Pero el natural es como la raíz y el positivo el tronco, lo implícito y lo explícito, lo originario y lo derivado, lo permanente y lo contingente.

Desde esta perspectiva, lo que ha dado en llamarse 'concepción no normativa del derecho natural' puede considerarse como dominante no sólo dentro del panorama de la filosofía iusnaturalista contemporánea, sino también dentro del pensamiento clásico.³⁷

³⁶ BALLESTEROS, J., op. cit., p. 106.

³⁷ *Ibid.*, p. 107.

Es lo que supo ver Radbruch. Se niega el carácter normativista del derecho natural en los no racionalistas; y va junto con la afirmación de la prioridad ontológica de la vida humana. El derecho natural es simplemente un conjunto de principios generales, y no un sistema jurídico cerrado que se puede aplicar sin mediación a la situación concreta.

El aristotelismo ha dado al iusnaturalismo, como lo más valioso, el método; pero en cuanto a los contenidos, el discurso del Estagirita —dice Ballesteros, y estamos de acuerdo con él— está en muy buena parte obsoleto. Lo más valioso es la irreducibilidad del hombre a ciudadano, la dignidad humana como previa a cualquier grupo. Es lo que da el cosmopolitismo, desde el estoico Panecio de Rodas hasta Vitoria o Vico. Aristóteles y el racionalismo lo vuelven a poner en un estado. Hegel es el último iusnaturalista en este sentido estatista.³⁸ En cambio, Panecio, Cicerón, Séneca, Agustín, Tomás, Vitoria, Vico y Kant van más a la razón.

Otro dato que nos hace pensar en los derechos naturales como relacionando el derecho con la moral es lo que en la filosofía analítica del derecho se ha llamado "derechos morales" (*moral rights*) y que están muy cercanos a los derechos naturales. Inclusive, Hart reconoce que hay

principios de conducta universalmente reconocidos, que tienen una base en verdades elementales referentes a los seres humanos, a su circunstancia natural, y a sus propósitos, pueden ser considerados como el *contenido mínimo* del Derecho Natural, en contraste con las construcciones más grandilocuentes y más controvertibles que a menudo han sido enunciadas bajo ese nombre.³⁹

³⁸ Cfr. BoBBio, N., "Hegel y el iusnaturalismo", en *Didnoia*, 13 (1967), pp. 55-78.

³⁹ HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968 (2a. ed., ^reⁱm^p), pp. 238-239.

Reconoce que ese contenido tiene cinco puntos: (i) con base en la *vulnerabilidad humana*, se da el lelo *matarás*; (ii) la *igualdad aproximada*, como control de desigualdades; (iii) el *altruismo limitado*, como control de la agresión; (iv) *recursos limitados*, como control del reparto; y (v) *comprensión y fuerza de voluntad limitados*, en vistas a coercionar para la colaboración. Además, dice que se puede usar la palabra "derecho" (como en "derecho natural") sin que tenga un poder compulsivo; basta que tenga un poder razonable, como se usa la expresión "derecho internacional" para aludir a un sistema que no tiene ninguna coercitividad.⁴⁰

Otra cosa en la que se ve que las nociones de derechos naturales o de derechos humanos se dan en la relación del derecho con la moral, es lo que atestigua Michel Villey, quien dice que el derecho natural clásico está vinculado a la noción de justicia." Santo Tomás define el *ius* o derecho como lo que es justo (*id quod iustum est*) y como el objeto de la justicia (*obiectum iustitiae*). Por eso la finalidad del jurista era el servicio de la justicia. El mismo arte jurídico consiste en descubrir la solución justa. Y la justicia tiene como fin dar a cada uno lo suyo (*suum cuique tribuere*). La justicia es "ante todo una obra intelectual (antes del estadio ulterior de la ejecución), busca determinar una *relación*, la relación conveniente entre las *cosas* distribuidas entre las personas".⁴² La justicia legal es la más propia del jurista, y la que más necesita reglas. Dada esa significación moral del arte jurídico, el jurista es un agente de la moral.

⁴⁰ Cfr. *ibid.*, p. 246.

⁴¹ Cfr. VILLEY, M., *Consideraciones en pro del derecho natural clásico* (traducción de "Abregé du droit naturel classique", en *Archives de philosophie du droit*, 1961, por E. Garzón Valdés), Córdoba, Argentina: Universidad Nacional de Córdoba, 1966, p. 26.

⁴² *Ibid.*, p. 31.

Pero el derecho no se asimila a la moral, sólo se inserta en ella. Kant separó hecho/derecho. De ahí su fracaso. Y también el de los iusnaturalistas subjetivistas como los neokantianos Stammler y Del Vecchio, junto con "algunos neotomistas demasiado infieles a Sto. Tomás".⁴³ La clave está en el objetivismo naturalista del Aquinate: Al método subjetivo que pretende deducir la justicia de los principios de la razón interna, se acaba de oponer otro método que la busca fuera de nosotros mismos, en el mundo exterior. Hemos aquí en el corazón de la doctrina del derecho natural".⁴⁴ Es que el mundo circundante no es sólo un orden físico, sino también algo rico en valores.

8. *Conclusión*

No parece, pues, que se puedan separar tan fácilmente la moral y el derecho, en vista de que tampoco se pueden separar nítidamente el derecho que es y el derecho que debe ser. Es una variante de la dicotomía, pretendidamente tan tajante, entre el ser y el deber ser o el hecho y el valor. Ya está siendo reducida, y ya no se considera tanto un paso en falso o falaz, según la falacia naturalista. Cada vez más se muestra a las corrientes actuales —por ejemplo a la filosofía analítica y a la filosofía pragmatista— el carácter no-falaz de ese paso, como fue claro, por ejemplo, para el aristotelismo y el tomismo. Inclusive muchos iusfilósofos recientes, que tenían grandes reservas o una gran desconfianza frente a ese paso, han acabado por aceptar que es inevitable, y que además lo damos de continuo. Igualmente inevitable se les muestra a muchos, como a Bobbio, Hart y Dworkin, la necesidad de volver a vincular el derecho con la moral.

⁴³ *Ibid.*, p. 58.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 66.

DERECHOS HUMANOS Y DERECHO NATURAL

¿ES POSIBLE ENTENDER LOS DERECHOS HUMANOS
COMO DERECHOS NATURALES?

1. *Planteamiento*

La mayoría de los fenómenos que la realidad nos presenta queremos explicarlos a partir de criterios que calificamos de científicos, de modo que todo nuestro conocimiento pretende alcanzar niveles matemáticos o precisos, convirtiéndose en un conocimiento exacto, o, usando la expresión de Heidegger, en "un pensar calculante", dejando de lado el razonamiento meditativo y reflexivo que caracterizó el pensamiento humano en otro tiempo. Este es el pensamiento que ha identificado a la modernidad desde sus orígenes: la exigencia de exactitud en el conocimiento.

Si esto sucedía dentro del campo de las ciencias de la naturaleza (p. ej., la física y la matemática), igualmente acontece en el terreno de las ciencias sociales y, por supuesto, en el derecho. Con razón se ha dicho que

La modernidad aparece allí donde la exigencia de exactitud, presente en el mundo del arte, va a ser inmediatamente copiada en el mundo científico, y va a ofrecerse a continuación como paradigma de toda forma de conocimiento»

En el caso del derecho, la única explicación válida es aquella establecida por la estructura y forma de un sistema normativo, lo que en una cultura legalista generalmente se

45 BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 17.

identifica con el derecho positivo.⁴⁶ Afortunadamente esto está cambiando.⁴⁷ La pura descriptividad que del derecho se hace desde la ciencia, es decir, la simple composición y comprensión del derecho bajo la fórmula *prescripción-sancción*, no alcanza a dar respuestas satisfactorias a la explicación total de lo que constituye el fenómeno jurídico. Esta descripción, por exacta y científica que parezca no es suficiente y hoy va creciendo la necesidad de ir abandonando, o por lo menos replanteando, dicha postura legalista⁴⁸ que, entendida y explicada erróneamente, conduciría a verdaderas aberraciones sociales como el nacionalsocialismo.⁴⁹

⁴⁶ Quizá la expresión más acabada de esta visión del derecho en la primera mitad del siglo xx sea la sistematización del derecho que presenta Kelsen fundamentalmente en su *Teoría Pura del Derecho*.

⁴⁷ Cfr. BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del derecho*, 2a. ed., Tecnos Madrid, 1986, *passim*. Cfr. tb., KAUFMANN, A., *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, trad. cast. L. Villar Borda, Temis, Colombia, 1992, *passim*. Cfr. tb., COTRÀ, S., *¿Perché il diritto?*, trad. cast. J. Joaquín Blasco, 2a. ed., Rialp, Madrid, 1995, pp. 9-30.

⁴⁸ Fervientes seguidores de esta postura han señalado la estrechez que el positivismo jurídico ha representado para la explicación del derecho. El mismo Bobbio señala: Admito que el positivismo está en crisis, no sólo como ideología y como teoría, como por otra parte, yo mismo había admitido, sino incluso como modo de acercarse al derecho. He comenzado diciendo que el positivismo nace como decisión = científica. Permítaseme reconocer ahora que detrás de esta elección o decisión científica se esconde una exigencia política. Políticamente, el positivismo supone la aceptación del *status quo*. Y en cuanto tal, está sujeto como todas las decisiones a sufrir los altibajos de la historia... Y de ahí que la concepción positivista resulta buena o mala, según que se considere buena o mala la situación a conservar". "Habíamos venido con la idea de concluir: ha muerto el positivismo, viva el positivismo. Creo que vamos a salir exclamando: ha muerto el positivismo jurídico, viva el iusnaturalismo". BoasiO, N., *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, Giuffrè, Milán, 1966, p. 73 ss.

⁴⁹ El nacionalsocialismo constituye sin duda la etapa más oscura de la filosofía jurídica alemana. Los hechos catastróficos que fueron justificados por varios filósofos del derecho alemanes, estuvieron siempre presente a lo largo de todo el conflicto. Después de la toma de poder de los nacionalsocialistas las violaciones a los derechos humanos fueron incluso aplaudidas.

El presente ensayo tiene como finalidad poner de relieve la concepción que el derecho natural de corte aristotélico-tomista tiene acerca de lo que conocemos como derechos humanos o derechos fundamentales. Advertimos desde ya que en tan poco espacio resulta difícil agotar todos los argumentos que dicho derecho contiene en relación con el discurso de los derechos humanos. Por eso, sólo nos limitaremos a mencionar algunos rasgos que considero los más significativos para el mejor entendimiento de esta postura.

Se inicia el trabajo con la exposición de una serie de documentos históricos protectores de los derechos humanos que parten del siglo XVIII y llegan hasta nuestros días, para pasar después a desarrollar el contenido del derecho natural en sus dos principales corrientes: clásico —en expresión de Villey— y moderno. Finalmente, intentaremos explicar la concepción clásica acerca de los derechos humanos.

"Se decía que los derechos fundamentales constituían patrimonio del pensamiento liberal e individualista que en la comunidad del pueblo tan sólo podían tener un valor subordinado. Para los filósofos del derecho nacionalsocialistas los peores enemigos eran el liberalismo y el individualismo, pero naturalmente también los judíos, el pacifismo, el socialismo y la masonería. En nombre de dicho antiliberalismo y antiindividualismo arremetieron también contra los derechos subjetivos, sobre todo contra los derechos públicos subjetivos, llegándose a hablar incluso de la muerte del derecho público subjetivo. Consecuentemente con esa concepción totalitaria del derecho se muestra también la limitación que se introduce en relación con los conceptos de capacidad jurídica y la cualidad de ser sujeto de derecho; jurídicamente capaces sólo pueden serlo los camaradas del pueblo (*Volksgenossen*), no los extraños como los judíos y gitanos. Con ello se abandona también el principio de igualdad, al que se tachaba asimismo de liberal y de estar atrapado por su origen en la democracia igualitaria de Weimar". KAUFMANN, A., HASSEMER, W, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Debate, Madrid, 1992, p. 96.

2. *Documentos históricos*

El concepto de derechos humanos, o derechos fundamentales, y la teoría de éstos tal y como los entendemos hoy, es una idea propia de la modernidad; estos derechos fueron la más importante conquista de los tiempos recientes, específicamente del siglo XVIII y de una visión individualista del derecho propia del iusnaturalismo racionalista.⁵⁰ Esta concepción encuentra reflejo claro en la idea de "derecho subjetivo",⁵¹ concepto que entendió a estos derechos como "el reconocimiento de la existencia de una esfera reservada al individuo en la que no cabe interferencia alguna por parte de la autoridad o de las otras personas, sin consentimiento del individuo".

La formulación de derechos humanos en documentos como la *Declaración de Virginia de 1776*, la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica* del mismo año, y la propia *Declaración francesa de derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*, dan cuenta de la afirmación arriba hecha. Sin embargo, hay que dejar claro que a pesar de la fuerte influencia que dichas declaraciones recibieron del iusnaturalismo moderno, estos documentos heredaron igualmente concepciones jurídicas del derecho natural clásico. Entre éstas, la más importante para el tema

⁵⁰ "El punto de partida del derecho natural, como ya he indicado, es el individuo independiente y libre, y el Derecho fue considerado por los iusnaturalistas como aquella actividad racional que hace posible y garantiza tal libertad e independencia individual. Lógicamente, desde este planteamiento, el Derecho —valga la redundancia— consiste *en derechos*, ya que en él no hay lugar para afirmar originariamente ninguna limitación a la libertad del individuo, es decir, ningún *deber*". CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Una introducción ala ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 43-44.

⁵¹ Para una visión más amplia del concepto de derecho subjetivo cfr. VILLEY, M., "Les origines de la notion de droit subjetif", *Leona d'histoire de la philosophic di, droit*, París, Dalfoz, 1962, *passim*.

⁵² BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: decadencia...*, *op. cit.*, p. 54.

de los derechos humanos es la existencia de derechos preexistentes a las leyes positivas.⁵³

La sección 1 de la *Declaración de Virginia de 1776* señala: "Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen *ciertos derechos innatos*, de los cuales, cuando entran en estado de sociedad, no pueden, por ningún pacto, privar o desposeer a su posteridad (...)"⁵⁴.

La *Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica del 4 de julio de 1776* señala también "Tenemos por evidentes en sí mismas estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que *están dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables*; que, entre estos están, la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que, para asegurar esos derechos, se instituyen entre los hombres los gobiernos(...).

Finalmente, la *Declaración francesa de derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789* dice "Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resuelto

⁵³ En general esta es una de las principales tesis de este tipo de derecho natural. Considerar que la fundamentación de los derechos humanos se encuentra en este derecho y no en el derecho positivo, y que estos derechos, como derechos naturales, son anteriores y superiores al derecho positivo.

⁵⁴ "That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety". HERVADA, J., y ZUMAQUERO, J. M., *Textos internacionales de derechos humanos*, 2a., ed., Tecnos, Madrid, 1992, pp. 26- 27.

⁵⁵ "We hold these truths to be self-evident: that all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights, that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness. That, to secure these rights, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed (...)". *Ibid.*, pp. 36-37.

El presente ensayo tiene como finalidad poner de relieve la concepción que el derecho natural de corte aristotélico-tomista tiene acerca de lo que conocemos como derechos humanos o derechos fundamentales. Advertimos desde ya que en tan poco espacio resulta difícil agotar todos los argumentos que dicho derecho contiene en relación con el discurso de los derechos humanos. Por eso, sólo nos limitaremos a mencionar algunos rasgos que considero los más significativos para el mejor entendimiento de esta postura.

Se inicia el trabajo con la exposición de una serie de documentos históricos protectores de los derechos humanos que parten del siglo XVIII y llegan hasta nuestros días, para pasar después a desarrollar el contenido del derecho natural en sus dos principales corrientes: clásico —en expresión de Villey— y moderno. Finalmente, intentaremos explicar la concepción clásica acerca de los derechos humanos.

"Se decía que los derechos fundamentales constituían patrimonio del pensamiento liberal e individualista que en la comunidad del pueblo tan sólo podían tener un valor subordinado. Para los filósofos del derecho nacionalsocialistas los peores enemigos eran el liberalismo y el individualismo, pero naturalmente también los judíos, el pacifismo, el socialismo y la masonería. En nombre de dicho antiliberalismo y antiindividualismo arremetieron también contra los derechos subjetivos, sobre todo contra los derechos públicos subjetivos, llegándose a hablar incluso de la muerte del derecho público subjetivo. Consecuentemente con esa concepción totalitaria del derecho se muestra también la limitación que se introduce en relación con los conceptos de capacidad jurídica y la cualidad de ser sujeto de derecho; jurídicamente capaces sólo pueden serlo los camaradas del pueblo (*Volksgenossen*), no los extraños como los judíos y gitanos. Con ello se abandona también el principio de igualdad, al que se tachaba asimismo de liberal y de estar atrapado por su origen en la democracia igualitaria de Weimar". KAUFMANN, A., HASSEMER, W, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Debate, Madrid, 1992, p. 96.

Finalmente, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966* y el *Pacto de Derechos Civiles y Políticos* del mismo afilo establecen:

Considerando que, conforme a Los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus *derechos iguales e inalienables*

y continúa "Reconociendo que *estos derechos se desprenden de la dignidad inherente de la persona humana*".^{b0}

Según podemos resumir de lo descrito anteriormente, cuando se habla de derechos humanos, hemos de aceptar que estos derechos son anteriores a los consensualmente establecidos' y que han sido reconocidos en las leyes positivas; es decir, tenemos que aceptarla existencia de estos derechos como derechos naturales preexistentes. Estos no son aspiraciones, buenos deseos o simples intenciones de buena voluntad, como se ha pretendido descalificar a los derechos naturales, son derechos reales que no han sido otorgados por el Estado ni por la sociedad. En este sentido, se puede afirmar, con justificada razón, que "la idea de los derechos humanos es la de unos derechos que, por estar fundados en la dignidad de la persona humana, forman un núcleo objetivo de derechos que no están otorgados

⁵⁹ *Ibid.*, p. 546.

s° *Ibidem*.

⁶¹ Para una crítica de la tesis consensualista de los derechos humanos, cfr. mi trabajo: SALDAÑA, J., "¿Sirve el consenso para fundamentar los derechos humanos? Un breve análisis a dos intentos de fundamentación de los derechos humanos desde el consenso (Norberto Bobbio y Chairea Perelman)", en *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, UNAM, México, 1997, pp. 197-215.

por el poder y la sociedad".⁶² Es decir, son verdaderos derechos.

Según esto último, la idea clave para entender los derechos es la dignidad de la persona, que radica, en una de las nociones básicas del derecho natural clásico: la de "naturaleza humana". ¿Qué es la naturaleza humana y cuál es la corriente de pensamiento que, en nuestra opinión, mejor explica dicha noción?

4. *Derecho natural vs. iusnaturalismo*

Una primera idea que debemos tener clara es la de identificar a qué tipo de derecho natural nos estamos refiriendo. Desafortunadamente, la falta de precisión en los estudios que prevalece hoy en día en muchos círculos académicos, ha llevado a identificar bajo la expresión "derecho natural" una sola corriente de pensamiento, donde se incluyen todas las escuelas iusnaturalistas que han existido y a las que se atribuyen similares características.⁶³

⁶² HERVADA, J., "Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana", en *Humana Tura I*, Pamplona, 1991, p. 350.

⁶³ De manera general podemos identificar las siguientes corrientes iusnaturalistas: "i) un iusnaturalismo *racionalista*, principalmente el de la Escuela Moderna del Derecho Natural; ii) un iusnaturalismo *empirista*, que puede ser ejemplificado en la figura de Hobbes; iii) un iusnaturalismo *realista*, de raíz aristotélica, y cuyo principal representante es Tomás de Aquino; iv) un iusnaturalismo marxista, intentado por Ernst Bloch y Hermann Klenner; v) un iusnaturalismo *Kantiano*, como el propuesto por Stammler, etcétera". MASSINI CORREAS, I., *Los derechos humanos, paradoja de nuestro tiempo*, Alfabetá, Santiago de Chile, 1987, p. 122. Para una visión general de los distintos iusnaturalismos, cfr. SERRANO VILLAFANE, E., *Concepciones iusnaturalistas actuales*, 2a. ed., Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1977. Cfr. tb., SOAJE RAMOS, G., "Diferentes concepciones del Derecho Natural", en *Ethos 10-11*, Buenos Aires, 1983, pp. 317-339.

Cuando hablamos de derecho natural, podemos identificar, en términos generales, al menos dos grandes escuelas: el derecho natural que llamamos clásico, con claros antecedentes en Aristóteles, el derecho romano y, principalmente, Tomás de Aquino;⁶⁴ y el derecho natural moderno de corte racionalista, entre cuyos exponentes encontrarlos a Grocio, Pufendorf, Tomasius, Wolf,⁶⁵ etcétera.

1. Derecho natural clásico

Cuando se elabora un trabajo sobre cualquier tema filosófico, es importante hacer resaltar la trascendencia del tema que se tratará. Una de las formas más comunes para llevarlo a cabo este propósito es recurrir a la tradición filosófica que le dio origen. Por eso, haremos un recorrido, aunque sea muy breve, de la corriente que Villey calificó como derecho natural clásico y los pensadores que se incluyen dentro de ella.

Aristóteles, en su *Ética a Nicómaco*, dejó perfectamente establecido lo siguiente:

En el derecho político, una parte es natural, y la otra es legal. Es natural lo que, en todas partes, tiene la misma fuerza y no depende de las diversas opiniones de los hombres; es legal todo lo que, en principio, puede ser indiferentemente de tal modo o del modo contrario, pero que cesa de ser indiferente desde que la ley lo ha resuelto."

64 Cfr. para este tipo de iusnaturalismo VILLEY, M., *Compendio de filosofía del derecho I y II*, Eunsa, Pamplona, 1979, *passim*.

65 Cfr. CARPINTERO BENÍTEZ, E, *La cabeza de Jano*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1989, *passim*. Del mismo autor, *Los inicios del positivismo en centroeuropa*, Actas, Madrid, 1993, *passim*. Cfr. tb., del mismo autor, *Historia del derecho natural*, UNAM, México, 1998 (en prensa).

66 ARISTÓTELES, *Ética a Nicomaco*, lib. V, 7, 1134 b.

Con esta precisión quedó perfectamente distinguido el derecho natural, y lo que hoy identificamos como derecho positivo.

Por su parte, Hervada nos resume la concepción romana del derecho natural y del derecho positivo de la siguiente manera: para los juristas romanos,

el derecho, en cuanto razón natural, no podía ser contradicho por el *ius civile*. En virtud de ello, cuando del *ius civile* se deducían soluciones escasamente adecuadas a la realidad social o que resultaban poco humanas, el derecho civil podía ser corregido y adaptado por soluciones más racionales, coherentes con la *ratio naturalis*. El derecho natural operó, pues, según le es propio, como un factor de racionalidad del derecho, como humanizador del derecho positivo; en resumen, actuó como elemento civilizador.⁶⁷

El mismo autor, para confirmar la tesis anteriormente planteada, emplea un pasaje del propio Gayo que a la letra dice:

Todos los pueblos que se gobiernan por leyes y costumbres usan en parte su derecho peculiar, en parte el común de todos los hombres; pues el derecho que cada pueblo estableció para sí, es propio de la ciudad y se llama derecho civil, como derecho propio que es de la misma ciudad; en cambio, el que la razón natural establece entre todos los hombres, es observado por todos los pueblos y se denomina derecho de gentes, como derecho que usan todos los pueblos. Así, pues, el pueblo romano usa en parte de su propio derecho, y en parte el común de todos los hombres.⁶⁸

⁶⁷ HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Eunsa, Pamplona, 1992, pp. 491-492.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 493-494. Gayo *Inst.*, I, I.

Finalmente, Tomás de Aquino, en su conocida *Summa Theologiae II-Me q. 57, a 2*, divide el derecho en dos: el derecho natural y el derecho positivo. Establece que el primero es derecho por la misma naturaleza de las cosas, y lo que es derecho por convención privada o pública lo denomina derecho positivo. Dice el Aquinate:

Según se ha dicho (a.1), el derecho o lo justo es una acción adecuada a otra según cierto modo de igualdad. Pero algo puede ser adecuado a un hombre en un doble sentido: primero, por la naturaleza misma de la cosa, como cuando alguien da tanto para recibir otro tanto. Y esto se llama derecho natural. En un segundo sentido, algo es adecuado o de igual medida a otro por convención o común acuerdo, es decir, cuando uno se considera contento si recibe tanto. Esto, ciertamente, puede hacerse de dos maneras: una primera, por cierto convenio privado, como el que se establece por un acto entre personas privadas; y la segunda, por convención pública, como cuando todo el pueblo consiente que algo se tenga como adecuado y ajustado a otro, o cuando esto lo ordena el gobernante, que tiene el cuidado del pueblo y representa su persona, y a esto se llama derecho positivo.⁶⁹

Según la corriente de derecho natural que venimos exponiendo, y ésta es la primera característica de este tipo de derecho, cuando hablamos del derecho natural, debemos admitir la división de dos órdenes dentro de un mismo sistema jurídico: por una parte, el derecho natural, y por la otra, el derecho positivo. El primero de ellos radicado en la naturaleza humana, y el segundo puesto por la sociedad o por la autoridad.

Una segunda característica importante dentro del dere-

⁶⁹ TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae II-II, q. 57. a. 2*, B.A.C., Madrid, 1990, pp. 471-472.

cho natural hace referencia a la superioridad de este derecho respecto del derecho positivo. De este modo, existe un derecho natural que sirve de inspiración y del cual se deriva el derecho positivo.

Las doctrinas iusnaturalistas se caracterizan por sostener la tesis que voy a denominar tesis iusnaturalista: *para toda entidad jurídica positiva existe un derecho natural del cual deriva o en el cual se inspira; es decir, las entidades jurídicas positivas derivan de un derecho natural. O lo que es lo mismo: para toda entidad positiva, si no existe un derecho natural del cual derive no es jurídica; o también las entidades positivas que no derivan de un derecho natural no son jurídicas.*"

Respecto de la primera nota distintiva, afirmar que el derecho natural procede de la naturaleza es aceptar que hay bienes atribuidos a la persona en virtud de la misma naturaleza de ésta. Esto supone la atribución de cosas o bienes a cada hombre por sus propia naturaleza. Estas cosas atribuidas y debidas al hombre son lo que constituye el derecho natural." Precizando aun más, "designa aquel sector del orden jurídico constituido por normas, derechos y relaciones cuyo origen y fundamento es la naturaleza del hombre".⁷² Según esto, y ésta es la característica más importante de este tipo de derecho natural, el dato identificatorio del derecho natural lo constituye la persona humana y la relación de deuda que existe entre los bienes o cosas suyas y ella.

⁷⁰ HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, 2a. ed., Tecnos, Madrid, 1986, pp. 63.

⁷¹ Cfr. HERVADA, J., *Introducción crítica al derecho natural*, 7a. ed., Eunsa, Pamplona, 1993, p. 80.

⁷² HERVADA, J., *Historia de la ciencia del derecho natural*, 2a. ed., Eunsa, Pamplona, 1991, pp. 17-31.

En este contexto y reforzando las afirmaciones anteriores, debemos consolidar dos ideas básicas para comprender mejor el derecho natural: la noción de la naturaleza humana y la de la ley natural.

1.1. Definición de naturaleza humana

Cabe nuevamente la pregunta: ¿qué es la naturaleza humana y cómo puede ésta ser el fundamento de los derechos humanos?

Por naturaleza humana debemos entender "aquella constitución o estructura fija en el hombre que es a la vez permanente y estable en medio de la mudanzas a las que puede verse sometido". Es la esencia, aquello por lo que el hombre es y se comporta como tal, es algo invariable, permanente e identificador del propio hombre. La naturaleza humana es la índole propia del ser humano, su peculiar esencia o manera de ser, en tanto que efectivamente dada en él como su más radical principio activo.⁷⁴ En resumen, de la naturaleza humana podríamos decir que "es la esencia como principio de operación".

⁷³ GARCÍA LÓPEZ, J., "La persona humana", en *Anuario filosófico DC*, Pamplona, 1976, p. 168.

⁷⁴ Cfr. MILLAN FUELLES, A., voz "Naturaleza", en *Léxico filosófico*, Rialp, Madrid, 1984, p. 438.

⁷⁵ Consideradas como realidades, no podríamos aceptar una distinción entre persona o personalidad y naturaleza humana. En este sentido podríamos aceptar la definición que Hervada da de naturaleza humana diciendo que "(...) la personalidad es una forma de ser el hombre, o sea, es la intensidad de ser propia de la esencia humana. Como intensidad de ser que es, la personalidad atañe a la esencia misma del hombre y, en cuanto se refiere al obrar humano —que es lo que tiene relación directa con el derecho—, concierne a la *esencia* como principio de operación, es decir, lo que llamamos naturaleza humana". HERVADA, J., *Introducción crítica...*, op. cit., p. 89.

1.2. Naturaleza y persona

Contrario a lo que se pueda pensar, la naturaleza humana, como realidad, no es una idea abstracta separada del ser humano, sino que está realizada en la persona; es una dimensión o estructura fundamental de la persona humana. O, por mejor decir, en cada persona humana existe una real estructura fundamental que, en cuanto la observamos en las demás personas humanas y la captamos como constitutivo caracterizador y especificador suyo, la universalizamos conceptualmente y la llamamos naturaleza humana. Es la estructura ontológica del ser humano."

Según hemos visto, la naturaleza es constitutivo de la persona, está en ella misma como estructura fundamental suya y por eso resulta indistinto predicar algo de la naturaleza humana o predicarlo de la persona, porque entendemos la naturaleza como el concepto universal que expresa un constitutivo real de la persona individual."

La naturaleza humana que venimos analizando es la que identifica a la persona como tal y la hace distinta y superior al resto de los animales. Esta se integra por dos potencias propias del ser humano: su inteligencia y su voluntad, con cuyo concurso los actos del hombre pueden ser calificados como libres. "La capacidad o potencia espiritual del hombre es la inteligencia o razón y la facultad de querer de la naturaleza espiritual es la voluntad. En consecuencia, el acto libre es un acto racional y voluntario"."

Por estas potencias, el hombre conoce y quiere; es lo que lo hace esencialmente distinto al resto de los seres vivien-

⁷⁶ Cfr. HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Eunsa, Pamplona, 1992, pp. 479 ss

⁷⁷ *Ibid.*, p. 450.

⁷⁸ HERRADA, J., *Cuatro lecciones de derecho natural*, 3a. ed., Eunsa, Pamplona, 1993, p. 35.

tes, y le dan a éste su categoría humana. La razón y la voluntad son potencias suprasensitivas, espirituales, cuyo sujeto de inhesión es el alma, de naturaleza espiritual.⁷⁹

1.3. Naturaleza humana y derechos humanos

En la exposición sucinta que venimos haciendo del derecho natural y de la naturaleza humana, tenemos que dejar claro también que, tal y como lo habíamos mencionado, por esta naturaleza humana, al hombre le son atribuidos una serie de cosas o bienes que le corresponden por ese estatuto ontológico. Estas cosas o bienes son, en nuestra opinión, to que podríamos llamar derechos humanos. Cabe aclarar que estos derechos o bienes no se encuentran en el orden de los fines del hombre, esto es, de algo que por naturaleza aún no es y deba alcanzarse, sino que los derechos humanos están en el estatuto natural del propio hombre. Es decir, algo que por naturaleza ya tiene y que posee en el orden del ser como derechos naturales. O, como lo hemos señalado, algo que le es suyo por naturaleza.⁸⁰ Aceptar lo contrario es admitir que los derechos humanos no se tienen, sino que se deben alcanzar o conquistar como derechos a los que los hombres deben aspirar por no tenerlos.

