

HERRERA, DANIEL, *LA PERSONA Y EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS*, EDITORIAL DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA, BUENOS AIRES, 2012, 549 PP.

El Profesor Daniel Herrera, Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina ha publicado su tesis doctoral, dirigida por el distinguido catedrático del área de Filosofía del Derecho de la misma Universidad, don Eduardo Martín Quintana.

Como el autor expresa, la crisis del positivismo en la segunda mitad del siglo pasado situó como parte relevante del debate teórico jurídico el tema de la verdad práctica, que es, en definitiva, el problema de la verdad en la moral y en el Derecho. Esta crisis, que Herrera pone en el frontis del debate, no es solo fruto de la labilidad del positivismo en sus diversas versiones, sino también del postpositivismo, que busca (en mi opinión, infructuosamente) mecanismos para reemplazar la razón práctica en un universo metodológico en el que han suprimido toda apelación a las substancias y esencias; de modo que el debate contemporáneo ya no se presenta entre *positivismo-iusnaturalismo*, sino como no cognitivismo ético (positivismo residual y algunas formas de constructivismo) y cognitivismo ético (básicamente *iusnaturalista*); según reconozcan o no la capacidad de la inteligencia humana para conocer el orden ético (y jurídico) objetivo. En otras palabras, si los juicios prácticos morales y jurídicos entran en la categoría de verdaderos o falsos y como se justifican.

Entre estos intentos de superación de la dialéctica derecho natural-positivismo jurídico, el autor cuenta a las distintas formas de constructivismo ético, que, ante la (supuesta) imposibilidad de descubrir prin-

cipios en la realidad –que solo puede ser expresada por juicios descriptivos o de realidad, pero no a través de juicios prescriptivos o normativos propios del conocimiento práctico–, buscan construirlos a través de distintos caminos: 1) por el *consenso*, que en algunos casos establece los principios de justicia a partir de un modo imaginario (Rawls); o ante la imposibilidad de alcanzar un consenso *real*, apelar consecuentemente a la democracia como una especie de acuerdo sucedáneo (Nino); 2) por el *discurso racional o argumentación* a través de la cual, por medio de la justificación racional lógica de las argumentaciones, se funda la verdad en materia práctica; que solo surge de las cualidades formales o procedimentales del discurso (Habermas), de la teoría de la adjudicación del juez frente a casos difíciles (Dworkin), de las teorías de la interpretación de la moderna hermenéutica jurídica (Gadamer, Kauffman) o del resurgimiento de la argumentación tópica y retórica (Wieveg, Perelman).

Esta explicación proporciona el ámbito en el que se desarrolla la obra que comentamos, la cual se divide en cuatro grandes apartados: el capítulo I, que analiza el constructivismo de Rawls; el capítulo II, que estudia la hermenéutica jurídica de Kaufmann; el capítulo III, que versa sobre el *iusnaturalismo* clásico en la versión de Javier Hervada (que el autor español denomina *realismo jurídico clásico*), y el capítulo final, que se orienta a explicar las consecuencias ético-jurídicas de las posiciones anteriores respecto del comienzo de la vida humana.

De especial interés, por su orden y claridad, es la explicación que realiza Herrera sobre la “concepción política de la justicia” presente en Rawls, la cual estaría cruzada por tres características: (1) el sujeto: si bien en última instancia es el hombre individual, el sujeto lo constituye el conjunto de instituciones políticas, sociales y económicas que constituyen lo que Rawls llama “*estructura básica de la sociedad*”; (2) el modo de presentación: se debe distinguir –afirma– el modo de presentación entre una concepción política de la justicia y otra que sea parte o derivada de una doctrina comprensiva moral. En este último caso la concepción de la justicia sería aceptada en tanto lo es la totalidad de la doctrina moral comprensiva de la que es parte. En cambio, una concepción política de la justicia se presentaría como libremente aceptada y expresada aparte de cualquier otro entorno más amplio, y sin referencia alguna a él; y (3) su contenido: la justicia como imparcialidad empieza desde el interior de cierta tradición política y adopta como su idea fundamental la de una sociedad como un sistema justo de cooperación a través del tiempo y del cambio de una generación a otra. Rawls –argumenta Herrera– distingue entre el concepto descriptivo de ser humano propio de la biología o psicología, del concepto normativo o prescriptivo de persona como sujeto autónomo, central de su concepción política de la persona y de la justicia, que como tal es *construido* por el pensamiento y la práctica moral y política. En otras palabras, *no todo ser humano necesariamente es persona*, sino solamente el que como tal es reconocido por los textos fundamentales como portador de personalidad, en tanto ciudadano libre e igual. Esta concepción política de ambos conceptos será,

concluye el autor, un marco de referencia para el debate futuro.

