

ETICA Y DERECHOS HUMANOS EN LA PERSPECTIVA DE CARLOS S. NINO

*Por Carlos I. Massini Correas
Prof. Titular de Filosofía Jurídica*

I. La Obra. Terminada de imprimir en diciembre de 1984, salió a la venta en 1985 la obra de Carlos S. Niño "Ética y Derechos Humanos"; con motivo de su aparición se realizaron numerosas presentaciones en círculos académicos, varios periodistas notorios la citaron con entusiasmo y fue objeto de diversas críticas bibliográficas. Como, además, el autor es catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires, Ex-Presidente del Consejo para la Consolidación de la Democracia y profesor visitante en varias universidades extranjeras, el libro ha alcanzado una notoriedad que hace conveniente una revisión mas o menos prolija de sus principales afirmaciones. A esta tarea dedicaremos las páginas que siguen, con el propósito de esclarecer algunas de las más importantes cuestiones que involucra la problemática - por demás acuciante y actual - de los "derechos humanos".

II. Caracteres generales del libro. Una primera lectura del libro hace evidentes dos características generales, que resulta conveniente resaltar antes de adentrarse en el análisis de sus contenidos: i) la primera de ellas radica en su restricción casi absoluta al ámbito de la cultura anglosajona; ello se manifiesta a través de la utilización de una bibliografía que es en su casi totalidad de ese origen, llegándose a citar sólo traducciones inglesas de ciertos textos clásicos - de Aristóteles o Rousseau, por ejemplo - y por la utilización de un lenguaje en el que se advierte claramente la influencia estructural y de vocabulario de la lengua inglesa. Además, el planteo de la problemática y los temas debatidos son los propios de la escuela analítica anglosajona, no tratándose ninguna de las cuestiones filosófico - prácticas que son objeto de debate en otros ámbitos culturales; ni Villey, ni Cotta, ni Bobbio, ni Fechner, ni Kalinowski, ni Recaséns Siches, ni nadie que no pertenezca a la tradición aludida, son tenidos en cuenta en las discusiones; la tímida alusión a Kelsen (pp 53/54) pareciera ser un homenaje a su larga permanencia en los Estados Unidos.

ii) La segunda de las características generales radica en la abierta y apriorística toma de posición ideológica que campea por todo el libro; de entrada el A se proclama liberal y a partir de ese momento el adjetivo "liberal" se transforma en un sinónimo de "bueno" o de "verdadero" y su contrario, "antiliberal", en un equivalente de "malo" o "falso". De este modo, cuando debe dar un ejemplo de acto moralmente bueno, pone el de "la realización de elecciones libres" y como ejemplo de acto

protervo propone a los "golpes de estado" (pp. 66/67). En este mismo sentido, considera correcto un razonamiento moral cuando logra dar fundamento a los principios liberales de organización social (p. 277) y sostiene que el discurso moral en sí mismo es una "institución liberal" (p. 181).

III. La metaética de Niño. Niño comienza su obra con la afirmación de que los derechos humanos consisten en un "invento" del hombre y no de algo connatural a él; "tales derechos son -escribe- en cierto sentido "artificiales", o sea, que son, como el avión o la computadora, producto del ingenio humano" (p. 13). Sostiene luego que es necesario buscar un fundamento racional a esos derechos, es decir, las bases teóricas para su vigencia, repudiando tanto el dogmatismo ético como el escepticismo moral (p. 16). Se pregunta luego si los derechos humanos tienen carácter jurídico o moral o si pertenecen a la que se llama "categoría mestiza" del derecho natural. Afirma que el iusnaturalismo puede caracterizarse por la defensa de dos tesis fundamentales: i) la primera, que existen principios que determinan la justicia de las instituciones sociales, los que son universalmente válidos con independencia de su reconocimiento efectivo y ii) la segunda, que un sistema normativo dotado de coactividad no puede ser calificado de "derecho" si no se conforma con aquellos principios. Por el contrario, el que llama "positivismo conceptual" (p. 24), por oposición al "positivismo ideológico", que no caracteriza, no se opone a la primera tesis (i), sino a la segunda (ii), aunque acepta que algunos de los positivistas que enumera, como Kelsen y Ross, no hacen suyas ninguna de las dos tesis. Para él, los restantes positivistas (Bentham, Hart) aceptan la primera de las tesis, pero rechazan el uso de la locución "derecho natural" por temor a que se pueda identificar su posición con el enfoque aristotélico-tomista de la naturaleza humana, aunque en realidad quieran significar prácticamente lo mismo que los defensores de esa concepción. Sostiene luego que, contrariamente al concepto "descriptivo" y "esencialista" del derecho sostenido por los iusnaturalistas, si se ven las cosas desde un punto de vista "normativo", pueden reconocerse principios "morales" que justifican los derechos humanos, principios de tal valor que difícilmente esté justificada una norma jurídica que negara o retaceara su reconocimiento, por más que su origen sea legítimo (p. 29). Estos principios, lo son i) de una moral crítica o ideal y no positiva y son ii) principios últimos de valoración de conductas.