Así, el concepto clave para entender los derechos humanos sigue siendo el de naturaleza humana o dignidad de la persona, esta última radicada en tal naturaleza. La dignidad de la persona supone que el ser humano posee una excelencia o eminencia ontológica y una superioridad en el ser. Esto

⁷⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 27.

⁸⁰ Cfr. HERVADA, J., *Los eclesiasticistas ante un espectador*, Puma, Pamplona, 1991, p. 26 ss.

expresa algo absoluto: una ontología o participación en el ser muy intensa, de gran perfección y grandeza. Según esto, la dignidad, es algo absoluto que pertenece a la esencia y en consecuencia radica en la naturaleza humana; es la perfección o intensidad de ser que corresponde a la naturaleza humana y que se predica de la persona, en cuanto ésta es la realización existencial de la naturaleza humana.⁸¹

Ahora bien, si la naturaleza humana, según hemos dicho, es ese núcleo esencial que caracteriza al hombre y le hace tener un comportamiento específico, existen cosas contenidas en esta naturaleza humana, en esa dignidad, que le corresponden a la persona en virtud de su misma naturaleza y que, por tanto, le son debidas, le son adeudadas. Estas cosas debidas a la persona en virtud de su misma naturaleza son lo que se ha dado en llamar "derechos naturales" o "derechos humanos", que surgen de tres aspectos importantes: de un derecho fundamental, como es el derecho de la persona a su ser; el derecho de la persona a su libertad, y los derechos de la persona que se derivan de los fines propios de ella.⁸²

El derecho que tiene la persona a su ser se ha llamado "derecho natural fundamental de la persona humana".⁸³ De este primer derecho natural fundamental podemos perfectamente extraer el derecho a la propia existencia; es decir, el derecho a la vida y lo que nos es debido para tener una vida digna, tanto en el plano material (p. ej. proveernos de alimentos, de vestido, etcétera), como en el renglón espiritual (p. ej., el derecho que se tiene a crecer y desarrollarse en un ambiente moralmente sano).

En segundo lugar, se presentan los derechos naturales o humanos que deducimos de la libertad del hombre. Esta se

HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de... op. cit.*, p. 449.

⁸² Cfr. *Ibid.*, p. 522-523.

⁸³ *Ibid.*, p. 524.

divide en tres aspectos: libertad de consentir y obrar, libertad como inmunidad de coacción y la libertad de iniciativa.

Finalmente, el resto de los derechos humanos vienen deducidos de los fines propios del hombre, a través de sus inclinaciones naturales. De este modo, de la inclinación natural del hombre a relacionarse con la mujer como fin nace el derecho al matrimonio; de la inclinación natural del hombre a participar en la organización y el ordenamiento de la sociedad como fin nace el derecho de participación política; de la inclinación natural del hombre a transformar las cosas que le rodean como fin nace el derecho al trabajo; etcétera.⁸⁴

Las anteriores ideas pueden quedar más claras a partir de otra noción importante: la ley natural, que ahora veremos.

1.4. Ley natural

El segundo dato que constituye el elemento central del derecho natural que venimos exponiendo es, sin duda, el de la ley natural. Este elemento no es una teoría, sino algo práctico, que, como lo señala Hervada, no es sino la explicación científica del hecho empírico o de experiencia.

El hecho de experiencia al que nos referimos es que, en relación a la conducta humana, nuestra razón —la de todos los hombres de todas las épocas— no muestra una indiferencia universal —no juzga como indiferentes todos los actos que el hombre puede físicamente realizar— sino que, con independencia de las leyes dadas por los hombres, por la sociedad, emite juicios de obligación: debe hacerse esto, debe evitarse aquello. Y en conexión con estos juicios

⁸⁴ *Ibid.*, p. 526 ss.

deónticos emite también juicios estimativos o de valoración: está bien tal acto, está mal haber hecho tal cosa. Estos juicios giran en torno a dos nociones, una contraria a la otra, que son las de bien y de mal (...) ⁸⁵

Junto a lo que debe hacerse o debe omitirse, hay también juicios permisivos: esto puede hacerse (es lícito hacerlo), esto puede omitirse (es lícito no hacerlo). Debe notarse también que estos juicios no constituyen la decisión del obrar, ni tampoco la conclusión a la que el sujeto llega en orden a lo que en cada momento va a hacer. Esta observación elemental nos señala que los juicios deónticos de los que hablamos son antecedentes a la decisión de obrar, y no se confunden con el juicio personal del sujeto que lo lleva a tomar esa decisión. La experiencia nos muestra que tales juicios deónticos aparecen de suyo como norma objetiva del obrar, inconfundible con la norma subjetiva. Estos juicios deónticos se presentan como una ley del obrar, que puede obedecerse o quebrantarse. Y sobre todo como ley objetiva, distinta de las elecciones, preferencias o intereses del sujeto. Los juicios deónticos de razón, con carácter de norma vinculante o ley, que todo hombre observa en sí, con independencia de lo establecido por la sociedad, es lo que se denomina ley natural."

1.5. Definición de la ley natural

Para tratar de dar una definición más precisa de lo que es la ley natural podemos conceptualizarla como el "conjunto de leyes racionales que expresan el orden de las tendencias o inclinaciones naturales a los fines propios del ser humano, aquel orden que es propio del hombre como persona". ⁸⁷

⁸⁵ HERVADA, J., *Introducción crítica... op. cit.*, p. 140.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 140-141.

⁸⁷ HERVADA, J., *Introducción crítica... op. cit.*, pp. 144-145.

1.6. Contenido de la ley natural

Este conjunto de inclinaciones conduce a lo que se conoce como contenido de la ley natural, a partir del cual se pueden ir deduciendo los derechos humanos.⁸⁸

En primer lugar, tenemos la inclinación natural a la conservación del ser, de donde podemos deducir el derecho fundamental que tiene la persona de conservar su ser, p. ej., el derecho a la vida y a la integridad física y moral. Del derecho de la persona a su libertad, podemos derivar todos los derechos relativos a la inmunidad de coacción en el terreno de los derechos humanos, p. ej., la libertad de conciencia, de pensamiento, de expresión, de religión, etcétera. Por último, del resto de los fines de la persona podemos extraer los otros derechos humanos, de este modo, de la inclinación a la unión conyugal del hombre y la mujer se puede deducir el derecho de contraer matrimonio, y de éste, el derecho que le corresponde a la pareja de formar y educar a los hijos de acuerdo a sus convicciones religiosas y morales, etcétera. De la inclinación natural de todo hombre a dominar y transformar el mundo que le rodea, podríamos sacar el derecho al trabajo, y de éste, a su vez, el derecho al salario, el derecho al descanso, etc.; de la inclinación natural del hombre a participar en la sociedad política podemos extraer los derechos políticos como el votar en las elecciones y ser votado en ellas para la organización de la sociedad; de la inclinación natural del hombre a asociarse, podemos deducir los derechos que tienen que ver con las asociaciones civiles o políticas, y así sucesivamente.⁸⁹

⁸⁸ De la lista que presentamos a continuación, debemos decir que no es una lista cerrada de inclinaciones, ni tampoco que los derechos de ellas deducidos constituyen los únicos. Esta lista de derechos podría ir ampliándose al combinarlos. Igualmente los derechos naturales no son colocados por orden de prelación.

⁸⁹ Cfr. HERVADA, J., *Introducción crítica... op. cit.*, p. 145.

Veamos, pues, cómo a partir de los conceptos de naturaleza humana y ley natural, podemos ir deduciendo los derechos humanos que le corresponden al hombre y que denominamos derechos naturales.

1.7. Naturaleza humana y ley natural

Para comprender mejor la ley natural, es necesario establecer la relación que existe entre ésta y la naturaleza humana.

Según vimos, cuando hablamos de naturaleza humana, dijimos que de ésta se puede predicar lo mismo que de la persona. El punto de referencia, por tanto, es el hombre mismo. Así, los juicios deónticos que le señalan al hombre lo que debe hacer y lo que debe evitar no se encuentran en algo exterior al hombre, están, los juicios deónticos de ley natural, en eso que en el hombre es capaz de constituirlo como tal, se encuentran en esa estructura fundamental que hace al hombre ser lo que es, y le conducen a comportarse de determinada manera. Esa estructura fundamental, en cuanto dinámica por el obrar mismo del hombre es lo que hemos identificado como naturaleza humana. En este sentido, "la naturaleza humana proporciona la regla fundamental del obrar humano, porque siendo lo que constituye al hombre como hombre, es criterio de lo que al hombre corresponde como tal"⁹⁰

Ahora bien, esa dinamicidad propia del hombre persigue unos fines, que son también naturales del hombre y que comportan la realización y perfección de éste. Aquí es donde se encuentra la ley natural como aquel conjunto de preceptos de la razón natural que regulan el obrar humano en orden a los fines del hombre. Démonos cuenta de cuál es la

⁹⁰ *Ibid.*, p. 143.

conexión entre la ley natural y la naturaleza humana. La ley natural manifiesta en forma de deberes las exigencias (naturales) que la propia naturaleza del hombre le dicta. Estas exigencias tienen como objetivo la consecución de los fines naturales del hombre, estos fines podríamos sintetizarlos en: uno, la realización del hombre y, dos, su propio perfeccionamiento. Esto, por supuesto, con el consiguiente reflejo de ambos en lo social.⁹¹

2. *El iusnaturalismo moderno*

Una vez vistos, en términos generales, los caracteres identificatorios del derecho natural que hemos llamado clásico, podemos ahora pasar a ver rápidamente las diferencias que mantiene éste con el *iusnaturalismo* racionalista, propio de la modernidad. Aclaremos que el término racionalista aplicado al derecho no significa otra cosa que la intención de aplicar al campo de la vida social, la metodología de las ciencias exactas. Según los postulados metodológicos de disciplinas como la física y la matemática, sólo un conocimiento podría ser calificado como científico, en la medida en que el mismo haya seguido rigurosamente los pasos del método establecido para ellas. Estos consistían fundamentalmente en la observación, experimentación, pero sobre todo, en la verificación de hechos. De modo que si el conocimiento social pretendía alcanzar dichos niveles de científicidad y por tanto ser verídico y certero, habría que ceñirse a dichos postulados. Verdross escribía al respecto: "La Filosofía que hasta ese período cartesiano comprendía diversas disciplinas, cada una de las cuales trabajaba con un método distinto, se vio obliga-

Cfr, *Ibid.*, p. 144.

da a adoptar como método único el de la ciencia matemática".

Sin embargo, en la Escuela Moderna del Derecho Natural, podemos distinguir al menos dos claras tendencias de este iusnaturalismo. La primera entendió el derecho natural como una libertad natural del hombre. Este tipo de derecho natural era el que tenía el hombre en estado de naturaleza, cuando todavía no entraba en sociedad. Era un derecho primigenio otorgado y regido por la naturaleza.

Según lo anterior, los hombres, por medio de un pacto (denominado genéricamente pacto social) forman la sociedad. Aquí, la razón dicta las reglas básicas de convivencia entre ellos, son las normas mínimas del estado civil (contrario al natural) y esto recibe el nombre de "ley de la naturaleza" o "ley de la razón". Hobbes establece en el capítulo xlv del *Leviatán*: "Lo que los escritores llaman comúnmente *jus naturale*, es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida; y por consiguiente, para hacer todo aquello que su propio juicio y razón considere como los medios más aptos para lograr ese fin". Y continúa más adelante:

⁹² VERDROSS, A., *La filosofía del derecho en el mundo occidental*, UNAM, México, 1962, p. 169.

⁹³ Nos dice Locke, por ejemplo: "Para comprender bien en qué consiste el poder político y para remontarnos a su verdadera fuente, será forzoso que consideremos cuál es el estado en que se encuentran naturalmente los hombres, a saber: un estado de completa libertad para ordenar sus actos y para disponer de sus propiedades y de sus personas como mejor les parezca, dentro de los límites de la ley natural, sin necesidad de pedir permiso y sin depender de la voluntad de otra persona". Y más adelante escribe: "El estado natural tiene una ley natural por la que se gobierna, y esa ley obliga a todos. La razón, que coincide con la ley, señala a cuantos seres humanos quieren consultarla, que siendo iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones". JOHN LOCKE, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Aguilar, Madrid, 1975, pp. 5-6.

⁹⁴ HONNÉS, *Leviatán*, 2a. ed., sexta reimpression, RCE, México, 1994, p. 106.

El único camino para erigir semejante poder común, capaz de defenderlos contra la invasión de los extranjeros y contra las injurias ajenas, asegurándoles de tal suerte que por su propia actividad y por los frutos de la tierra puedan nutrirse así mismos y vivir satisfechos, es conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres, todos los cuales, por pluralidad de votos, puedan reducir sus voluntades a una voluntad.⁹⁵

Observemos cómo dichas leyes de la naturaleza no reflejan más los fines y tendencias de la naturaleza humana, sino sólo aquellas prescripciones propias de la razón en orden al adecuado establecimiento del estado de sociedad o civil. Los autores más representativos de este tipo de iusnaturalismo son los que conocemos como contractualistas; por ejemplo, Hobbes, Rosseau, Locke, principalmente.⁹⁶

La segunda tendencia del derecho natural moderno lo entendió como la recta razón, la cual señala la norma adecuada a la naturaleza humana. Este derecho natural es el que propiamente denominamos derecho natural racionalista, por el cual se reconocen, contrario a la tradición clásica (éste es el error de la concepción formalista del derecho encabezada por Kelsen y de sus seguidores), dos sistemas de normas: unas leyes de la naturaleza, que regulan la sociedad, y otras leyes positivas. Ya no es más un orden unitario, sino más bien un orden separado y además enfrentado; *derecho natural vs. derecho positivo*. De ahí que la idea racionalista del siglo xviii terminó por ser plasmación de ese derecho racional en cuerpos legales, dando así impulso al movimiento codificador.⁹⁷

Desde este racionalismo, la única realidad que podía ser comprendida era la norma jurídica o el sistema normativo

⁹⁵ *Ibid.*, p. 140.

⁹⁶ Cfr. HERVADA, J., *Historia de la ciencia del... op. cit.*, pp. 255-256.

⁹⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 256 ss.

como un sistema cerrado en el que se podían encontrar todas las respuestas posibles a los problemas planteados en sociedad. Estos sistemas eran producto exclusivo de la razón que pretendió códigos con una certeza casi absoluta y una validez general. El mismo Hobbes es bastante claro en este punto:

Yo defino a la ley civil de esta manera: aquellas reglas que el Estado le ha ordenado de palabra o por escrito o con otros signos suficientes de la voluntad, para que las utilice en distinguir lo justo de lo injusto, es decir, para establecer lo que es contrario y lo que no es contrario a la ley.⁹⁸

Por otra parte, estos mismos iusnaturalistas racionalistas entendieron la naturaleza humana ya no como inmutable y permanente, sino como una naturaleza dentro de la historia, sujeta por tanto a los cambios históricos dependientes de situaciones y circunstancias determinadas.

Del mismo modo, una última característica de este racionalismo "fue la sustitución progresiva del razonamiento propio de la razón práctica por el razonamiento especulativo, es decir, por un sistemas de conclusiones lógicas". De este modo,

⁹⁸ HOBBS, *Leviatán...*, *op. cit.*, p. 217.

⁹⁹ "El sistema de derecho natural terminó así por aparecer —como ocurre en Wolff y su escuela— como un sistema de conclusiones lógicas, derivadas unas de otras, que de unos primeros principios y de unas definiciones se expanden hasta los más pequeños detalles de la vida social. Con ello se amplió grandemente el hipotético campo del derecho natural, que en pocos casos llegó a presentarse como un sistema de derecho casi completo".

"Con ello, además de poner en cuestión la necesidad misma del derecho positivo, se introdujo también un falseamiento en el razonamiento jurídico, mediante la utilización de un logicismo extraño a la vida práctica. Por esta vía, el derecho natural adquirió también una rigidez que de ningún modo tenía en la doctrina anterior". HERVADA, J., *Historia de la ciencia del...* *op. cit.*, p. 259.

El móvil del racionalismo jurídico moderno parece ser, paralelamente a la filosofía cartesiana, encarar en forma metódica la construcción del edificio jurídico, probando con cuidado todos los eslabones del razonamiento para llegar a resultados seguros; el método de deducción a partir de principios racionales concluye en una construcción rígida e inmutable hasta en las aplicaciones más detalladas, es decir, a una inflexibilidad contraria a toda evolución.¹⁰⁰

En conclusión, las características del derecho natural moderno podemos resumirlas, siguiendo a Hervada, de la siguiente manera:

a) Este derecho natural distingue entre el estado natural del hombre y el estado civil.

b) El traslado del estado de naturaleza al estado civil mediante un contrato social. Dicho acuerdo no se basa más en la naturaleza, sino en el consentimiento de los miembros integrantes de esta colectividad.

c) La naturaleza del hombre no podía ser entendida más en sentido metafísico, tal y como lo hiciera el derecho natural clásico, sino que dicha naturaleza humana debía entenderse como una naturaleza empírica.

d) Finalmente parece que la característica más importante de este iusnaturalismo moderno lo constituyó la *separación* entre el derecho y la moral. Esta última como algo que corresponde al fuero interno del hombre y el primero como las reglas dictadas para el comportamiento externo de éste.¹⁰¹

¿Qué consecuencias acarrearía esta nueva forma de entender lo jurídico, y principalmente, cómo sería la concepción de los derechos naturales a la luz de este iusnaturalismo?

El abandono de la metafísica para explicar el derecho haría radicar éste en el propio hombre como un ser inde-

⁰⁰ MASSINI CORREAS, C. I., *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*, Abeledo-Perrot, Argentina, 1980, p.19

¹⁰¹ Cfr. HERVADA, J., *Historia de la ciencia del... op. cit.*, p. 262.

pendiente y libre. De este modo, el derecho constituiría la actividad racional para proteger esa independencia y esa libertad, creando un derecho individualista, constituyendo lo que ahora conocemos como derechos subjetivos que pertenecen al individuo y que son fundamento de su libertad.⁷¹² Esta visión de los derechos humanos como derechos subjetivos no sería otra cosa que una idea conteniendo una profunda carga individualista, es decir, egoísta y, por tanto, como advierte Ballesteros, insolidaria y propia del mundo liberal.¹⁰³

5. Conclusiones

Una vez vistas las importantes diferencias existentes entre las dos principales corrientes del derecho natural y la forma tan dispar en la que ambas explican el concepto de naturaleza humana, está claro que la escuela que mejor desarrolla los derechos humanos a partir de este concepto es, como lo hemos visto, la del derecho natural clásico con sus antecedentes en Aristóteles y Tomás de Aquino. Desde este derecho y llegados aquí, podemos comenzar resumiendo que, cuando nos referimos a los derechos humanos, hemos de aceptar las siguientes conclusiones:

Primera. Estos derechos son anteriores a las leyes positivas y, en consecuencia, son por tanto preexistentes al Estado y a la autoridad que emane de éste. Según esto, los derechos no están sujetos a la potestad del poder público ni pueden ser concesiones que éste otorgue a sus súbditos.

Segunda. Estos derechos, como derechos naturales anteriores al derecho positivo, son también derecho, cuya

¹⁰² Cfr. CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Una introducción a la...*, op. cit., p.47.

¹⁰³ Cfr. BALLESTEROS, J., *Postmodernidad: decadencia o...*, op. cit., pp. 54-65.

juridicidad les viene dada por esa relación de deuda que se establece entre los bienes y su titular. De este modo, las demás personas tienen la obligación de respetar y observar dichos bienes.

Tercera. Dichos derechos, en cuanto radicados en la naturaleza humana, no dependen del consentimiento de los miembros de la sociedad política, sino que encuentran su fundamento en dicha naturaleza, y lo único que le corresponde a dicha sociedad es reconocerlos y protegerlos.

Cuarta: Si son derechos que no dependen del consenso social, sino de la naturaleza humana, tampoco pueden estar sujetos a las exigencias sociales que cada época de la historia determine, es decir, no pueden estar sometidos a la dictadura de las mayorías.

CRÍTICAS EN TORNO AL DERECHO SUBJETIVO COMO CONCEPTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. *Planteamiento del problema*

Una de las ideas más extendidas en el discurso jurídico de los últimos siglos es, sin duda, la del "derecho subjetivo". Hoy podemos darnos cuenta que este concepto ha invadido prácticamente todo lo que conocemos como derecho, lo mismo el terreno del derecho público que el derecho privado, y también el llamado derecho social. De ahí que pueda llegar a afirmarse, con justificada razón, que

la característica del discurso jurídico contemporáneo —y aun del discurso jurídico político— radica en su inclinación a razonar de modo casi exclusivo, sea cual sea el tema que se trate, en términos de 'derechos', es decir, de prerrogativas, facultades o poderes de los sujetos jurídicos.¹¹⁴

En este sentido, podemos darnos cuenta cómo el concepto de derecho subjetivo lo mismo se aplica al reconocimiento de los derechos del ciudadano de participar en la vida pública, que a las relaciones jurídicas surgidas de un contrato de compraventa. Se califica del mismo modo tanto el derecho del trabajador a recibir un salario, como el poder que tiene un individuo de exigir, ante un órgano jurisdiccional, la restitución del daño causado a su propiedad.

Este empleo indiscriminado de la noción "derecho subjetivo" se ha trasladado también, y quizá con mayor fuerza, al

(04 MASSINI CORREAS, C. I., *Filosofía del derecho. El derecho y los derechos humanos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 11.

campo de los derechos humanos. También éstos han pretendido ser definidos como derechos subjetivos, entendiéndose entonces como facultades, prerrogativas o poderes, que las personas poseen para exigir el reconocimiento, respeto y observancia de sus derechos, cualquiera que éstos sean. Esto nos ha hecho creer que la expresión más adecuada para definir los derechos humanos es precisamente la de derecho subjetivo y no otra distinta de ésta. Así, se han empleado como equivalentes las locuciones derechos subjetivos y derechos humanos.

Desafortunadamente, y a pesar del fuerte arraigo que ha acarreado la idea que venimos comentando, pocas son las personas que de manera seria han hecho un alto en el camino y han reflexionado sobre el significado real de esta expresión, y sobre las posibles consecuencias que la misma ha traído consigo para la cultura jurídica moderna.

Con las siguientes reflexiones nos proponemos exponer nuestro punto de vista acerca de por qué la noción de derecho subjetivo no es, en nuestra opinión, la más apropiada para definir lo que conocemos como derechos humanos. Estas reflexiones girarán en torno a los orígenes, contenido y consecuencias que la caracterización de los derechos humanos como derechos subjetivos ha traído consigo. En todo caso, el objetivo general del siguiente análisis no es otro que el despertar en el lector la inquietud por preguntarse hasta qué punto la idea de derecho subjetivo es la más adecuada para definir tales derechos.

2. Orígenes de la expresión "derecho subjetivo"

El estudio de la noción, naturaleza y alcance del derecho subjetivo, nos tiene que llevar a preguntarnos si ésta ha existido siempre en el discurso jurídico, es decir, si podemos

reconocerla en el derecho romano o en la Edad Media, o si, por el contrario, dicha idea es propia de un periodo de la historia relativamente reciente y más bien patrimonio de la Edad Media tardía próxima al inicio de la Modernidad.¹⁰⁵

Uno de los pensadores más serios en la investigación iusfilosófica y que más se ha interesado por el estudio del derecho subjetivo ha sido Michel Villey, quien ha sostenido en varios de sus trabajos que ni en la tradición aristotélica, ni en los juristas romanos y mucho menos en Santo Tomás, encontramos la idea de derecho subjetivo. Al respecto nos dice el mencionado autor

la teoría romana omite completamente decirnos que *ius* puede significar derecho subjetivo. Dicha laguna parece aún más notable si se considera que ella se mantiene en los largos comentarios de la Edad Media. Pues el *Digesto*, relativamente parco en este punto, se limita a sugerir la significación esencial de la palabra *ius* (lo justo, el objeto de la Justicia, aquello que encuentra su fuente en la naturaleza, las leyes civiles, el edicto del pretor o los tribunales).¹⁰⁰

Argumentando más en favor de la idea anterior, nos dice más adelante:

Se notará que este significado antiguo de la palabra *ius* (es decir, lo justo) no encuentra su exacto correspondiente en nuestro actual sistema de pensamiento. Para nosotros, el término derecho evoca, sea el significado objetivo, la ley, sea el derecho subjetivo, pero no normalmente lo justo

los Para una exposición sintética de la aparición y evolución del derecho subjetivo, Cfr. SCHOUPE, J. P., "La concepción realista del derecho", en *Persona y Derecho 11*, Pamplona, 1984, p. 555 ss.

loe Villey, M., "Les origines de la notion de droit subjetif", en *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, París, 1962, p. 229. Cfr. tb. trad. cast., A. Guzmán Brito, en *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1976, p. 34 ss.

(*aequum, bonum aut utile*). La doctrina expresada por Paulo, Ulpiano o Gayo corresponde a aquella de Aristóteles, cuando define lo justo; o a aquella de Santo Tomás cuando trata del significado del término *ius*."¹⁰⁷

Posteriormente, y en el mismo escrito que venimos citando, señala el profesor parisino:

Si el *ius* es aquello que es justo (objetivamente), hay un justo de cada cosa y de cada persona: precisamente, el estatuto jurídico, el lugar preciso que en el orden general la Justicia de cada uno, el cual no consiste del todo en esa ventaja, en esa facultad, en ese poder que nosotros llamamos derecho.¹⁰⁸

Finalmente, señala, al referirse a las expresiones del derecho subjetivo que "no hay ningún término romano que corresponda a derecho real, ninguna definición romana de un pretendido derecho de propiedad; ninguna palabra que signifique verdaderamente derecho de crédito. En todo caso, sólo el término *ius*".¹⁰⁹

En este orden de ideas, Villey viene a señalar que lo que ahora conocemos como derecho subjetivo tuvo su origen en el siglo *xiv*, específicamente en el Nominalismo con su predecesor Guillermo de Ockham, quien en su obra *Opus nonaginta dierum*, al referirse a los bienes de la Orden franciscana, sustituyó la *res justa* por la *potestas*. Esta obra fue escrita a propósito de la disputa acerca de la pobreza franciscana, que enfrentó a la facción de los franciscanos "espirituales" con el papado.¹¹⁰

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 234, trad. p. 38.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ "Los franciscanos espirituales—y con ellos Ockham—defendían que, por la pobreza que debían vivir, sólo tenían el uso de las cosas, sin ningún

En dos de sus escritos, Villey confirma la idea anterior; en el primero de ellos establece:

(...) los primeros análisis claros del derecho subjetivo emanan de ese grupo de autores de la Escolástica tardía a quienes se ha reconocido hoy día como los auténticos precursores de la filosofía moderna (...). Después de Duns Scoto, Occam, seguido de muchos otros, abrió el combate decisivo en contra de Aristóteles y de Santo Tomás (...) Occam (yo no conozco hasta la fecha textos anteriores), argumentando sobre la pobreza franciscana y buscando con esta ocasión la esencia del derecho de propiedad, analiza, con fuerza y precisión, el derecho como libertad, un poder, una *potestas... rem temporalem... vindicandi et omnimodo... pertractandi* (potestad... de vindicar y, en todo caso... de manejar... una cosa de orden temporal), también definía el *jus utendi* (derecho de usar), el *jus poli* (derecho emanado del cielo), y el *jus fort* (derecho emanado de la sociedad humana) usando la palabra *potestates* (potestades).¹^{et}

derecho. La raíz de la cuestión estribaba en la pretensión de los espirituales de poder usar de las cosas de las que tenían necesidad —desde los bienes consumibles como la comida o el vestido, hasta los bienes no consumibles como los inmuebles donde albergarse— sin ninguna clase de derecho. Fácilmente se observa que esta pretensión resulta imposible, si se parte de que el derecho es la cosa justa —noción que está en el trasfondo de la argumentación de los curiales del Papa— pues siendo la cosa derecho, todo uso de la cosa que sea jurídicamente correcto, justo, —no abusivo o injusto—, es inseparablemente un uso de derecho: el derecho de uso, o sea, el uso como derecho". HERVAOA, J., *Lecciones propedeúticas de filosofía del derecho*, Eunsa, Pamplona, 1992, pp. 239-240. Un interesante desarrollo de la problemática suscitada entre la orden franciscana y el poder papal que viene a cambiar el modo tradicional de entender el derecho en: GROSSI, P., *Il dominio ele cose, percezioni medievali e moderno dei diritti reali*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 123 ss.

¹ VILER, M., "Les origines de la notion de droit subjectif", en *Lecons d'histoire...* op. cit., p. 241 ss. Cfr. tb. trad. cast. A. Guzmán Brito, *Estudios en torno...* op. cit., pp. 46-47.

En el segundo escrito establece:

Para ser más precisos sostendré que la cuna del derecho subjetivo fue la Orden franciscana (...) y entre los monjes franciscanos de comienzos del siglo xlv, Guillermo de Occam, fundador del Nominalismo, es decir de una filosofía individualista (...) es quien podría ser llamado padre del derecho subjetivo.¹¹²

Con los anteriores testimonios vemos cómo las referencias que Villey nos presenta nos sirven para mostrar que el derecho subjetivo es una noción relativamente nueva, producto de la tardía Edad Media y antesala del mundo moderno, donde con mayor resonancia se arraigó a la cultura jurídica de nuestro tiempo. Sin embargo, lo más importante a destacar de toda esta referencia, es sin duda el cambio radical que implica la sustitución del derecho objetivo o *res fusta* por la de derecho subjetivo o potestad individual. Con dicho reemplazo, la forma clásica de entender el derecho se vería relevada por otra noción distinta a ésta.

La concepción clásica del derecho, heredada del mundo romano para después continuar siendo cultivada por buena parte dula escolástica," cons'stía precisamente en saber

¹¹² VILLEY, M., "La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam", en *Archives de philosophie d'zi droit* 9, París, 1964, p. 98. Cfr. tb., trad. cast. R. Le Roy, en *Estudios entorno... cp. cit.*, p. 152. Cfr. tb., "Prolegomènes à l'étude du droit subjectif chez Guillaume d'Occam" en *Cours d'histoire de la philosophie du droit*, Les Cours de droit, París, 1962-63, pp. 226 ss.

