

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES
COMO DETERMINACIÓN DE LOS PRINCIPIOS
MORALES DE JUSTICIA. UNA APROXIMACIÓN
DESDE LA DISTINCIÓN ENTRE LA PERSPECTIVA
MORAL Y LA PERSPECTIVA JURÍDICA
DE ESPECIFICACIÓN DE LA ACCIÓN HUMANA

Pilar ZAMBRANO¹

SUMARIO: I. Introducción. II. Las declaraciones de derechos: una tipología de los principios jurídicos. III. Principios morales concluyentes y derechos morales absolutos. IV. Los principios morales (de justicia) absolutos: la perspectiva interna de la moral. V. La naturaleza determinativa y la relevancia práctica de los principios de derecho fundamental concluyentes. VI. Naturaleza determinativa del principio de derecho fundamental concluyente que protege la vida humana. VII. La teoría interpretativa y semántica subyacente a la tesis de la determinación y la relevancia práctica. VIII. Conclusión y recapitulación.

I. INTRODUCCIÓN

Un tópico recurrente de la filosofía jurídica posterior al giro interpretativo iniciado por Hart, es el de la capacidad del derecho de ofrecer razones para la acción. No se trata simplemente de averiguar cómo es que el derecho puede mover a obrar, sino de averiguar la cuestión algo más compleja de cómo debería mover a obrar para ser verdadero derecho y, desde el punto de vista

¹ Universidad Austral Investigadora del Instituto Cultura y Sociedad de la Universidad de Navarra (pzambrano@unav.es). La autora agradece a Juan Cianciardo; Carlos Ignacio Massini y Pedro Rivas por haberse tomado el trabajo de leer una versión anterior de este trabajo y por sus atinadas sugerencias, que han sido incorporadas a la versión que ahora se publica. Asimismo, agradece al profesor Alejandro Vigo y a los participantes de los coloquios quincenales de filosofía práctica que se llevan a cabo en el ámbito de la Universidad de Navarra, donde me fue permitido debatir, aclarar y enriquecer muchas de las ideas volcadas en este trabajo.

normativo, para ser buen derecho. En qué casos y por qué es razonable —y no meramente útil o conveniente— dejarse guiar por el derecho a la hora de actuar.²

Desde una aproximación de corte analítico, la pregunta se cierne sobre la posibilidad lógica de reconciliar razón y autoridad. Más concretamente, se trata de establecer cómo es posible, si es que se puede, dejarse guiar por decisiones de terceros y aun así seguir obrando razonablemente. Las preguntas en que se subdivide este problema son muchas: ¿el concepto de “razón para actuar” incluye a las razones que han sido objeto de elección, no en razón de su contenido, sino de su origen? ¿Cuáles son las condiciones de razonabilidad del obrar, cuando el agente se deja guiar por razones que han sido decididas por otros, por el hecho de haber sido decididas por otros, y cuyo sentido además no alcanza a comprender en toda su extensión?³

Joseph Raz es, sin lugar a dudas, un autor de relevancia indiscutida en el estudio de estos tópicos, a través de la discusión de conceptos complementarios como los de razón secundaria, excluyente, categórica, perentoria y protegida. Entre las preguntas que abordó y que de alguna forma volvió a poner en escena, está la pregunta por la relevancia práctica del derecho y, más concretamente, por la relevancia práctica del derecho que recoge exigencias morales de justicia. La pregunta central en este aspecto podría formularse en los siguientes términos: ¿qué rol cumple el derecho en el razonamiento práctico moral? ¿El hecho de que el derecho haya incorporado

² La expresión “giro interpretativo” está tomada de Bohman, James, F., Hiley, David, R. y Shusterman, Richard, (“Introduction: The interpretive Turn” en Bohman, James, F., Hiley, David, R. y Shusterman, Richard (eds.), *The Interpretive Turn*, Cornell University Press, Ithaca, London, 1991, p.1. Sobre el giro que representa la obra de Hart en la filosofía del derecho positivista y no positivista, y sobre el carácter relativamente inexplorado de las consecuencias de este giro puede confrontarse Burton, Steven, “The Work of Joseph Raz: Law as Practical Reason”, *Southern California Law Review*, 62, 1989, p. 748; y, algo más reciente, Perry, Stephen, “Symposium on Natural Law and Natural Rights: Law and Obligation”, *American Journal of Jurisprudence*, 50, 2005, pp. 264 y 265. John Finnis llega a afirmar, no sin razón, que Hart puso a la filosofía jurídica nuevamente en el camino hacia una convergencia con la tradición clásica (del derecho natural). Cfr. Finnis, John, *Collected Papers, Philosoph of Law*, V. Iv, OUP, 2011, p. 119.