Realiza a continuación un análisis de los distintos sentidos de "derechos", del que concluye que los "derechos" son anteriores y fundan los "deberes", y termina aceptando dos rasgos de los "derechos", propuestos por Dworkin: i) son distributivos o individualizados, brindan beneficios a cada uno de los individuos y ii) constituyen un límite o umbral en contra de las medidas fundadas en la

prosecución de objetivos sociales (p. 37), es decir, "constituyen por definición" -escribe el A - restricciones a la persecución del bien común" (ibídem). Y termina el apartado definiendo los "derechos morales" al afirmar que "se adscribe a alguien el derecho moral de acceder a la situación S (...) cuando el individuo en cuestión pertenece a una clase C y se presupone que S implica normalmente para cada miembro de C un bien de tal importancia que debe facilitarse su acceso a S y es moralmente erróneo impedir tal acceso" (pp. 40-41).

Pero como no todos los "derechos morales" son "derechos humanos" propone caracterizar a estos últimos del siguiente modo: i) ante todo, ellos versan sobre bienes de fundamental importancia para sus titulares; además, ii) la clase de sus beneficiarios está integrada por todos los hombres y por la sola razón de serlo y iii) son inalienables, en el sentido de que sólo se puede ser privado de ellos por actos de la propia voluntad. Luego de definir a las personas morales como "todos los seres con capacidad potencial para tener conciencia de su identidad como un titular independiente de intereses y para ajustar su vida a sus propios juicios de valor" (p. 45) el autor realiza una referencia a la posibilidad - o no - de que los robots o los animales superiores (¿por qué sólo los superiores?) puedan llegar a ser titulares de derechos morales, tal como lo proponen los partidarios de la "liberación animal", como el analítico Peter Singer.

Pasa luego Niño a una sección crítica del relativismo ético, en el que impugna las doctrinas de Kelsen, Aarnio y Hoerster, entre otras razones i) por ser autocontradictorias, al resultar relativa la afirmación misma del relativismo, ii) por ser incapaces de fundamentar el mismo principio de tolerancia y iii) por conducir a un vaciamiento del concepto mismo de moralidad. Esta crítica del relativismo lo lleva a la exposición de su propia doctrina, a la que llama, siguiendo en esto a Rawls, "construccionismo moral" (p. 79).

Niño parte de modo apriorístico de una posición que llama "racionalista" o "liberal" y que consiste en la creencia en el valor de los argumentos críticos y de la experiencia y en el rechazo de todo dogmatismo o argumento de autoridad (p. 51); a partir de esta posición, distingue entre la moral "positiva" o "social" y la moral "crítica" o "ideal" (p. 79); la primera es el producto de la aceptación social de la segunda y persiste siempre que una cierta mayoría esté de acuerdo con los principios de una cierta moral ideal; lo que caracteriza a la moral "social" -sostiene el A - es la validez de sus prescripciones; por el contrario, la moral "crítica" se denota por su aceptabilidad (p. 81). Para descubrir las condiciones que debe cumplir la moral "ideal" - sostiene Niño - se debe acudir a las funciones que cumple la moral "social", las que surgen de las circunstancias básicas de la vida humana en sociedad": i) la tendencia de los hombres a entrar en conflicto y ii) la tendencia a buscar la cooperación de otros (p. 84). Para el A., "tanto el

derecho como la moral cumplen mal o bien, las funciones de reducir los conflictos entre los individuos y facilitar la cooperación social" (p. 84), lo que se logra a través de la convergencia de acciones y actitudes por la aceptación de ciertos principios comunes. A los efectos de establecer estos principios, Niño declara la necesidad de dejarse guiar por "Kant y su séquito", grupo este último en el que incluye principalmente a John Rawls (p. 87).

Guiado entonces por Kant, el A. comienza la investigación de los aspectos formales del discurso moral que harán posible la elaboración de los principios "liberales"; para él estos aspectos procesales del discurso moral deben determinarse buscando un "equilibrio reflexivo" entre i) las convicciones intuitivas particulares, ii) los principios sustantivos generales y iii) los mismos aspectos formales del discurso. Todo ello debe ser "testado" en cuanto a su adecuación con el criterio de las funciones sociales de la moral a que ya hemos hecho referencia. Estos aspectos formales del razonamiento moral son -según Niño - los siguientes: a) se trata de un discurso y, por lo tanto, están excluidos de él todos los argumentos basados en la obediencia dogmática a ciertas autoridades y está dirigido a lograr una aceptación libre de ciertos principios de conducta: ellos deben ser i) públicos, ii) generales, iii) las circunstancias que condicionan las diversas soluciones morales deben ser tácticas y verificables, iv) universales, e.d., aceptables por todos y v) principios finales (últimos) de justificación; b) este discurso moral se ordena a obtener la coincidencia en la adopción de ciertos principios, como medio de converger en determinadas acciones o actitudes (p. 92) y para ello se debe proceder mediante la adopción de un punto de vista imparcial, e.d., juzgar como lo haría un árbitro imparcial; este último es el aspecto formal básico del discurso moral (p. 95).

Conforme a lo anterior, sería verdadero un juicio moral si el principio a que alude fuera aceptado por todas las partes en las mencionadas condiciones; se trata de una aceptabilidad hipotética que -según Niño - hace de puente entre el "ser" y el "deber ser", superando así el problema de la "falacia naturalista". Además, sostiene el autor que la justificación de la moral es de índole moral y consiste en que, al resultar los objetivos de la moral (reducir los conflictos y facilitar la cooperación social) obviamente valiosos, resultan también valiosas las reglas constitutivas del discurso moral (p. 100).