¹¹³ "El derecho romano fue adoptado por todas partes como el Derecho por antonomasia de la comunidad jurídica humana; es decir, tenía para ésta fuerza, autoridad y tradición de *Derecho natural*, y ocupó también en el plano total del pensamiento del medievo el lugar de una ética jurídica autoritaria. En efecto, al derecho romano apelan no sólo la jurisprudencia medieval, sino también la teología moral y la Escolástica, desde que los decretalistas derivaron precisamente de las Instituciones y de las Pandectas la idea de un *ius naturale* originariamente extraño a la Teología". WIEACKER,

dar a cada hombre lo suyo; o sea, qué era lo que le correspondía a cada uno en el marco de las relaciones humanas. A eso que correspondía a cada uno lo llamaron *ius* o derecho de cada uno y a la ciencia que consistía en saber averiguar el *ius* o derecho de cada uno le dieron el nombre de *ars iuris* o arte del derecho. Este *ius* era lo justo, lo que justamente era atribuible a cada uno. Y la virtud de obrar así constantemente fue llamada *iustitia* o justicia: "*iustitia est constan et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*".¹⁵

Ya anteriormente, Aristóteles había señalado en el libro V de la *Ética a Nicomaco* que "todos están de acuerdo en llamar justicia ala disposición en virtud de la cual los hombres practican lo que es justo, obran justamente y quieren lo justo (...)".¹⁶ Más adelante el Estagirita reiterará esta idea estableciendo:

La justicia es la virtud por la cual se dice del sujeto que practica deliberadamente lo justo y que distribuye entre él mismo y otros, o entre dos, no de manera que de lo bueno él reciba más y el prójimo menos, y de lo malo a la inversa, sino proporcionalmente lo mismo, e igualmente si distribuye entre otros dos."

Tomás de Aquino ya también había establecido que

lo primero de la justicia, dentro de las virtudes, es ordenar al hombre con las cosas que están en relación con el otro.

F., *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*, trad. cast. Francisco Fernández Jardón, Aguilar, Madrid, 1957, p. 35.

¹¹⁴ HERVADA, J., *Introducción crítica al derecho natural*, 7a ed., Eunsa, Pamplona, 1993, p. 15.

¹⁵ Digesto. 1, 1, 10.

¹¹⁶ Aristóteles, *Ética a Nicomaco*, V, 1, 1129 a. trad. cast. J. Marías y M. Amino, 6a. ed., Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1994, p. 71 ss.

¹⁷ *Ibid.*, V 5, 1134 a, p. 79.

Implica, en efecto, cierta igualdad, como su propio nombre manifiesta (...) la igualdad se establece en relación con otro (...) En cambio, lo recto que hay en el acto de justicia, aun exceptuada la relación al agente, se distribuye por relación a otro sujeto; pues en nuestras acciones se llama justo a aquello que, según alguna igualdad, corresponde a otro, como la atribución del salario debido por un servicio prestado.

Por consiguiente, se llama justo a algo, es decir, con la nota de la rectitud de la justicia, al término de un acto de justicia, aun sin la consideración de cómo se hace por el agente (...). Y, por eso, el objeto de la justicia, a diferencia de las demás virtudes, es el objeto específico que se llama lo justo. Ciertamente, éste es el derecho. Luego es manifiesto que el derecho es el objeto de la justicia.¹¹⁸

Y al definir la justicia el aquinate señala que "ésta es el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada uno su derecho. ¹¹⁹"

Según se deduce de las ideas anteriormente expuestas, el mundo antiguo y medieval, es un mundo objetivo y natural en el cual bienes y personas se insertan, y del cual es posible descubrir la parte justa del todo que corresponde a cada sujeto (derecho natural); esta parte justa es el *ius*, de modo que la tarea del jurista, del legislador, del juez es un *suum his cuique tribuere* (atribuir a cada uno su derecho) en donde lo que se atribuye es precisamente aquella parte justa: *id quod est* (aquello que es justo) o, como diría Santo Tomás, la *ipsa res iusta*, la cosa justa misma que a cada uno corresponde en el orden natural y objetivo de bienes.¹²⁰

¹¹⁸ Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, II-IIae, q. 57, a. 1. c. Para un estudio pormenorizado de la noción aristotélico-tomista del derecho, cfr. LACHANCE, L., *Le concept de Droit selon Aristote et Saint Thomas*, 2.a. ed., Du Lévrier, Ottawa-Montreal, 1984.

¹¹⁹ *Ibid.*, q. 58. a. 1. c.

¹²⁰ Cfr. GUZMÁN BRITO, A., *Presentación de los "Estudios en torno a la*

Démonos cuenta, entonces, cómo en el discurso jurídico romano el acento fue puesto sobre lo objetivamente justo en el marco de la sociedad política, y en el medievo ese acento se desplazó hacia lo debido u obligatorio en ese mismo marco; en la modernidad, el énfasis —y a veces la exclusividad— de la perspectiva jurídica se ha centrado sobre el sujeto individual y sus prerrogativas o intereses.¹²¹

3. *Concepción moderna del derecho*

Con la aparición del derecho subjetivo cambia la forma de entender el derecho. Ahora este concepto es entendido como un atributo, una facultad, una potestad o poder que el individuo posee. De este modo, las ideas de Ockam y toda su reflexión posterior, fueron el caldo de cultivo para esta nueva conceptualización del derecho.

Así, el otro momento importante en el desarrollo de este enfoque, y al que en esta ocasión no estudiaremos en detalle, lo constituye la escuela moderna del derecho natural, también llamada escuela iusnaturalista racionalista, la cual entiende que el punto de partida del derecho ha de ser el individuo independiente y libre, y que por tanto el dere-

noción de derecho subjetivo de Michael Villey", Ediciones universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1976, p. 16. Puntualizando más la concepción clásica del derecho, nos dice Villey que "El vocablo Derecho originariamente se empleó para significarla misma cosa justa. Más tarde derivó hasta denominar el Arte con que se discierne qué es lo justo; después, hasta designar el lugar donde se administra el Derecho (...), finalmente también se llama Derecho a la sentencia dada por aquel a cuyo ministerio pertenece administrar justicia (...)". VILLE;, M., "Les origines de la notion de droit subjectif", en *Leons d'histoire... op. cit.*, p. 230.

¹²¹ Cfr. MASSINI, C. I., *La Filosofía del derecho. El Derecho y...*, op. cit., p. 13.

cho tenía que ser considerado como aquella actividad racional que hace posible y garantiza tal libertad e independencia individual. Lógicamente, desde este planteamiento el derecho —valga la redundancia— consiste en *derechos*, ya que en él no hay lugar para afirmar originariamente ninguna limitación a la libertad del individuo, es decir, ningún deber.¹²²

Kelsen, por su parte, ha venido a completar la noción anterior diciendo que

cuando el derecho tiene carácter subjetivo, es necesariamente un derecho a la conducta ajena, o sea, a la conducta a la que está jurídicamente obligado. El derecho subjetivo —continúa Kelsen— presupone un deber jurídico de otra persona.¹²³

En este orden de ideas, la definición de derecho subjetivo que más ha arraigado en la cultura jurídica moderna es la que el propio Kelsen¹²⁴ critica, cuando al definir la naturaleza de éste señala: "la esencia del derecho subjetivo se encuentra en el hecho de que una norma jurídica otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar, mediante la

¹²² Cfr. CARPINTERO BENÍTEZ, E., *Una introducción a la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 43-44. En esta ocasión, no nos referiremos en profundidad a la influencia que el derecho natural de corte racionalista trajo para la cultura moderna, dicho influjo será objeto de estudio de un posterior artículo que viene a completar el presente. En todo caso, si el lector pretende hacer un estudio más detallado, le sugerimos la bibliografía que Francisco Carpintero maneja en el libro arriba citado.

¹²³ KELSEN, H., *Teoría general del derecho y del estado*, 3a. ed., trad. E. García Maynez, UNAM, México, 1990, p. 87 ss.

izo Jellinek había definido ya con anterioridad el derecho subjetivo diciendo que éste "é la potestá di volere che ha l'uomo, riconosciuta e protetta dall'ordinamento giuridico, in quanto sia rivolta ad un bene o ad un interes". JELLINEK, G., *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Società editrice libreria, Milano, 1912, pp. 49-51.

acción, por el incumplimiento de una obligación".¹²⁵ Determinando con esto que el derecho subjetivo será tal si existe una norma jurídica que lo reconozca, es decir, sólo si está consignado en un orden jurídico positivo y si, por otra parte; existe un órgano jurisdiccional que pueda hacer valer tal derecho en el caso de ser transgredido.

Sólo cuando el orden jurídico confiere tal poder jurídico, encontramos en el derecho el sentido subjetivo diferente de la obligación jurídica, un derecho en sentido técnico, consistente en un poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de la obligación. El ejercicio de este poder jurídico es ejercicio del derecho en el sentido propio de la palabra.¹²⁶

Pero veamos con más detenimiento la naturaleza y contenido del derecho subjetivo.

4. *Contenido del derecho subjetivo*

La moderna concepción del derecho subjetivo se integra por varios elementos o características que lo identifican como tal, a saber: por una parte, los sujetos de la relación jurídica que se establece, es decir; el sujeto titular de la facultad o poder y la persona obligada, o sea, el individuo en quien recae la obligación de cumplir con un deber; por otra parte, el segundo elemento que queremos señalar es la relación misma, es decir, la facultad o poder que genera una obligación o un poder recíproco; en tercer lugar, para ser considerado el derecho como derecho subjetivo, tiene

¹²⁵ KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, trad. R. Vernengo, UNAM, México, 1981, p. 148.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 147.

que existir un orden jurídico (el llamado derecho objetivo) que se traduce en una norma jurídica por la que se reconoce la facultad de uno de los sujetos y el deber jurídico del otro; finalmente, podemos desprender del anterior elemento la existencia de un "órgano" capaz de dilucidar el conflicto que puede presentar la eventual falta de cumplimiento de la relación planteada entre los sujetos reconocidos por la norma jurídica. De manera sintética y bajo el riesgo de trivializar el contenido del derecho subjetivo, éstos son los elementos a través de los cuales podemos caracterizar dicho derecho.

4.1. Sujetos jurídicos: titular del derecho y sujeto obligado

Se enuncia como primer rasgo característico del derecho subjetivo a los sujetos que intervienen en la relación. Por un lado, se encuentra el titular del derecho, aquel que detenta el poder, la ventaja o la facultad que la persona tiene sobre una cosa. En este sentido, y según hemos podido constatar en líneas precedentes, el *ius* era la cosa justa adeudada a las personas y por la que en términos de justicia, se debía a cada uno lo suyo, lo que le correspondía. Dicha concepción ya no corresponde con la visión actual del derecho, según la cual éste pasa al poder o ventaja del individuo, trasladándose la noción objetiva del derecho a la concepción subjetiva del mismo (derecho subjetivo) contraponiéndose a la vez.

Para el caso de los derechos humanos, ya no es el derecho que se le debe a la persona como cosa justa (derecho a la vida, integridad física, al pensamiento, religión, etc.), sino el poder o ventaja que la persona tiene sobre la cosa.

Observar sólo las facultades o poderes que los hombres tienen para sí, nos tiene que llevar necesariamente a colocarlo en oposición, o mejor dicho, en contraposición al resto de potestades que las demás personas hacen suyas, concibiendo de esta manera a la persona como un hombre aislado y en contra de todas las demás personas. De acuerdo con este modo moderno, el derecho deja de concebirse como la justa partición, para pasar a ser una determinación de derechos subjetivos, de poderes inherentes a los individuos.¹²¹ Se crea un estado en el que el hombre es la fuente de todos los derechos, amo y señor de todo el universo jurídico, donde sus exigencias son la fuente de los derechos subjetivos.

En forma complementaria a este primer elemento tenemos al sujeto obligado, aquel que ha de manifestar una conducta, de acción u omisión, frente a otro. Kelsen dirá que el derecho subjetivo va a determinar siempre el deber jurídico de otra persona.¹²⁵ De modo que dicha noción tiene existencia si, y sólo si, existe un sujeto obligado a cumplir con determinada acción u omisión. Al respecto, nos dice Kelsen:

Mi libertad jurídica es siempre la sujeción jurídica de otro, y mi derecho subjetivo es en todo caso el deber jurídico de otra persona distinta. Tengo derecho subjetivo de hacer algo o de abstenerme de hacer algo sólo porque o en cuanto otro tiene el deber de no impedirme que lo haga o deje de hacerlo (...). No hay derecho subjetivo en relación con otra persona sin el correspondiente deber jurídico de otra. El contenido de un derecho subjetivo es en última instancia el cumplimiento del deber de otro sujeto.¹²⁹

¹²⁷ Cfr. GUZMAN BRITO, A., *Presentación de los Escritos...* op. cit., p. 18.

¹²³ Cfr. KELSEN, H., *Teoría general del Derecho...* op. cit., p. 87.

¹²⁹ *Ibid.*, p.88.

En el campo de los derechos humanos, si aceptamos que éstos deben ser definidos como derechos subjetivos, tendríamos que admitir también que la existencia de los mismos dependería de la actuación (positiva o negativa) de otra persona; de este modo, el reconocimiento de un derecho no se da por el bien propio (en el sentido objetivo de la cosa), sino por la intervención o participación de otro sujeto, trasladando con esto el derecho al deber jurídico que a otra persona corresponde realizar.

4.2. Norma jurídica

En esta rápida aproximación que venimos haciendo a los elementos que integran el derecho subjetivo, tenemos que referirnos al que, quizá, refleje con más claridad la moderna forma de entender el derecho: me refiero al tema de la norma jurídica integrante del orden jurídico.

Se sabe perfectamente que la idea que flota en el pensamiento jurídico de hoy en día es la de que el derecho subjetivo sólo es tal en cuanto se encuentra reconocido en un ordenamiento jurídico, o sea, en una norma de dicho ordenamiento que reconozca la facultad correspondiente al titular y el deber u obligación jurídica contrapuesto. De lo anterior se desprende que el derecho subjetivo —tal y como lo señala Tamayo— presupone, siempre (como en el caso de la facultad o de la obligación), una fuente que lo establezca: un derecho (subjetivo) existe si, y sólo si, hay una fuente que determine su contenido y existencia, esta fuente es la norma jurídica. Nos dice este autor:

Por fuente (del derecho) entiendo aquellos actos por virtud de los cuales una disposición jurídica (i.e. norma jurídica) es válida y su contenido identificado. Como podría ser uno

o más actos legislativos, conjuntamente con otros actos, tales como la celebración de un contrato, la confección de un testamento, etcétera.¹³⁰

En otro lugar confirma la misma idea:

La existencia de una fuente (una norma jurídica) es una condición de la existencia de un derecho subjetivo; esto es, la existencia de una norma jurídica apropiada es condición necesaria para que X tenga derecho a 0. Dicho de otra forma: X tiene derecho a 0, si existe una norma que establezca (que le confiera) un derecho en tal sentido. Dicha norma constituye el único fundamento jurídico para que X tenga derecho a 0.¹³¹

Para concluir diciendo que

por todo lo anterior, participo de la creencia de que una apropiada explicación de los derechos (subjetivos) debe partir de una satisfactoria descripción de los actos que establecen derechos, esto es, debe partir de una satisfactoria descripción de las normas o disposiciones que confieren derechos subjetivos.¹³²

En relación con esta idea el propio Kelsen nos dirá:

El derecho subjetivo no se encuentra, como tampoco la obligación jurídica, situado frente al derecho objetivo como algo de él independiente. Se trata también, como en la

¹³⁰ TAMAYO Y SALMORÁN, R., *El derecho y la ciencia del derecho*, UNAM, México, 1986, p. 69. En este mismo sentido cfr. tb., RAZ, J., *The authority of law. Essays on law and morality*, Clarendon press, Oxford, 1979; trad. cast. R. Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 1982, p. 67 ss.

¹³¹ TAMAYO Y SALMORÁN, R., voz "Derecho subjetivo", en *Diccionario jurídico mexicano*, 2a. ed., UNAM, México, 1987, p. 1043.

¹³² TAMAYO Y SALMORÁN, R., *Derecho y ciencia... op. cit.*, p. 69.

obligación jurídica, de una norma jurídica que faculta a determinado individuo. Que ese individuo 'tenga' un derecho subjetivo, es decir, que 'tenga' determinado poder, significa solamente que una norma jurídica hace de determinada conducta de ese individuo la condición de determinadas consecuencias (...), la esencia del derecho subjetivo, cuando es más que el mero reflejo de una obligación jurídica, se encuentra en el hecho de que una norma jurídica otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar, mediante una acción, por el incumplimiento de una obligación.¹³³

Con lo que acabamos de señalar, podemos darnos cuenta cómo hasta en tanto el derecho subjetivo no sea reconocido por el ordenamiento jurídico, la calidad de tal no se corresponde. De este modo, se hace radicar la existencia del derecho subjetivo, y por tanto del derecho en general, en el reconocimiento de éste por una norma jurídica.

No estaríamos en desacuerdo con las anteriores afirmaciones si se considerara a la norma o al conjunto de normas jurídicas en relación directa con la cosa debida en justicia; es decir, si las normas jurídicas fueran sólo aquellas que impusieran una conducta justa, no una conducta necesaria para el perfeccionamiento de cada individuo, sino una conducta que es obligatoria porque constituye una deuda de justicia conmutativa, distributiva o legal.¹⁴

¹³³ KELSEN, H., *Teoría pura...* *op. cit.*, p. 148. En otra parte el propio Kelsen señala que "un derecho subjetivo es, la norma jurídica en relación con aquel individuo que debe expresar su voluntad para el efecto de que la sanción sea ejecutada". Y más adelante dice: "el derecho subjetivo es, como el deber jurídico, la norma de derecho en su relación con un individuo designado por la misma norma, o sea el acto potencial". HANS KELSEN, *Teoría general del derecho...* *op. cit.*, p. 97.

¹³⁴ Cfr. SCHOUBN, J. P., "La concepción realista del derecho", en *Persona...* *op. cit.*, p. 627.

Contrario a lo que algunos han pensado, el derecho no puede reducirse ni contenerse en lo puramente normativo. Llevar a efecto dicha reducción implicaría una visión parcial del derecho y el desconocimiento de la realidad misma que integra lo jurídico. Creo que si pongo un ejemplo daré razón de lo que quiero decir con lo anterior.

Pongamos el ejemplo del derecho de libertad de conciencia, reconocido éste en los artículos 20 y 30.2 de la Constitución española de 1978. En el caso de la legislación mexicana, ésta no establece en ninguna de sus normas (llámense constitucionales o reglamentarias) el derecho referido.¹³⁵ ¿Sólo porque no se inscribe en ninguna de las normas podemos decir que el médico no tiene derecho a oponerse a un aborto por razones de conciencia?, o que el joven que ha de cumplir con el servicio militar ¿no tiene éste derecho a negarse a cumplir con dicho servicio porque va en contra de su conciencia aunque dicho derecho no se encuentre regulado en ningún artículo constitucional?

Es importante darse cuenta de cómo un derecho, aunque en el texto constitucional no sea reconocido por una norma específica, no por esto deja de existir. Dicho derecho tiene subsistencia aunque no esté normativizado, porque el derecho es, no en razón del ordenamiento positivo, sino en razón de sí mismo. Y siendo un poco más ponderados, cabría la posibilidad de preguntarles a quienes piensan que el derecho es el conjunto de normas jurídicamente positivadas, qué su-

¹³⁵ En nuestra opinión, existen diferencias importantes que distinguen las libertades de conciencia, pensamiento y religión. Por esta distinción es que, desde nuestro punto de vista, el derecho consignado en el artículo 24 de la Constitución mexicana no puede ser considerado como derecho de libertad de conciencia. Para dicha distinción Ch. HERVADA, J., "Libertad de conciencia y error sobre una moral terapéutica" en *Persona y Derecho 11*, Pamplona, 1984, pp. 13 ss. Un estudio más detallado sobre esta distinción puede verse en: HERVADA, J., *Los eclesiasticistas ante un espectador*, Eunsa, Pamplona, 1993, pp. 183-224.

cedería con aquellos derechos que ahora son reconocidos por las constituciones de los Estados o por las declaraciones internacionales de derechos si mañana no son más reconocidos. En este supuesto, ¿dejarían de existir dichos derechos?

Éstos son, sólo a manera enunciativa, algunos de los riesgos de considerar derecho sólo a lo recogido por las normas jurídicas y de aceptar a éstas como fuente del derecho subjetivo.

4.3. Órgano jurisdiccional

El último de los caracteres identificatorios del derecho subjetivo derivado de lo anterior, es la existencia de un órgano jurisdiccional capaz de dirimir la controversia surgida por la transgresión de un derecho.

A este respecto podemos inferir, de lo dicho hasta ahora, que el derecho subjetivo contiene la autorización conferida al titular para reclamar su derecho. Dicho reclamo ha de venir precedido de un requerimiento mediante la interpretación de una demanda para que se ejecute tal derecho. "La pretensión que puede formularse en un acto jurídico sólo aparece cuando se puede hacer valer el incumplimiento de la obligación mediante una acción procesal o querrela".¹⁶ Y más adelante se determina:

Así, con todo, se define otro objeto distinto de aquel al que se refiere la teoría del interés, a saber, una autorización, un poder jurídico otorgado por el orden jurídico a un individuo. Aparece cuando, entre las condiciones de la sanción de una obligación jurídica, se encuentra una acción dirigida al órgano de aplicación en forma de una demanda o querrela para obtener la ejecución de una sanción.¹³⁷

¹³⁶ HANS Kelsen, *Teoría pura...* op. cit., p. 142.

¹³⁷ *Ibid.*, pp. 146-147.

Entonces ese órgano sólo podrá aplicar la norma jurídica general que corresponde —es decir, establecer la norma jurídica individual que enlace una sanción concreta al hecho ilícito concreto determinado por el órgano— si se presenta un pedido en ese sentido por parte del individuo facultado, el demandante o querellante, acción mediante la cual justamente se pondrá en movimiento el procedimiento que cumple el órgano de aplicación, esto es, el proceso judicial.' "

Como podemos darnos cuenta, la existencia de un órgano se deriva de los demás requisitos señalados. Sin embargo, cabe aclarar que dicho órgano en nuestra opinión sólo cumple una función formal dentro del derecho, es decir, el derecho no depende que dicho órgano lo reconozca, sino del derecho mismo. En este sentido, la tarea que el órgano realiza se traduce exclusivamente en determinar a quién corresponde la cosa, es decir, el derecho, quién es la persona a la que se adeuda la *res fusta* y a quién corresponde restituir la misma.

En este orden de ideas podemos incluso afirmar que la presunta coacción de la que es investido el órgano jurisdiccional para resolver una controversia tampoco puede dar existencia al derecho. Afirmar esto invertiría el proceso de creación del derecho: el derecho o la cosa justa existe primero porque es debida y sólo en razón de esta deuda se hace exigible o sancionable por el órgano.

Creemos que es de sentido común darse cuenta que un bien existe no porque se espere el reconocimiento del mismo por un agente externo (en el caso del derecho, la declaración de un tribunal), sino la existencia le viene dada por lo que el mismo bien es, es decir, por lo que el mismo derecho constituye.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 147.

Algo parecido sucede en el caso de los derechos humanos. Estos han de buscar su origen en la atribución que se hace de ellos a un titular como una deuda que le corresponde, haciendo con esto que dichos derechos, antes de ser exigidos, existan por la deuda reconocida a su titular. Damos cuenta con esto que la exigibilidad, a través de la sanción que un tribunal puede aplicar, no es sino una tarea formal de dicho órgano y no constitutiva del derecho.

Así, desde la perspectiva de la coacción o sanción (atribución del derecho subjetivo), tampoco pueden ser definidos los derechos humanos, porque la entidad de éstos no radica en la posibilidad de exigir ante un órgano la satisfacción de la obligación incumplida, o, si se prefiere, que autorice la puesta en marcha de un proceso tendente a obtener la relación jurídica adecuada frente a la violación del derecho. Lo primario y fundamental es concebir a los derechos humanos como deudas pertenecientes a las personas. "Esa cosa que es *suya* le es debida, y justamente esta calidad de deuda es lo que convierte a la cosa en un derecho".¹³⁹

5. *Derecho subjetivo vs. Derechos humanos*

Aunque ya hemos apuntado las principales objeciones que creemos pueden hacerse al derecho subjetivo como concepto de los derechos humanos, haremos un pequeño y breve resumen de las mismas sin entrar en mayores detalles de lo ya antes expuestos.

a) La primera objeción resulta clara. La concepción moderna del derecho como derecho subjetivo hace radicar en

¹³⁹ ScHourtc, J. E, "La concepción realista del derecho", en *Persona y...* op. cit., p. 623.

el individuo un poder o una facultad que éste tiene sobre una cosa. Ya no es más el derecho como cosa justa, sino la ventaja que tiene el individuo sobre la *res fusta*.

Lo anterior ha traído como consecuencia un nuevo derecho propio de mundo liberal, de corte más bien individualista y personalista. Este derecho se traduce en la libertad del individuo, su libertad plena e íntegra, convirtiendo el deber o deberes sociales (concepción antigua del derecho) en la libertad o poder atribuido al individuo. Así, Michel Villey ha señalado que esta primera consecuencia de entender el derecho —y por tanto también los derechos humanos— "ha sido producto del egoísmo y de la incultura, nos dice que restringidos los horizontes intelectuales para cada sujeto, a las dimensiones de sus apetitos, es natural que cada uno piense cada cosa en función de su yo, que capte al servicio de su yo, lo que debería ser concebido en función del interés común, y que lo acomode a las necesidades de su egoísmo".¹⁴⁰ De este modo, el derecho es visto entonces como un interés particular en beneficio individual y en perjuicio del bien común y del orden público. Buscando asegurar al individuo las condiciones de una vida libre y plenamente individual; asegurándole, tanto como sea posible, las libertades y los poderes a los que el individuo aspira.

b) Una segunda consecuencia parece advertirse inmediatamente. Esta se encuentra en estrecha relación con la anterior y puede decirse que es producto de ella.

Si, como dijimos, la concepción moderna del derecho consiste en caracterizar a éste como producto de un poder individual, de una ventaja personal, es fácil darse cuenta que esto, a su vez, implicaría necesariamente el menoscabo del

140 VILLEY, M., "La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam", en *Archives de philosophie du droit* 9, Paris, 1964, p. 97. Cfr. tb., trad. cast. R. Le Roy, en *Estudios entorno... op. cit.*, p. 151.

derecho de otra persona. Ante la exigibilidad de un derecho se contraponen el campo de acción o de actuación de otro sujeto en detrimento, por supuesto, de este último. De este modo, los poderes de uno se van fraccionando y se va defendiendo con más energía la parte del poder o derecho que le corresponde, trayendo como consecuencia lógica "el desplazamiento del derecho en infinidad de derechos usurpados por el interés de los particulares".¹

Lo que podría esperarse de lo anterior no es la concepción del mundo jurídico como equitativo y justo, sino más bien poco solidario e individualista, alejándose con esto de la *fraternité, égalité y liberté* que dieron origen a la concepción de los derechos humanos.

c) Si bien es cierto que las dos conclusiones anteriores son a las que llega Villey en sus escritos, podemos nosotros desprender dos más que en nuestra opinión completarían las mismas y pondrían en tela de juicio la compatibilidad de las expresiones "derecho subjetivo" y "derechos humanos".

Si el derecho ya no es más la cosa justa sino el poder detentado por el individuo, es fácil inferir de esto, que llevado dicho individualismo a grado extremo, o sea, a considerar al hombre como causa y medida del derecho, podría conducirnos a un relativismo jurídico de graves consecuencias para los derechos humanos. Estos ya no serían más las deudas debidas a las personas, sino el interés individual y singular de exigir su particular derecho. Y en el supuesto de que exista un consenso para aceptar ciertos derechos como válidos, éstos mismos dejarían de ser tales si se rompiera dicho consenso, o, si se acordara otro tipo de derechos incluso contrapuestos a los anteriores.

VU. LEY, M., "Les origines de la notion de droit subiectif", en *Lecons d'histoire...* op. cit., p. 241. Cfr., tb., trad. cast., A. Guzmán Brito, *Estudios entorno...* op. cit., p. 45.

Parece que lo que decimos no suena tan descabellado si volteamos la vista y nos percatamos de lo que, incluso, en el discurso de los derechos humanos sucede hoy en día. Las reivindicaciones de los más diversos tipos, expuestas en los más diversos lugares, nos dan razón de esto. Dichas exigencias por su presunto "derecho-poder", se contraponen muchas veces unas con otras. Piénsese por ejemplo en el derecho a la vida y en el derecho que se exige a tener una muerte digna (nos referimos al caso de la eutanasia); o recuérdense, por ejemplo, los problemas ocasionados por el derecho de información y el de expresión y el derecho a la intimidad de las personas, o el derecho de los homosexuales para contraer matrimonio o adoptar hijos y el derecho del menor de ser educado en un ambiente moralmente sano, etcétera. Es tan ambiguo el derecho que se presta a tantas confusiones?

Démonos cuenta cómo el poder individual que propugna el derecho subjetivo nos puede colocar ante un relativismo del derecho; y en el caso que venimos comentando, ante un relativismo de los derechos humanos, trayendo como consecuencia lógica la defensa a ultranza no del derecho, sino de los derechos particulares. De este modo la cultura relativista que hoy está muy de moda y que se esconde bajo la fórmula de que "el hombre es la medida de todas las cosas", nos puede llevar a extremos como los señalados anteriormente.

Si, como dijimos, es probable que con el derecho subjetivo se llegue a un cierto relativismo en los derechos humanos, parece consecuencia clara que hablar de un fundamento de los mismos carecería de toda validez. Pues éste no puede radicar en el relativismo. No sería acertado hablar de fundamento de los derechos humanos, sino de distintos tipos de fundamentos.

Efectivamente, si el derecho se entiende sobre la base del interés, voluntad o poder del individuo, cabe esperarse que

sólo este interés, esta voluntad o este poder sean para el individuo un fundamento más que suficiente para justificar su derecho, reduciendo con esto el carácter universal de dichos derechos a la pretensión de un interés particular. Ya no son más los derechos que pertenecen a todos los hombres de manera universal, sino la *potestas* de una persona o de una colectividad de ellas en detrimento de otra u otras. El pretendido fundamento universal se convierte de esta forma en un fundamento particular, individual y por tanto relativo.

d) La última de las incompatibilidades que queremos dejar anotada, aparte de las ya mencionadas, es la relativa a los problemas que presenta el normativismo propio del derecho subjetivo.

Resumiendo lo ya expuesto en líneas anteriores al tratar este tema, diremos que aceptar el normativismo como forma de entender el derecho nos conduciría a admitir como derechos humanos sólo a aquellos que encuentran reflejo en el orden jurídico, es decir, en las normas jurídicas, excluyendo a todos aquellos que no estén reconocidos en dicho ordenamiento. De este modo, la existencia y validez de dichos derechos dependerían de lo que las normas jurídicas dispusieran, confiriendo a la voluntad de las personas o de los legisladores la consideración de dichos derechos.

6. *Recapitulación y propuesta*

Llegados a este punto, parece necesario hacer unas últimas precisiones sobre la noción de derecho subjetivo que resuman nuestra postura al respecto y dejando sentadas las bases de un análisis posterior sobre el tema.

Es evidente que la noción de derecho subjetivo es, como lo hemos visto, una de las ideas que más ha arraigado en la

cultura jurídica contemporánea; prescindir de esta noción resultaría una tarea prácticamente imposible llevar a efecto. Sin embargo, la proliferación de dicha noción no nos excluye de realizar algunas precisiones al respecto, en aras de proponer una visión diferente para entender el derecho subjetivo.