³ Además de Helbert Hart y Joseph Raz (véase nota siguiente) han considerado estas preguntas dentro de la tradición analítica, entre otros, Sartorius, Rolph, “Political Authority and Political Obligation”, *Virginia Law Review*, 67, 1, 1981, pp. 3-17; Mackie, John, L., “Obligations to Obey the Law”, *ibidem*, pp. 143-158; Coleman, Jules & Leiter, Brian “Legal Positivism”, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Patterson, Dennis (ed.), 1996, 241-260. Una buena síntesis de los debates sobre la autoridad dentro de la tradición heredera de Hart puede hallarse en Bix, Braian, “Jules Coleman, Legal Positivism, and Legal Authority”, *Quinnipiac Law Review*, 1996, 16, 1996, p.241.

razones morales para actuar, agrega una nueva razón moral para actuar, aparte de esas razones incorporadas?⁴

Esta cuestión, que ha sido abordada por distintos autores como “la paradoja de la irrelevancia” del derecho justo, es especialmente pertinente cuando se dirige a los principios de derecho fundamental.⁵ La referencia inmediata y en apariencia exclusiva de los principios de derecho fundamental a exigencias o principios morales de justicia ha llevado a Raz a concluir que, en este ámbito, el derecho es en efecto irrelevante. Esto es, que no cumple con su función más propia que es reemplazar las razones morales para actuar, ofreciendo razones nuevas, distintas o al menos complementarias de

⁴ Raz explica que una razón perentoria tiene el poder de obligar moralmente en *The Morality of Freedom*, Clarendon Paperbacks, Nueva York, Oxford University Press, 1986, p. 37; una razón categórica mueve a actuar por sí misma, y no por su relación de instrumentalidad con relación a otras motivaciones; una razón protegida tiene fuerza o peso suficiente como para imponerse a otras razones; una razón secundaria mueve a obrar por razones distintas de su contenido (su origen, su forma, etcétera) y una razón excluyente obliga a dejar de lado otras razones para actuar. *Cfr.* Raz, Joseph, y *Razón práctica y normas*, trad. de Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991 p. 55; *La autoridad del derecho*, trad. de Tamayo y Salmorán, Rolando, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982 cap. I, p. 291. Más recientemente, unificando estos conceptos en los de la “opacidad y autonomía” de las razones jurídicas, *cfr.* *Authority and Interpretation*, Oxford University Press, p. 212. Sobre las ambigüedades del concepto raziano de “razón excluyente para la acción”, pueden consultarse Moore, Micheal, S., “Symposium: The Works of Joseph Raz: Authority, Law, and Razian Reasons”, *American Journal of Jurisprudence*, 50, 2005, pp. 854 y ss.; y Perry, Stephen, R., “The Works of Joseph Raz: Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory”, *ibidem*, pp. 941 y ss.

⁵ Por “principio de derecho fundamental” nos referimos aquí a toda norma que reconoce o incorpora derechos fundamentales en una práctica constitucional concreta, normalmente (aunque no de forma única) a través de enunciados normativos contenidos en constituciones y declaraciones de derechos. Seguimos en este punto a Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Grazón Valdez, E., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 47 y ss. Sobre la paradoja en el pensamiento analítico *cfr.*, por ejemplo, Joseph Raz, en Raz, Joseph, “The Obligation to Obey: Revision and Tradition”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 1, pp. 140-144; reimpresso en Finnis, John (ed.), *Natural Law*, Nueva York, Nueva York University Press, 1991, VII, pp. 283-288, y en Raz, Joseph, *Ethics in the Public Domain*, Clarendon Press, Oxford, 1994, cap. 15 (hay traducción al español *La ética en el ámbito público*, trad. de Melon, María Luz, Barcelona, Gedisa, 2001); Coleman, Jules & Leiter, Brian “Legal Positivism”, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Patterson, Dennis (ed.), 1996, pp. 241-260. Más recientemente, estudiando el tema en la analítica de Carlos Nino, Cianciardo, J., “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y del derecho. Una aproximación desde el pensamiento de Carlos S. Nino”, *Dikaioin*, V. 19 n 1 (2010), pp. 47-70; y en la analítica anglosajona, Etcheverry, J. B., “La relevancia del derecho que remite a la moral”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 4, 2010, pp. 205-241.

las razones que ofrece la moral. El derecho no hace en estos casos ninguna diferencia en el razonamiento moral de los partícipes del derecho.⁶

La concepción de Raz sobre la relevancia práctica del derecho ha sido y continúa siendo objeto de múltiples debates tanto dentro como fuera de la tradición analítica.⁷ Este trabajo se propone participar de este debate desde la tradición del derecho natural, en la línea en que lo ha venido haciendo la nueva escuela del derecho natural.⁸ Se trata, más específicamente, de evaluar cuál es la relevancia práctica de los principios de derecho fundamental, interpretados desde una teoría de la justicia cognitivista en sentido fuerte.⁹

John Finnis sostiene que la función de determinación es la más específica o propia del derecho positivo. Es el caso “central” del derecho positivo para la tradición del derecho natural y, por lo mismo, constituye la respuesta más apropiada para la paradoja de la irrelevancia del derecho justo (en su función práctica de ofrecer razones para actuar).

⁶ Raz, J., “Incorporation by Law”, *Legal Theory*, 10, 2004, p. 10; reimpresso en *Between Authority and Interpretation*, *cit.*, p. 198.

⁷ Dentro de la tradición, además de los trabajos citados en nn. 4 y 5, pueden consultarse los trabajos publicados en *Southern California Law Review*, 62, 1989, número dedicado monográficamente al concepto de autoridad en Joseph Raz; y los trabajos de Raz respondiendo a sus críticos en Raz, Joseph, “Symposium: The Works of Joseph Raz: Facing Up: A Reply”, *ibidem*, pp. 1156 y ss; y “The Problem of Authority. Revisiting the Service Conception”, *Minnesota Law Review*, 90, 2006, p. 1003; ahora en Raz, J., *Between Authority ...*, *cit.*, cap. 5.