IV. Los "principios liberales". A partir de este momento y ya en la segunda parte del libro, el A. comienza a fundamentar sustantivamente el contenido de los principios "liberales", "tomando como punto de partida -escribe - convicciones relativamente firmes, que yo y mis lectores compartiremos, acerca de la necesidad de reconocer un conjunto mínimo de derechos individuales básicos" (p. 109), como por ejemplo el de libertad de conciencia y el de disponer de una asistencia médica adecuada. Niño parte del hecho de que el

liberalismo está comprometido con el reconocimiento de algunos derechos básicos, ya sea a hacer ciertas cosas, como a no ser privado de ciertos bienes; "el principio general que está subyacente a estos derechos - afirma - proscrib[e] imponer a los hombres, contra su voluntad, sacrificios y **privaciones que no redunden en su propio beneficio. Este principio - concluye Niño - puede denominarse "principio de la inviolabilidad de la persona"** (p. 111). Luego lanza el A. un ataque a *toda forma de colectivismo, afirmando que sólo los individuos humanos* son titulares de derechos y no los grupos sociales; respecto a la naturaleza de estos últimos, rechaza tanto las doctrinas de la realidad como las negatorias, afirmando que nos encontramos frente a construcciones lógicas, que sintetizan frases acerca de relaciones muy complejas entre normas y actos de individuos (p. 119). Consecuente con esto, sostiene que el reconocimiento de derechos individuales básicos no puede ser limitado por exigencias del bien común, pues en ese caso ese reconocimiento se tornar[ía] superfluo; casualmente - sostiene Niño - la función de los derechos es la de poner límites a los intereses de otras personas, sean los de la mayoría o los de toda la colectividad (p. 127).

El segundo de los principios que propone es el de la "autonomía de la persona"; en las listas liberales de derechos - sostiene Niño - se incluyen derechos no sólo a no ser privado de bienes, sino libertades de hacer ciertas cosas, que son amplias y genéricas y que derivarían del principio de que está permitido todo lo que no cause daño a terceros; a su vez, este principio estaría fundado en el de la "autonomía de la persona", el que prescribe que "siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de planes de excelencia humana, el estado (y los demás individuos) no deben interferir con esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente o impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución" (p. 135). Sobre la base de este principio, el A. ataca el "perfeccionismo" al que define como la pretensión de que existe algo bueno para los hombres independientemente de sus elecciones o deseos. Para Niño, los liberales sostienen que si bien moralmente puede haber formas de vida mejores que otras, la evaluación de los planes de vida no debe tener relevancia jurídica, pues de lo contrario se caería en un paternalismo estatal ilegítimo. Y el paternalismo es ¡legítimo salvo que se ordene a i) proteger a terceros, ii) desarrollar la autonomía personal o iii) a divulgar pautas de moral intersubjetiva que propendan a la autonomía. Además, el principio de autonomía permite identificar el contenido de los derechos individuales básicos (es de hacer notar que salvo en las primeras páginas del libro, el A. no habla habitualmente de "derechos humanos" sino de "derechos individuales básicos"); Niño afirma que, en la alternativa entre maximizar la capacidad de satisfacción de planes de

vida y la de elegir planes de vida los autores liberales - entre los que se coloca - optan por este último extremo y que los bienes que los derechos individuales básicos deben resguardar, son los siguientes: i) la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros; ii) la vida consciente necesaria para realizar proyectos de vida; iii) la integridad corporal y física; iv) el desarrollo de las facultades individuales (ello a través de la educación liberal, ya que, según Niño, "es un bien no cualquier tipo de educación sino, como vimos, la educación liberal"; p. 150); v) la libertad en la expresión de las ideas; vi) el libre desarrollo de la vida privada; vii) la libertad de asociación ; viii) el control de ciertos recursos materiales; ix) la libertad de trabajo y de ocio, y por último, x) la seguridad personal.

De inmediato, el A. pasa a justificar el principio de "autonomía", sosteniendo que éste se justifica por la misma estructura del discurso moral; en efecto, éste opera a través del consenso o libre adhesión y, por lo tanto, cuando participamos en él, valoramos positivamente la libre elección de principios morales, lo que supone la aceptación del principio de autonomía. Por el contrario, las políticas perfeccionistas buscan imponer lo que sólo puede ser aceptado espontáneamente y por lo tanto, son inherentemente inconsistentes (p. 156).

El último de los principios morales es estudiado por Niño contraponiéndolo con las diversas formas de determinismo; sostiene que este último impide atribuir responsabilidad moral o jurídica al hombre; para que ello sea posible, es necesario aceptar el "principio de la dignidad de la persona", que prescribe que "los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento" (p. 173). Por lo tanto, son contrarias a este principio todas las doctrinas que discriminen sobre la base de algo que no sea la voluntad de la persona. Y termina este punto afirmando que este principio es una consecuencia de la estructura del discurso moral, ya que éste tiende a la aceptación voluntaria de ciertos principios de conducta, lo que supone que su voluntad es significativa y, por lo tanto, válido el tercer principio moral básico (p. 181).