La primera idea que nos parece ha de tomarse en consideración es la que tiene que ver con la exigibilidad. En esta noción, según creemos, se encuentra la problemática del derecho subjetivo. Hemos visto, a lo largo del trabajo, cómo esta idea implica para la cultura jurídica un poder, una facultad, que se traduce en el mundo jurídico positivo en una exigibilidad o coacción con la que cuenta el titular del derecho en el supuesto de que éste sea afectado.

Esto nos hace ver claramente que en el orden social, el derecho subjetivo actúa de tal manera que su existencia depende de esa exigibilidad o coacción por la que se pretende restituir el derecho, y la pregunta en este sentido sería: ¿de dónde le viene al derecho subjetivo la atribución para exigir tal facultad? Al respecto, alguna parte de la doctrina ha señalado que dicha atribución le viene dada por el orden objetivo, entendido éste como el orden jurídico representado a través de un conjunto de normas jurídicas.¹⁴² A esta postura con la que no estamos de acuerdo preguntaríamos: ¿de dónde proviene que la norma jurídica o el ordenamiento proteja al derecho?

¹⁴² Parece que ésta es la opinión compartida por aquellos que, directa o indirectamente, siguen los postulados kelsenianos, al considerar que "este derecho subjetivo no se encuentra, como tampoco la obligación jurídica, situado frente al derecho objetivo como algo de él independiente. Se trata también, como en la obligación jurídica, de una norma jurídica, que otorga un poder jurídico específico; de una norma jurídica que faculta a determinado individuo. Que ese individuo "tenga" un derecho subjetivo, es decir, que tenga determinado poder jurídico, significa solamente que una norma jurídica hace de determinada conducta de ese individuo la condición de determinadas consecuencias". KELSEN, H., *Teoría pura... op. cit.*, p. 148.

Parece claro que el derecho que protege la norma jurídica le viene dado por las exigencias propias del derecho o mejor dicho de los bienes protegidos por esa norma. Esos derechos, bienes, o si se prefiere llamar valores (aunque nosotros no estamos de acuerdo con dicha expresión) que protege la norma jurídica, es lo que hemos venido llamando cosa justa o lo que la doctrina clásica ha llamado derecho en sentido objetivo. De modo que sólo *a posteriori*, y con un carácter derivado surge la exigibilidad o coacción que el derecho subjetivo pregona y que en caso de violación del derecho se actualizará. Sólo en este sentido podríamos aceptar la afirmación de Dabin cuando dice:

Por su parte, el titular del derecho siempre tiene la facultad, que usará o no en virtud de su mismo derecho de disposición, de exigir el respeto, la no violación de su derecho: éste es el concepto de *exigibilidad*. Por hipótesis, la cosa es suya; directa o indirectamente, él es su dueño; debe tener el derecho de reivindicar o de defender aquello que le pertenece o que le corresponde. Y el sujeto obrará, del mismo modo y por la misma razón, contra los terceros que discutan su derecho y contra el deudor que, al negarse a cumplir lo debido, viola el derecho del acreedor sobre él. Sin embargo, la exigibilidad no es más que una consecuencia del derecho. Si el derecho lleva consigo necesariamente la facultad de exigir algo positivo o negativo de una o varias personas, no es ese "poder exigir" lo que constituye y define el derecho.¹⁴¹

Con lo anterior nos damos cuenta que de la cosa justa se deriva el poder de otro sujeto de realizar una conducta o de exigir el cumplimiento de lo imperado por la norma. En

¹⁴¹ DARIN, J., *El derecho subjetivo*, Revista de derecho privado, Madrid, 1955, p. 119.

este sentido coincidimos con la posición realista del derecho que expone Massini al decir que:

el derecho subjetivo no es sino una relación de permisión o pertenencia que se sigue de que una conducta resulte debida —deónticamente necesaria— en virtud de lo establecido por la ley. Es por lo tanto una realidad derivada, secundaria, que se sigue como consecuencia —necesaria pero consecuencia la fin— de la calidad de debida u obligatoria de una conducta jurídica; es consecuencia, no es fundamento o realidad primera sino que se explica y define sólo a partir del obrar humano justo imperado por la ley.¹⁴⁴

De este modo podemos aceptar la existencia del derecho subjetivo, si lo entendemos como una derivación secundaria de la cosa justa o derecho objetivo.

Lo anterior, si lo aplicamos al caso de los derechos humanos podremos darnos cuenta de que la exigencia del derecho subjetivo, tal y como lo hemos dicho tan repetidas veces, no fundamenta los derechos humanos, sino que lo que da existencia a los mismos son las exigencias de la cosa justa, o mejor dicho la idea de que existen bienes de las personas que representan deudas para otras. Sólo si fundamentamos estos derechos, estas cosas justas, en la naturaleza humana, podemos aceptar que derivadamente existe el derecho subjetivo.

La última consideración que queremos sólo dejar anotada y que ayudará a comprender nuestras anteriores afirmaciones, es que esas cosas justas que pertenecen al hombre y que llamamos derechos humanos tienen para nosotros su fundamento en lo que la tradición clásica ha llamado "ley natural". Ley ésta que no es sino "el conjunto de leyes ra-

¹⁴⁴ Nlas:am, C. L., *El derecho. Los derechos humanos y el valor del derecho*, Abeledo-Perrot, Argentina, 1987, p. 65.

cionales que representan el orden de las tendencias o inclinaciones naturales a los fines propios de ser humano, aquel orden que es propio del hombre como persona".¹⁴⁵ Pero esto será objeto de otro escrito.

¹⁴⁵ HERVADA, J., *Introducción crítica al derecho natural*, 7a. ed., Eunsa, Pamplona, 1993, pp. 144-145.

¿DERECHOS MORALES
O DERECHOS NATURALES?
UN ANÁLISIS CONCEPTUAL DESDE LA TEORÍA JURÍDICA
DE RONALD DWORKIN

1. *Planteamiento del problema*

Una de las expresiones que más fuerza ha cogido en los últimos tiempos y que ha servido para calificar a los derechos humanos es la de "derechos morales" o lo que en lenguaje inglés se conoce como *moral rights*. Con esta locución se viene a continuar la interminable polémica sobre la concepción de los derechos humanos que el positivismo jurídico había creído superada al considerar como derechos humanos aquellos que la legislación positiva concebía como tales, llámense estos derechos fundamentales, libertades públicas o derechos subjetivos.¹⁴⁶

Esta "nueva" noción con la que ahora se pretende llamar a los derechos humanos es la que, en palabras de alguno de sus seguidores, intenta superar el círculo vicioso en el que generalmente se ha encerrado el *iusnaturalismo* y el *iuspositivismo*.¹⁴⁷ Sin embargo, y a pesar de los diversos intentos que se han hecho por alcanzar dicho objetivo, parece que esa superación dista mucho de haber sido lograda. Hoy,

¹⁴⁶ Para un análisis de la problemática que encierra la pluralidad terminológica de los derechos humanos: Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 4a. ed., Tecnos, Madrid, 1991, pp. 22-50. Cfr. tb., BIDART CAMPOS, G. J., *Teoría general de los derechos humanos*, UNAM, México, 1993, *passim*. Cfr. PECES BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1991, pp. 19-33. Cfr. tb., SÁNCHEZ FERRIZ, R., *Estudio sobre las libertades*, Tirant lo blanch, Valencia, 1989, pp. 17-53.

¹⁴⁷ Cfr. Fernández, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1991, p. 109.

desde las más diversas posturas teóricas y con los más distintos argumentos, la disyuntiva: derecho natural vs. derecho positivo, parece ser inevitable.¹⁴⁸ En este sentido, el ejercicio teórico de cualquier estudioso del derecho impone cuestionarse sobre lo siguiente: ¿qué tan cierta es la pretendida superación que la noción "derechos morales" hace de las teorías *iuspositivistas* y *iusnaturalistas*? ¿Existe semejanza con alguna de estas dos teorías, o efectivamente nos encontramos ante una noción superadora de ambas?

Con las siguientes consideraciones nos proponemos exponer cuáles podrían ser los conceptos o mejor aún, el concepto con el que más se identifican los *moral rights*. Lo anterior lo pretendemos desarrollar a la luz del pensamiento de uno de los autores más reconocidos en el discurso filosófico-jurídico contemporáneo y quien ha sido además uno de los teóricos más proclives a entender los derechos humanos como derechos morales, nos referimos al sucesor de Hart en la cátedra la Universidad de Oxford, Ronald Dworkin.

2. *Ascendencia de los moral rights*

La locución *moral rights* proviene del pensamiento anglosajón, adquiriendo especial fuerza en la cultura jurídica de habla castellana. Entre los profesores de esta lengua que han preferido emplear la expresión *moral rights* para calificar a los derechos humanos están, por ejemplo, el profesor argentino recientemente fallecido Carlos Santiago Nino, quien en

¹⁴⁸ Sólo por mencionar dos de las posturas antagónicas sobre la concepción y entendimiento de lo que son los derechos humanos en el mundo anglosajón, cfr. FINMS, J., *Natural law and Natural rights*, Clarendon Press, Oxford, 1984, *passim*. Y DWORKIN, R., *Life's Dominion. An argument about abortion, Euthanasia and individual freedom*, Knopf, New York, 1993, *passim*.

nuestra opinión ha sido el que más y mejor ha explicado dicha idea en tal cultura.⁷⁴⁹ Al lado de dicho profesor y dentro de la misma escuela analítica de la filosofía jurídica, la doctrina española es quien también ha hecho suya dicha expresión y la ha empleado en sus argumentos."^o

Un análisis general de lo que significa la expresión *moral rights* nos tiene que llevar a decir que ésta, al intentar explicar el fundamento de los derechos humanos, lo hace radicar no en el derecho positivo sino en un dato prepositivo, anterior al derecho estatal y diferente del ordenamiento vigente; en definitiva, ese dato previo al que se refiere es de índole moral. En una "moralidad básica", como la llaman sus seguidores, es donde radica el fundamento de los derechos humanos o morales. El fundamento de estos derechos, por tanto, es axiológico-valorativo, en torno a exigencias que se consideran indispensables para asegurarle al hombre tener una vida digna. Son, en definitiva, exigencias derivadas de la idea de dignidad humana que merecen ser respetadas y garantizadas por el poder político y el derecho."¹⁵⁰

Lo anterior nos muestra las dos características que identifican el discurso jurídico-filosófico contemporáneo. Por

¹⁴⁹ De este autor cfr. p. ej., NINO, C. S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de su fundamentación*, Paidós, Buenos Aires, 1984, *passim*. Cfr. tb., NINO, C. S., *Introducción a! análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980, *passim*.

¹⁵⁰ Sólo por mencionar algunos autores españoles, podríamos citar: FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate Madrid, 1991; LAPORTA, E., "Sobre el concepto de derechos humanos", en *Doxa 4*, Alicante, 1987; Ruíz MIGUEL, A., "Los derechos humanos como derechos morales, ¿entre el problema verbal y la denominación confusa?", en *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989; Rojo SANZ, J. M., "Los derechos morales en el pensamiento angloamericano", en *Anuario de Derechos Humanos 5*, Madrid, 1988-1989; GUI SAN, E., "Una justificación utilitarista de los derechos humanos", en *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989.

¹⁵¹ Cfr. FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia y... op. cit.*, p. 107.

una parte, el explícito abandono del positivismo jurídico, tanto como método como ideología en la comprensión general del derecho como el propio Bobbio lo ha señalado;¹² y por otra, la puesta en evidencia de la estrecha vinculación entre el derecho y la moral que el formalismo jurídico, por vía de teoría pura del derecho, había pretendido separar.¹³ Esta última característica es sobre la que Dworkin ha insistir principalmente y sobre la cual haremos hincapié nosotros a to largo de este trabajo.

¹² Defensores radicales del positivismo jurídico parece que también van abandonando dicha teoría como forma de explicar el derecho. Al respecto el mismo Bobbio nos dice: "Admito que el positivismo está en crisis, no sólo como ideología y como teoría, como por otra parte, yo mismo había admitido, sino incluso como modo de acercarse al derecho. He comenzado diciendo que el positivismo nace como decisión científica. Permítaseme reconocer ahora que detrás de esta elección o decisión científica se esconde una exigencia política. Políticamente el positivismo supone la aceptación del *status quo*. Y en cuanto tal, está sujeto como todas las decisiones a sufrir los altibajos de la historia... Y de ahí que la concepción positivista resulte buena o mala, según que se considere buena o mala la situación a conservar". Y concluye del modo más impresionante con estas consideraciones: "Habíamos venido con la idea de concluir: ha muerto el positivismo, viva el positivismo. Creo que vamos a salir exclamando: Ha muerto el positivismo jurídico, viva el iusnaturalismo". BOBBIO, N., *Tavola rotonda sul positivismo giuridico*, Pavia, Milán, Giuffrè, 1966, p. 73.

¹³ Como regla general de los tiempos actuales podría decirse que la ruptura entre la Ética y el Derecho propuesta por la *Teoría Pura del Derecho* y la filosofía política moderna, son poco aceptables en los análisis científico y filosófico de las ciencias prácticas. Por irse a un extremo el propio Hart ha señalado los muchos y diferentes tipos de relaciones que se establecen entre el Derecho y la Moral; de este modo señala:

Así, no puede discutirse seriamente que el desarrollo del derecho, en todo tiempo y lugar, ha estado de hecho profundamente influido tanto por la moral convencional y los ideales de grupos sociales particulares, como por formas de crítica moral esclarecida, formulada por individuos cuyo horizonte moral ha trascendido las pautas corrientemente aceptadas (...).

HART, *The concept of law*, trad. G. R. Carrió, 2a ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 229.

En igual sentido y colocados dentro de la Filosofía jurídica latinoamericana, el profesor argentino Carlos Santiago Nino reconoce también dicha vinculación al aceptar la

existencia de al menos dos conexiones intrínsecas entre el derecho y la moral, una vez que se rechaza la existencia de una conexión de índole conceptual: la conexión justificatoria, que está dada por la necesidad de legitimar el derecho según principios morales para constituir razones para actuar, y la conexión interpretativa, que está dada por la necesidad de recurrir a consideraciones valorativas para transformar materiales jurídicos relevantes en proposiciones que puedan constituir aquellas razones.

Por otra parte uno de los más importantes representantes de la Teoría de la Argumentación Jurídica como lo es Robert Alexy, he reconocido igualmente la correspondencia entre el derecho y la moral. A la pregunta <hay relaciones necesarias entre el derecho y la moral?, Alexy respondería: "Mi tesis es que hay una relación conceptual necesaria entre el derecho y la moral que supone que el positivismo jurídico falla como teoría general"."

Son estas dos las notas identificatorias que representan no sólo a la filosofía jurídica de hoy sino igualmente a la filosofía política y moral de finales del siglo **xx**. Baste simplemente mencionar que autores como John Rawls,

¹⁵⁴ Cfr. NINO, C. S., "Derecho, Moral y Política", en *Crisis del derecho y sus alternativas*, Congreso organizado por el Consejo General del Poder Judicial, noviembre-diciembre 1992, p. 15.

¹⁵⁵ ALEXY, R., "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", en *Derecho y Moral*, Gedisa, España, 1998, p. 115.

¹⁵⁶ Cfr. Rawls, J., *A theory of justice*, The Belknap press of Harvard University, E.U.A., 1971. Del mismo autor cfr. tb., *Political liberalism*, trad. cast. S. R. Madero Báez, F. C. E., México, 1995, *passim*.

Norberto Bobbio,¹⁵⁷ A. Macintyre,¹⁵⁸ y el mismo Ronald Dworkin en su ya conocido libro *Foundations of liberal equality*¹⁵⁹, han venido interesándose cada vez más por abordar en sus estudios alguna de las consideraciones anteriores.

Como podemos observar, una de la viejas tesis propuestas por una parte del pensamiento jurídico y político, reaparece nuevamente y se coloca en el centro de la discusión teórica de finales del siglo **xx**.

Volviendo nuevamente a lo que venimos diciendo, insistimos en que la idea central de la expresión *moral rights*, tal y como lo hemos anunciado, señala que estos derechos encuentran su fundamento no en el derecho (nos referimos al derecho positivo) sino en la moral. De este modo se ha señalado que con "esta afirmación fundamental, los escépticos en materia ética podrán aceptar la tesis de que *los derechos humanos son derechos establecidos por principios morales*".¹⁶⁰ De este modo, cuando se habla de *moral rights*, en alusión a los derechos humanos, se está indicando una negación de todo fundamento jurídico de los derechos del hombre. El fundamento de estos derechos se encuentra en la Ética, en las exigencias que se presentan como indispensables para una vida digna del ser humano, pero estas mismas serían realmente "derechos" sólo hasta que se encontraran incorporados en un sistema de normas, es decir, en el derecho positivo. Antes de esta incorporación, los *moral rights* serían sólo eso: derechos morales. En este sentido, únicamen-

¹⁵⁷ Cfr. Bongo, N., *El futuro de la Democracia*, trad. cast. José F. Fernández Santillán, E. C. E., México, 1996, *passim*. Cfr. tb., Norberto Bobbio: *el filósofo y le política (autología)*, F.C.E., México, 1996, pp. 229-302.

¹⁵⁸ Cfr. MACINTYRE, A., *After virtue*, Notre Dame Press, Notre Dame, 1981, *passim*.

¹⁵⁹ Hay una traducción al castellano hecha por Antoni Domenech en ediciones Paidós de 1991 bajo el título de *Ética privada e igualitarismo político*.

¹⁶⁰ NIÑO, C. S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo... op. cit.*, p. 19.

te se hablará de derechos humanos cuando el derecho positivo así los formule."

Observemos cómo los seguidores de los *moral rights* aceptan, con la afirmación anterior, la estrecha vinculación entre lo jurídico y lo moral en la consideración general del derecho. Sin embargo, hay que hacer notar que, a pesar del nexo reconocido entre ambas disciplinas, parece que estos pensadores hacen una reducción del derecho al identificarlo con una características de éste: la coacción, ya que sólo mediante ésta se aseguraría la obligatoriedad de esas exigencias morales prejurídicas. Luego entonces, los derechos humanos, derechos morales o exigencias prejurídicas, carecerían de exigibilidad hasta en tanto no pasaran del plano puramente axiológico al terreno meramente coactivo.

3. *Definición y corrientes que aceptan los moral rights*

Algunos autores¹⁶¹ han señalado que se pueden distinguir dos corrientes diversas dentro de los pensadores españoles que se han referido a los derechos morales. En un primer grupo se incluyen aquellos teóricos que adoptan una posición iusnaturalista, abierta a la historia y por tanto flexible (entre los autores que se mencionan en esta primera postura se encuentran Pérez Luño y Eusebio Fernández); una segunda vertiente más racionalista, rechaza las dimensiones históricas y reivindica unos derechos morales universales, absolutos e inalienables (Francisco Laporta y Ruiz Miguel)."

Dicha diferenciación, en nuestra opinión, resulta un poco forzada si tomarnos en cuenta que en la cultura anglosajona existe una común identificación entre los *moral rights* y lo

¹⁶¹ Cfr. BIHALI CAMPOS, G. J., *Teoría general de los...* op. cit., pp. 79-80.

¹⁶² Cfr. PECES BARBA, G., *Curso de derechos...* op. cit., p. 29.

¹⁶³ Cfr. *Ibidem*.

que la tradición ha venido conociendo como derechos naturales, de modo que hacer alguna distinción puede parecer demasiado violenta. Hart hablando precisamente sobre dicha identificación se ha referido a ello al señalar: "Sostendré la tesis de que si hay derechos en el campo moral, entonces se sigue de ahí que hay por lo menos un derecho natural, a saber, el derecho igual de todos los hombres a ser libres".¹⁶⁴

Refiriéndose a este derecho, señala más adelante que

este derecho (se refiere al derecho igual de todos los hombres a ser iguales) es el que tienen todos los hombres en tanto que hombres y no únicamente si son miembros de cierta sociedad o se encuentran en alguna relación especial entre sí. Este derecho no es creado¹⁶⁵ conferido por la acción voluntaria de los hombres (...)

Finalmente, el propio Hart ha de establecer:

(...) lo típico es concebir los derechos como *poseídos* por o como *pertenecientes* a individuos, y estas expresiones reflejan aquella concepción de las reglas morales con arreglo a la cual éstas no se limitan a prescribir conducta, sino que además constituyen un tipo de propiedad moral de los individuos, a la que éstos tienen título en tanto que individuos; sólo cuando las reglas son concebidas de esta manera podemos hablar de *derechos y transgresiones (rights and wrongs)*, así como de acciones correctas e incorrectas (*right and wrong actions*)"

¹⁶⁴ Hart, H. L. A., "Are there any natural rights?", trad. cast., G. Carrió, en *Derecho y Moral, contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962, p. 65.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 66.

¹⁶⁶ *Ibid.*, pp. 77-78. Dentro de la propia cultura sajona John Finnis ha señalado que los derechos humanos o naturales son derechos morales de carácter general y fundamental, mientras que los derechos morales en sentido

3.1. Definición

No existe una definición de los *moral rights*, sin embargo, tomando las ideas expuestas por Hart, Nino reconoce, en términos parecidos a como lo hace el profesor de Oxford, que estos derechos son

aqueellos derechos individuales que los hombres tienen no por cierta relación especial con otros hombres, ni por ocupar determinado cargo o función, ni por ciertas particularidades físicas o intelectuales, ni por ciertas circunstancias en las que un individuo puede encontrarse, sino por el hecho de ser hombre. Siendo la propiedad de ser individuo humano la circunstancia antecedente que sirve de condición suficiente de estos derechos, todos los hombres tienen un título igual a ellos.¹⁶⁷

El mismo Nino, más adelante reconocerá que el reconocimiento de los derechos de las personas como derechos morales, no excluye que su reconocimiento genere derechos jurídicos paralelos, protegidos tanto en el ámbito internacional como nacional. Pero este reconocimiento jurídico no determina la existencia de los mismos, ya que "ellos incluyen pretensiones de que se establezcan normas jurídicas prescribiendo medios de protección de los derechos en cuestión".¹⁶⁸

estricto tienen un carácter particular y concreto. Cfr. FNNIS, *j.*, *Natural law and natural rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, pp. 198-199.

¹⁶⁷ Nwo, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 417. En este mismo sentido cfr. TRUVOL Y SE.RRA, A., *Los derechos humanos, declaraciones y convenios internacionales*, Tecnos, Madrid, 1984.

¹⁶⁸ Nwo, C. S., *Introducción al análisis... op. cit.*, p. 418.

3.2. Características

De lo hasta ahora señalado podemos destacar, en forma general, los siguientes caracteres identificatorios de los derechos humanos como derechos morales.

a) Con el término "derechos morales" se pretende describir la síntesis entre los derechos humanos, entendidos como exigencias éticas o valores, y los derechos humanos entendidos paralelamente como derechos.

b) Si consideramos lo anterior, tenemos que admitir también que el origen y fundamento de estos derechos nunca puede ser jurídico, sino previo a lo jurídico. El derecho, entendido éste en sentido formal, no crea los derechos humanos. Su labor consiste en el simple reconocimiento de tales derechos, convirtiéndolos en normas jurídicas garantizadas en el derecho positivo. Como lo señala Nino, "Los límites y la jerarquía de estos derechos depende de su fundamentación en cierta concepción de filosofía moral y política".¹⁶⁹

c) De lo anterior, solamente los derechos morales pueden ser considerados como derechos humanos. De este modo, el sustantivo "derechos" expresa la idea de que los derechos humanos están a caballo entre las exigencias éticas y los derechos positivos, pero también la necesidad de que para su auténtica realización los derechos humanos estén incorporados en el ordenamiento jurídico.¹⁷⁰

d) Podríamos también señalar como otra de las características de estos derechos morales la que señala Nino, la de considerar estos derechos como asociados a un cierto tipo de filosofía, la liberal, y a sus principios.¹⁷¹

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ Para la caracterización de los derechos humanos como derechos morales hemos utilizado el libro de FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia y...* op. cit., pp. 104-126.

¹⁷¹ Nwo, C. S., *Introducción al análisis...* op. cit., p. 419 ss.

4. *Ronald Dworkin y los moral rights*

Una vez expuestos someramente los rasgos identificatorios y la forma general en la que se entienden los *moral rights*, es oportuno analizar la concepción y argumentación que de estos derechos encontramos en la teoría jurídica de Ronald Dworkin.

Dworkin es actualmente sucesor de Hart en la cátedra de Jurisprudencia en la Universidad de Oxford y es igualmente uno de los pensadores más importantes, junto a John Rawls, de la filosofía jurídica y política de la cultura anglosajona.

La teoría de Ronald Dworkin acerca del derecho y la justicia es difícil de resumir y de analizar pues no es un autor que pueda ser considerado como defensor de una determinada teoría. Sin embargo, podemos comenzar caracterizando su postura a partir de tres notas que la identifican. Es, primero, una postura antipositivista. En este sentido Dworkin es considerado como crítico del positivismo jurídico y de su correspondiente el formalismo; segundo, es un crítico de utilitarismo propuesto por Bentham y Austin; tercero, Dworkin es un pensador que, contrario a los que algunos teóricos propugnan hoy en día acerca de la sustitución del liberalismo, él define y defiende la tesis propuesta por la filosofía liberal del conservadurismo que es quizá un liberalismo más moderado y por tanto menos radical.

4.1. Teoría jurídica

La teoría jurídica del profesor de Oxford comienza reconociendo que el derecho puede ser entendido al menos en tres sentidos:

a) en primer lugar, en cuanto tipo distinto y complejo de instituciones sociales, porque se reconoce que en determi-

nada sociedad existen algunos "rasgos" que hacen saber que en dicha sociedad hay derecho.¹⁷²

b) se entiende también al derecho como las leyes o reglas de derecho, como distintos tipos de reglas o normas con una índole especial de antecedente u orígenes.¹⁷³

c) por último, acepta igualmente que el derecho es fuente peculiar de la que emanan ciertos derechos, deberes, poderes y relaciones interpersonales.¹⁴

Para los efectos de este trabajo y por lo que a los derechos y deberes de la persona respecta, pondremos mayor atención en la tercera forma de entender el derecho, es decir, en aquella postura que asume Dworkin acerca de la necesidad que tiene el jurista de resolver o decidir un caso particular que le ha sido asignado.¹⁵ En definitiva, la teoría jurídica de Dworkin se coloca en lo que nosotros identificamos como decisionismo judicial.

En este sentido, Dworkin pretende hacer ver que en la decisión judicial, el jurista ha de echar mano de lo que constituye el universo jurídico, es decir, de normas, directrices y principios. Al respecto escribe el profesor de Oxford:

¹⁷² "Decimos que el Derecho es una de las más dignas conquistas del hombre, o que es un instrumento por el cual el poderoso oprime al débil, o que es más primitivo en unas sociedades que otras". DwoRKiN, R. (comp), *The philosophy of law*, trad. cast. J. Sáinz de los Terreros, F.C.E., México, 1980, p. 8.

¹⁷³ "La noción de ley o de norma jurídica como una clase determinada de normas presupone la idea de Derecho como institución social, porque sólo las normas promulgadas o elaboradas dentro de tal institución pueden ser verdaderas leyes. Cualquier teoría sobre el Derecho como institución es probable que incluya o sugiera una teoría sobre la esencia de las leyes". *Ibid.*, p. 12.

¹⁷⁴ "Los juristas utilizan proposiciones jurídicas para describir o declarar ciertas relaciones, en especial de derechos y deberes, dentro de la institución del Derecho, y cuando discrepan sobre estas relaciones discuten la validez de tales proposiciones". *Ibid.*, p. 14.

¹⁷¹ Esta teoría no sólo parece tener como objeto de análisis la actividad jurisdiccional, sino también la labor que llega a realizar el jurista al razonar y argumentar sobre el Derecho.

La estrategia se organizará en torno al hecho de que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas como tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otro tipo de pautas.¹⁷⁶

La anterior diferenciación la emplea Dworkin como una primera arma contra el positivismo, al señalar que éste reduce y simplifica el derecho de una comunidad al sólo conjunto de normas empleadas por la comunidad con el propósito de determinar qué comportamiento será castigado o sometido a coerción por los poderes públicos.¹⁷⁷

Según Dworkin, en este conjunto de normas jurídicas válidas se agota el concepto de derecho que el positivismo ha propuesto y que en la resolución judicial puede llevar a la discrecionalidad del juzgador; cuando no hay una norma que cubra claramente el caso de alguien, entonces, dice Dworkin, el caso no se puede decidir "aplicando la ley".

De la distinción hecha por Dworkin entre normas, directrices y principios, define a la directriz, o como él la llama, "directriz política", como "el tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad".¹⁷⁸ Por otra parte, distingue como principio "un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de *justicia*, de equidad o alguna otra dimensión de la *moralidad*".¹⁷⁹

¹⁷⁶ DWORKIN, R., *Taking rights seriously*, trad. cast. M. Gustavino, 2a. ed., Ariel, Barcelona, 1989, p. 72.

¹⁷⁷ Cfr., *Ibid.*, p. 65.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 72.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

Con la afirmación anterior, es claro que el profesor de Oxford acepta la estrecha vinculación entre el derecho y la moral y rechaza con esto la falsa pretensión positivista-formalista de la separación tajante entre estos dos órdenes normativos:

una concepción del derecho que niegue la separación absoluta entre el derecho y la moral, y que no acuda a principios de justicia material preestablecidos —como lo hacía el viejo *iusnaturalismo*— es una doctrina peligrosa. Y es peligrosa porque Dworkin demuestra que en la práctica jurídica de los tribunales, la distinción entre el derecho y la moral no es tan clara como lo sostienen los positivistas.¹⁸⁰

4.2. Diferencias entre principios y normas

La diferencia marcada por el mismo Dworkin entre principios jurídicos y normas jurídicas es lógica. 'Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan'.¹⁸¹ Mientras que las características de las reglas es que éstas son dadas y una vez que esto sucede la respuesta que dan tendrá necesariamente que ser aceptada. Por el contrario, y como el mismo Dworkin lo advierte, el principio es algo que debe tomarse en cuenta, y si éste resulta relevante servirá entonces para orientar la dirección de un conflicto en uno u otro sentido.

Otra distinción igual de importante que la anterior¹⁸² señala que entre los principios y las reglas o normas, éstos

¹⁸⁰ CALSAMIGLIA, A., "Ensayo sobre Dworkin". Prólogo a la obra: *Los derechos en serio... op. cit.*, pp. 8-11.

¹⁸¹ DWORKIN, R., *Taking rights... op. cit.*, p. 75.

¹⁸² Para un análisis detallado de las diferencias existentes entre normas y principios cfr. Vico, L. R., *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, pp. 170-172.

mantienen una dimensión de peso o importancia que las normas no tienen. Cuando existen principios en conflicto la decisión se toma en función del peso de éstos.

En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio y directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene.¹⁶³

Los principios hacen siempre referencia a la *justicia* y a la *equidad*. Las normas, o se aplican o no se aplican; en cambio, los principios le dan al juzgador razones "morales" para decidir en un sentido o en otro. Así, la labor del juez no se limita a la aplicación literal de lo establecido en el texto normativo, sino que permite que el juez pueda incluso desentenderse de dicha norma y emplear para su argumentación un principio que considere importante. El razonamiento jurídico, según Dworkin, invoca y utiliza principios que los tribunales desarrollan lentamente mediante un largo proceso de razonamiento y de creación de precedentes. Estos principios son específicamente morales. En consecuencia, el razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, en el sentido de que los principios morales juegan un papel muy importante en el razonamiento jurídico, especialmente en los casos difíciles. Y, por tanto, la tesis central del positivismo —la separación entre el derecho y la moral— es falsa; no se puede separar el razonamiento jurídico del razonamiento moral.