⁸ El nacimiento de la escuela se suele vincular al trabajo de German Grisez “The First Principles of Practical Reasons: A Commentary on the *Summa Theologiae*, 1-2, Question 94, Article 2”, *Natural Law Forum*, 10, pp. 168-201. Entre los miembros más destacados de la misma, cabe nombrar a Joseph Boyle; John Finnis; Russell Shaw, Robert P. George, entre otros. El debate interno a la tradición que produjo la conformación de esta escuela se encuentra en parte reproducido en Finnis, J. (ed.), *Natural Law*, vol. I, Dartmouth, 1991, caps. 12-16. En habla hispana puede consultarse Massini, C., *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Ábaco, 1999, p. 27; y más recientemente, con tono crítico, Donadio Maggi de Gandolfi, M.C., “Nueva lectura del concepto de ley natural en Tomás de Aquino. La Nueva escuela del derecho natural o nueva teoría de la ley natural”, *Prudentia Iuris*, 70, 2011, pp. 15-30.

⁹ Nos referimos a la interpretación de la nueva escuela de derecho natural según la cual la razonabilidad de toda proposición moral se justifica por su referencia última a los denominados “principios pre-morales” que señalan o muestran “bienes humanos básicos”. *Cfr.* sobre esta interpretación, además de los trabajos de la Nueva escuela recién citados, Finnis, J., “Introduction” en Finnis, J. (ed.), *Natural Law*, vol. I, *cit.*, p. xi. Sobre la distinción entre cognitivismo fuerte y cognitivismo débil, puede *cf.* Massini Correas, C. I., Massini, C. I., *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 44, siguiendo en este sentido a Agazzi, E., “Analogicit  del concetto di scienza. Il problema del rigore e dell’oggettivit  delle scienze umane”, en AAVV, *Epistemologia e scienze umane*, V. Possenti (ed.), Mil n, Massimo, 1979, pp. 69 y 70.

En esta línea, y contra el argumento de la paradoja esbozado por Coleman y Leiter, explica que:

Ninguna teoría del derecho natural pretendió jamás que la juridicidad de las normas depende de que sean exigencias morales; o que todas las exigencias jurídicas son también exigencias morales, en forma independiente de su positivización. Los teóricos del Derecho ius-naturalistas sostienen que el contenido de las normas justas y válidamente positivizadas, como las que imperan circular a una velocidad máxima de 35 millas por hora en las calles, no son moralmente obligatorias hasta tanto no sean positivizadas válidamente por la autoridad competente para promulgar este tipo de normas. El núcleo de la teoría iusnaturalista del Derecho es cómo el Derecho puramente positivo puede crear obligaciones morales que no existían antes de haber sido promulgadas.¹⁰

El problema con esta respuesta es que no parece aplicable a la parte del derecho positivo que procede “por conclusión”, en terminología propia de la escuela del derecho natural. ¿Una teoría del derecho natural debería coincidir en este punto con Joseph Raz, diciendo que los principios de derecho fundamental no agregan nada al razonamiento práctico del ciudadano común o del gobernante?

En este trabajo se propone una respuesta negativa para esta pregunta, a partir de la tesis de que los principios de derecho fundamental no son meras transcripciones o formalizaciones de los principios morales de justicia, sino que incluyen siempre lo que Tomás de Aquino denominó “determinación”.¹¹ Una vez justificada esta tesis de la determinación universal del derecho, se intentará analizar y describir con algún detalle cuál es la principal función y relevancia de los principios de derecho fundamental en el razonamiento moral. Esto es, qué agregan los principios de derecho fundamental a la deliberación moral.

Asumiendo que John Finnis es el principal representante de la nueva escuela de derecho natural en ámbito de la filosofía del derecho y que, ade-

¹⁰ Finnis, John, “Procter Honoris Respectum: On the Incoherence of Legal Positivism”, *Notre Dame Law Review*, 75, 2000, p. 1065, (la traducción es nuestra). A nuestro juicio, la justificación moral de la autoridad política desarrollada por Finnis permite afirmar que aún en los espacios donde el derecho positivo—cuya existencia ponemos en cuestión en este trabajo—se limita a transcribir principios o reglas morales, el mero hecho de su positivización o formalización agrega una razón moral nueva para adecuar la conducta a los mismos. Sobre esto *cf.*: Zambrano, P., “El derecho como razón excluyente para la acción. Una aproximación desde la teoría iusnaturalista de John Finnis”, *Problema. Anuario de filosofía y Teoría del Derecho*, 4, 2010, pp. 346 y 347.

¹¹ Tomás de Aquino, *Suma teológica*, I-II, q. 95, a. 2.

más, ha realizado la difícil y novedosa tarea de intentar conciliar esta tradición con la tradición analítica en todo lo que tienen de conciliable, se estará aproximando al objeto de este trabajo utilizando algunas de sus distinciones conceptuales.¹² Con este propósito y con esta opción metodológica, en la primera sección se describirá la clasificación tripartita de principios de derecho fundamental propuesta por este autor, entre (a) principios de derecho fundamental concluyentes; (b) principios de derecho fundamental con fuerza concluyente limitada; y (c) principios de derecho fundamental directrices.