El capítulo siguiente, destinado a Kaufmann, aborda la concepción “relacional” del hombre. Se pasa revista a los puntos principales del pensamiento del jurista alemán, y se llega a la conclusión de que esta concepción relacional debe ser buscada más allá, en una tercera vía, que supere el debate iusnaturalismo-positivismo; y ese camino es –para Kaufmann– la hermenéutica, que tiene como su centro de reflexión (según postula Herrera) al problema del hombre como persona.

A la hora de evaluar esta teoría (que a mí, personalmente, me resulta un verdadero pastiche), Herrera concluye que, a pesar de citar como antecedente de su concepción al propio Tomás de Aquino, cuando, según él, define al Derecho como *actio iustitiae*, (cuando en realidad el Aquinate señala al Derecho como el *objeto o término* del acto de justicia, o sea aquello que el acto de justicia tiene que dar, hacer o respetar y que necesariamente preexiste al propio acto de justicia –pues nadie puede dar al otro lo suyo si previamente no conoce qué es lo suyo del otro–, sin perjuicio de estar radicalmente ordenado al acto de justicia por ser su objeto), su pensamiento difiere del de Santo Tomás, en tanto y en cuanto se aleja del de Aristóteles, al apartarse del punto de partida del realismo del Estagirita, que considera nuestra inteligencia como una tabla rasa antes del acto de conocer.

El tercer capítulo es un repaso bastante bien logrado del iusnaturalismo clásico en clave hervadiana, teoría que el autor suscribe, y a la que denomina “teoría ontológica de la persona humana”, que caracteriza por considerar que el sujeto consciente es una realidad substancial, autoidéntica y trascendente, respecto del cual se pueden

predicar normas éticas y jurídicas materiales y universales.

Finalmente, el cuarto capítulo aborda una cuestión bioética y biojurídica —el comienzo de la vida humana, como ya se ha dicho—, cuya solución final es enfocada desde las teorías substancialistas, y desechando las alternativas neokantianas y hermenéuticas que el autor ha explicado antes. En mi opinión, el vínculo entre este cuarto capítulo y el resto del libro es el más forzado, por cuanto se trata de una de las múltiples conclusiones a las que se puede hacer derivar el debate teórico que se explica en los tres cuartos anteriores de la obra.

Lo original de este libro que comentamos radica, como ya podrá deducirse, no en su tema, es decir, no en la configuración de la personalidad, y la consecuente fundamentación de los derechos humanos —que han hecho verter ríos de tinta desde el fin de la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días—; sino más bien en la especial configuración de los núcleos temáticos que el autor propone unir a la vera de la propuesta fundacional de los derechos.

El lenguaje que utiliza el autor es ya en sí mismo una toma de posición que anuncia las conclusiones del trabajo: se trata de *fundar* los derechos humanos; no de describirlos, medirlos o justificarlos desde el punto de vista normativo. Herrera adopta desde el principio una posición teórica: los derechos humanos pueden apoyarse en un centro sólido, que causa y origina el desplegarse de dichas exigencias en los sistemas y ordenamientos jurídicos. Esta precomprensión del problema se muestra también en la disposición de los capítulos, que hemos descrito. Los dos primeros se ocupan de las justificaciones no cognitivistas de los derechos. El autor elige dos: el contractualismo y la hermenéutica (o ciertos tipos de hermenéu-

tica), pero termina el ciclo con el modelo cognitivista: la fundamentación, en sentido fuerte, de dichos derechos, a través de una de sus formulaciones contemporáneas más conocidas: la de quien fuera mi Director de Tesis Doctoral, el Profesor Javier Hervada.