Tal y como desarrolla el tema de los principios, Dworkin sostiene que incluso en aquellos casos difíciles, éstos en-

¹⁶³ ILWORIIN, B..., Taking rights... op. cit., p. 78.

cuentan una solución correcta. Ante un caso extraordinario, es posible que no se pueda aplicar ninguna norma, sin embargo, esto no descalifica la posibilidad de aplicar para este mismo caso *un principio*.

4.3. Derechos morales preexistentes

Como se puede ver, aceptar la existencia y aplicación de principios en la resolución judicial tal y como se observa en la teoría de Ronald Dworkin, que es en el fondo, y según lo visto, un ataque frontal al positivismo jurídico, nos lleva igualmente a considerar que la tesis de los derechos humanos propuesta por la teoría positivista, es decir, aquella que considera la existencia de tales derechos sólo cuando éstos se encuentran previstos en las normas jurídicas, es también cuestionada con las afirmaciones anteriores.

Esto último lo deja igualmente ver en su obra:

El positivismo jurídico no acepta la idea de que los derechos puedan preexistir a cualquier forma de legislación; es decir, rechaza la idea de que a los individuos o a los grupos puedan adjudicárseles otros derechos que los explícitamente previstos en el conjunto de las normas explícitas que componen la totalidad de la jurisprudencia de una comunidad.¹⁵⁴

Para el positivismo jurídico, por tanto, los individuos tienen derechos legales sólo en la medida en que éstos han sido creados en virtud de decisiones políticas explícitas o de una práctica social explícita.¹⁸⁵

¹⁸⁴ En este mismo sentido señala más adelante que "gran parte de la oposición de la teoría dominante es consecuencia de una idea que promovió Bentham: que los derechos naturales no pueden tener lugar alguno en la metafísica que se precie de empírica". *Ibid.*, p. 36.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 37.

Contra esta postura, Dworkin sostiene *la existencia de derechos preexistentes* y a pesar de negar expresamente que su teoría pueda enmarcarse dentro de aquellas que aceptan elementos metafísicos, *admite que los individuos tienen derechos aun cuando éstos no estén positivados en ningún texto legal*. El anterior argumento parece vincularse más con postulados iusnaturalistas que explican igualmente la preexistencia de los derechos que a los postulados positivistas o puramente formalistas.

Sin embargo, la teoría propuesta por el profesor de Oxford pretende ir más lejos, y contrario a lo establecido por la filosofía utilitarista, reconoce que las personas gozan para sí de *ciertos derechos preexistentes* y que "ninguna meta colectiva puede ser razón justificatoria suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio".¹⁸⁷ En definitiva, dice Dworkin, "los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos".¹⁸⁸

4.4. Los derechos morales no son consensuales

Parece claro que la tesis anterior viene a reforzar la postura dworkiniana sobre la vinculación íntima entre derecho y moral, colocando además en tela de duda aquel intento de fundamentación de los derechos humanos que pretende encontrar éste en la aceptación generalizada de estos derechos.¹⁸⁹ De acuerdo con lo anterior, los derechos humanos

se *Ibidem*.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ La tesis de la fundamentación de los derechos humanos radicada en el consenso se le ha atribuido generalmente a Norberto Bobbio; sin embargo, Jacques Maritain había ya señalado con anterioridad que era posible hacer a

o derechos de las personas, jamás podrían ser sacrificados en nombre del bienestar colectivo, ni tampoco podrán dar paso a intereses, por más que éstos intenten justificar la arbitrariedad de sus decisiones; de este modo ni siquiera el consenso posibilitará la limitación de los derechos de las personas.

Es claro que desde este argumento, la tesis propuesta para fundamentar el derecho desde el consenso expuesta, entre otros autores, por Bobbio, queda sin operatividad por dos razones fundamentalmente: la subjetivización de los derechos a la que lleva pensar que sólo los derechos que acordemos sean derechos; y segunda, la aceptación de un argumento político (el consenso) como fundamento para justificar la existencia de los derechos de las personas.¹⁸⁹

En este sentido Dworkin rescata, para la filosofía del derecho y para la teoría general de los derechos humanos, un

un lado la fundamentación filosófica y buscar las coincidencias en las conclusiones prácticas. Bobbio retorna esta idea y textualmente señala lo siguiente: "Pero cuando digo que el problema cada vez más urgente frente al que nos encontramos no es el problema del fundamento, sino el de las garantías, quiero decir que consideramos el problema del fundamento no como inexistente sino como, en un cierto sentido, resuelto, de tal modo que no debemos preocuparnos más de su solución. En efecto, hoy se puede decir que el problema del fundamento de los derechos humanos ha tenido su solución en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948".

"La Declaración Universal de Derechos Humanos representa una manifestación de la única prueba por la que un sistema de valores puede ser considerado humanamente fundado y, por tanto, reconocido: esta prueba es el consenso general acerca de su validez". BOBBIO, N., *L'Età dei diritti*, trad. cast., R. de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991, p. 64.

¹⁸⁹ Para un análisis más detallado de la crítica a la fundamentación consensualista que se le plantea a Bobbio, cfr. nuestro trabajo: "¿Sirve el consenso para fundamentar los derechos humanos? Un breve análisis a dos intentos de fundamentación de los derechos humanos desde el consenso (Norberto Bobbio y Chaim Perelman)", en *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, UNAM, México, 1997, pp. 197-215.

concepto clásico, herencia de la tradición aristotélico-tomista y fundamento de los derechos: el concepto de persona, concepto éste que se sobrepone a cualquier colectivismo o estatismo. Estos derechos se encuentran en la persona y tienen su reflejo práctico en el comportamiento que los individuos llevan a efecto a través de sus acciones, es decir, en la moralidad. De ahí parece necesario aceptar la tesis de que cualquier sistema jurídico moderno mantenga una vinculación estrecha con la moral. Argumenta el propio Dworkin:

Nuestro sistema constitucional descansa sobre una determinada teoría moral, a saber, que los hombres tienen derechos morales en contra del Estado. Las cláusulas difíciles del *Bill of Rights*, como las cláusula de igual protección y de proceso debido, deben ser entendidas como apelaciones a conceptos morales, más bien que como el establecimiento de determinadas concepciones; por consiguiente, un tribunal que asuma la carga de aplicar plenamente tales cláusulas como derecho debe ser un tribunal activista, en el sentido de que debe estar preparado para formular y resolver cuestiones de moralidad política.¹⁹⁰

4.5. Derechos básicos e institucionales

La distinción hecha por Dworkin entre derechos básicos e institucionales apoya, en parte, la afirmación anterior. Los primeros son aquellos derechos válidos de manera abstracta contra las decisiones tomadas por la comunidad o la sociedad como tales. Por su parte, los derechos institucionales, considerados más específicos, son válidos contra una decisión tomada por una institución específica. En el primero de los casos, es evidente que estos derechos reflejan un claro ataque al utilitarismo propio de la filosofía liberal

190 DWORKIN, R., *Taking rights... op. cit.*, p. 231.

clásica;" por su parte, los derechos institucionales, como normas jurídicas más específicas, son aquellos que regulan los derechos de los individuos y que los salvaguardan, en el plano legal, de aquellas decisiones asumidas por un tribunal, por un órgano administrativo, en definitiva por el poder estatal.

Según lo anterior, es claro que Dworkin acepta que al lado de los derechos legales propiamente dichos (reconocidos en los textos escritos), existe otro tipo de derechos cuyo fundamento jamás será el consenso social reconocido en una norma sino, según lo hemos visto, un cierto tipo de moralidad básica.

Estos derechos morales básicos encuentran su reflejo más evidente en la misma decisión judicial, particularmente en la resolución de los casos más difíciles. El presente esquema se puede resumir de la siguiente manera:

a) En todo proceso judicial existe un juez que tiene la función de decidir el conflicto —primera característica del razonamiento dworkiniano.

b) Existe un derecho a vencer en el conflicto y el juez debe indagar a quién corresponde vencer —facultad resolutoria del juzgador quien decidirá a partir de dos presupuestos: el derecho legal o el razonamiento prelegal—.

c) El derecho a vencer existe siempre aunque no exista norma exactamente aplicable. El juez, por tanto, puede resolver aun cuando no exista un derecho legal o existiendo éste, pudiendo prescindir del mismo.

¹⁹¹ "En este sentido, el propio Dworkin deja perfectamente claro que los derechos individuales no son sino triunfos frente a la mayoría y, por tanto, ninguna directriz política ni tampoco ningún objetivo social puede ser óbice frente a un auténtico derecho". CALSAMIGLA, A., "Ensayo sobre Dworkin". Prólogo... *op. cit.*, p. 16.

d) En los casos difíciles el juez debe conceder la victoria a una parte basándose en principios que le garantizan el derecho.

e) Los objetivos sociales están subordinados a los derechos y a los principios que los fundamentan —por tanto, la resolución del juez atiende, antes que a las normas jurídicas, a la moralidad básica, superior a ésta en la resolución del caso.

j) El juez, al fundamentar su decisión en un principio pre-existente, no inventa el derecho ni aplica legislación retroactiva, se limita a garantizarlo.¹⁹²

En este esquema, los derechos individuales son derechos anteriores a toda legislación positiva, válidos, *cuyo contenido jurídico los hace plenamente exigibles*. A la vez, contradice las críticas del positivismo a reconocer derechos a favor de los individuos antes y por encima del derecho positivo, confirmando al mismo tiempo la dimensión moral de lo jurídico.¹⁹³

4.6. Derechos abstractos y derechos concretos

Por otra parte Dworkin hace otra diferenciación, aunque ésta sea simplemente de grado. Distingue entre derechos concretos y derechos abstractos, y señala que los

derechos abstractos son finalidades políticas generales cuyo enunciado no indica de qué manera se ha de comparar el

¹⁹² "La tesis de los derechos prevé que los jueces decidan los casos difíciles confirmando o negando derechos concretos. Pero los derechos concretos en que se apoyan los jueces deben tener otras dos características. Deben ser más bien derechos institucionales que básicos, y dentro de lo institucional, más bien deben ser jurídicos que de ningún otro orden. Por lo tanto, no podemos evaluar ni poner a prueba la tesis sin elaborar mejor estas distinciones". DWORKIN, R., *Taking rights...* op. cit., p. 171.

¹⁹³ Cfr. Vico, L. R., *Perspectivas iusfilosóficas...* op. cit., p. 192.

peso de esa finalidad general con el de otras finalidades políticas, en determinadas circunstancias, o qué compromisos se han de establecer entre ellas. Los grandes derechos de la retórica política son abstractos en este sentido. Los políticos hablan de derecho a la libertad de expresión, a la dignidad o a la igualdad, sin dar a entender que tales derechos sean absolutos, y sin aludir tampoco a su incidencia¹⁹⁴ sobre determinadas situaciones sociales complejas".

Los derechos concretos, por su parte, "son finalidades políticas definidas con mayor precisión de manera que expresan más claramente el peso que tienen contra otras finalidades en determinadas ocasiones".¹⁹⁵ De esta manera los derechos abstractos proporcionan argumentos a los derechos concretos, pero la reclamación de un derecho concreto es más decisiva que cualquier reclamación del derecho abstracto que le sirve de base."¹⁹⁶

La distinción antes expuesta no invalida la defensa de la moralidad que Dworkin había hecho en el argumento anterior; antes bien, parece que viene a reforzar esta tesis. Si los derechos concretos son finalidades políticas que encuentran inspiración en el derecho abstracto, esta inspiración ha de provenir de la moralidad.

5. *Derechos morales o derechos naturales*

De lo que llevamos dicho hasta aquí, podemos perfectamente hacer resaltar la similitud que existe entre la concepción moral de los derechos o *moral rights* y la noción iusnaturalista o de derechos naturales de los mismos. Con

¹⁹⁴ DWORKIN, R., *Taking rights... op. cit.*, p. 162.

¹⁹⁵ *Ibidem.*

¹⁹⁶ *Ibidem.*

esto, podemos comprobar y señalar que las principales tesis de los *moral rights* son análogas a las expuestas por la concepción iusnaturalista representada por Aristóteles y Santo Tomás de Aquino. Entre estas dos posiciones, según parece, puede haber más rasgos semejantes que diferenciadores.

La primera idea que se puede obtener es que para hablar de derechos humanos (por lo menos desde su filosofía), sean éstos derechos naturales o derechos morales, se debe abandonar, como lo hace Dworkin, la tesis positivista. Hoy parece que, como había advertido anteriormente el derecho natural, el positivismo que intentó explicar el tema de los derechos humanos y de su fundamentación no satisfizo plenamente y en consecuencia debe ser abandonada si efectivamente se quiere, como el mismo Dworkin señala, tomar en serio tales derechos.

En igual sentido, las razones que el utilitarismo mantuvo para defender las razones sociales con base en el consenso general, tal y como las había criticado el iusnaturalismo, tampoco pueden servir para hablar seriamente de los derechos humanos. Los derechos humanos, como derechos naturales, encuentran su base y sustento en una realidad objetiva, la cual es, según parece, donde es posible comenzar a buscar la respuesta a los problemas que plantean los derechos humanos. Esta realidad objetiva es lo humano del hombre, aquello por lo que es hombre es hombre y no otro ser diferente.

En este sentido, el contenido de los derechos humanos como derechos morales describe una realidad moral objetiva. Y el recurso a los principios morales parece que lo refleja en forma evidente. Estos principios, tal y como lo hemos visto, no son creados por el hombre sino son descubiertos por la razón, de acuerdo con los fines que llevan al hombre a concebirse y entenderse como persona. La razón, por tanto, entiende que existen cosas que son buenas y hay que

hacerlas, y otras cosas que igualmente entiende que son malas y que deben evitarse; p. ej., es bueno fomentar la vida y, por tanto, es malo quien mata. Este razonamiento es una operación *natural* que procede de una estructura psicológica-moral del ser humano y que le lleva a disociar lo que debe hacerse y no quiere hacer y aquello que debe evitarse y quiere hacer. Existiendo, por tanto, una separación entre lo emitido por la razón y lo querido por la voluntad.

Lo anterior nos refleja con toda evidencia que el hombre es un ser eminentemente moral, que se guía por su razón, la que le indica ciertos fines a los que tiende y que son éstos los que lo perfeccionan como persona: debes hacer esto, debes evitar aquello. Estos juicios son los que en filosofía se conocen como *juicios deónticos*, por los que el hombre ha de regir su conducta y lo limitan en su acción.

La conciencia del deber obedece necesariamente a una estructura natural de la razón práctica. Por lo demás, es claro que si los juicios deónticos obedecen a una estructura natural de la razón práctica y hay un núcleo fundamental de tales juicios que son independientes de la sociedad —lo cual es evidente— existe la *ley natural*.¹⁹⁷

Ley natural, que como perfectamente expuso el derecho natural clásico, es la manera propia por la que el hombre participa de la ley eterna a través de su naturaleza o razón humana, estableciéndose la relación entre ambos conceptos, al manifestar la ley natural en forma de deberes las exigencias naturales del ser del hombre, es decir, en la obtención de sus fines naturales. Se señala que

¹⁹⁷ HERVADA, J., *Introducción crítica al derecho natural*, 7a. ed., Eunsa, Pamplona, 1993, p. 143.

el obrar humano es actividad dirigida a los fines del hombre, pues el hombre es un ser ordenado a unos fines. Esto supuesto, el primer y supremo principio de la ley natural es lógicamente aquel que proviene de la aprehensión de la naturaleza al bien, es decir, de aquello que tiene razón de fin, que es lo que el hombre tiene que conseguir y, por tanto, lo que tiene razón de deber.¹⁹⁸

El bien es lo primero que aprehende la razón práctica ordenada a la operación. Así, el primer principio de la Ley natural sería enunciado de la siguiente manera: *se debe obrar y proseguir el bien y evitar el mal*. A partir de este primer principio general se reconoce un claro criterio de justicia y de equidad, igual que en los postulados de la teoría de Dworkin. Del mismo modo, de este primer principio es de donde derivan el resto de principios jurídicos.

La propia definición de ley natural clarifica con mucho más precisión lo que queremos decir. Por ley natural se entiende: "El conjunto de leyes racionales que expresan el orden de las tendencias o inclinaciones naturales a los fines propios del ser humano, aquel orden que es propio del hombre como persona".¹⁹⁹

Este conjunto de inclinaciones conducen a lo que se como contenido de la ley natural, a partir de los cuales se pueden ir deduciendo los derechos humanos.²⁰⁰ En primer lugar, tenemos la inclinación natural ala conservación del ser, de donde podemos deducir el derecho a la vida y a la integridad física y moral; la inclinación a la unión

¹⁹⁸ HERVADA, J., *Historia de la ciencia del derecho natural*, 2a ed., Eunsa, Pamplona, 1991, p. 165.

¹⁹⁹ Cfr. HERVADA, J., *Introducción crítica... op. cit.*, p. 144.

²⁰⁰ De la lista que presentamos a continuación, debemos decir que no es una lista cerrada de inclinaciones, ni tampoco los derechos de ellas deducidos constituyen los únicos. Esta lista de derechos podría ir ampliándose al combinarlos. Igualmente los derechos naturales no son colocados por orden de prelación.

unión conyugal del hombre y la mujer, de donde podemos deducir el derecho de contraer matrimonio, y de éste, el derecho que les corresponde de formar y educar a los hijos de acuerdo a sus convicciones religiosas y morales, etcétera. La inclinación natural de todo hombre a dominar y transformar el mundo que le rodea, de la que podríamos deducir el derecho al trabajo, y de éste a su vez el derecho al salario, el derecho al descanso, etc.; de la inclinación natural del hombre a participar en la sociedad política podemos extraer los derechos políticos como el votar en las elecciones y ser votado en ellas para la organización de la sociedad; de la inclinación natural del hombre a asociarse, podemos deducir los derechos que tienen que ver con las asociaciones civiles o políticas; de la inclinación a relacionarse con Dios, podemos deducir el derecho de libertad religiosa; de la tendencia a la comunicación podemos deducir el derecho de expresión o libertad de opinión; de la tendencia al conocimiento de las cosas podemos deducir el derecho a la educación o derecho a la cultura, etcétera.²⁰¹

Veamos pues, cómo a partir de los conceptos de naturaleza humana y ley natural, presupuestos básicos del derecho natural, podemos ir deduciendo los derechos humanos que le corresponden al hombre y que nosotros denominamos derechos naturales o lo que para Dworkin serían los derechos morales.

Con todo lo que hemos dicho hasta aquí, parece posible afirmar que la teoría jurídica de Ronald Dworkin se acerca sobremanera a la concepción clásica del derecho natural. Así, de la filosofía del profesor de Oxford podemos deducir la afirmación acerca de que los hombres y las mujeres tienen suficiente responsabilidad para afirmar jui-

²⁰¹ Cfr. HERVADA, J., *Introducción crítica...* op. cit., p. 145.

cios particulares conforme a los cuales van a actuar de una forma coherente.²⁰²

En definitiva, parece que estos juicios deónticos, que no son sino juicios morales, rescatan, para los derechos humanos, el concepto más importante en su discurso: el de dignidad de la persona, noción ésta que también es aceptada por la teoría moral de los derechos humanos. Así, tanto la concepción de los derechos morales como la de los derechos naturales hacen suya el concepto de dignidad de la persona para su argumentación y para la defensa de los derechos.²⁰³ En este sentido, la línea divisoria entre ambas teorías parece ser muy tenue, si no es que indivisible. Sostener una tesis contraria podría parecer artificial u oportunista a los momentos actuales de la filosofía.

Finalmente, no quisiéramos terminar estas breves reflexiones sin antes exponer cuáles podrían ser las dos características identificatorias más importantes de ambas concepciones aparte de la acabada de anunciar. La primera de ellas tiene que ver con la posibilidad de aceptar, desde la teoría de los derechos morales, de una ética general o universal. Podemos ver con toda claridad la posibilidad "de sostener que los derechos humanos son derechos morales, y estaremos aceptando que existe una moral o ética universal, común a todos los hombres y por la que cada uno de ellos podría argumentar en su favor la existencia de los derechos humanos".²⁰⁴

²⁰² Cfr. DIETERLEN STRUC%, P, *Sobre los derechos humanos*, UNAM, México, 1985, p. 85.

²⁰³ Recuérdese la parte de la definición de derecho morales que señalábamos al principio de nuestro trabajo: "Los derechos individuales son los derechos morales que los hombres tienen (...) por el hecho de ser hombres. Siendo la propiedad de ser individuo humano la circunstancia antecedente que sirve de condición suficiente de estos derechos, todos los hombres tienen un título igual a ellos". NINO, C. S., *Introducción al análisis...* op. cit., p. 417.

²⁰⁴ BEUCnar, M., *Filosofía y derechos humanos*, S. XXI, México, 1993, p.

La segunda característica que podemos enunciar y que parece viene a confirmar nuestra hipótesis inicial es que tanto los derechos del hombre considerados desde el derecho natural, es decir, derechos naturales, como los derechos morales, son válidos independientemente del consenso y su promulgación. Es admitido por ambas posturas que el derecho positivo no puede crear los derechos humanos. Sin embargo, éstos no estarán completos si no se llega a su positivación. Esta tesis el derecho natural no sólo no rechaza sino que además requiere. Pero observemos que son dos cosas distintas; es decir, no son derechos a partir del momento de su promulgación, lo son antes e independientemente de que sean reconocidos como tales de manera positiva. Se basan entonces en que la moral o ética vale independientemente de su estatuto jurídico positivo, aunque se necesita, por supuesto, que sean llevados al nivel jurídico y a su positivación. Esto está más cerca del iusnaturalismo²⁰⁵ que del positivismo.

La tesis central de la positivación del derecho natural se resume estableciendo que el derecho natural y el derecho positivo son partes integrantes de un mismo sistema jurídico, y por tanto, este sistema es en parte natural y en parte positivo. Esta unidad es triple: "1. La ley positiva se genera—deriva— a partir de la ley natural por determinaciones en el orden de los medios convenientes y útiles para los fines naturales del hombre; el derecho natural es la base del derecho positivo y entre ambos existe una unidad de derivación; 2. La potestad de dar normas positivas es de origen natural, pues del derecho natural derivan el poder social y la capacidad de compromiso y de pacto. Y, 3. Las rela-

31. Cfr., tb., las críticas que señala Peces Barba en torno a los derechos humanos como derechos morales en: Cfr. PECES BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales I. Teoría general*, Eudema, Madrid, 1991, pp. 30-31.

²⁰⁵ Cfr. HERVADA, J., *Introducción crítica al derecho...* op. cit., pp. 32-33.

ciones jurídicas básicas y fundamentales, de las que las demás son derivación, complemento o forma histórica, son naturales".²⁰⁶

6. *Conclusión*

Quizá la única conclusión que podríamos señalar de lo hasta ahora planteado sería que la presunta superioridad que pretende la concepción iusmoralista de los derechos humanos, en nuestra opinión, no resulta del todo cierta. Antes bien, las características de fondo que identifican dicho intento de definición y fundamentación de los derechos humanos han sido suficiente y profundamente expuestas por el iusnaturalismo, no el dieciochesco sino el que parte de Aristóteles, pasa por los juristas romanos y alcanza su culminación en Santo Tomás. Por tanto, y sólo desde nuestra perspectiva, parece posible hablar en forma indistinta de derechos morales y de derechos naturales, al menos en sus rasgos más esenciales.

²⁰⁶ *Ibid.*, pp. 176-177.

CONCEPCIÓN DEL DERECHO NATURAL EN TORNO A LA INVOLABILIDAD DE LA VIDA

1. *Exposición metodológica*

La metodología que seguiremos a lo largo de nuestra exposición se encuentra dividida fundamentalmente en tres partes que desarrollamos de la siguiente manera. La primera de ellas intenta ser la presentación del *status questionis* de lo que Massini califica como "derecho a la inviolabilidad de la vida"; en esta parte, expondremos cuáles han sido los principales razonamientos que los defensores de la "nueva ética", con Peter Siger a la cabeza, intentan desarrollar y proponer como el nuevo modelo ético que ha de admitirse a finales de este siglo y comienzos del venidero.

En el segundo apartado, expondremos los argumentos centrales que la visión del derecho natural aristotélico-tomista tiene respecto al derecho a la vida. Aclaramos, sin embargo, que a pesar de que Tomás de Aquino no se refirió en forma específica al derecho humano a la vida como derecho fundamental, intentaremos presentar los razonamientos que el Aquinate propuso en la explicación que dio de los niveles de tendencias naturales en el hombre. Aquí señalaremos igualmente las razones que Tomás de Aquino esgrime para oponerse al homicidio, suicidio y pena de muerte.

La tercera y última de las partes del presente trabajo se referirá a lo que en la nueva escuela del derecho natural se viene conociendo como valores básicos, expuestos con todo detalle por John Finnis y en el que evidentemente el derecho a la vida ocupa un lugar importante.

2. Planteamiento del problema

Una de las características de nuestro tiempo es lo que Peter Singer califica en uno de sus últimos trabajos como "destrucción de nuestra ética tradicional",²⁰⁷ en la cual, las viejas ideas sobre la vida y la muerte han entrado en crisis y donde, según él, ya no podemos seguir considerando la vida humana la base inamovible de nuestros puntos de vista éticos. Para el profesor de la Universidad de Oxford, es necesario sustituir la vieja ética tradicional y reemplazarla por una nueva moral, construida fundamentalmente a partir de la compasión y del sentido común.

Escribe dicho autor en su libro *Repensar la vida y la muerte*:

después de regir nuestros pensamientos y decisiones sobre la vida y la muerte durante casi dos mil años, la ética occidental tradicional se ha desmoronado. Para señalar el momento preciso en que se abandonó la vieja ética, un futuro historiador podría elegir el 4 de febrero de 1993, cuando el Tribunal Superior de Justicia de Gran Bretaña falló que los médicos que asistían a un joven llamado Anthony Bland podían actuar legítimamente para poner fin a la vida de su paciente. En cambio, un historiador holandés podría elegir el 30 de noviembre de 1993, fecha en que el parlamento de Holanda finalmente convirtió en ley las líneas directrices bajo las que durante algunos años los médicos holandeses habían estado suministrando abiertamente inyecciones letales a pacientes que estaban sufriendo de forma insoportable sin ninguna esperanza de mejorar y que pedían que les ayudaran a morir. Los americanos no han sido testigos de estas trascendentales sentencias judiciales o votaciones del Congreso, pero doce miembros del jurado, en Michigan, podrían haber hablado en nombre

²⁰⁷ Cfr. SINGER, P., *Rethinking Life and of Death. The Collapse of our Thaditional Ethics*, trad. cast.. y. Fontal, Paidós, España, 1997, *passim*.

de la nación cuando, el 2 de mayo de 1994, absolvieron al doctor Jack Kevorkian de la acusación de ayudar a un hombre llamado Thomas Hyde a suicidarse. Su negativa a condenar a Kevorkian fue una importante victoria para la causa del suicidio asistido por un médico, por lo que es difícil imaginar un caso más claro que éste. Kevorkian admitió libremente haberle proporcionado a Hyde monóxido de carbono, tubos y una máscara, que éste había usado para poner fin a una vida insostenible debido a una dolencia nerviosa progresiva (...) ²⁰⁶

Desde la óptica de Singer, "éstas son las sacudidas superficiales resultantes de grandes cambios en lo más profundo de la ética occidental. Estamos atravesando un período de transición en nuestra actitud hacia la santidad de la vida humana". ²⁰⁹

2.1. Ética de la vida o del sentido común

Sobre este último punto (el suicidio), la opinión de Singer ha creado una ola expansiva que ha encontrado eco en los más diversos círculos científicos y académicos, los que, según percibimos, bajo el renacimiento de lo que podríamos calificar como neoesencialismo, han permeado la ideología de una sociedad neoliberal en aquellos países que se reconocen como más desarrollados. Así, resulta paradójico ver cómo para estas sociedades, las que en principio consideraban a la ética un campo reservado para la conciencia individual de cada persona, hoy son las que más insisten en la imposición de ciertas prácticas para las sociedades menos desarrolladas a nivel público.

²⁰⁸ *Ibid.*, pp. 15-16.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 16.

Por esa razón, es mucho más frecuente encontrar pasajes que podríamos calificar como "apologías del suicidio" como las escritas por Max Charlesworth, y que vienen a resumir de manera ejemplar lo que ha sido calificado como cultura de la muerte.

Dicho de otro modo —dice este pensador— la gente tiene el derecho de determinar y controlar las circunstancias de su muerte, de la misma forma que ellos determinan y controlan las circunstancias de su vida. Morir es en cierto sentido la cosa más importante que una persona hace, y uno debería, dentro de sus posibilidades controlarlo. No ejerzo mi autonomía moral permitiendo que mi vida sea dictada por la conciencia o fuerzas externas, ni tampoco ejerzo mi autonomía moral si de una forma fatalista permito que mi muerte sea dictada por la conciencia o fuerzas externas.²¹⁰

En igual sentido, escribe Charlesworth,

de lo que se ha dicho hasta ahora es lógico deducir que en una sociedad liberal, basada en el principio de la autonomía moral del individuo, la ley no debería influir en evitar que en ciertas circunstancias la gente se quite la vida. En otras palabras, aunque el suicidio pudiera ser o no un pecado en algunas circunstancias, desde luego no debería ser un delito."

Según la lógica de los razonamientos anteriores, el derecho que el Estado asume para resguardar los bienes más importantes de los miembros de su sociedad debería, en último extremo, posibilitar los medios necesarios para asistir a quien quiera o necesite suicidarse. Con esto, no sólo se

²¹⁰ CHARLESWORTH, M., *Bioethics in a Liberal Society*, trad. cast. M. González, Cambridge University Press, Gran Bretaña, 1996, p. 39.

²¹¹ *Ibid.*, p. 46.

despenalizaría el suicidio, sino además, el Estado, supongo que del erario, tendría que proporcionar asistencia a quien decidiera quitarse la vida. ¿Esto es de sentido común?

Lo anterior, que expone de manera general la problemática que plantea el suicidio, presenta rasgos muy semejantes en otros casos, por ejemplo, en el tema del aborto, donde esta "ética del sentido común" niega tajantemente la calidad de personas a los fetos en formación, o a los *seres* humanos que tienen una malformación, o que sufren algún tipo de retraso mental. Para esta mentalidad, estos casos son ejemplos claros de seres que no son personas. Y —agregamos nosotros— tampoco pueden ser sujetos de derechos, ni siquiera del más esencial de ellos.²¹²

2.2. Ética de los animales o del sufrimiento

Esta nueva ética del sentido común ha creado, en definitiva, un efecto multiplicador en nuestra sociedad del que parece cada vez más difícil sustraerse. Sin embargo, lo más interesante es observar las paradojas que presenta dicha ética, ya que mientras se niegan derechos a algunos seres humanos (fetos, enfermos terminales, deficientes mentales, etcétera), pretende reconocérselos a seres que no lo son. Me refiero a los animales, plantas, rocas, montañas o el mar. Y así como en el ejemplo de los seres humanos fue

²¹² Massini, al citar a Tristram Engelhardt, recoge del libro de éste el siguiente pasaje: "no todos los seres humanos son personas, no todos son autorreflexivos, 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 son ejemplo de seres humanos que no son personas. Estas entidades son (sólo) miembros de la especie humana". MASSINI CORREAS, C. 1., "El derecho a la vida", *Problemas actuales sobre derechos humanos*, UNA N1, México, 1997, pp. 161-162.

llamada "ética del sentido común", en el supuesto de los animales es calificada como "ética del sufrimiento".