V. Las instituciones liberales. La tercera y última parte del libro se dedica al estudio de las instituciones que se derivan de los principios estudiados en la segunda y el primer punto abordado es el referente al alcance de los derechos individuales básicos, sobre todo en caso de conflicto de derechos. Para este caso, Niño prevé una serie de criterios de solución, que en última instancia culminan en el principio utilitarista de dar preferencia a los intereses más importantes de más gente. Y en cuanto al tema del alcance negativo o positivo de los derechos, el A. afirma que para el liberalismo conservador los derechos sólo se violan por acción, nunca por omisión. Por el contrario - sostiene - para el liberalismo igualitario, los derechos se violan también por omisión; ahora bien, sólo es moralmente relevante aquella omisión que

es causa del daño, en cuanto que existe una acción de sentido contrario legítima o normalmente esperada. Para Niño es preciso actuar en el sentido de ampliar el ámbito de autonomía de los demás; si estas acciones no se llevan a cabo, se puede llegar a violar el derecho de autonomía de aquellos otros. De lo que se trata siempre es de "maximizar" la autonomía de cada individuo por separado, en la medida en que ello no implique poner en situación de menor autonomía a otros individuos" (p. 212).

El siguiente capítulo se encuentra dedicado a la justificación de la democracia, forma de gobierno que Niño considera apriorísticamente como la mejor (p. 227). Comienza afirmando que la coacción es distintiva del derecho, pero que es esencial que éste se encuentre justificado moralmente y "es la función de hacer efectivos los derechos individuales básicos lo que provee la justificación moral primaria de la existencia de un orden jurídico, o sea de un gobierno establecido" (p. 226). Pero sucede - afirma el A. - que la coincidencia perfecta entre las exigencias morales ("derechos individuales básicos") y las normas jurídicas es utópica, siendo necesario por lo tanto buscar un régimen político que minimice los desvíos de las reglas morales y otorgue justificación moral aún a las normas que involucren errores morales, régimen que no puede ser otro que la democracia. Critica luego Niño las justificaciones más corrientes de la democracia; i) la que la conceptualiza como la expresión de la soberanía popular y ii) la que la concibe como el gobierno que cuenta con la aprobación de los gobernados, por considerarlas defectuosas y ensaya luego su propia justificación. "Voy a proponer la hipótesis - escribe - de que, además de ser el régimen que mejor promueve su expansión, la democracia es un sucedáneo del discurso moral; de que se trata de una especie de discurso moral regimentado que preserva en más alto grado que cualquier otro sistema de decisiones, los rasgos del discurso moral originario, pero apartándose de exigencias que hacen que ese discurso moral sea un método inestable e inconcluyente para arribar a decisiones colectivas" (p. 239). Los métodos para evitar estas inestabilidades e inconsecuencias son, entre otros, i) reemplazar la exigencia de unanimidad por la de la mayoría y ii) reemplazar la decisión personal por la de un representante; pero cabe preguntarse ¿Cuál es el poder justificatorio de este sucedáneo del discurso moral?

Para responder a esta pregunta, Niño recurre a una distinción entre diversos tipos de "justicia procesal", distinción tomada de John Rawls; uno de estos tipos, el que ahora nos interesa, es el de la "justicia procesal pura" donde la justicia de un resultado está dada sólo por el procedimiento seguido para obtenerlo, tal como sería en el caso del sorteo. Niño sostiene que al lado de este tipo de justicia existiría una llamada "justicia procesal pura imperfecta" de la que pone como ejemplo la que corresponde al juego de la ruleta, como todo juego de

azar - escribe el A. - la ruleta constituye un caso de justicia procesal pura: no existe otro criterio para determinar la justicia de sus resultados que el que haya seguido correctamente sus reglas constitutivas. Pero, en realidad, esto es así sólo en una especie de juego de ruleta ideal. El juego real y practicable de ruleta se aparta del ideal por lo menos en algunos aspectos importantes (...): entre otros, el hecho de que el desgaste producido por el roce mecánico de la rueda tienda a favorecer a ciertos números sobre otros (...). Claro está - concluye Niño - que la ruleta ideal no puede jugarse nunca efectivamente y por lo tanto sólo sirve para controlar negativamente a la ruleta real . . ." (p. 241/242). Según el A., la democracia sería - junto con la ruleta real- un caso de "justicia procesal pura imperfecta"; el discurso moral ordinario un caso de "justicia procesal pura perfecta": sus reglas constituyen el único criterio de validez de los principios morales sustantivos y él es el modelo que sirve para corregir las desviaciones de la democracia real. El procedimiento democrático, por lo tanto, legitima los resultados que se logran mediante él, pero sólo prima facie o imperfectamente. No obstante esto último - sostiene Niño - el derecho democrático debe ser obedecido, aún contra los personales principios morales, salvo ciertos casos de excepción en los que se justifica la objeción de conciencia.