En la teoría de la justicia del derecho natural desplegada por el profesor Finnis, se interpreta que las dos primeras clases de principios de derecho fundamental tienen por referencia a los principios morales absolutos. En las siguientes secciones, y en forma independiente de las ideas del profesor australiano, se intentará demostrar que esta referencia no agota el sentido de las clases (a) y (b) de principios de derecho fundamental, los que tienen una relación de determinación (y no de conclusión) con los principios morales de justicia (principios morales absolutos). Como ejemplo y banco de pruebas de esta tesis, se analiza en la cuarta sección la relación material entre el principio moral absoluto que prohíbe matar, y un principio de derecho fundamental que hace lo propio en el plano jurídico-positivo con fuerza concluyente limitada. En la quinta y última sección se esbozará cuál es la teoría interpretativa y cuáles son las tesis semánticas implicadas en la tesis de la determinación.

II. LAS DECLARACIONES DE DERECHOS: UNA TIPOLOGÍA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

A partir de un análisis del lenguaje utilizado en las declaraciones típicas de derechos fundamentales, Finnis elabora una suerte de tipología de los

¹² El liderazgo de John Finnis en la vertiente ius-filosófica de la Nueva escuela es reconocido tanto dentro de la tradición como fuera. Desde dentro, *cfr.*, George, R. P., “Introduction”, en George, R. P. (ed.), *Natural Law*, Ashgate Dartmouth, 2003, XVII; desde fuera, entre otros, Greenwalt, Kent, *How Persuasive is Natural Law Theory?* *Notre Dame Law Review*, 75, 2000, p. 1648. Destacan la cualidad conciliadora de Finnis entre tradiciones opuestas, entre muchos otros, Bix, Brian, “On the Dividing Line Between Natural Law Theory and Legal Positivism”, *Notre Dame Law Review*, 75, 2000, p. 1624; Di Blasi, di Fulvio, *John Finnis*, Phronesis, Palermo, 2008, p. 4; Orrego sánchez, Cristóbal, *Análisis del Derecho justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*, Universidad Autónoma de México, 2005, p. 183; Pereira Sáez, Carolina, *La autoridad del derecho. Un diálogo con John Finnis*, Granada, Comares, 2008, pp. 19 y ss.; Scandroglio, Tommaso, *La Legge Naturale in John M. Finnis*, Editori Riuniti University Press, 2008, p. 15.

principios que reconocen derechos fundamentales, análoga y en cierto sentido paralela a la tipología que propone respecto de los principios de la ley natural. De este análisis se sigue que la relevancia de los principios de derecho fundamental en el razonamiento práctico varía según el tipo de principio de que se trate.

La primera y más básica clasificación entre principios de derecho fundamental propuesta por Finnis es la que atiende a su función en el razonamiento práctico distinguiendo entre (a) principios con fuerza concluyente y (b) principios con fuerza directiva.¹³

Los principios (a) con fuerza concluyente son los principios que emplean un lenguaje o formas canónicas negativas, del tipo “Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo en los siguientes casos...”. Los principios (b) con fuerza directiva son los que emplean fórmulas asertivas del tipo “Todo individuo tiene derecho a la vida”.¹⁴

Que un principio sea concluyente significa, como su nombre lo indica, que *concluye* —en el sentido de *finalizar*— el razonamiento práctico: la aplicabilidad del principio al caso es razón necesaria y suficiente para actuar del modo en que prescribe el principio.

Finnis señala que ningún principio jurídico posee fuerza concluyente hasta que no se traduce en relaciones de tres términos, entre la persona titular; el derecho/objeto/libertad debido; y la persona obligada. Esta traducción exige especificar la identidad del titular del deber; la identidad del titular del derecho; el contenido exacto del deber; los poderes del titular del derecho para hacer valer su derecho; etcétera, y varía o puede variar de sistema en sistema y, dentro de cada sistema, puede hacerse de muchos modos posibles.¹⁵

Por otra parte, indica que los principios concluyentes reconocen siempre derechos de naturaleza absoluta. Esto es, derechos excluidos de todo cálculo utilitarista y que, por lo mismo, no pueden ser restringidos en miras al bien común.¹⁶

Sobre esta base, Finnis distingue entre dos cualidades que pueden predicarse de un derecho reconocido por un principio de derecho fundamen-

¹³ Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2a. ed., Oxford University Press, 2011, p. 212 (en lo que sigue se citará como *NLNR*). Para la traducción de estos y otros conceptos técnicos propuestos y empleados por Finnis, seguimos la traducción al español de la primera edición de *NLNR*, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Orrego, C., Abeledo Perrot, 2000.

¹⁴ El primer ejemplo está tomado por Finnis de la Convención Europea de derechos humanos, artículo 5to. (1); y el segundo de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, artículo 3ro. *Cfr.* *NLNR*, p. 211, núm. 17.

¹⁵ *NLNR*, p. 219.

¹⁶ *Ibidem*, p. 213.

tal: absolutez e inalienabilidad. Todos los derechos estatuidos o reconocidos por principios de derecho fundamental son inalienables, en el sentido de que el derecho no ofrece razones jurídicas que justifiquen su negación. Sin embargo, no todos los derechos (fundamentales) reconocidos por estos principios son absolutos. Un derecho fundamental es absoluto cuando, además de no existir razones jurídicas para negarlo, tampoco hay razones jurídicas para restringirlo o limitarlo en atención a las exigencias del bien común.¹⁷

En síntesis, todas las exigencias o derechos reconocidos por los principios de derecho fundamental concluyentes serían absolutos e inalienables, y el carácter absoluto de los derechos explica que los principios sean *concluyentes*: dada la situación de hecho a la que se refiere el principio, no hay nada más que “pensar”, por así decirlo, pues no hay razón alguna que autorice a hacer lo que el principio proscribe. Al carácter concluyente de un principio le sigue, por definición, el carácter absoluto del derecho que reconoce.