Desde esta ética propuesta, se reconoce que los perros, los gatos o cualquier otro animal no racional puedan ser titular de un derecho, el de *igualdad*, le llaman ellos, y no los seres humanos. Al respecto, el mismo Peter Singer escribe lo siguiente:

Se ha dado a entender que el principio fundamental de la igualdad, sobre la que descansa la igualdad de todos los seres humanos, es el principio de igual consideración de intereses. Sólo un principio moral básico de este tipo nos permitirá defender una forma de igualdad que incluya a todos los seres humanos, con todas las diferencias existentes entre ellos. A continuación, postularé que mientras este principio proporciona efectivamente una base adecuada para la igualdad humana, ésta no puede limitarse a los humanos. En otras palabras, sugeriré que, habiendo aceptado el principio de igualdad como base moral sólida para las relaciones con otros miembros de nuestra propia especie, igualmente nos comprometemos a aceptarlo como base moral sólida para las relaciones con los que no pertenecen a nuestra propia especie: los animales no humanos.¹¹³

Así, un ratón tiene interés en que no sea atormentado, ya que los ratones sufren si se les trata de esta manera.²¹⁴

²¹³ SINGER, P., *Practical Ethics*, 2a ed., trad. cast. R. Herrera, Cambridge University Press, Gran Bretaña, 1995, p. 69. Más adelante señalaría que: "C..) podemos decir que el hecho de que algunas personas no sean miembros de nuestra raza no nos da el derecho de explotarlas, del mismo modo, el hecho de que algunas personas sean menos inteligentes que otras no significa que podamos hacer caso omiso de sus intereses. Sin embargo, el principio también implica que el hecho de que algunos seres no sean miembros de nuestra especie no nos da derecho a explotarlos, y del mismo modo el hecho de que otros animales sean menos inteligentes que nosotros no implica que se pueda hacer caso omiso de sus intereses". *Ibid.*, pp. 70-71.

²¹⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 72.

La corriente ética del sufrimiento, como la bibliografía citada nos muestra, es de clara ascendencia anglosajona,²¹⁵ y ha encontrado cierto eco en algunos círculos académicos de nuestro país que, trasladando dichas argumentaciones, intentan igualmente proponer razones en favor del aborto o en favor de los derechos de los animales.

Por lo que tiene que ver con el tema del aborto, se ha señalado que

si aplicamos las intuiciones anteriores al caso del aborto, tenemos que concluir que el aborto de un embrión *no formado* es moralmente diferente del de un feto *formado*, ya que sólo en este último caso podemos reconocer un cuerpo humano, es decir, podemos verlo como uno de nosotros al menos en algunos aspectos importantes- y por ello concederle el valor de una persona (...). De modo que sólo un feto suficientemente desarrollado satisface los dos criterios que hemos mencionado para considerar que algo es una persona o un ser humano con valor intrínseco y, por lo mismo, que puede plantearnos obligaciones morales.²¹⁶

Resulta entonces que, sólo si el feto adquiere una forma más o menos parecida ala humana, podrá decirse que hay más o menos una persona y, por tanto, podrán reconocérsele más o menos ciertos derechos.

²¹⁵ A pesar de que esta corriente ha tomado una fuerza significativa en estos países, existen otros trabajos que replantean y cuestionan que los animales puedan poseer alguna entidad moral que los haga dignos de derechos en el sentido estricto de dicha expresión. Cfr. CARRUTHERS, P., *The Animals Issue: Moral Theory in Practice*, trad. cast. J. Ma. Perazzo, Cambridge University Press, Gran Bretaña, 1995, *passim*.

²¹⁶ VALDES, M., "Aborto y anticoncepción en México: Las actitudes y argumentos de la Iglesia Católica", *Dilemas éticos*, uNAM-Fondo de Cultura Económica, México, 1997, pp. 88-89.

Algo parecido sucede en el caso de los animales, sobre los cuales

se advierte la urgente necesidad de que nuestras sociedades adopten una ética más generosa, válida más allá del ámbito meramente humano, y que al mismo tiempo se promulguen y se pongan en vigor leyes que protejan a los animales sancionando las conductas que atentan irresponsablemente contra su vida y su bienestar.²¹

Según se observa, la corriente ética propuesta intenta, por vía de la autonomía moral, el sufrimiento o el reconocimiento de las figuras humanas, hacer partícipes de derechos a entidades no humanas, o hacer desaparecer el sufrimiento de las personas desconectando los instrumentos médicos que le posibilitan la vida al enfermo. ¿Cuál es esta entidad moral que tienen los animales y que no poseen los embriones humanos "no formados"? ¿Dónde se encuentra radicada dicha entidad? Igualmente, ¿dónde queda la libertad humana y la autonomía personal en el caso de quienes deciden terminar con sus vidas? No, el problema no es tan fácil. Hay que, por lo menos, dilucidar algunas de estas preguntas antes de aceptar sin reparos que ésta sea la nueva ética a la que tengamos que adaptarnos. Por poner un ejemplo de que las cosas no se presentan tan fáciles incluso para los médicos, podemos señalar algunos de los argumentos que se oponen a la eutanasia:

A. "La solicitud de un paciente para que el médico termine con su vida puede ser resultado de una depresión transitoria, que puede desaparecer cuando el enfermo mejora o se alivia el dolor y las molestias.

B. Es muy difícil estar seguro de que un enfermo en esta-

²¹ HERRERA IBAÑEZ, A, "Los intereses de los animales y sus derechos", en *Ibid.*, p. 182.

do terminal no puede salir adelante, aunque sea un poco tiempo (sic), en condiciones que le permitan disfrutar más a sus seres queridos o actuar y hacer decisiones relacionadas con su propia vida y sus intereses".² "

En nuestra opinión, el interés que despierta hoy la defensa de los derechos de los animales, el reconocimiento humanitario de la eutanasia o el aborto, no es sino un reflejo claro de la decadencia moral en la que se encuentra hoy nuestra civilización, y que no nos demuestra otra cosa que la más profunda de las desconfianzas en lo humano. La manipulación genética en humanos para fines comerciales, las acciones atihumanitarias de los Estados, la destrucción del entorno social y biológico, la corrupción cada vez más presente en los negocios, política y medios de comunicación, los debates sobre el aborto y el acoso sexual, el aumento cada vez más alarmante de los altos índices en el consumo de drogas y de alcoholismo, el crecimiento del analfabetismo y la desbordada pobreza en los países menos desarrollados, son perfecta muestra del deterioro moral de nuestra civilización. Por eso, es perfectamente lícito decir, como lo apuntaba Lipovetsky, "el siglo XXI será ético o no será!"

3. *El derecho natural ante la vida*

Los argumentos que desde la filosofía moral hemos presentado nos sirven ahora para formularnos la siguiente pregunta: tqué ha de decir el derecho ante esta problemática?, mejor aún, ¿qué papel le corresponde jugar al derecho ante

²¹⁸ PEREZ TAMAYO, R., "Eutanasia: un dilema", *Nexos*, 243, México, p. 87.

²¹⁹ LIPOVETSID, G., *Le crépuscule du devoic Céthique indolore des nouveaux temps démocratiques*, trad. J. Bignozzi, Anagrama, Barcelona, 1994, p. 9.

la pretensión de que dichos razonamientos puedan ser reglamentados por el ordenamiento jurídico?

Para responder a las anteriores interrogantes, habría que dejar claro que el derecho supone la existencia de al menos tres elementos: el sujeto activo o titular del derecho; el objeto del derecho (la cosa, bien o prestación del derecho), y el sujeto pasivo u obligado del mismo. Según lo anterior, para la existencia del derecho se reconoce, necesariamente, la relación de titularidad que el sujeto activo tiene sobre el objeto o bien jurídico, y la relación de deuda u obligatoriedad en el sujeto pasivo que engendra dicha relación de *suidad*.

Según observamos, el derecho es entonces esa misma cosa justa o, en otras palabras, la cosa debida al titular de ella. En el caso del derecho a la vida, este derecho consiste en

una conducta de respeto y compromiso para con la vida humana, propia o ajena. Esto significa que si adecuáramos estrictamente la designación a la estructura 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 respeto²²⁰ y reverencia a la *vitalidad o carácter viviente* del hombre.

Ahora bien, cuando se habla del derecho a la vida, está haciéndose alusión a la vida humana, es decir, "a los individuos pertenecientes a la especie *homo sapiens*, y no a las formas infrahumanas de vida animal o vegetal".²²¹ De este modo, los sujetos del derecho sólo pueden ser las personas, todas las personas,²²² porque sólo en ellas radica el funda-

²²⁰ MASSINI CORREAS, C. 1., "El derecho a la vida", *Problemas actuales sobre...*, op. cit., p. 154.

²²¹ *Ibidem*.

²²² La acepción de persona que empleamos es la ontológica y jurídica, es

mento último del derecho. Los animales no son personas, aunque sean animales no humanos y, por tanto, no pueden ser sujetos de derechos.

Lo anterior no significa que no manifestemos cariño, ternura o compasión por los animales, pero no podemos considerarlos sujetos de derechos. Esto sería tanto como establecer que los animales son, por ser titulares de derechos, iguales a los hombres. O, para ser más precisos, tendríamos que decir que la dignidad de los animales es enteramente igual a la dignidad de las personas, con lo cual, llevado esto al absurdo, tendrían exactamente los mismos derechos que los constituidos para los seres humanos.

Por otro lado, no es argumento suficiente que sean objeto de sufrimiento para reconocerles derechos a los animales. Hay muchos sufrimientos humanos que no generan necesariamente derechos u obligaciones. En este sentido, cualquier tipo de sufrimiento humano implicaría necesariamente el reconocimiento de derechos exigibles, y así, el delincuente que está sufriendo por estar en prisión tendría derecho a exigirle a la sociedad que lo libere para no seguir sufriendo.

decir, reconocer ala persona como sustancia individual de naturaleza racional tal y como lo entendió Boecio. "En esta definición, el constitutivo de la persona reside en la sustancia —en sentido filosófico, como sustrato primario y fundamental del ser, que es el sujeto de los accidentes, de las potencias, de lo histórico del ser o cambio y del movimiento—, una sustancia de unas características determinadas". Pero también la acepción jurídica. En la definición de persona se encuentra implicada la dimensión jurídica de ella como ser-en-relación, "la persona no es otra cosa que el sujeto de la relación jurídica, como titular del derecho o del deber; es pues, la persona, el sujeto de derechos y de obligaciones". HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Eunsa, Pamplona, 1992, pp. 431-468.

3.1. Fundamento del derecho a la vida

Ahora bien, si coincidimos en reconocer que los titulares del derecho son las personas, y en este sentido el hombre, es decir, todo ser humano es persona, hemos igualmente de aceptar que ésta tiene una serie de derechos que como humanos les pertenecen y de los que son titulares por su propia naturaleza. A estos derechos nosotros los identificamos como derechos humanos, entre los que encontramos como el más importante el de la vida. Dicho de otra manera, sólo los seres humanos por su propia naturaleza son sujetos de derechos humanos; éstos encuentran su fundamento en esa naturaleza o dignidad de la persona que entendemos como aquella calidad de ser superior a la del resto de los seres terrestres. Esta dignidad no es sino "una perfección en el ser, una eminencia o excelencia²²³ ontológicas", que sitúan al hombre en otro orden del ser. Esta dignidad es, en definitiva, "algo absoluto que pertenece a la esencia (...), es la perfección o intensidad de ser que corresponde a la naturaleza humana y que se predica de la persona"²²⁴. De este modo, el fundamento mediato o inmediato de los derechos humanos es la dignidad de la persona de todo ente humano.

Si somos coherentes con el anterior razonamiento, habría también de aceptarse que estos derechos evocan una realidad preexistente al reconocimiento que se haga de ellos. Es decir, son derechos prepositivos, .ronca otorgados por la sociedad ni sometidos al arbitrio del poder estatal.

En efecto, en el fondo se trata de tener conciencia de la dignidad objetiva de la persona humana, de que el hombre no puede ser tratado al arbitrio del poder y de la sociedad, porque es objetivamente un ser digno y exigente, portador

²²³ Cfr. *Ibid.*, p. 449.

²²⁴ *Ibidem.*

de unos derechos en virtud de su dignidad, reconocidos, pero no otorgados por la sociedad."

Si los derechos humanos no fueran anteriores al derecho positivo, estaríamos ante lo que Spaemann señala como "edictos de tolerancia revocables".

Intentemos explicar un poco más el tema del fundamento de los derechos. Hemos dicho que ser titular del derecho implica, necesariamente, reconocer un fundamento por el que se es precisamente titular de esos derechos. Esta razón última plantea exigencias que no son excepcionales, y que siempre han de ser respetadas por lo único que posee el hombre para que efectivamente sean observadas: su condición de persona humana, es decir, su dignidad personal, que compete a todo individuo perteneciente a la especie *homo sapiens*.

Según lo dicho hasta ahora, el fundamento del derecho a la inviolabilidad de la vida es la dignidad de la persona. Esta es, como lo hemos visto, algo "absoluto que pertenece al hombre y que radica en la naturaleza humana; es la perfección o intensidad de ser que corresponde a la naturaleza humana y que se predica de la persona, en cuanto ésta es la realización existencial de la naturaleza humana".²²⁷ Desde el punto de vista filosófico, Millán Puelles diría que "la dignidad de la persona humana es un concepto que se inscribe

225 HERVADA, J., "Los derechos inherentes ala dignidad de la persona humana", *Escritos de derecho natural*, 2a ed., Eunsa, Pamplona, 1993, p. 655.

226 "No tendría ningún sentido hablar de derechos humanos, porque un derecho que puede ser anulado en cualquier momento por aquellos para los que ese derecho es fuente de obligaciones, no merecerla en absoluto el nombre de derecho. Los derechos entendidos en sentido positivista no son otra cosa que edictos de tolerancia revocables". SPAEMANN, R., *Lo natural y lo racional*, trad. cast. D. Innerarity, Rialp, Madrid, 1989, pp. 90 ss.

227 HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Eunsa, Pamplona, 1992, p. 449.

en tres planos: el de la esencia o naturaleza del hombre; el del fundamento trascendente del valor de esta idea, y el de las exigencias jurídico-naturales de ese mismo valor "2"²⁸

Esta, la dignidad, dimana de esa condición de persona,

condición que es la moderna forma de expresar lo que al individuo humano corresponde por ser individuo personal, esto es, la naturaleza racional; por ello, en esta expresión se contiene lo que corresponde a la persona por ser realización existencial de la naturaleza humana, que es la naturaleza racional. La *condición*, en este caso, se refiere a la naturaleza humana, poniendo el acento en el rasgo más peculiar de ésta: su racionalidad²²⁹

Esta racionalidad o, por mejor decir, por esta racionalidad humana el hombre capta que, en el orden práctico, el obrar humano es dirigido a la consecución de unos fines llamados fines naturales del hombre, los cuales comportan la realización o perfección del mismo. Estos fines "constituyen el sentido y la plenitud de la vida humana, individual y social",²³⁰ pues no son sino "la correcta expresión del ser humano según aquello que la naturaleza humana contiene como plenitud posible".²³¹ Así, el primer y supremo princi-

²²⁸ MILLAN PUELLES, "La dignidad de la persona humana", *Sobre el hombre y la sociedad*, Rialp, Madrid, 1976, pp. 97-104.

²²⁹ HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía...*, op. cit. p. 436. Continúa señalando Hervada que la "dimensión racional es el principio de orden. En virtud de su índole de forma o principio informador, el espíritu humano en cuanto cognocente, esto es, la razón se constituye en el principio rector del obrar humano. La razón es la regla de la conducta de la persona humana de modo que la rectitud de ésta se mide por ser según su razón. De ahí que la regla del obrar correcto sea la *recta ratio*, la recta razón que marca con sus dictámenes el orden propio del obrar personal". *Ibid.*, pp. 439-440.

²³⁰ HERVADA, J., *Introducción crítica al derecho natural*, 6a ed., Eunsa, Pamplona, 1990, p. 143.

²³¹ *Ibidem*.

pio que la racionalidad le dicta al hombre es, lógicamente, "aquel que proviene de la aprehensión de la naturaleza del bien, es decir, de aquello que tiene razón de fin, que es lo que el hombre ²³² tiene que conseguir y, por tanto, lo que tiene razón de deber ·

3.2. Tomás de Aquino y las tendencias naturales del hombre

De este modo, el bien es lo primero que aprehende la razón práctica. Tomás de Aquino diría que el primer principio del cual derivan los demás es el de *se debe obrar y proseguir el bien y evitar el mal*. Así, el bien tiene naturaleza de fin, esto es, el bien es el fin al que se inclina el hombre, y el no bien naturaleza de lo contrario.²³³ Así,

todas las cosas hacia las que el hombre siente inclinación natural son aprehendidas naturalmente por la inteligencia como buenas y, por consiguiente, como necesariamente practicables; y sus contrarias, como malas y evitadas. Por tanto, el orden de los preceptos de la ley natural es paralelo al orden de las inclinaciones naturales.²³⁴

De estas inclinaciones naturales, cuyas reglas racionales constituyen la ley natural, la primera de ellas es la tendencia a la conservación²³⁵ del ser, es decir, el derecho a la vida y la integridad física.

Tomás de Aquino distinguiría tres niveles de tendencias naturales en el hombre: ser, animal y racional. Estas son la

²³² HERVADA, J., *Historia de la ciencia del derecho natural*, 2a ed., Eunsa, Pamplona, 1991, p. 165 ss.

²³³ Cfr. *Ibid.*, p. 165.

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ Cfr. HERVADA, J., *Introducción crítica al...*, op. cit., pp.145-146.

conservación de su ser, la tendencia a la perpetuación de la especie y la tendencia a conocer la verdad respecto a Dios y a vivir en sociedad ²¹⁶ Al respecto puede decirse que el hombre tiene una estructura a tres niveles: "orgánico vegetativo, sensorial y racional. Y el dinamismo de esta estructura consiste en llegar a la perfección, llenando las necesidades e intencionalidades de cada nivel, manifestadas por sus inclinaciones naturales".²³⁶

El derecho a la inviolabilidad de la vida se refiere a la primera de las inclinaciones. En efecto,

el hombre, en primer lugar, siente una inclinación hacia el bien, que es el bien de la naturaleza; esa inclinación es común a todos los seres, pues todos los seres apetecen su con-

²³⁶ "Por ello, según el orden de las inclinaciones naturales es el orden de los preceptos de la ley natural. En efecto, le es inherente primero la inclinación del hombre al bien según la naturaleza por la que comunica con todas las substancias: a saber, en cuanto cualquier substancia desea la conservación de su ser de acuerdo a su naturaleza. Y según esta inclinación, pertenecen a la ley natural aquellas cosas por las que se conserva la vida del hombre, y se impide lo contrario. —En segundo lugar le es inherente al hombre la inclinación a algunas cosas más especiales, según la naturaleza en la que comunica con los demás animales. Y según esto se dice que son de ley natural las cosas que la naturaleza enseñó a todos los animales, como es la unión del macho y la hembra, la educación de la prole, y otras semejantes. —En tercer lugar es inherente al hombre la inclinación al bien según la naturaleza de la razón, que le es propia a él: así como el hombre tiene natural inclinación a conocer la verdad acerca de Dios, también a vivir en sociedad. Y según esto pertenecen a la ley natural las cosas que se refieran a esa inclinación: de modo que el hombre evite la ignorancia, que no ofenda a los otros con los que debe convivir, y las demás de este estilo que miran a éstos". Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 94, a. 2, c.

²³⁷ ^{13E} JCHOT, M., *Ética y derecho en Tomás de Aquino*, UNAM, México, 1997, p. 96. Cfr. tb., BEUCHOT, M., *Derechos Humanos, Iuspositivismo y Iusnaturalismo*, UNAM., México, 1995, pp. 75-90. Cfr. tb., BEUCHOT, M., *Filosofía y derechos humanos*, S. XXI, México, 1993, pp.49-60. Cfr. tb., BEUCHOT, M., *Introducción a la filosofía de Tomás de Aquino*, UNAM, México, 1992, p. 131 ss.

servación conforme a su propia naturaleza. Por razón de esta tendencia, pertenecen a la ley natural todos los preceptos que contribuyen a conservar la vida del hombre y a evita su obstáculo.²³⁸

En el caso del derecho a la vida y siguiendo el precepto primario antes señalado, podríamos decir que, *es bien para el hombre conservar su vida, no es bien para el hombre atentar o que atenten contra su vida.*

4. Tomás de Aquino y el derecho a la vida

En términos jurídicos, diríamos que de esa inclinación natural del hombre a conservar su vida y a evitar su muerte se deriva el derecho a la vida y a la conservación de su integridad física y moral. Ahora bien, aunque los animales participen igualmente de este instinto de conservación, el derecho de conservación de su vida le corresponde al hombre, como derecho, porque sólo él puede discernir que la naturaleza de ese fin (su conservación) es bien y por tanto es derecho. Se habla entonces del derecho humano a la inviolabilidad de la vida o un derecho a no ser muerto injustamente.

Los argumentos que Tomás de Aquino aporta para defender el derecho a la vida, o en términos negativos, para atacar el derecho al homicidio y suicidio, parten del siguiente principio: "al instante la razón natural dicta al hombre el que no infiera injusticia a nadie; por tanto los preceptos que prohíben hacer daño se extienden a todos; en cambio la razón natural no dicta al momento que hay que hacer algo por alguien, sino a aquel a quien se debe algo".²³⁹

²³⁸ HERVADA, J., *Historia de la ciencia del derecho...*, op. cit., p. 165.

²³⁹ Tona(s) DE AQUINO, *Summa Theologiae, I-II*, q. 100, a. 5. ad. 4.

4.1. El homicidio en la filosofía de Tomás de Aquino

Podríamos distinguir en Tomás de Aquino dos tipos de homicidio, directo e indirecto. El primero podemos reconocerlo como el acto que por su naturaleza y especie moral o intención explícita del agente tiende a causar la muerte de un hombre. Esta puede ser positiva, es decir, la acción directa, o negativa, es decir, la omisión, como el que se priva voluntariamente de los elementos o disposiciones esenciales para la vida. El homicidio indirecto lo entendemos como aquel acto concreto que por su naturaleza no causa la muerte, sino ésta se sigue como efecto accidental y no intencionado, por el concurso imprevisto de otro agente.

4.1.1. Homicidio directo

El principio general del que parte Tomás de Aquino para oponerse a este tipo de homicidio es el de que todo homicidio constituye gravísimo pecado contrario tanto al derecho natural como divino. Dentro de los casos que podríamos incluir en esta primera forma de homicidio están, p. ej., la craniotomía, el aborto y la eutanasia.

Al respecto de este homicidio dice el Aquinate:

Se puede considerar a un hombre de dos modos: en sí mismo y por comparación a otro. Considerado el hombre en sí mismo, no es lícito quitar la vida a nadie, puesto que en todo hombre, aun pecador, debemos amar la naturaleza, que Dios ha hecho y que la muerte destruye. Según se ha expuesto, la occisión del pecador sólo se hace lícita en atención al bien común, que se destruye por el pecado; mientras que la vida de los justos es conservadora y promotora del bien común, ya que ellos son la parte

elegida de la multitud. Por esta razón, de ningún modo es lícito matar al inocente.²⁴¹

4.1.2. Homicidio indirecto

En el caso del homicidio indirecto, la regla general es la siguiente: "la muerte indirecta de un ser humano, máxime inocente, es generalmente (*per se*) ilícita, y se hace sólo lícita existiendo causa proporcionalmente grave, según los principios del voluntario indirecto". Los casos que ejemplificarían este tipo de homicidio serían los de aquellas personas muertas en bombardeos u otras operaciones bélicas, en accidentes de trabajo o en las intervenciones médicas. El ejemplo más gráfico de este homicidio sería el de la legítima defensa.

En el primero de los ejemplos, Tomás de Aquino establece que:

Según Aristóteles, el azar o accidente es una causa que obra fuera de la intención. Por ello las cosas fortuitas, absolutamente hablando, no son ni intencionadas ni voluntarias; y, puesto que todo pecado es voluntario, según San Agustín, dedúcese que las cosas fortuitas, consideradas como tales, no son pecados. Sucede a veces, sin embargo, que algo que no se quiere o intenta en el acto y por sí mismo, está en la voluntad o intención accidentalmente, en cuanto se llama causa accidental la que remueve los obstáculos. Por consiguiente, el que no evita las causas de las que se sigue el homicidio, debiendo evitarlas, es culpable en cierto modo de homicidio voluntario.

Y esto acontece de dos maneras: primera, cuando alguien, ocupándose de cosas ilícitas que debía evitar, comete un homicidio; segunda, cuando no pone de su parte el debido

²⁴⁰ *Ibid.*, 11-II, q. 64, a. 6.

cuidado. Por esto, con arreglo al Derecho, si uno se ocupa en cosas lícitas poniendo el debido cuidado, y, sin embargo, de su actuación se sigue la muerte de un hombre, no es culpable de homicidio. Mas si se hubiese empleado en cosas ilícitas, o aun en cosas lícitas, pero sin poner la diligencia debida, no evita el reato de homicidio si de su operación se sigue la muerte de un hombre".²⁴¹

4.2. El caso de la legítima defensa

En el caso de la legítima defensa, parte de un principio general: "Es lícito, defendiéndose, causar indirectamente la muerte del injusto agresor, guardando la moderación de la justa defensa".

Este principio establece el derecho natural que tiene todo hombre de repeler una agresión violenta, actual e injusta, incluso hasta con la muerte del injusto agresor. Este derecho natural deriva de la primera de las inclinaciones naturales que señalábamos más arriba.

Ahora bien, del acto de la persona que se defiende a sí misma pueden seguirse dos efectos: uno, la conservación de la propia vida, y otro, la muerte del agresor. Tal acto, en cuanto por él se intenta la conservación de la propia vida, nada tiene de ilícito, puesto que es natural a todo ser el conservar su existencia todo cuanto pueda. Sin embargo, un acto que proviene de buena intención puede hacerse ilícito si no es proporcionado al fin; por consiguiente, si uno, para defender su propia vida, usa de mayor violencia que la requerida, este acto será ilícito.

²⁴ *Ibid*, II-II, q. 64, a. 8. c.

²⁴² *Ibid*, II-II, q. 64, a. 7. c.

4.3. El suicidio en la filosofía de Tomás de Aquino

Por lo que al suicidio se refiere, el doctor angélico se opone rotundamente a éste por tres razones principalmente: contradice la inclinación natural del hombre a conservar su propia vida; por la injuria que se hace a la sociedad, y por la injuria que se hace a Dios. Al respecto señalaría lo siguiente:

Matarse a sí mismo es completamente ilícito por tres razones: primera, porque cada cosa se ama naturalmente a sí misma, de donde resulta que cada cosa se conserva así misma en el ser y resiste cuanto puede a los agentes que la corrompen. Por tanto, cuando alguien se mata a sí mismo va en contra de esa inclinación natural y contra la caridad con la que cada cual debe amarse a sí mismo. La muerte de uno mismo es siempre pecado mortal, como contraria a la ley natural y a la caridad. Segunda, porque cada parte es por el todo. Pero cualquier hombre es parte de la comunidad, y así lo que él es, es de la comunidad; de donde el hecho de matarse a sí mismo infiere una injuria a la comunidad. Tercera, porque la vida es un don divino entregado al hombre, el cual está sujeto a la potestad de Dios, que quita la vida o la da. Por tanto, quien se priva así mismo de la vida delinque contra Dios, como quien mata un siervo ajeno delinque contra el dueño de ese siervo, y como delinque el que usurpa el juicio acerca de una cosa que no le está confiada; pues sólo a Dios pertenece el juicio acerca de la muerte y de la vida.²⁴³

El suicidio, antes de ser un acto de fortaleza y vigor, es un acto de cobardía de quien no sabe afrontar las contrariedades de la vida, sobreponerse a la adversidad o los sin sabores de la derrota. Es un acto que niega todo lo humano que en el hombre existe y que le ha sido simplemente conferido

²⁴³ *Ibid.*, *II-II*, q. 64, a

para su administración, no para terminar cuando le apetezca con su existencia.

4.4. La pena de muerte en Tomás de Aquino

El análisis que el Aquinate hace de la pena de muerte, parte de entender a ésta como un derecho de la sociedad. Para Tomás de Aquino, por "derecho natural es justo y lícito a la autoridad pública infringir directamente la muerte a los malhechores en pena de los más graves crímenes". El argumento general que emplea el doctor Angélico es la necesidad de preservar el bien común general. Este bien es sobre lo que ha de fundarse el derecho que puede tener el Estado para privar de la vida a aquel delincuente que por la gravedad de sus actos no puede seguir conviviendo más en sociedad. De este modo, para el Aquinate es lícita por derecho natural la pena de muerte; sin embargo, establece igualmente que ha de corresponder infligirla exclusivamente a la autoridad suprema del Estado, no a los particulares.

Sobre esto Tomás de Aquino señala:

Según se ha expuesto, es lícito matar a los animales brutos en cuanto se ordenan por naturaleza al uso de los hombres, como lo imperfecto se ordena a lo perfecto. Pues toda parte se ordena al todo como lo imperfecto a lo perfecto, y por ello cada parte existe naturalmente para el todo. Así, vemos que si fuera necesario a la salud de todo el cuerpo humano la amputación de algún miembro, por ejemplo, si está podrido y puede inficionar a los demás, tal amputación sería laudable y saludable. Pues bien, cada persona singular se compara a toda la comunidad como la parte al todo; y, por lo tanto, si un hombre es peligroso a la sociedad y la corrompe por algún pecado, laudable y

saludablemente se le quita la vida para la conservación del bien común.²⁴⁴

Según observamos, sólo la autoridad pública está facultada para proferir la pena capital en aras a la conservación del bien común. En este sentido Tomás de Aquino establece:

Como hemos dicho, es lícito matar al malhechor en cuanto se ordena a la salud de toda la sociedad, y, por lo tanto, corresponde sólo a aquel a quien esté confiado el cuidado de su conservación, como al médico compete amputar el miembro podrido cuando le fuera encomendada la salud de todo el cuerpo. Y el cuidado del bien común está confiado a los príncipes, que tienen pública autoridad, y, por consiguiente, solamente a éstos es lícito matar a los malhechores: no lo es a las personas particulares.²⁴⁵

Podríamos resumir la posición que Santo Tomás tiene de la vida al considerar que este derecho no puede ser violentado, por estar basado en la inclinación natural a la conservación del propio ser y que se extiende a los no nacidos.²⁴⁶

Los argumentos que Santo Tomás esgrimiría para defender el derecho a la vida derivan, como lo hemos visto, del primer principio práctico: *se debe obrar y proseguir el bien y evitar el mal*.

²⁴⁴ *Ibid.*, II-II, y. 64, a. 2.

²⁴⁵ *Ibid.*, II-II, q. 64, a. 3.