Luego de considerar injustificada la punición de la tenencia de drogas para consumo personal, en razón de que ello afecta el principio de autonomía, e.d., el derecho de cada uno de elegir su propio plan de vida y materializarlo, el A. pasa a tratar, en el último capítulo del libro, el caso de la pena de muerte. A este respecto recuerda que él sostiene la "teoría consensual de la pena", conforme a la cual cuando el delincuente delinque está aceptando - dando su consentimiento a - la pena prevista por la legislación para ese acto. De acuerdo con esto, en el caso de que la legislación prevea la pena de muerte para un acto cualquier, quien lo realice estaría aceptando esa pena y ella estaría justificada. Pero, escribe el A., "una de las convicciones firmes de quienes están inspirados por una concepción humanista y racional de la sociedad, es que esta pena es moralmente ilegítima. Por lo tanto, si los principios en cuestión no fueran por lo menos compatibles con esa conclusión esto sería un indicio - por cierto no concluyente -, de que tal vez se cometió algún error en la inferencia o en la formulación de los principios de filosofía política propuestas" (p. 277) e.d., que si la conclusión de un razonamiento no está de acuerdo con la visión liberal, ese razonamiento debe estar errado. Para solucionar este error, Niño sostiene que la teoría consensual de la pena no vale para el caso de la pena de muerte, en razón de que el hombre no es el mismo a lo largo de toda su vida, pues al cambiar sus caracteres accidentales cambia el "yo" mismo, de modo que es posible hablar de diferentes "yo" a lo largo de la vida del individuo (p. 112 y 290). De este modo - escribe Niño - "aún cuando el

yo presente de un individuo juzgue que al disponer de esos bienes realiza en grado máximo un ideal o proyecto personal, un eventual yo futuro, determinado por valoraciones, creencias, actitudes, etc., diferentes, podría sentirse grandemente frustrado por la pérdida de ese bien. En el caso de la disponibilidad de la vida, - concluye Niño - como es obvio se impide el surgimiento de ese yo futuro, lo que podría conducir a la conclusión, con todos los problemas que le son inherentes, de que se produce un daño análogo al del homicidio" (p. 290).

VI- Análisis de las principales tesis de Niño. Las ideas expuestas en el libro que analizamos son susceptibles, para nosotros, de diversas objeciones y reparos, que hemos dividido, al solo fin expositivo, en observaciones principales y secundarias.

VI. 1. Observaciones principales:

VI.1.1. Apriorismo ideológico. Debemos confesar que pocas veces hemos leído una obra en la que se hagan más evidentes los presupuestos ideológicos del autor como en la presente: la adhesión de Niño al liberalismo, cuya verdad da por descontada, condiciona todos los desarrollos y determina el contenido de todas las conclusiones. Esto se hace más claro que nunca cuando el A. afirma expresamente que si una conclusión se encuentra en conflicto con la concepción racional y progresista (eufemismo utilizado para designar la concepción liberal), debe adolecer de alguna falla en los principios o en el desarrollo de los razonamientos, con lo que la ideología liberal se transforma en criterio de verificabilidad de las proposiciones prácticas. Además, es evidente que el A. se dirige sólo a un ámbito de lectores adherentes al liberalismo, ya que reiteradas veces se refiere al "ámbito cultural que comparto con mis lectores", o a las "convicciones relativamente firmes, que creo yo y mis lectores compartiremos", con lo que el mismo Niño otorga a sus afirmaciones un valor meramente intraliberal. De ello se desprende una enorme debilidad científica del discurso, que resulta "atado" a una ideología y dirigido sólo a quienes la comparten desapareciendo la universalidad y la intersubjetividad que deben caracterizar a todo auténtico saber.

VI. 1.2. Objetable planteamiento de la alternativa iusnaturalismo - iuspositivismo. En este punto, es necesario precisar que Niño maneja una noción exageradamente amplia del "iuspositivismo" y excesivamente estrecha del "iusnaturalismo", en contra de lo habitualmente aceptado entre los autores que han trabajado el tema.¹ En efecto para el A. lo que caracteriza propiamente al iusnaturalismo es la afirmación de que un sistema normativo no puede ser calificado de "derecho" si no se ajusta a ciertos principios universalmente válidos; por el contrario, considera "positivistas" a

1) (vid. Soaje Ramos, Guido "Diferentes concepciones de derecho natural", en ETHOS Nº 10-11, Buenos Aires, INFIP, 1982-83, pp. 317-339).

todos los que niegan esta tesis, aún cuando acepten la existencia de principios supra-positivos que otorgan justificación al derecho y aún cuando sostengan que puede desobedecerse a las normas que contraríen dichos principios. Esto nos parece erróneo, toda vez que la primera de esas características no es aceptada por autores indudablemente iusnaturalistas² y serían pocos quienes aceptarían considerar iuspositivistas a quienes afirman que debe desobedecerse un derecho que contradiga principios suprapositivos. En rigor, debe considerarse iusnaturalista toda doctrina que afirma que hay alguna norma de derecho que no es puesta originariamente por una autoridad humana y iuspositivista a la que sostiene que toda norma de derecho es puesta originariamente por una autoridad - o fuente - humana³; como se trata de una oposición contradictoria si una alternativa es verdadera, la otra es falsa y no existe una posición intermedia entre las dos⁴: conforme a esta división, las doctrinas de Bentham y Hart son iusnaturalistas, pues ambas aceptan la existencia de ciertos principios o normas que no son puestas por una fuente humana⁵ y las de Kelsen y Ross auténticamente iuspositivistas, ya que no admiten la existencia de ninguna norma que no sea puesta por una fuente humana. El A., al admitir la existencia de principios suprapositivos a los que debe adecuarse la legislación estatal, adopta una postura técnicamente calificable como iusnaturalista, pero, por un prejuicio que él mismo reconoce implícitamente (que no se confunda su doctrina con la aristotélico-tomista) la incluye entre las "positivistas conceptuales". Por lo demás, es necesario recalcar que el autor se refiere a "los iusnaturalistas" de modo genérico, sin efectuar las necesarias distinciones entre ellos y sin citar en este punto siquiera uno solo (no puede ser considerada como tal la cita del libro del P. Copleston, "El pensamiento de Santo Tomás", Méjico, FCE, 1969, ya que se trata de un "pocket book" de divulgación, referido a todo el pensamiento del Aquinate y que dedica a todos los temas de su pensamiento jurídico menos de veinte páginas), además de demostrar un escaso conocimiento de las principales tesis de esos autores.