Finnis deduce tanto el carácter concluyente de los principios de derecho fundamental como el carácter absoluto de los derechos que reconocen, del hecho de que los principios se abstienen de nombrar de modo expreso cuál es la libertad o el derecho protegido y, en cambio, se limitan a enunciar cuáles son las conductas prohibidas respecto del derecho o la libertad protegida. Este uso oblicuo del lenguaje no sería casual, sino intencional: tendría por fin excluir o exceptuarlos de las limitaciones generales al reconocimiento de derechos y libertades, del tipo de las que enuncia el artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.¹⁸

La interpretación de Finnis se apoya pues, como un argumento *a contrario*: si la norma de derecho positivo identifica una clase específica de conductas prohibidas, es porque no quiso garantizar ni más ni menos que lo que explícitamente garantiza. Esto es, que determinados cursos de acción están prohibidos de una vez y para siempre, con independencia de cuáles fueren las necesidades del bien común. Así como otros cursos de acción distintos de los tipificados no se encuentran prohibidos por estos principios de forma concluyente, tampoco tiene el titular del derecho más derecho que a estas omisiones específicamente tipificadas.

A diferencia de los principios concluyentes, los principios directrices ofrecen una razón para actuar que es necesaria pero no suficiente. En palabras de Finnis, un principio directriz constituye un “elemento de un proceso racional de toma de decisiones que [a diferencia de lo que ocurre con los derechos reconocidos en los principios con fuerza concluyente] no puede

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Ibidem*, p. 212.

ser concluido de manera razonable apelando simplemente a cualquiera de estos derechos...”.¹⁹

Finnis advierte que el lenguaje de los principios directrices que enuncian de modo asertivo derechos y libertades se focaliza en relaciones de dos términos, entre un sujeto titular de derechos —la persona— y el objeto sobre el cual recae la titularidad —el derecho humano o libertad—. Esta focalización, explica Finnis, tiene una ventaja pedagógica y una desventaja práctica. La ventaja pedagógica consiste en poner de manifiesto y fuera de toda duda cuál es el objeto o bien que se pretende garantizar y/o promover en cada caso. La desventaja es que transmite la idea errónea de que se trata de principios concluyentes que, como tales, se autoabastecen para justificar decisiones jurídicas o políticas.²⁰

Entre los principios directrices que reconocen o determinan derechos meramente inalienables pero no-absolutos, y los principios concluyentes que reconocen o determinan derechos inalienables y absolutos, Finnis enuncia —de modo algo confuso— una tercera categoría de principios, que parece ocupar un lugar intermedio entre las dos categorías anteriores y que denominaremos “principios de derecho fundamental con fuerza concluyente limitada”.

Como ejemplo de esta categoría intermedia propone el principio enunciado en el artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos, según el cual “Nadie podrá ser *arbitrariamente* detenido...”. Al igual que los derechos fundamentales reconocidos en los principios concluyentes, estos derechos no estarían sujetos a las limitaciones generales en orden al bien común, que sí se aplican a los derechos reconocidos por principios directrices. Sin embargo, estos derechos no serían absolutos sino meramente inalienables, pues podrían ser restringidos por las razones —aunque únicamente por las razones— enunciadas de modo expreso en la misma norma que prescribe la exigencia negativa de “no ser detenido”.²¹ En este sentido, podría decirse que, una vez definida una detención como arbitraria, el derecho a no ser detenido deviene absoluto: nadie puede ser detenido arbitrariamente, aun cuando la detención en apariencia sea conducente a las necesidades y requerimientos del bien común.

Paralelamente, comentando y siguiendo a Aquino, Finnis distingue entre principios morales formulados de modo asertivo, y principios o preceptos morales formulados de modo negativo o prohibitivo. Los primeros in-

¹⁹ *LNDN*, p. 241.

²⁰ *Ibidem*, pp. 220 y 221.

²¹ *NLNR*, p. 212.

dican lo que *debe* hacerse, mientras que los segundos indican lo que *no debe* hacerse.

Los principios morales formulados negativamente obligan siempre y en toda ocasión. Según Finnis, estos principios son específicos e inexcusables, en el sentido de que se aplican sin necesidad de deliberación moral ulterior y se refieren, agrega Finnis, a derechos inalienables y absolutos.²² En cambio, los principios morales positivos o asertivos se aplican “siempre pero no en toda ocasión”. Para que esta proposición no sea una contradicción en los términos, el sentido de “siempre” debe distinguirse del sentido de “en toda ocasión”. En esta inteligencia, decir que un principio moral asertivo se aplica “siempre” es lo mismo que decir, “siempre que las circunstancias y los demás principios que gobiernan esas circunstancias lo permitan y/ manden”.²³

La condición de atender a las circunstancias no se aplica a los principios morales negativos que reconocen derechos absolutos. Estos principios obligan en *toda* circunstancia. La aplicabilidad directa e inmediata de unos principios, y la aplicabilidad condicionada de los otros, se traduce desde el punto de vista del razonamiento práctico en el carácter concluyente de los primeros, y meramente directivo de los segundos.²⁴

Volviendo al objeto específico de este trabajo, caben pues dos reflexiones. La primera es la semejanza y casi identidad de la distinción entre, por una parte, los principios morales concluyentes y los principios morales directrices y, por otra parte, los principios de derecho fundamental concluyentes y los principios de derecho fundamental directrices. Esta semejanza da mucho peso a la hipótesis de que, con las salvedades que correspondan, desde el punto de vista formal o lógico el razonamiento moral no se distingue del razonamiento jurídico, por lo menos en el área de los principios de derecho fundamental. Si existe alguna distinción entre el razonamiento jurídico ius-fundamental y razonamiento moral, esta distinción deberá buscarse en el contenido y no en la forma de inferencia o derivación de unas y otras proposiciones.²⁵

²² Finnis, J., *Aquinas, Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, 1998, pp. 164 y 165 (en lo que sigue se citará como *Aq.*).