²⁴⁶ Para una visión más amplia de la defensa que hace Santo Tomás respecto al derecho a la vida, cfr. GARCÍA LÓPEZ, J., *Individuo, familia y sociedad. Los derechos humanos es Tomás de Aquino*, 2a. ed., Eunsa, Pamplona, 1990, pp. 93-102. Cfr. tb., BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, A., *Meditaciones sobre la pena de muerte*, C.D.H.N.L.-Fondo de Cultura Económica, México, 1997, *passim*.

5. *John Finnis y los basic values*

Este primer principio, que da vigencia a todos los demás, es el mismo del que parte la llamada por Massini "nueva escuela de derecho natural", específicamente por el profesor de la Universidad de Oxford, John Finnis, para quien los derechos de las personas vienen dados por lo que él llama *basic values* o valores básicos, que se refieren a aspectos fundamentales del bienestar humano.

Estos valores básicos intentan ser explicados como bienes que perfeccionan al hombre y lo conservan unidos en sociedad salvaguardando su dignidad. No son básicos para su existencia sino para su subsistencia y perfeccionamiento personal y social.²⁴⁷

Estos bienes humanos básicos orientan la conducta de los hombres proveyendo las razones para escoger y obrar en ciertas y determinadas direcciones que se ordenan a la realización de alguna forma de participación en un bien humano básico.²⁴⁸

A estos *basic values* Finnis los clasifica en los siguientes: la vida (instinto de conservación o primera inclinación natural en la doctrina de Tomás de Aquino); la transmisión de la vida (instinto de la conservación de la especie o segunda inclinación natural en la doctrina del Aquinate); los conocimientos (conocimiento de las verdades divinas y a vivir en sociedad o tercera inclinación natural del doctor angélico);

²⁴⁷ "Se trata 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". MASSIM CORREAS, C. I., "El derecho a la vida", en *Problemas actuales sobre derechos...*, op. cit., p. 159.

²⁴⁸ *Ibidem*.

el esparcimiento; la experiencia estética; la sociabilidad; la capacidad de razonamiento práctico, y la religión.²⁴⁹

Estos bienes, señala Massini,

fundan y especifican los derechos humanos en razón de que la realización de los bienes básicos es una obra de mancomún, estrictamente colectiva y progresista, que se realiza gradualmente en el tiempo a través de la convivencia social. Es más, la perfección humana no se realiza en comunidad por un mero accidente o por azar, sino que esa perfección es el propósito u objetivo mismo por el que los hombres se reúnen en sociedad. Y esta inevitable coexistencia en la realización de los bienes propiamente humanos, es la que hace necesaria la existencia de toda la trama de derechos y deberes que ordena el intercambio de prestaciones que es preciso para la existencia y la buena vida en la comunidad política.

En el caso del derecho que venimos tratando, el derecho a la inviolabilidad de la vida, tiene su fundamento en la dignidad de la persona, y su contenido está dotado, como lo señala Massini,

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.

²⁴⁹ Cfr. FINNIS, J., "Objetivis criteriis ex personae ejusdemque actuum desumptis", AA. VV., *Ética y teología ante la crisis contemporánea*, EUNSA, Pamplona, 1980, pp. 639-640. En su libro *Natural law and Natural Rights*, Finnis establece la siguiente clasificación de valores básicos: vida, conocimiento, juego, experiencia estética, sociabilidad, razonabilidad práctica y la religión.

²⁵⁰ MASSINI CORREAS, C. I., "El derecho a la vida", en *Problemas actuales sobre derechos...*, op. cit., p. 161.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 161.

Sin decir que los *basic values* de Finnis estén fundados en los textos de Santo Tomás, resulta muy sugerente darse cuenta de cómo existe una gran similitud entre ellos, aunque tendríamos que decir con Huidobro que Finnis "procura, en la medida de lo posible, mostrar las convergencias y diferencias que se dan entre sus propias opiniones y las de otros autores anglosajones que han examinado la cuestión".²

6. Conclusión

Una vez analizados los presupuestos éticos que intentan permeare la civilización de finales del siglo **xx**, y que, como decíamos en el texto, muestran la más grave desconfianza en lo humano del hombre que la historia moderna haya conocido, parece necesario examinar la propuesta que desde el derecho natural se hace en defensa de la vida y de los derechos de las personas. Volver al análisis de los argumentos que Aristóteles y Tomás de Aquino proponen para la salvaguarda de estos derechos nos puede ser útil para pensar y replantear los problemas emergentes, y cada vez más complejos, que la sociedad exige a la moral y al derecho para que éste sea verdaderamente justo y las relaciones más humanas.

Es probable que los problemas éticos y jurídicos originados por el constante avance técnico de los últimos tiempos y que plantean cuestiones tales como la fecundación *in vitro*, la bioética, la manipulación genética, etcétera, no sean sino un ejemplo más de lo que el propio doctor Angélico había ya señalado siglos antes: "es natural para la razón avanzar

252 GARCÍA-HUIDOBRO, J., *Razón práctica y derecho natural (el iusnaturalismo de Tomás de Aquino)*, Edeval, Valparaíso, 1993, pp. 86 ss.

gradualmente de lo imperfecto a lo perfecto". En tal sentido, hemos de reconocer entonces que en esa constante búsqueda del sentido y fin del hombre en la tierra nos hemos de aceptar casi totalmente ignorantes, y hemos de volver a la inevitable distinción entre el bien y el mal como los calificativos menos inseguros de las acciones humanas.

REFLEXIONES SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA LIBERTAD DE ACCIÓN Y PENSAMIENTO

1. *Planteamiento*

Todos los derechos humanos son de suma importancia; pero hay algunos que tienen una relevancia muy especial, por su cercanía con la dignidad del hombre. De entre éstos se destacan los que tienen relación con la libertad, a saber, el derecho a la libertad personal y social, así como a la libertad de pensamiento o de creencias —incluyendo allí la libertad de religión—, y a la libertad de comunicar nuestras ideas y compartirlas con los demás. En todo ello no puede haber ninguna imposición, siempre que se ejerzan estas libertades sin lesionarla libertad de los demás. Se tiene que aprender a disfrutarlas dentro del margen del respeto a la libertad del otro y el bien común.

Trataremos de hacer ver que este respeto al bien común es el límite de esos derechos, como es también el origen del límite de la tolerancia con las cosas que van contra ellos. En efecto, el bien común impone límites a la práctica de los derechos humanos de la libertad, pues no puede pensarse un derecho humano que sea nocivo a la sociedad, como no puede pensarse un derecho humano que prive de sus prerrogativas al individuo. Pero en estas colisiones entre los derechos de unos y de otros, o de los mismos derechos entre sí, es donde se sitúan los casos difíciles de la filosofía de los derechos humanos. Ya una buena ganancia será desbrozar un poco el terreno para considerarlos.

2. *Todos tenemos derecho a la libertad personal y social*

Los derechos humanos son derechos que pertenecen a la persona por el solo hecho de formar parte de la especie humana. Es decir, son derechos que advienen al hombre por nacimiento. Uno de esos derechos es la libertad.²⁵³ Y es el sentido de decir que todos nacemos libres. Esto es un presupuesto básico para el desarrollo del hombre, para su plenitud y felicidad. El hombre necesita la libertad para proyectar su destino y para perseguir sus propios fines. Sin embargo, la libertad se da dentro de ciertos límites, sin que afecte a los demás, sin que lesione el bien común. Pero es algo que se necesita casi al igual que la vida. Una vida sin libertad no merece el ser vivida, no merece el nombre de vida. Por eso está tan vinculado con el nacer del hombre, de modo que todos los hombres nacemos libres. Esto significa que todos tenemos igual libertad, que no hay algunos que puedan esclavizar a los otros, y que la ley nos debe dar el mismo rango de libertad a todos, por supuesto que dentro de la legalidad. Se es libre no para dañar a los demás, sino para construir junto con ellos nuestro bienestar y nuestra felicidad.

Por otra parte, la libertad es tanto física como intelectual. Esto es, se tiene que tener libertad de actuar y de pensar, y hasta de difundir las ideas propias, siempre que no vayan en contra de los demás, que no destruyan la sociedad. Pero una cosa muy importante es que la libertad necesita formación; el hombre va siendo cada vez más libre, en el sentido de que con la reflexión y el estudio puede deliberar mejor. Es cierto que se nace libre, pero se tiene que ir educando y perfeccionando cada vez más la libertad. Y eso significa hacer cada vez un mejor uso de la misma, la liber-

²⁵³ Cfr. *Declaración universal de los derechos humanos* (1948), arts. 1-7; en TRUYO I. V. SERRA, A., *Los derechos humanos*, Madrid: Techos, 1984 (3a. ed., la. reimp.), p. 64.

tad tiene que ser cada vez mejor y hacer cada vez mejor al hombre. Dicho de una manera un poco tajante, la libertad es para el bien, a saber, para poder superarse uno mismo y ser mejor, y ayudar a los otros a alcanzarlo.²⁵⁴ Sería alguien muy mezquino quien pidiera libertad para hacer el mal. La medida de la auténtica libertad es la capacidad que tenga de llevar a algo mejor, siempre al bien.

El haber nacido libres significa que somos iguales en dignidad humana y frente a la ley. La igualdad nos reúne en las prerrogativas que se nos deben, de la misma manera que la libertad nos distingue y nos hace que podamos aspirar a la diferenciación. Pero una cosa y otra deben equilibrarse. No debe propiciarse la libertad a tal punto que quite el mismo respeto ante la ley, al modo como no debe propiciarse la igualdad a tal punto que borre la posibilidad de diferencias, que siempre se dan en los seres humanos o son buscadas por ellos. Hay que lograrla armonía entre esas dos fuerzas que tensionan al hombre: la de ser igual a los demás y la de ser diferente de ellos. Esto se puede lograr si se ve que se es igual en ciertos aspectos y se es diferente en otros ciertos aspectos.²⁵⁵ El precisarlos y delimitarlos requiere un estudio que sería muy conveniente, pero ahora no podemos abordarlo.

3. El haber nacido libres hace que debemos tratarnos fraternalmente con respeto y dignidad

Además, debemos tratarnos fraternalmente. A la igualdad y la libertad se suma la fraternidad, la tercera de las promesas de la Revolución Francesa, la menos cumplida de todas. No sólo tratarnos con amistad individual, sino con una especie

²⁵⁴ Cfr. MARITAIN, J., *Los derechos del hombre*, Buenos Aires: Ed. La Pléyade, 1972, pp. 80-83.

²⁵⁵ Cfr. Romo, N., *Igualdad y libertad*, Barcelona: Paidós, 1993, pp. 89-93.

de amistad social. El nuevo nombre de la fraternidad es la solidaridad. Hay que ser fraternos o solidarios, porque eso rebasa los límites de lo que el estado nos puede dar de legalidad, libertad e igualdad, incluso de justicia. En efecto, aunque el estado me tiene que atender o dar en plan de equidad con todos, yo puedo renunciar a algo para que otro tenga lo que necesita o desea. Y eso se hace por fraternidad o solidaridad. Se trata de conceder a otros cosas más allá de la ley. Es inclusive renunciar a ciertos derechos, o a la plenitud de mis derechos, para que otro pueda tenerlo o hacer lo que está más allá de lo que el estado le debe dar.²⁵⁶ La fraternidad también incluye la tolerancia, ya que ésta será tanto más grande cuanto sea nuestra generosidad con los demás, para permitirles hacer lo que nosotros no compartimos. Es siempre una capacidad de renunciar a cosas que entran en nuestro derecho, que se nos deben, y dejamos que los otros puedan tenerlas o hacerlas. Se tolera lo que no se acepta, aquello con lo cual no se está de acuerdo, inclusive aquello que no es totalmente bueno, pero que dejamos a otros que lo tengan o lo hagan. Y eso requiere que veamos a los otros con fraternidad, con solidaridad.

Parte de eso es el respeto. Cada uno de nosotros merece ser tratado con respeto. Ese respeto se debe a la dignidad humana que todos tenemos. La dignidad es cierta jerarquía, con cosas que se derivan de ella. Nuestra jerarquía es la más alta en la naturaleza, porque el hombre es, por la inteligencia y la voluntad, el ser más elevado y noble. Tiene la más alta dignidad. No se le puede tratar, por ello, como a ninguna de los otros seres: como animal o menos que eso. La dignidad de la persona humana le viene por el hecho de ser racional, esto es, de tener inteligencia y voluntad, ya que su

²⁵⁶ Cfr. GONZÁLEZ, J., "Tolerancia y pluralidad", en OUVÉ, L. y VILLORO, L. (eds.), *Filosofía moral, educación e historia. Homenaje a Fernando Salmerón, México*: UNAM, 1996, pp. 209 ss.

modo de entender es según la razón y también la voluntad es un querer racional, y no sólo capricho o arbitrariedad irracional. La dignidad de la persona exige respeto' Tratar con respeto significa que no se puede hacer objeto de violencia a nadie (al menos en principio, sin alguna causa grave, como la defensa propia). Y hay varios tipos de violencia, entre ellos la violencia física, por la que se puede matar o herir. Eso está excluido del respeto a la dignidad de la persona: Pero también se excluyen otras formas de violencia más sutiles, como el obligar a alguien a hacer algo por amenazas de muerte o de golpes. Igualmente está excluida la violencia intelectual, por la cual se engaña o se persuade de cosas inconvenientes a la persona.

La alta dignidad de la persona hace, pues, que se le deba respeto. Pero el respeto es un mínimo. Hay que llegar hasta la fraternidad, y conceder a los demás la libertad y la igualdad dentro de un ámbito de generosidad, de amor, esto es, de hermandad o amistad social que es la solidaridad. Todas esas son prerrogativas con las que nacemos. Y los derechos humanos adquieren una perspectiva muy diferente si sólo son vividos desde la obligación a cumplirlos, lo cual es el mínimo, que si son vividos desde el amor a los demás seres humanos, lo cual nos inserta en la amistad social o solidaridad con todos nuestros semejantes.

4. *Todos tenemos derecho a la libertad de pensamiento, de creencia y religión*

Tenemos derecho a la libertad. Y la libertad es de pensamiento y de acción. Requerimos libertad para pensar y para

²⁵⁷ Cfr. Ruiz RODRÍGUEZ, V., "La persona y su dignidad", en el mismo, *Ética y mundo actual*, México: UMA, 1996, pp. 66-74.

actuar. Pero la libertad encuentra como límite la libertad del otro. Más exactamente, la dignidad del otro. Y eso envuelve también el bien común. Podemos ser libres dentro de los límites de la convivencia pacífica y respetuosa. No podemos hacer ninguna acción auténticamente libre que vaya en contra del bien común. Porque entonces estamos rebasando los límites que le hemos trazado a la libertad. Yo no puedo sentirme muy libre de hacer cualquier cosa. La libertad tiene que ser conforme a la razón. Nuestra libertad es limitada. Tiene limitaciones físicas, psíquicas, económicas, sociológicas, etc. No podemos, por ejemplo, ser tan libres que decidamos lanzarnos a atravesar una pared con nuestro cuerpo. Hay cosas que no podemos hacer con plena libertad porque algo en nuestro psiquismo nos lo impide, como vencer alguna fobia. Tampoco podemos ser tan libres que podamos comprar algo que cuesta determinada cantidad con menos dinero. Hay condicionamientos de grupo social, o político, o religioso. Nuestra libertad, por ello, no es absoluta. Tiene que reconocer límites. Y el límite más importante que encuentra es el no poder ir en contra de nosotros mismos y de los demás, es lo que hemos llamado el bien común.

Pues bien, una de las formas de la libertad es la de pensamiento.²⁵⁸ No se refiere tanto a pensar lo que uno quiera, porque eso es un acto interno, y puede incluso ser desconocido para los otros, por inaccesible. Se refiere sobre todo a la expresión de lo que pensamos. Hay ideas que son muy importantes para nosotros. Por ejemplo, ideas sobre la vida, sobre la sociedad, sobre la política, sobre la religión. Hay un derecho a la libertad de expresar públicamente esas ideas, a comunicarlas con los demás, pues resulta para el hombre

²⁵⁸ Cfr. *Declaración universal de los derechos humanos (1948)*, arts. 18-20; en TRUROL y SERRA, A., op. cit., p. 66.

muy importante la comunicación con los otros hombres. Pero hay también cosas que tenemos que tomar en cuenta muy seriamente en cuanto a esa expresión pública de nuestros pensamientos y creencias. Hay creencias que pueden entrar en conflicto con las de otras personas. Pueden hacerlo de manera muy drástica, y ser contrarias. Entonces se impone no violentar ni ofender a los que no creen lo que nosotros creemos. Por eso se dice que hay que comunicar las ideas de manera pacífica y respetuosa.

5. Todos tenemos derecho a defender y compartir nuestras ideas mediante cualquier forma de expresión pacífica y respetuosa

Esto se opone al adoctrinamiento violento. Yo no puedo obligar a otros a aceptar mis ideas por la fuerza, inclusive en el supuesto de que sean buenas. Una cultura no puede destruir a otra por las armas por no aceptar sus contenidos, ni puede obligarla a dejar sus ideas por la violencia. Ni siquiera cuando parece que una de las dos culturas es mejor que la otra. (En el caso de que se pensara que alguna cultura es no sólo inferior, sino nociva, y que por eso se debería cambiarla, habría que demostrarlo muy fehacientemente.) Mucho menos se pueden imponer las ideas cuando son nocivas y contrarias al bien de la sociedad.

Hay ideas y creencias que son de suyo destructivas, y éstas siempre serán malas. No se tiene derecho a divulgarlas. Son nocivas para la sociedad misma. Por ejemplo, el que predique una religión que invite al suicidio colectivo, o el que proclame el uso indiscriminado de las drogas, o el que invite a mentir, o a no defender a la patria, o a minar los mismos cimientos de la sociedad. Son ideas que llevan a la destrucción de la comunidad, que incluso el que las

sostiene no puede sostenerlas sin contradecirse. En todo caso, en la práctica son perniciosas para el bien común. Y por eso han de prohibirse. Es donde encontramos otra vez los límites de la libertad, esta vez, los límites de la libertad de pensamiento y de expresión.

Podemos ampliar los límites que restringen la libertad. Pero entonces ya no se trata de algo a lo que se tiene derecho, sino de algo a lo que damos derecho al otro, como algo que le concedemos más allá de lo establecido por el derecho. Y en eso consiste la tolerancia.²⁶⁰ En cuanto a ideas o creencias que no sean buenas, se puede ejercer la tolerancia, pero ésta tiene límites. En efecto, la tolerancia siempre tiene la connotación de que lo que se tolera no es bueno, o por lo menos no es lo que se cree bueno. Por eso se tolera. Yo puedo tolerar a alguien que fuma, aunque me oponga al tabaquismo. Puedo tolerar a alguien que toca música ruidosa, aunque no me parezca estética. Puedo tolerar a alguien que se viste de manera escandalosa, etc., etc. Pero no se me ocurrirá decir que tolero a alguien porque es virtuoso, por ejemplo. Pues bien, la tolerancia se da cuando restringimos nuestro ejercicio de un derecho y permitimos a alguien algo que está en cierta oposición respecto del bien común. Así, la misma tolerancia encuentra límites. Por ejemplo, no se puede tolerar la intolerancia, porque eso es contradictorio. Además, lo que toleramos no puede ir de manera decidida en contra del bien común, siempre se trata de algo que se puede controlar, y que de alguna manera no lesione demasiado los intereses de los demás. También la tolerancia debe ser conforme a la razón; si no, en lugar de ser una

²⁵⁹ Cfr. RAPHAEL, D. D., "The Intolerable", en MENDUS, S. (ed.), *Justifying Toleration*, Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 147.

²⁶⁰ Cfr. Bonn:), N., "Las razones de la tolerancia", en su obra *El tiempo de los derechos*, Madrid: Ed. Sistema, 1991, pp. 243-248.

virtud, puede llegar a constituir un vicio, o una situación inconveniente."²⁶¹

Eso es lo que significamos al decir que la libertad de pensamiento y expresión debe ejercerse dentro de los límites de la paz y del respeto. No se pueden expresar las creencias en una forma que vaya contra la paz, ni se pueden expresar creencias que vayan en contra de la paz misma. No se pueden expresar creencias de modo irrespetuoso para otros, ni se les puede obligar a que las acepten. En eso se encierra la convivencia pacífica y respetuosa en materia de ideas políticas, sociales, religiosas, etc.²⁶²

6. Conclusión

Dentro de ciertos límites, hay un buen margen para la libertad de las personas, tanto individual como colectiva, tanto de pensamiento como de acción. Los límites son el bien común y la libertad de los otros; se tienen que respetar los intereses de los demás, sus deseos y expectativas; inclusive se pueden tolerar algunas ideas y actos que no compartimos. Pero la tolerancia tiene límites. No se puede tolerar cualquier cosa, hay que hacer un balance ponderado y prudente, para poder conceder algo. Es cierto que la tolerancia amplía la libertad, pero también es cierto que debe ser cuidadosa y atenta. Eso pertenece a la fraternidad, que hace más grandes la libertad y la igualdad. Inclusive, esa fraternidad o amistad social o solidaridad hace más grande el derecho. Pero el derecho tiene que velar por el respeto de esos límites que resguardan la dignidad inviolable de cada per-

²⁶¹ Cfr. GARZÓN VALDÉS, E., "No pongas tus sucias manos sobre Mozart": Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia", en *Estudios* (ITAM, México), n. 29 (1992), pp. 37-38.

²⁶² Cfr. CORTINA, A., *Ética civil y religión*, Madrid: PFC, 1995, pp. 104 ss.

so^Pa. Hay que defender el derecho a la libertad, pero sobre todo dentro de la búsqueda del bien, y principalmente el bien de la mayoría. En la pugna existente entre lo universal y lo individual, se puede hacer que en ciertos aspectos triunfe lo universal (igualdad ante el derecho, etc.) y en otros aspectos triunfe lo individual (respeto de las diferencias que no lesionen esa igualdad); sobre todo se logrará abriendo el ámbito de su conflicto, por la tolerancia, la solidaridad, la amistad y la caridad, para que su oposición disminuya y —en algún límite— se llegue a cierta armonía de esos contrarios.

LA LEY NATURAL EN SUÁREZ

1. *Planteamiento*

Desde hace tiempo resulta preocupante la situación de creciente relativismo moral que cunde en nuestra sociedad y nuestra cultura. Se piensa que no hay leyes fijas y seguras, que todas ellas se debilitan y aun se aniquilan al ser aplicadas a otros modos de pensamiento, e inclusive dentro de una misma cultura. Se llega al punto de considerar que cada individuo es la norma de su propia conducta, que todo se reduce al momento histórico que se vive, a la propia condición cultural, o inclusive a la situación, a la circunstancia. Por eso hemos buscado tesis y argumentos para tratar de frenar en alguna medida esa turbulenta corriente que lo derrumba todo a su paso, que no deja principio ni ley en pie, que niega validez universal a cualquier doctrina moral que pretenda erigirse en norma. Frente a eso hemos encontrado en Suárez algunas consideraciones relativas a la ley natural que proporcionan reflexiones muy agudas y de una actualidad insospechada. Tocan elementos fundamentales del perenne problema de la fundamentación de la conducta moral del ser humano, así como de sus derechos, principalmente esos de los que ahora hablamos tanto y que son los derechos humanos.²⁶³

²⁶³ De hecho, se ha encontrado una fuerte participación de las doctrinas de la Escuela de Salamanca, a través de la recepción que de ella hicieron mediante Suárez los modernos, en la idea de esos derechos de todos los hombres. Cfr. ABRIL CASTELLO, V., "Suárez, padre de los derechos humanos", en *Cuadernos salmantinos de filosofía*, 7 (1980), p. 47.

2. Ley y derecho naturales

En su obra *Acerca de las leyes (De legibus*, cuya elaboración le llevó 30 años, entre 1582 y 1612), Suárez estudia la ley y el derecho naturales. Analiza ambas cosas, pues él agudiza la distinción, que ya se encuentra en Santo Tomás, entre ley y derecho: la ley como lo que sujeta la libertad para hacer algo, y el derecho como lo que da la libertad de hacer algo. El pensador granadino comienza preguntándose si la ley natural es la misma recta razón natural. En efecto, sobre esto hay una opinión según la cual la ley natural no es otra cosa que la misma naturaleza racional tomada en sí misma, en cuanto no implica ninguna contradicción y es el fundamento de toda rectitud moral de los actos humanos. Pero Suárez no ve que la naturaleza humana, sin más y en sí misma, pueda ser ley de ninguna manera:

[La] misma naturaleza racional, considerada exclusivamente en cuanto que es tal esencia, ni manda ni manifiesta ninguna rectitud o malicia, ni dirige o ilumina, ni produce ningún otro efecto propio de la ley. No podemos, por consiguiente, llamarla ley. A no ser que pretendamos utilizar el término 'ley' de un modo totalmente equívoco y metafórico. En tal caso huelga la discusión. Partimos de la base de que el derecho natural es verdadero derecho y de que la ley natural es verdadera ley. Este es el sentir general no sólo de los tratadistas sino incluso de los cánones y leyes civiles.²⁶⁴

De acuerdo con estas palabras de Suárez, es posible considerar a la naturaleza humana como fundamento de la ley natural, pero no como ley natural en sí misma. Algo muy importante es que Suárez centra la ley natural en la natu-

²⁶⁴ SUÁREZ, F., *De legibus*, ed. L. Pereña y V. Abril, Madrid: CSIC, 1974, lib. II, c. 5, n. 5, p. 63.

raleza del hombre, que es la razón, y no en la naturaleza infrahumana.

Otra tesis dice que hay dos aspectos en la naturaleza racional. Uno en cuanto es fundamento de la conformidad o disconformidad de las acciones humanas con ella. Otro en cuanto es cierta facultad que posee la naturaleza para discernir entre las obras que son convenientes o no a esa naturaleza, y en ese sentido es la razón natural. Pues bien, entendida del primer modo, la razón es sólo el fundamento de la ley natural, y entendida del segundo modo es la ley natural misma. Y ésta le parece la tesis más conforme con el pensamiento de Santo Tomás y con la verdad. Pero, como se ve, Suárez mantiene su idea. La naturaleza racional del hombre sólo es fundamento de la ley natural, no la ley natural misma.²⁶⁵

Por otra parte, suele preguntarse si la ley natural es acto o es hábito. Suárez sopesa dos opiniones, cada una de las cuales tiene sus firmes defensores; pero le parece más acertado decir que es ambas cosas, a saber, acto y hábito a la vez. En efecto, es un acto, pues es el juicio actual de la mente; pero, ya que la luz natural del entendimiento puede llamarse ley natural, es también un hábito, ya que el hombre la tiene virtualmente para cuando la necesita. Y la conciencia es distinta y más amplia que la ley, pues la ley es una norma establecida con carácter general, mientras que la conciencia es un dictamen práctico para un caso particular, o la aplicación de la ley a un caso concreto.

Pasa entonces a preguntarse si la ley natural es una ley divina preceptiva. Distingue entre ley indicativa y ley preceptiva. La indicativa sólo señala o muestra lo que es bueno y lo que es malo, sin mandarlo; la preceptiva además lo

tes Cfr. GALLEGOS RocAFULL, J. M., *La doctrina política del P. Francisco Suárez, México: Jus, 1948, pp. [83 ss.*

manda, por orden de algún superior. Una opinión al respecto dice que esta ley es sólo indicativa (sostenida por autores de línea nominalista, como son Gregorio de Rimini, Gabriel Biel, Jacobo Almain y Antonio de Córdoba). Gregorio de Rimini, que es a quien siguen los demás, llega a sostener que,

aun cuando *Dios* no existiera o aunque no hiciera uso de la razón o aunque El no juzgara de las cosas correctamente, con tal que el hombre se diera ese mismo dictamen de la recta razón —estableciendo, por ejemplo, que es malo mentir—, ese dictamen tendría el mismo carácter de ley que hoy tiene, ya que sería manifestativa^{zbc} de la malicia que existe intrínsecamente en el sujeto.

Otra opinión sostiene lo contrario, que la ley natural es puramente preceptiva, manifestadora de un mandato o prohibición divina que proviene sólo de la voluntad de Dios, ni siquiera de su inteligencia. Es la opinión de Guillermo de Ockham, Juan Gerson, Pedro de Ailly y Andrés de Novocastro, todos ellos nominalistas. Es notable la atención que presta aquí Suárez a la secta de los nominalistas. Pero ninguna de las dos sentencias le parece aceptable tal cual; y busca una intermedia que le parece, además, la más conforme con Santo Tomás. Y la establece así: "La ley natural no es sólo indicativa del mal y del bien; implica también una verdadera prohibición del mal y un mandato del bien".²⁶⁶ Es, pues, las dos cosas. Santo Tomás dice que en el caso de la ley natural, y a diferencia de la ley puramente humana, "—por estar contenida fundamentalmente en la ley eterna y secundariamente en la facultad de

²⁶⁶ SUAREZ, F., op. cit., c. 6, n. 3, p. 81. Se ve en Gregorio de Rimini, mucho antes que en Grocio, la validez de la ley natural incluso en el supuesto de que no hubiera Dios.

²⁶⁷ *Ibid.*, n. 5, p. 84.

prohibido".²⁶⁸ Y nuestro granadino quiere ser fiel a Santo Tomás.

Por eso, a diferencia de los nominalistas mencionados, Suárez no deja toda la obligatoriedad de la ley natural al precepto divino, sino a cierta rectitud natural que se plasma en la razón. Es su segunda tesis, que dice:

La voluntad de Dios —prohibitiva o preceptiva— no es la razón total de la bondad y malicia que hay en la observancia o transgresión de la ley natural. Necesariamente supone una cierta rectitud o deformidad en esos mismos actos y les añade una especial obligación de ley divina.²⁶⁹

Suárez asegura que esto se saca de Santo Tomás. Pero aquí está viendo, además —como algo preparatorio a lo que dirá la modernidad—, que la naturaleza sola no engendra ley, anticipándose a lo que Hume denunciará de la ley y la moral basada en la naturaleza, lo que después se llamará falacia naturalista. Por eso Suárez tiene que acudir a un legislador, porque la naturaleza no legisla, y sería abusivo ver sus hechos como leyes. Ese legislador es Dios, sin el cual la naturaleza sola no engendra la ley natural. De hecho, Suárez se pone a medio camino: la ley natural se basa en la rectitud que da la naturaleza; pero además necesita que haya una legislación explícita, establecida por algún legislador, y éste es Dios. Tiene que recurrir a Dios para que no se llame abusivamente "ley" a la ley natural, pues de este modo se cumple el carácter legal que puede tener lo que emana de la naturaleza. Por eso añade una tercera tesis: "La ley natural es una verdadera y auténtica ley divina y su legislador es Dios"?' Asimismo, la legislación de algo por la voluntad

²⁶⁸ *Ibidem.*

²⁶⁹ *Ibid.*, n. 11, p. 92.