VI.1.3. Una impropia concepción de la persona. La noción de persona resulta central en todo sistema ético y requiere ser objeto de una adecuada delimitación conceptual. No la realiza, al menos en este

2) Jean Dabin, "Santo Tomás de Aquino"; sobre este último vid. Casaubón, Juan A., "La justicia y el derecho positivo" en *Idearium*, N° 4-5, Mendoza, U. de Mendoza, 1979, pp. 47/72)

3) Soaje Ramos, Guido, o. c., p. 337.

4) (vid. Ziembinski, Zygmunt, "Practical Logic", Warsaw, Polish Scientific Publishers, 1976, pp. 211 ss.)

5) (vid. Hart, Herbert, "El concepto de derecho", trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1977, pp. 239 ss.).

libro, el autor que comentamos y, las pocas veces que se refiere a este tema, efectúa afirmaciones fuertemente cuestionables, la principal de las cuales es la de la mutación de la personalidad a través del tiempo, de modo que pueda hablarse de un "yo" presente y de un "yo" distinto, futuro, o de la existencia de varios "yo" diferentes a lo largo de toda la vida humana. Además de todos los inconvenientes teóricos que conlleva la negación de la sustancialidad de la persona⁶, resulta evidente que no es posible hablar de responsabilidad moral - y menos aún jurídica - de una personalidad en constante mutación integral: en efecto, no se ve cómo podría condenarse a quien cometió un delito hace un año, ya que su "yo" ha cambiado y, por lo tanto, quien lo cometió es alguien distinto del imputado. Tampoco podría condenárselo a prisión perpetua - o más o menos larga pues se estarían violando los derechos del "yo" futuro a raíz de un hecho de un "yo" presente, diverso totalmente del porvenir. Evidentemente el A., a los efectos de evitar las consecuencias lógicas de su "doctrina consensual de la pena", ha debido recurrir a la adopción de una extraña y peregrina teoría acerca de la naturaleza de la persona. Además, esa teoría se contradice con otras afirmaciones de Niño, como aquella de que personas morales son "todos los seres con capacidad potencial para tener conciencia de su identidad como un titular independiente de intereses . . ." (p. 45), ya que mal puede haber identidad en algo que se muda sustancialmente y se convierte, cada tanto tiempo, en un ente distinto del anterior.

VI. 1.4. La fundamentación meramente hipotética de los derechos humanos. Otra de las observaciones que es conveniente efectuar al sistema propuesto por Niño, es que su fundamentación última de los principios morales y, por ende, de los derechos humanos, es meramente hipotética. Lo sostiene explícitamente el A., cuando escribe que su "construccionismo no supone otros hechos morales que no sea el que está constituido por la aceptabilidad hipotética de los principios aludidos por los juicios morales" (p. 96) y al afirmar que el reconocimiento de los principios morales "es siempre una conclusión provisoria" (p. 97). Pero sucede que unos derechos justificados sólo de modo "hipotético" o "provisorio", no pueden significar una exigencia absoluta, que la voluntad de poder haya de respetar, ni pretender un respeto incondicionado por parte de los demás y, sobre todo, del gobierno político (p. 126). Sobre este punto están de acuerdo dos autores tan distantes en su filosofía fundamental como Georges Kalinowski - iusnaturalista - y Gregorio Robles - positivista a ultranza este último afirma - refiriéndose a Norberto Bobbio - que hablar de un "fundamento relativo" de los derechos humanos es una contradicción in terminis, fácilmente "arrollada" por quienes crean en el fundamento

6) (vid. Finance, Joseph de, "Conocimiento del ser", Madrid, Grados, 1971, pp. 472 ss.).

objetivo de sus normas de conducta ⁷. Kalinowski, por su parte, ha escrito que "decir que algo es obligatorio, prohibido o permitido es reconocer que algo es bueno, malo o axiológicamente neutro; afirmarlo es estimar y estimar es medir, lo que implica el empleo de una medida. Ahora bien, ella no puede ser sino absoluta, una medida relativa no es en realidad una medida y medir sin medida es simplemente una contradicción in adiecto" ⁸. El testimonio de estos dos filósofos del derecho confirma que una exigencia de respeto absoluto e incondicionada, oponible aún a las exigencias del interés general, tal como la que atribuye Niño a los derechos humanos, no puede fundamentarse en principios meramente hipotéticos y sólo provisoriamente aceptados. Pero además, esta endeblez del fundamento de los derechos humanos se agrava con la afirmación de Niño de su carácter meramente artificial o inventado. Como todo artificio humano, esos derechos valdrían en la medida de su utilidad y deberían ser descartados en el caso de que no la presten, ya que no puede evidentemente hablarse de la exigencia absoluta de un simple invento del hombre.