²³ *Ibidem*, p. 164.

²⁴ *Ibidem*, p. 170.

²⁵ Esta idea ha sido clásicamente defendida desde la tradición tomista por Georges Kalinowski. Entre muchos otros trabajos, *cf.* Kalinowski, Georges, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Abeledo Perrot, pp. 139-141. Sobre los aportes de Kalinowski en esta línea puede consultarse Massini Correas, C. I., *La ley natural y su interpretación contemporánea*, Eunsa, 2005, pp. 56-59.

En lo que sigue se profundizará en el significado de “principio moral concluyente” y “derecho humano absoluto”, con el propósito ulterior de comparar el sentido de estas expresiones con sus referentes en el plano jurídico: los principios de derecho fundamental concluyentes (en sus dos versiones, con fuerza total y con fuerza limitada) y los derechos fundamentales absolutos.

III. PRINCIPIOS MORALES CONCLUYENTES Y DERECHOS MORALES ABSOLUTOS

Finnis explica que los principios de derecho fundamental concluyentes con fuerza total o con fuerza limitada tienen por fundamento y referencia a los principios morales absolutos, que establecen exigencias o deberes absolutos o in-excepcionables y que reconocen, como contracara de estos deberes, a los derechos *humanos* absolutos. Estos principios morales absolutos son, por su parte, concreciones de un principio moral anterior, más abstracto, que establece que siempre es irrazonable elegir un curso de acción contrario a la integridad de cualquier bien humano básico.²⁶

Como ejemplo de derechos humanos absolutos correlativos a las exigencias, deberes o principios morales absolutos, Finnis propone la siguiente lista:

El derecho a no verse privado directamente de la propia vida como medio para ningún fin ulterior; el derecho a que no nos mientan positivamente en ninguna situación... en la cual se espere razonablemente una comunicación real; el derecho a no ser condenado sobre la base de cargos deliberadamente falsos; el derecho a no ser privado, u obligado a privarse, de la propia capacidad procreadora; y el derecho a ser tenido en cuenta con respeto en cualquier valoración de lo que el bien común exige.²⁷

Según Finnis esta lista no incluye “derechos de dos términos” que necesiten ser traducidos a relaciones de deber-derecho “de tres términos”, sino derechos-exigencias estrictamente correlativos a los deberes que las exigencias de la razonabilidad práctica implican.²⁸ Serían, pues, derechos reconocidos por principios morales concluyentes —que concluyen o acaban el razonamiento práctico—, y que como tales reconocen derechos absolutos no restringibles por razón alguna.

²⁶ Finnis denomina a este principio “la séptima exigencia de la razonabilidad práctica”. Cfr. *NLNR*, pp. 218 y ss.

²⁷ *NLNR*, p. 225. La traducción está tomada literalmente de *LNDN*, p. 253.

²⁸ *NLNR*, p. 225.

Estos ejemplos requieren algo más de explicación, pues dejando a salvo el principio que enuncia el derecho a “no ser privado de la propia capacidad procreadora”, es dudoso que el resto de las proposiciones normativas puedan concluir de modo definitivo un razonamiento práctico. El derecho a “ser tenido en cuenta con respeto” está expresado en un lenguaje asertivo y se parece, por tanto, más a un principio directriz que a un principio concluyente. Son innumerables los modos de actuar imaginables que hacen honor a este principio, por lo cual la conducta debida no se encuentra expresada en términos inequívocos y, mucho menos, en el esquema tripartito de “titular-derecho-obligado”.

En cuanto al resto de los principios que aparecen en la lista, ¿qué es privar a alguien de su vida como medio para otro fin?; ¿cuándo debe esperarse *razonablemente* una comunicación real? No parece sencillo distinguir de forma concluyente, sin necesidad de mayor deliberación, un contexto de comunicación real respecto de un contexto de comunicación ficticia, o lúdica; o incluso la situación en la cual se dispone de la vida propia o ajena como un mero medio para un fin.

Sólo por proponer un ejemplo de esto último: en una situación de peligro grave para la vida de la madre embarazada, ¿corresponde inducir el parto aunque de ello se siga la muerte del feto? Si se induce el parto, ¿se estaría utilizando la vida del feto para salvar la vida de la madre? Si se decide aguardar al parto natural, ¿se estaría utilizando la vida de la madre para salvar la del feto? Cualquiera sea la respuesta a estas preguntas, que no es el caso profundizar aquí, su consecución requiere un desarrollo suplementario de deliberación moral que en apariencia priva a los principios enunciados del pretendido carácter concluyente.

Estas dudas acerca del carácter concluyente de los principios se extienden también al carácter absoluto de los derechos, cuando se consideran situaciones tales como la legítima defensa, que parece abrir excepciones al principio absoluto que proscribe matar.