La justificación para la división entre cognitivismo y no cognitivismo que formula el Profesor Herrera como programa de análisis es evidente en cuanto a su utilidad sistemática; ya se ha dicho. Pero, ¿por qué elige a Rawls, a Kaufmann y Hervada; y no a sus fuentes, es decir a Kant, a Gadamer y a Santo Tomás? Creo que se advierte en esta metodología una búsqueda de diálogo epocal, un diálogo con paradigmas modernos y aun postmodernos, cuya formalización disciplinaria todavía se encuentra lejos de terminarse, pero que termina con un intento de revalorización de la metafísica. Dice el autor: “es clave para nuestra cuestión superar los reduccionismos y volver a una plenitud de la razón que abarca tanto la especulativa o teórica (que conoce solo por conocer) como la práctica (que conoce para dirigir el obrar). Ahora bien, una y otra son manifestaciones o funciones de una misma facultad o potencia (la razón) que estando ordenada a conocer la realidad, en un primer momento es especulativa y por extensión a fin de dirigir la acción humana se convierte en práctica. Ambas se apoyan en primeros principios *evidentes, indemostrables e inderivados* que constituyen su sostén noético”.

Así como el ser es lo primero que se aprehende absolutamente y el primer principio de la realidad es el de no contradicción, por el cual no se puede afirmar y negar lo mismo, al mismo tiempo y sobre este se fundan todos los demás; así, del bien es lo primero que cae bajo la aprehensión de la razón práctica, porque todo agente obra por

un fin, que tiene razón de bien. Y por esto el primer principio en la razón práctica es el que se funda sobre la razón del bien, que es: el bien es lo que todos apetecen. Luego, el primer principio de la ley natural es que *el bien debe hacerse y procurarse y evitarse el mal*. Y sobre este se fundan todos los demás preceptos de la ley natural, pues todas aquellas cosas a hacer o a evitar que la razón práctica aprehende que son bienes humanos pertenecen a la ley natural. En consecuencia, cada uno de estos principios es captado por la inteligencia (*nous*) o razón (*lógos*), ya sea teórica o práctica, a partir de un contacto inmediato con la realidad, a través de una abstracción inductiva, sin necesidad de ningún discurso o razonamiento a partir de algún principio o premisa anterior. A su vez, a cada núcleo de principios (teóricos y prácticos) corresponde un hábito intelectual: el *habitus principiorum* para los principios teóricos o especulativos y la *sindéresis* para los principios prácticos.

¿Y cuáles son las consecuencias ético-jurídicas a las que arriba este periplo intelectual que traza su camino, como se ha dicho, por las grandes rutas del pensamiento contemporáneo, para terminar afirmándose en una sólida fundamentación metafísica? Están contenidas en la segunda parte de la obra, y consisten básicamente en una decidida y estricta defensa de la vida humana al momento de la concepción.

Todo lo dicho se hace todavía más patente en las conclusiones. En ellas, el autor explica en qué sentido puede decirse que el problema central de la Filosofía del Derecho actual es el problema de la verdad

práctica. Esto está lejos de ser una afirmación aceptada universalmente, por cuanto quienes creen que la verdad única no existe, o es inalcanzable, trasladan el problema central desde la justificación hacia la metodología. Esta afirmación es también, por lo tanto, una toma de postura del autor; lo que ocurre es que en este caso se produce con posterioridad al desarrollo de la argumentación.

Concuerdo más con la consecuencia siguiente: que uno de los problemas centrales de la teoría del derecho contemporáneo (que Herrera considera dentro de la “verdad práctica”) es la cuestión de los derechos humanos. Esta afirmación es válida también para las argumentaciones metodológicas, como la analítica o la hermenéutica. El autor, como ya se ha concluido, sostendrá con firmeza la tesis de que (a) los derechos humanos se puede fundar, y (2) que el fundamento de dichos derechos humanos se halla en la noción de persona como sujeto de los derechos y de sus correlativos deberes.

Me parece, en definitiva, que la claridad en el desarrollo, la relevancia de los autores tratados y la contundente afirmación de la dignidad humana en todas las etapas de la vida que se advierten en el libro del Profesor Daniel Herrera, serán de gran utilidad para la academia; en especial para los profesores más jóvenes, que agradecerán, cuando ha pasado ante ellos el variopinto espectáculo de la Filosofía y la Filosofía del Derecho contemporáneas, un retorno a posiciones clásicas una vez que estas, lejos de anquilosarse en la autocontemplación, son capaces de abrirse dialécticamente a los desarrollos de nuestro tiempo.

RAÚL MADRID
Pontificia Universidad Católica de
Chile