VI. 1.5. Un individualismo salvaje. Ya hemos visto que Niño se autoproclama "liberal" y que esta toma de posición impregna todo su sistema; pero uno de los aspectos en los que ella determina de modo más directo las conclusiones, es en el extremo individualismo que preside su concepción social. En efecto, Niño sostiene una especie de nominalismo en cuanto a la realidad de la sociedad, al defender que las personas colectivas son meras "construcciones lógicas", e.d., que en su caso "las oraciones en las que aparece el nombre de alguna de ellas son sustituidas en ciertos contextos por frases que hablan acerca de relaciones muy complejas entre normas y actos de individuos" (p. 119). Pero como lo ha sostenido muy bien Messner, "si nuestros conceptos de la sociedad son sólo nombres desprovistos de toda relación de esencia con una realidad objetiva, no existe entonces para la voluntad una norma moral que se revele en la naturaleza de la sociedad, sino solamente aquella libertad o autonomía de la voluntad en la cual funda el individualismo su ética" ⁹. Y es casualmente en la más absoluta autonomía e independencia del individuo en lo que funda el A. su ética, con una total abstracción de cualquier exigencia social, en una concepción cuasi - anárquica de la vida en común. De este modo, la libre

7) Robles, Gregorio "Análisis crítico de los supuestos teóricos y del valor político de los derechos humanos" en: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto N° 3, IV serie, Milano, Giuffrè Editore, 1980, p. 491-492.

8) Kalinowski, Georges "Obligations, permissions et normes. Reflexions sur le fondement métaphysique du droit", en: Archives de Philosophie du Droit, N° 26, Sirey, 1981, p. 339.

9) Messner, Johannes "La cuestión social", Madrid, Rialp, 1976, p. 56.

y arbitraria prosecución del propio "plan de vida" se convierte en el criterio ético social básico, el bien individual en el único bien moral y la defensa de los "derechos individuales" en el único justificativo de la normatividad jurídica. Lo que es más, tal como lo destaca expresamente Niño, esos derechos deben ser preferidos a cualquier exigencia social, por importante o urgente que ella sea.

Por supuesto que estas afirmaciones implican la negación de la naturaleza social del hombre, suponen una concepción ultraminimal de la vida social y llevan a la negación de todo bien común como integrante - aunque sea parcial - del bien humano. De allí surgen también las dificultades que encuentra Niño para justificar medidas de bien común evidentemente necesarias, tales como la educación obligatoria; en este último caso, concluye afirmando que sólo debe imponerse una educación "liberal" aun a aquellos que no deseen recibirla, lo que implica una evidente contradicción con sus puntos de partida. También supone una clara incoherencia la aceptación del principio utilitarista - la mayor utilidad para el mayor número - como criterio último de resolución de los conflictos de derechos, pero todo ello es debido a la inviabilidad de un sistema social individualista, que no contemple, siquiera de soslayo, el bien de la comunidad humana en su totalidad.¹⁰

10) A este respecto nos parece importante la transcripción de unos párrafos de Antonio Millán Puelles, referidos a la relación entre bien personal y bien común: "Lejos de ofender a la dignidad de la persona humana, el subordinarse al bien común es la manera de respetar la dignidad de todas las personas y de no hacer excepción con ninguna. La primacía de bien común sobre el bien particular no es la de la sociedad sobre la persona, pues ni la sociedad es el bien común ni la persona es su bien particular. Sostener la primacía del bien común sobre el bien particular es hacer que la vida social sea provechosa a todas las personas y no exclusivamente a una o varias. De ahí que el admitir tal primacía no sea supeditar a las personas al despotismo de la sociedad, sino al contrario: hacer que la sociedad, la convivencia, funcione como un medio provechoso para todas las personas que conviven.

Y es preciso, además, comprender que la subordinación al bien común no sólo es compatible con la dignidad de la persona humana, sino que es también la consecuencia más natural y lógica de dicha dignidad. A diferencia de los animales, que únicamente atienden a su respectivo bien particular, toda persona humana tiene capacidad para apetecer el bien común, abriendo su voluntad a unos valores más amplios que los que sólo pueden beneficiarle particularmente. Buscar el bien privado es algo que ya lo hace el animal. Querer el bien común sólo pueden hacerlo las personas.

También es cierto que sólo las personas se hallan en el caso de poder oponer su voluntad al bien común. Pero al sustituir el bien común por su propio bien particular, el hombre, sin dejar, de ser persona, limita y empequeñece su voluntad, aprisionándola en un bien tan restringido que, tal como se le quiere, sólo podría beneficiar a quien únicamente lo busca para sí. En esta situación, aunque la libertad de la persona no se extingue, se reduce a su mínima expresión. Monopolizado por un bien particular, y mientras se aterra a él y no sale del círculo del beneficio propio, el hombre no moviliza todo el poder de su libertad, ya que, teniendo capacidad para apetecer un bien más amplio, se reduce a querer únicamente su propio bien privado". ("Persona humana y justicia social", Madrid, Rialp, 1973, pp. 54-55).