²⁷⁰ *Ibid.*, n. 13, p. 95.

de Dios puede quedar suficientemente indicado por el juicio de la recta razón, radicado en la naturaleza del hombre. Es algo muy característico de Suárez —en la línea nominalista, más que tomista— este recurso al legislador divino. En Santo Tomás no hay tal necesidad, ya que hay cierta normatividad germinal en la naturaleza, la cual se explicita en la ley; pero Suárez —puesto que no toma muy en cuenta eso, preludivando la negación que de ello harán los modernos, sobre todo Hume— necesita un legislador que estatuya lo que se deriva de la naturaleza humana como ley natural. Suárez da peso a cierto voluntarismo (proveniente de los escotistas y nominalistas) frente al peso que Santo Tomás daba ala razón en la creación de la ley y el derecho.²⁷¹

3. *Contenido y efectos de la ley natural*

Esto por lo que hace al origen de la ley natural. En cuanto a su objeto o contenido, éste —dice Suárez— "abarca todos los preceptos o principios morales que tienen una evidente bondad, tan necesaria para la rectitud moral que lo opuesto a ellos comprende evidentemente desorden o malicia moral".²⁷² Las normas morales conocidas por la razón natural son de tres clases: (i) unas son los primeros principios generales de la moral, que son evidentes, p. ej. "Hay que hacer el bien y evitar el mal", "No hagas a otro lo que no quieras que te hagan a ti", etc. Estos pertenecen propiamente a la ley natural. (ii) Otras son principios más específicos o particulares, aunque siguen siendo evidentes por sus propios términos, p. ej. "Hay que guardar la justicia", "Hay que vivir

²⁷¹ Cfr. CARRILLO PRIETO, I., *Cuestiones jurídico-políticas en Francisco Suarez*, México: UNAM, 1977, pp. 25-31.

²⁷² SUAREZ, F., op. cit., c. 7, n. 4, p. 113.

con moderación", etc. También éstos pertenecen a la ley natural. (iii) Otras son conclusiones que se derivan con inferencia evidente de los principios morales, las cuales sólo son conocidas por raciocinio, o discursivamente. "Entre ellas —dice Suárez— hay muchas que llegan a conocerse con mayor facilidad y por un mayor número de personas, como, por ejemplo, que son malos el adulterio, el robo y otros actos semejantes. Otras conclusiones precisan un más profundo raciocinio y no son fácilmente conocidas por todos, como que la fornicación es intrínsecamente mala, que la usura es injusta, que la mentira no puede moralmente ser buena en ningún caso, y otras semejantes".²⁷¹ Pues bien, también estas conclusiones pertenecen al objeto o contenido de la ley natural; sólo se les exige que posean un cierto grado de evidencia, de modo que tengan fijeza.²⁷⁴

Suárez se pregunta en seguida si la ley natural preceptúa el ejercicio de todas las virtudes. Responde: "Si el precepto se toma en su sentido estricto —en cuanto obliga bajo pecado mortal— no es aplicable a todas las virtudes sino sólo a las especialmente importantes..."²⁷⁵ A lo cual agrega: "Pero si en un sentido más amplio hablamos de obligación, incluso bajo pecado venial, en tal caso es probable que no exista virtud que no obligue a su práctica en alguna ocasión".²⁷⁶ De modo que en alguna medida, o bajo distintos aspectos, reúne las dos cosas: de manera amplia la ley natural abarca todas las virtudes, pero de manera restringida, no.

Pasa Suárez a plantearse el arduo problema de si la ley natural es una sola para todos los hombres, cosa que parece

²⁷³ *Ibid.*, n. 5, p. 116.

²⁷⁴ Respecto a esta fijeza y estabilidad, Suárez dice: "...demostraré más adelante que la ley natural no es propiamente mutable. Algunos preceptos suyos pueden versar sobre materia más o menos mutable, pero eso no altera formalmente la naturaleza de la ley" (*ibid.*, n. 10, p. 121).

²⁷⁵ *Ibid.*, n. 12, p. 122.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 123.

ser negada por las diferencias culturales. En efecto, que es una sola lo han dicho ya Aristóteles, Cicerón, Santo Tomás y sus comentaristas; pero surge la objeción de que diversos pueblos han tenido leyes contrarias a la ley natural. Suárez responde, con Santo Tomás, que la ley natural es una para todos, pero no todos tienen el mismo conocimiento pleno de ella. Tal vez en cuanto a los primeros preceptos de la misma no ha habido ignorancia, pero sí la ha habido en cuanto a los preceptos de carácter más particular. Explica el granadino:

Cabe considerar en la ley natural preceptos negativos o afirmativos. Los negativos son y han sido siempre necesariamente los mismos en cualquier estado de naturaleza. Prohíben actos intrínsecamente malos que, por tanto, lo son en cualquier estado. Obligan asimismo en todo momento y, por ende, en cualquier estado siempre que se dé la materia propia de ellos. En cambio, los preceptos afirmativos ordenan también cosas esencialmente buenas y poseen también siempre la misma bondad. No obstante, al no obligar en todo momento, puede suceder que en una situación se presenten ocasiones de cumplir ciertos preceptos y en otro momento otros preceptos. Pero esto no basta para afirmar que la ley natural es diversa. Incluso en estado de naturaleza caída hay épocas de paz y épocas de guerra en las que se deben observar preceptos diferentes. También el arte de la medicina es el mismo aun cuando manda unas cosas en tiempo de salud y otras en tiempo de enfermedad. Así, pues, el derecho natural es siempre el mismo."²⁷⁷

Los preceptos negativos no permiten ninguna adaptación, pero los afirmativos o positivos sí, de acuerdo a lo que exige la circunstancia. Aquí es de notar que Suárez menciona, sólo de pasada, el estado de naturaleza, que será

²⁷⁷

Ibid., c. 8, n. 9, p. 135.

menciona, sólo de pasada, el estado de naturaleza, que será tan caro a los modernos, y dará origen a muchas discusiones, ya que era entendido de manera muy diferente por cada uno ese "estado natural", previo al estado político o civilizado.

Asimismo, y como anticipándose a los que objetan que la ley natural no es ley propiamente dicha, porque no está positivada y no tiene un poder coercitivo que la haga cumplir, Suárez establece que la ley natural obliga en conciencia, que es como decimos ahora que obliga la ley moral. La ley natural obliga, como la ley moral, en conciencia, y no porque tenga una fuerza coercitiva o policial. Es decir, obliga porque, además de ser mandada por Dios, es la regla inmediata de la rectitud moral. Y sigue siendo contraria a ella lo que es contrario a la razón. Suárez argumenta así: "Todas las cosas encierran en cierta forma un deber para con ellas mismas: el de no hacer nada opuesto a su naturaleza. Ahora bien, por encima de este deber, la ley añade una especial obligación moral".²⁷⁸ Ciertamente Suárez otorga un carácter impropio y casi metafórico a la ley natural en cuanto aplicada a todas las cosas, pues sólo el hombre es capaz de tener obligaciones; pero es la idea aristotélica y estoica de que incluso hay ciertas obligaciones de la ley natural que abarcan a todas las cosas, otras a todos los animales y otras sólo al hombre. Nos parece que es una manera de decir que la naturaleza impone cierta normatividad al ser humano, incluso desde los niveles más básicos. Es como una carga de moralidad que se da ya en el nivel de los hechos físicos o antropológicos. Parecen cuestiones de hecho, pero están cargadas de moralidad y legalidad, de manera implícita, que sólo el hombre, con la razón práctica, puede explicitar y aplicar en su moralidad y en sus leyes positivas. Tal es el contenido de la ley natural.

²⁷⁸ *Ibid.*, c. 9, n. 4, p. 139.

Asimismo, el derecho natural puede no sólo obligar y prohibir acciones, sino también invalidarlas. Esto se plantea sobre todo en el ámbito de los preceptos negativos, aunque también puede aplicarse a los positivos. En efecto, los actos contrarios a la ley natural en ciertos casos no son solamente malos, sino incluso nulos. Por ejemplo, un segundo matrimonio, efectuado cuando aún vive el cónyuge anterior, es nulo por derecho natural; o un matrimonio entre hermano³, o uno entre padre e hija. Así, Suárez propone dos criterios para encontrar esos actos nulos: uno "consiste en que cuando el derecho natural prohíbe un acto por defecto de competencia en quien lo realiza o por insuficiencia de materia, en esos casos el acto es nulo e inválido por su propia naturaleza".²⁷⁹ Un ejemplo es el del segundo matrimonio. El otro criterio "se da cuando se prohíbe un acto por la incorrección o fealdad moral que descubrimos en su objeto".²⁸⁰ Ejemplo de ello es el matrimonio incestuoso.

4. *Caracteres propios del planteamiento suareciano*

Luis Recaséns Siches pone mucho cuidado en distinguir el iusnaturalismo de Suárez del iusnaturalismo de los modernos, sobre todo el de los teóricos racionalistas de los siglos xvii y xviii. Y dice que muchos iusfilósofos se han dado cuenta de que no se aplican a Suárez las objeciones que se dirigen habitualmente a los racionalistas, como la rigidización del derecho natural; inclusive muchos de esos nuevos iusfilósofos llegan a decir que por ello Suárez resulta de mayor interés para los filósofos actuales del derecho que han visto la decadencia del iuspositivismo y quieren renovar el iusnatura-

²⁷⁹ Ibid., c. 12, n. 4, p. 181.

²⁸⁰ Ibid., n. 5, p. 182.

lismo para que se pueda presentar hoy en día.²⁸¹ En efecto, para Suárez el derecho natural es natural porque entiende la naturaleza no sólo como lo que de hecho es, sino también como lo que debe ser, por un valor y una teleología, por lo que ya tenía un contenido normativo. Así no incurre en la dificultad de los iusnaturalistas modernos (Hobbes, Grocio, Tomasio y Puffendorf), que fundan el derecho natural en un hecho empírico humano, esto es, en un afecto (temor, sociabilidad, sentimiento de debilidad, etc.). Como hemos visto, en Suárez la ley natural tiene —por el recurso al legislador divino— muy claramente ese carácter normativo, que evita que sea confundido con las relaciones causales del ser. La ley natural no es el hecho de cómo es la naturaleza humana, sino las consecuencias normativas de ello; por lo tanto, la naturaleza humana es la premisa de la ley natural, o, como ya dijimos, su fundamento.

El hecho de la naturaleza humana no es la ley, sino la ocasión de ella. Esta es una parte de la ley eterna, que prohíbe o manda ala voluntad determinados actos, en mérito de las consecuencias racionales que trae consigo la premisa de ser el hombre un ente consciente y libre. La ley natural adquiere carácter obligatorio en cuanto se manifiesta como tal en la conciencia.²⁸²

Además, como ya hemos anotado, una cosa es la ley natural y otra su conocimiento, el cual puede fallar. La materia de la ley natural es la honestidad, es decir, la moralidad. Es seguir lo que es conforme a la razón humana. Lo que atañe a la conducta moral con carácter de absoluto o necesario le pertenece, ya en lo mandado, ya en lo prohibido, ya

²⁸¹ Cfr. RECASENS SICHES, L., *La filosofía del derecho de Francisco Suarez*, México: Jus, 1947, pp. 113 y 115.

²⁸² *ibid.*, p. 145.

en lo permitido por indiferente, ya en la previsión de que la ley humana pueda crear bondad o malicia en actos que antes eran de suyo neutros.

Por otro lado, en cuanto a la invariabilidad de la ley natural y la variabilidad de su aplicación, Suárez es más avanzado que todos los anteriores; pero también lo es respecto de muchos posteriores, como Grocio, Tomasio y Puffendorf. No plantea un derecho natural rígidamente codificado como el de ellos, sino un derecho natural racional, uno de cuyos sectores (el de los principios inferidos) es susceptible de concretarse en reglas diferentes según las diversas circunstancias. La ley natural es inmutable en los primeros principios (como hacer el bien y evitar el mal); también en los que se derivan de ellos por consecuencia lógica, mediata o inmediata; pero éstos pueden referirse a la naturaleza humana en cuanto tal (como respetar a los padres, no infamar, no matar injustamente, etc.), o a materia contingente y mudable (como la propiedad privada o los efectos de ciertos contratos). Y en este último caso sus preceptos pueden cambiar, de acuerdo a las circunstancias; por ejemplo, el derecho de propiedad privada, que no es definitivo, sino que se ha aceptado para evitar ciertos males, pero que, si no los hay, puede modificarse o desaparecer, según las situaciones."³

5. Resultados

Llegamos ahora a nuestra conclusión. Hemos dicho al principio que buscamos en Suárez algunas respuestas a la crisis

²⁸³ Para otra diferenciación entre Suárez y los iusnaturalistas modernos (racionalistas y empiristas), cfr. PÉREZ LUNO, A. E., "La concepción democrática de Juan Roa Dávila y el orden jurídico en Francisco Suárez", en el mismo, *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Madrid: Trotta, 1995 (2a. ed.), pp. 214 ss.

de la moral y del derecho por la situación circundante. Para remediar, frenar o mitigar, el relativismo moral y jurídico que se ve proliferar hoy en día. Efectivamente, hay una manera de rebasar la pura situación, la casuística, y es plantear ciertos principios —aunque sea unos pocos— que tienen carácter de inamovibles. Son solamente los precisos para ofrecer un punto de apoyo que evite la caída en el caos. Y, con todo, a pesar de que hay algunos principios estables, cada vez van descendiendo más y más a lo concreto, y van acercándose más a la circunstancia particular, a la situación, para aplicarse con toda justicia y ponderación al caso; no, por supuesto, de manera arbitraria y tramposa, sino buscando lo más que se pueda de comprensión de la condición humana y el amor a la persona. Tomando en serio las circunstancias de los individuos, evita las excepciones gratuitas y los privilegios indebidos. Trata de atender a lo particular sin renunciar a cierta universalidad cuidadosa. Es una universalidad matizada; o, si se prefiere, un relativismo con límites, los límites que traza el respeto al bien común, en el cual el primer favorecido es precisamente el individuo mismo.

Nos parece que se puede sacar de Suárez una buena lección aplicable a la problemática actual de la ley natural. La ley positiva no es suficiente para establecer el derecho. Esto lo reconocen los filósofos del derecho más actuales, como Hart y Dworkin; y el propio Bobbio habla de la crisis del iuspositivismo. Hasta añade que hay un sentido en el que él mismo sería iusnaturalista, a saber, el que le permitiría oponerse a un tirano que tratara de imponer una ley injusta. Si sólo admitiéramos ley positiva, no tendríamos defensa contra el déspota, ya que el legislador o el gobernante (según sea el caso) puede imponer prácticamente lo que le venga en gana. Por eso se ha visto que es necesario acudir a algo distinto de la pura ley positiva. Algunos ya han acudido a

una ley natural. Pero se objeta que no es ley, o al menos no ley en el sentido jurídico. A saber, no es una ley jurídica; en todo caso es una ley moral, que indica la necesidad de trazar al derecho alguna relación con la moral. Para ser propiamente ley, debe tener un legislador y una fuerza coercitiva que la haga cumplir. Esto ya aparece en los nominalistas tardomedievales, y parece recrudescerse en la modernidad.

En ese sentido Suárez preconiza la modernidad, en cuanto se siente obligado a introducir a Dios como legislador directo de la ley natural. Sin embargo, dado el pluralismo cultural que se da hoy en día, nos parece preferible plantear la ley natural sin la hipótesis directa de su dependencia con respecto de Dios. De hecho, porque la ley natural es, en definitiva, un reflejo y una plasmación de la ley eterna. Pero también es algo que el hombre puede encontrar en su contacto racional con la naturaleza. Por eso preferimos poder dar una argumentación diferente, más "natural" o "naturalizada". Creemos que aquí Suárez se vio muy influido por algunos autores nominalistas, como Ockham y Gerson. En algunos de los principales nominalistas ya venía una crítica y una minimización de las naturalezas o esencias. Por eso se desconfiaba de una ley jurídica o moral que surgiera completamente de la naturaleza; se prefería pensar que era ley porque Dios la establecía, la promulgaba.

Inclusive con ello se podrían explicar las excepciones que había hecho El mismo de algunos mandamientos del decálogo a diversos personajes de la historia sagrada, tal como se decía en las Escrituras, y el decálogo era visto como conteniendo, al menos en parte, la ley natural. El que establece una ley puede conceder privilegios con respecto a ella. Muy significativo resulta que autores nominalistas, como Gerson, Alain y Mair, tomen los derechos subjetivos con un sentido de permiso o privilegio, concedido por el superior o legislador. Es un cierto acercar la ley natural a la ley positiva,

cosa que se afanarán en evitar Vitoria y Soto. Educados por los nominalistas, ambos autores tratan de defender la idea de derecho objetivo por encima del subjetivo; y esto parece tener más en cuenta la fundamentación de la ley natural en la propia naturaleza de la que se origina, y no tanto en un legislador, que sería Dios solamente. Sobre todo Soto se esfuerza por evitar ese recurso al supremo legislador, tal vez porque, como él mismo lo dice en su tratado sobre los universales o predicables, fue criado entre los nominalistas, y, al hacerse tomista, se esforzó por liberarse de su influencia.

Creemos que ahora se necesita una nueva confianza en la fuerza "legislativa" de la naturaleza. Y va surgiendo. Lo vemos en dos hechos. Uno es la renovación de la postulación de naturalezas, en la ontología más reciente, al trasluz de la lógica modal. Y otro es la superación de la nefasta dicotomía entre hecho y valor, la conocida acusación de falacia naturalista, que ahora está en descrédito y no asusta a nadie. Si reconocemos que en la naturaleza hay un núcleo valorativo, una carga de eticidad, un contenido de juridicidad, no nos parecerá abusivo desentrañarlos a partir de ella, y hablar de una ley natural como surgida de la naturaleza, sin tener que acudir al legislador divino para que pueda ser concedida como ley por derecho propio. Ciertamente que no se puede hablar de ella con toda propiedad como ley. Pero lo será en sentido analógico. Y con ello nos basta. Esto ayudará a detener la arrebatada corriente que arrastra a muchos hoy en día hacia un relativismo vertiginoso, que amenaza con dejarnos sin un criterio aceptablemente fijo y universal de conducta, y aceptablemente dador de sentido para la acción del hombre en nuestro mundo.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL CASTELLÓ, V., "Suárez, padre de los derechos humanos", en *Cuadernos salmantinos de filosofía*, 7 (1980).
- AQUINO, T. DE, *Summa Theologiae*, Madrid: BAC, 1990.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, trad. cast. J. Marías y M. Araujo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994 (6a. ed.).
- BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, Madrid: Tecnos, 1986 (2a. ed.).
- BEUCHOT, M., *Filosofía y derechos humanos*, México: Siglo XXI, 1993.
- BEUCHOT, M., *La fundamentación filosófica de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*, Barcelona: Anthropos, 1994.
- BEUCHOT, M., *Ética y derecho en Tomás de Aquino*, México: UNAM, 1997.
- BIDART CAMPOS, G. J., *Teoría general de los derechos humanos*, México: UNAM, 1993.
- BLOCH, E., *Derecho natural y dignidad humana*, Madrid: Aguilar, 1980.
- BOBBIO, N., *Tavola ronda sul positivismo giuridico*, Milán: Giuffrè, 1966.
- BOBBIO, N., "Hegel y el iusnaturalismo", en *Diánoia*, 13 (1967).
- BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia: Fernando Torres, 1980.
- BOBBIO, N.; *La edad de los derechos*, trad. cast. R. de Asís Roig, Madrid: Sistema, 1991.
- BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, México: Fontamara, 1991.
- BOBBIO, N., "Presente y futuro de los derechos del hombre", en el mismo, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona: Gedisa, 1992 (2a. ed.).
- BOBBIO, N., *El positivismo jurídico*, Madrid: Debate, 1993.
- BOBBIO, N., *El futuro de la democracia*, trad. cast. J. E. Fernández Santillán, México: FCE, 1996.
- Norberto Bobbio: el filósofo y la política* (antología), México: FCE, 1996.

- CARPINTERO BENÍTEZ, E., *Una introducción a la ciencia jurídica*, Madrid: Civitas, 1988.
- CARRILLO PRIETO, I., *Cuestiones jurídico-políticas en Francisco Suárez*, México: UNAM, 1977.
- CARRUTHERS, P., *The Animals Issue: Moral Theory in Practice*, trad. J. Ma. Perazzo, Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- CHARLESWORTH, M., *Bioethics in a Liberal Society*, trad. M. González, Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- CORTINA, A., "Una teoría de los derechos humanos", en la misma, *Ética sin moral*, Madrid: Tecnos, 1990.
- COTTA, S., *¿Perché it diritto?*, trad. cast. J. Joaquín Blasco, Madrid: Rialp, 1995 (2a. ed.).
- DABIN, J., *El derecho subjetivo*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.
- DIETERLEN STRUCK, P., *Sobre los derechos humanos*, México: UNAM, 1985.
- DWORKIN, R. (comp.), *La filosofía del derecho*, trad. cast. J. Sáinz de los Terreros, México: FCE, 1980.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. cast. M. Gustavino, Barcelona: Ariel, 1989 (2a. ed.).
- DWORKIN, R., *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*, New York: Knopf, 1993.
- FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Madrid: Debate, 1991.
- FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1984.
- GALLEGOS ROCAFULL, J. M., *La doctrina política del P. Francisco Suárez*, México: Jus, 1948.
- GARCÍA LÓPEZ, J., "La persona humana", en *Anuario Filosófico*, IX (1976).
- GARCÍA LOPEZ, J., *Individuo, familia y sociedad. Los derechos humanos en Tomás de Aquino*, Pamplona: Eunsa, 1990 (2a. ed.).
- GARCÍA HUIDOBRO, J., *Razón práctica y derecho natural (el iusnaturalismo de Tomás de Aquino)*, Valparaíso: Edeval, 1993.
- GARCÍA MÁYNEZ, E., "El derecho natural y el principio jurídico de razón suficiente", en el mismo, *Ensayos filosófico-jurídicos, 1934-1979*, México: UNAM, 1984.

- GROSSI, P., *II dominio ele cose, percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano: Giuffrè, 1992.
- GUISAN, E., "Una justificación utilitarista de los derechos humanos", en J. Muguerza y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid: Debate, 1989.
- GUZMÁN BRITO, A., *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso: Eds. Universitarias de Valparaíso, 1976.
- HABERMAS, J., "Derecho natural y revolución", en el mismo, *Teoría y praxis*, Buenos Aires: Sur, 1966.
- HART, H. L. A., "Hay algunos derechos naturales?", en *Derecho y moral, contribuciones a su análisis*, trad. cast. G. Carrió, Buenos Aires: Depalma, 1962.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968 (2a. ed., reimp.).
- HERNÁNDEZ MARTÍN, R., *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, Madrid: Tecnos, 1986.
- HERRERA IBANEZ, A., "Los intereses de los animales y sus derechos", en *Dilemas éticos*, México: UNAM-FCE, 1997.
- HERVADA, J., *Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona: Eunsa, 1991 (2a. ed.).
- HERVADA, J., *Los eclesiasticistas ante un espectador*, Pamplona: Eunsa, 1991.
- HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona: Eunsa, 1992.
- HERVADA, J., "Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana", en *Escritos de derecho natural*, Pamplona: Eunsa, 1993 (2a. ed.).
- HERVADA, J., *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona: Eunsa, 1993 (7a. ed.).
- HERVADA, J., *Cuatro lecciones de derecho natural*, Pamplona: Eunsa, 1993 (3a. ed.).
- HERVADA, J., *Escritos de derecho natural*, Pamplona: Eunsa, 1993 (2a. ed.).
- HERVADA, J. y ZUMAQUERO, J. M., *Textos internacionales de derechos Humanos*, Pamplona: Eunsa, 1992 (2a. ed.).
- HOERSTER, N., *Problemas de ética normativa*, México: Fontamara, 1992.

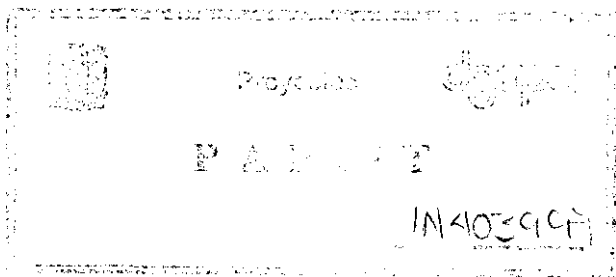
- JELLINEK, G., *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milano: Società editrice libraria, 1912.
- KAUFMANN, A., *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, trad. cast. L. Villar Borda, Bogotá: Temis, 1992.
- KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, trad. R. Vernengo, México: UNAM, 1981.
- KELSEN, H., *Teoría general del derecho y del estado*, trad. E. García Máynez, México: UNAM, 1990 (3a. ed.).
- LACHANCE, L., *Le concept de droit selon Aristote et Saint Thomas*, Ottawa-Montréal: Eds du Lévrier, 1984 (2a. ed.).
- LAPORTA, E., "Sobre el concepto de derechos humanos", en *Doxa*, 4 (1987).
- LAPORTA, E., *Entre el derecho y la moral*, México: Fontamara, 1995.
- LOCKE, J., *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid: Aguilar, 1975.
- MACINTYRE, A., *After Virtue*, Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1981.
- MASSINI CORREAS, C. I., *Sobre el realismo jurídico*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978.
- MASSINI CORREAS, C. I., *El derecho. Los derechos humanos y el valor del derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987.
- MASSINI CORREAS, C. I., *Los derechos humanos, paradoja de nuestro tiempo*, Santiago de Chile: Alfabetá, 1987.
- MASSINI CORREAS, C. I., *Filosofar del derecho. El derecho y los derechos humanos*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- MASSINI CORREAS, C. I., "El derecho a la vida", en *Problemas actuales sobre derechos humanos*, México: UNAM, 1997.
- MILLAN PUELLES, A., "La dignidad de la persona humana", en *Sobre el hombre y la sociedad*, Madrid: Rialp, 1976.
- MILLAN PUELLES, A., Voz "Naturaleza", en *Léxico filosófico*, Madrid: Rialp, 1984.
- MUGUERZA, J., "La alternativa del disenso (en torno a la fundamentación ética de los derechos humanos)", en J. Muguerza y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid: Debate, 1989.
- NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires: Astrea, 1980.

- NINO, C. S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de su fundamentación*, Buenos Aires: Paidós, 1984.
- NiNO, C. S., "Derecho, moral y política", en *Crisis del derecho y sus alternativas*, Buenos Aires: Congreso organizado por el Consejo General del Poder Judicial, noviembre-diciembre 1992.
- PECES BARBA, G., "Sobre el fundamento de los derechos humanos (un problema de moral y derecho)", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 28 (1988).
- PECES BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*, Madrid: Eudema, 1991.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid: Tecnos, 1991 (4a. ed.).
- PÉREZ LUÑO, A. E., *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Madrid: Trotta, 1995 (2a. ed.).
- POND, R., *Evolución de la libertad*, México: Libreros Mexicanos Unidos, 1964.
- RABBI-BALDI CARANILLAS, R., *La filosofía jurídica de Michel Villey*, Pamplona: Eunsa, 1990.
- RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University, 1971.
- RAwes, J., *Liberalismo político*, trad. cast. S. R. Madero Báez, México: FCE, 1995.
- RAZ, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford: Clarendon Press, 1979; trad. cast. R. Tamayo y Salmorán, México: UNAM, 1982.
- RECASÉNS SIMES, L., *La filosofía del derecho de Francisco Suárez*, México: Jus, 1947.
- Rojo SALAZ, J. M., "Los derechos morales en el pensamiento angloamericano", en *Anuario de Derechos Humanos* (Madrid), 5 (1988-1989).
- Ruiz MIGUEL, A., "Los derechos humanos como derechos morales, ¿entre el problema verbal y la denominación confusa?", en J. Muguerza y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid: Debate, 1989.

- SANCHEZ FERRIZ, It., *Estudio sobre las libertades*, Valencia: Tirant lo blanch, 1989.
- SANCHEZ VIAMONTE, C., *Los derechos humanos en la revolución francesa*, México: UNAM, 1956.
- SCHOUPPE, J. P., "La concepción realista del derecho", en *Persona y Derecho*, 11 (1984).
- SERRANO VIELAFAÑE, E., *Concepciones iusnaturalistas actuales*, Madrid: Universidad Complutense, 1977 (2a. ed.).
- SINGER, P., *Practical Ethics*, trad. R. Herrera, Cambridge: Cambridge University Press, 1995 (2a. ed.).
- SINGER, E., *Rethinking Life and Death. The Collapse of our Traditional Ethics*, trad. Y. Fontal, Barcelona: Paidós, 1997.
- SOA/E RAMOS, G., "Diferentes concepciones del Derecho Natural", en *Ethos*, 10-11 (1982-1983).
- SPAEMANN, R., *Lo natural y lo racional*, trad. D. Innerarity, Madrid: Rialp, 1989.
- SUAREZ, F., *De legibus*, ed. L. Pereña y V. Abril, Madrid: csid, 1974.
- TAMAYO Y SALMORAN, R., *El derecho y la ciencia del derecho*, México: UNAM, 1986.
- TAMAYO Y SALMORAN, R., Voz "Derecho subjetivo", en *Diccionario jurídico mexicano*, México: UNAM, 1987.
- TAMAYO Y SALMORAN, R., *Introducción al estudio de la Constitución*, México: UNAM, 1989 (3a. ed.).
- TORRE RANGEL, J. A. DE LA, *Del pensamiento jurídico contemporáneo. Aportaciones críticas*, México: Escuela Libre de Derecho - Miguel Angel Porrúa, 1992.
- TRUYOL SERRA, A., *Los derechos humanos. Declaraciones y convenios internacionales*, Madrid: Tecnos, 1984 (3a. ed.).
- VALDES, M., "Aborto y anticoncepción en México: las actitudes y argumentos de la Iglesia Católica", en *Dilemas éticos*, México: UNAM-FCE, 1997.
- VIO, L. R., *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991.
- VIURY, M., "Suum ius cuique tribuens", en *Studi in onore di P. Francisci*, Milano: Giuffrè, 1956.

- VILELY, M., "*Les origines de la notion de droit subjectif*", en *Le(ons d'histoire de la philosophic du droit*, Paris: Paris: Dalloz, 1962.
- VILELY, M., "Prolegomènes a l'étude du *droit* subjectif chez Guillaume d'Occam", en *Cours d'histoire de la philosophic du droit*, Paris: Les Cours de Droit, 1962-1963.
- VILLEY, M., "*La genése du droit subjectif chez Guillaume d'Occam*", en *Archives de philosophic du droit*, 9 (1964).
- VILLEY, M., *Consideraciones en pro del derecho natural clásico*, Córdoba, Argentina: Universidad Nacional de Córdoba, 1966.
- VUTEV, M., "Le droit de l'individu chez Hobbes", en *Seize essais de philosophic du droit*, Paris: Dalloz, 1969.
- VILLEY, M., "Le droit *subjectif* chez Ihering", *ibid.*
- VULEV, M., "Crítica de los derechos del *hombre*", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 12 (1972).
- WNEACKER, E., *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*, trad. cast. F. Fernández Jardón, Madrid: Aguilar, 1957.

Derechos humanos y naturaleza humana,
editado por el Instituto de Investigaciones Filológicas,
siendo jefe del departamento de publicaciones
Sergio Reyes Coria,
se terminó de imprimir
en los talleres de
Ediciones del Lirio, S.A de C.V.
en marzo de 2000.
La composición fue realizada
en tipo Class G:aramond de 11.5: 14, 10.5:14, 9:11,
y consta de 500 ejemplares.



ISBN 968-36-7697-9



9 789683 676979