En definitiva, la lista de principios morales absolutos a la cual se referirían los principios jurídicos fundamentales con fuerza concluyente genera por lo menos tres dificultades. Primero, algunos de los principios morales incluidos en la lista están formulados asertivamente lo cual indicaría que no son concluyentes. Segundo, algunos de los que están formulados en términos negativos estipulan condiciones para su aplicación, lo que también pone en cuestión su pretendido carácter concluyente. Por último, instituciones como la legítima defensa que cuentan con un amplio consenso moral parecen echar una sombra de duda sobre la naturaleza absoluta o incondicional de los derechos.

Las dos últimas incertidumbres postulan la necesidad de ahondar en el sentido de “absoluto” en la expresión “principio (o deber) moral absoluto” y en su correlativo “derecho humano absoluto”. En lo que sigue, yendo más allá de la propuesta finnisiana, se abordará este ahondamiento a la luz de la perspectiva o mirada interna del acto humano voluntario, que es la mirada propia de la moral. Este abordaje servirá de puente para despejar en los epígrafes posteriores el camino hacia la pregunta principal de este trabajo, esto es, si el contenido material de los principios morales absolutos (y concluyentes) coincide con el contenido material de los principios de derecho fundamental concluyentes, de forma tal que pueda decirse que los segundos constituyen una “pura conclusión” de los primeros.²⁹

IV. LOS PRINCIPIOS MORALES (DE JUSTICIA) ABSOLUTOS: LA PERSPECTIVA INTERNA DE LA MORAL

La primera dificultad podría expresarse con la siguiente pregunta: ¿cómo es posible afirmar el carácter absoluto o inexcusable del principio moral que proscribe matar, y excusar al mismo tiempo la legítima defensa? ¿No es una muerte que se justifica en vistas a un bien ulterior? Si así lo fuera, parecería tratarse de una excepción a un principio que pretende ser absoluto y que, por lo mismo que tiene excepciones, dejaría de serlo.

Una respuesta posible a esta dificultad consistiría en agregar a los pretendidos principios morales absolutos un condicionante moral tácito, del tipo “injustamente” o “sin motivo”. En esta interpretación, el precepto “nunca debe mentirse” se leería en realidad como “nunca debe mentirse sin motivo”. O el de “nunca debe matarse, como “nunca debe matarse al inocente”. De esta forma, en la definición misma de los principios morales que proscriben matar o mentir se excluirían sus pretendidas excepciones. En palabras de algunos de los defensores de esta lectura, “la materia real” del principio “no matar” excluiría, *ab initio*, el caso de la legítima defensa.³⁰

El problema con esta solución es que diluye el carácter aparentemente concluyente de los principios morales absolutos, desde el momento en que todavía quedaría a cargo del intérprete el trabajo intelectual de diferenciar entre culpables e inocentes, y entre mentiras con o sin motivo. Por otro lado,

²⁹ Dada la difusión del uso de la expresión “principios absolutos”, en lo que sigue se calificará a los principios morales concluyentes como “principios absolutos”, aunque lo “absoluto” es más bien una cualidad de los derechos que de los principios.

³⁰ Entre otros, sostienen estas tesis Leo Strauss, *Natural Right and History*, University of Chicago Press, Chicago, 1953, p. 163 (con quien discute John Finnis, en *Aq.*, pp. 165 y ss.) y Millán Puelles, *El interés por la verdad*, Madrid, Rialp, 1997, pp. 302-304.

se diluiría la naturaleza absoluta de estos principios (y la correspondiente naturaleza absoluta de los derechos que estos principios reconocen) abriendo paso a situaciones en las cuales estaría permitido “matar” o “mentir”.³¹

Pero un principio absoluto es, por definición, un principio que no admite excepciones de ningún tipo. De forma que, o bien se niega la licitud moral de la causación de la muerte en ocasión de legítima defensa, o del denominado “engaño lícito” en relación con la proscripción de la mentira; o bien los principios morales se independizan, *en alguna medida*, de los resultados del obrar moral en el mundo físico. Este segundo es el camino recorrido por Tomás de Aquino, cuya teoría moral podría decirse que es a la vez interior y objetiva.³²

En esta interpretación, todos los principios y reglas morales, incluidos los principios morales que reconocen derechos absolutos, tienen como objeto primario los actos internos de la voluntad que Tomás de Aquino denomina la “intención” del fin y la “elección” del medio en el obrar. Y rigen el obrar físico o exterior sólo en la medida en que asuman o recojan la intención y/o la elección interior. Más aún, la intención y la elección no sólo determinan si un modo de obrar es bueno o malo desde el punto de vista moral sino que, antes, determinan la especie de la acción. Puntualizan, en otras palabras, qué es lo que se hace o deja de hacer cuando se obra. De esta forma, una misma acción definida por sus resultados causales en el mundo físico, puede entrar en una u otra especie de acto moral atendiendo a la elección e intención con que se la llevó a cabo.³³

³¹ Finnis, J., *Aq.*, p. 165.