VI.1.6. El círculo vicioso en la demostración de los "principios liberales". La última de las críticas fundamentales que realizaremos a las propuestas de Niño, es la que se refiere a la circularidad en que incurre al pretender demostrar o justificar los tres principios básicos de su sistema. En efecto, el A. justifica los principios a través de un discurso moral realizado conforme a ciertas reglas, reglas que a su vez se justifican porque permiten alcanzar principios verdaderos, los que son verdaderos por ser el resultado de un discurso moral realizado según ciertas reglas y así sucesivamente. Es evidente que si se verifica a los principios por las reglas procesales y a éstas por los principios, no se llega a demostrar nada en absoluto. Niño trata de escapar a esta circularidad, afirmando que las reglas del discurso moral deben "testearse" con las funciones sociales que cumple la moral, las que, en última instancia, justifica en el acuerdo básico entre Hart, Warnock y Rawls sobre "las circunstancias básicas de la vida humana". Por lo tanto, resultaría suficiente no estar de acuerdo con estos autores en ese punto para que todas las reglas del discurso moral y los principios sobre ellas fundados dejen de resultar racionalmente justificados, con lo que cae de inmediato toda la trabajosa construcción del A. Por otra parte, esa afirmación no se condice con el rechazo global efectuado por Niño, en las primeras páginas de libro, de todo argumento de autoridad. Además, si la veracidad de los principios morales depende en última instancia de "las circunstancias básicas de la vida humana social", que son hechos (la tendencia del hombre a entrar en conflictos y la tendencia a buscar la cooperación de otros), entramos inevitablemente en el campo de la "falacia naturalista", en la ilegítima derivación de principios morales a partir de realidades tácticas¹¹ - con lo que el "puente" imaginado por Niño entre el ser y el deber ser, deja lugar nuevamente a un abismo infranqueable.

VI.2. Críticas secundarias. Numerosos son los aspectos que, en la obra analizada, podrían ser objeto de discusión y crítica; apremiados por razones de espacio, nos limitaremos a mencionar sólo algunos, sin realizar los desarrollos que sería posible en un contexto más amplio.

VI.2.1. Resulta discutible la fuerte crítica que lleva adelante el autor a lo que llama el "perfeccionismo" y que define como aquella concepción para la cual "el estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores" (p. 136). Si esto es erróneo y criticable, no se ve por qué razón es posible llevar a cabo medidas políticas de sentido liberal, ya que ellas se basan en una determinada concepción del hombre y de la vida humana, de corte individualista y hedonista, que se considera como el mejor. Si el "perfeccionismo" es condenable, también ha de serlo aquel de corte liberal.

VI.2.2. Niño tiene una visión las más de las veces desfigurada de las doctrinas de sus oponentes - iusnaturalistas, realistas, los que él llama

11) (vid. Massini, Carlos Ignacio, "Refutaciones actuales de la "falacia naturalista", en: Sapientia, N° 152, Buenos Aires, 1984, pp. 107-118).

"colectivistas", etcétera - que lo lleva muchas veces a formular críticas que no los alcanzan, ya que sus ideas son mucho más matizadas y, a veces, claramente diferentes de aquéllas que el A. ataca. Tal es el caso de la doctrina de la "prudencia", que Niño toma en el sentido de "previsibilidad o habilidad técnica", cuando es bien sabido que en el pensamiento aristotélico-tomista, por ejemplo, ella tiene un alcance totalmente diferente¹².

VI.2.3. En el caso de la doctrina comentada, nos encontramos frente a una ética de la pura inmanencia, sin que Niño se plantee o discuta la problemática del fundamento trascendente o inmanente de los derechos y de los valores morales, problemática central para cualquier filosofía práctica con pretensiones de integralidad.

VI.2.4. En general, se nota en el libro analizado la ausencia de la necesaria definición de las nociones fundamentales empleadas: persona, naturaleza humana, libertad, justicia, norma, etcétera. La presencia de tales definiciones hubiera otorgado mayor solidez al conjunto y evitado posibles malos entendidos.

VII. Consideraciones finales. Llegado el momento de efectuar unas necesarias consideraciones finales, es preciso destacar que, no obstante las varias objeciones que hemos formulado al libro de Niño, éste tiene algunos aspectos destacables, el principal de los cuales consiste en representar un intento de replantear los problemas fundamentales de la filosofía práctica frente al craso positivismo de los cultores anglosajones de la "political Science" y a los análisis estrechamente sectorizados de la mayoría de los filósofos analíticos. Además, es rescatable su propósito de encontrar bases éticas a la legislación positiva, superando así la esterilidad de los planteos positivistas a ultranza como los de Kelsen o Ross, a los cuales, no obstante, debe intelectualmente mucho. Varios de sus desarrollos críticos, como los que efectúa al relativismo, al determinismo o a la llamada "sociología del conocimiento", son también de real valor, como asimismo algunas de sus críticas a la mentalidad colectivista.

Lamentablemente, sus líneas de pensamiento fundamentales no alcanzan su objetivo por las varias razones que acabamos de desarrollar más arriba, la primera de las cuales nos parece ser la enorme carga de apriorismos ideológicos que condicionan todas sus afirmaciones. A pesar de ello, la obra de Niño constituye un interesante punto de referencia y debate, que puede ayudar a los cultores de la filosofía práctica a replantear sus desarrollos, precisar sus razonamientos y afinar sus conclusiones.

12) vid. Tomás de Aquino, "Suma Teológica", II-II q. 47 ss.).