³² Sobre la distinción entre una perspectiva exterior e interior de análisis del acto humano, *cfr.* Aquino, *Suma Teológica*, I-II, qq. 17-20, especialmente, q. 18 a 6, y q. 20. Es importante advertir que el denominado “acto exterior” no se distingue del “acto interno” de forma substancial, sino analítica. No son dos actos distintos, sino dos perspectivas para estudiar o analizar un solo acto, que es el acto humano voluntario. *Cfr. ibidem*, q. 17, a 4. Aún así, como se verá más adelante, estas dos perspectivas de análisis pueden muchas veces arrojar resultados distintos: un mismo acto puede considerarse malo desde la perspectiva de análisis interior y justo desde la exterior, y *viceversa*. *Cfr. ibidem*, q. 20, a 3. Sobre la interioridad como perspectiva de determinación tanto de la especie como de la moralidad del acto humano voluntario, *cfr.* Aquino, *Suma Teológica*, I-II, q. 18, en particular, aa. 2 y 7. Interpretando en este punto a Aquino, *cfr.* Finnis, J., *Absolutos morales. Tradición, revisión y verdad*, trad. de García Norro, Juan, Barcelona, Eunsa, 1992, pp. 65-60; e interpretando a Aristóteles, Finnis, J., *Fundamentals of Ethics*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 33. *Cfr.* asimismo, en la tradición tomista, Ronheimer, M., *La perspectiva de la moral. Fundamentos de la ética filosófica*, trad. De Mardomingo, C., Madrid, Rialp, 2000, pp. 44-53; y Rhonheimer, Martin; Murphy, William F. (editor); *Perspective of the Acting Person: Essays in the Renewal of Thomistic Moral Philosophy*, Washington, D C, USA, Catholic University of America Press, 2008, p. 41.

³³ Tomás de Aquino distingue entre “acontecimientos subsiguientes (al obrar)” premeditados y no premeditados. Únicamente cuando los acontecimientos subsiguientes (malos)

Lo que desde el punto de vista externo o físico puede ser considerado “matar” porque produce el resultado muerte, desde el punto de vista interno puede no configurar el acto moral de “matar”. Para que el resultado se corresponda con el acto moral de “matar”, debe haber sido elegido como medio —elección o intención próxima— y/o como fin —intención mediata— del obrar. Por ello, cuando un sujeto produce el resultado muerte de su agresor en ocasión de “legítima defensa”, en algún caso habrá cometido el acto moral de “matar” y en otro no. Todo depende de lo que haya elegido como resultado de su actuar. Si eligió la muerte, incluso si eligió la muerte como medio para defenderse, entonces “mató” desde el punto de vista moral. Pero si eligió preservar su vida *a pesar* de que esta preservación incluya terminar con la vida del agresor, no habrá “matado” desde el punto de vista moral.³⁴

En esta inteligencia, los preceptos morales absolutos no obligan a abstenerse de producir determinados resultados, sino más bien a abstenerse de quererlos o de elegirlos, como fin o como medio del propio obrar.³⁵ Esta in-

son objeto de elección y/o intención, contribuyen en la definición de la especie o naturaleza moral del acto, configurándolo además como bueno o malo. *Cfr. Suma teológica*, I-II q. 20, aa. 5 y 6. Véase también, *ibidem*, q. 72 a 1; y II-II, q. 43 a 3, sitios señalados por el propio Aquino en II-II, q. 64 a 7, como especialmente ilustrativos de la tesis de que la acción se define por lo que se elige e intenta en el obrar.

³⁴ *Cfr. Suma Teológica*, I-II, q. 18 a5 ad 3. Siguiendo a Tomás de Aquino, Finnis, J., *Absolutos morales*, *op. cit.*, pp. 43-45, especialmente, 44, núm. 25. Con especial referencia a la legítima defensa, donde Aquino formula la doctrina cristiana del “acto de doble efecto”, Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, II-II q. 64, a 7; Finnis, J., *Aq.*, pp. 141, 142 y 166; Ronheimer, M., *La perspectiva de la moral ...*, *op. cit.*, pp. 395-397. Esta doctrina no pretende excusar la realización de un acto moral malo —lo cual privaría al principio en cuestión de su naturaleza absoluta o in-excepcionable—, sino más bien justificar un acto que produce los mismos resultados físicos que una determinada clase, categoría o especie de actos moralmente malos —matar—, pero que —desde la perspectiva de análisis interna— no forman parte de esta especie moral. *Cfr.* Boyle, Joseph, M., “Toward Understanding the Principle of Double Effect”, *Ethics*, 90, núm. 4, 1980, pp. 530 y 531. La determinación de los criterios para distinguir entre las consecuencias previstas (foreseen consequences) aquellas que son objeto de elección, de aquellas otras que meramente se toleran, ha sido objeto de intenso debate dentro de la tradición. La última evolución de este debate se encuentra, entre otros trabajos, en Finnis, J., Grisez, G., Boyle, J., “Direct and Indirect: A Reply to Critics of Our Action Theory”, *The Thomist*, 65 (2001), 1-44, republicado en Finnis, J., *Collected Papers V II*, 2011, OUP, cap. 13. Algo más recientemente, Boyle, J., “The Moral Meaning and Justification of the Doctrine of Double Effect. A Response to Robert Anderson”, *The American Journal of Jurisprudence*, 53, 2008, p. 69. En español, es especialmente ilustrativo el trabajo de Miranda Montesinos, A., “El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico”, *Revista Chilena de Derecho*, V. 35, núm. 3, 2008, pp. 485-519.

³⁵ *Cfr.* en este mismo sentido Finnis, J., *Absolutos morales*, *op. cit.*, núm. 24, p. 44; y Rhonheimer, M., *op. cit.*, p. 350, quien define a los absolutos morales como principios que proscriben

teriorización de la moral permite preservar la naturaleza concluyente de algunos de sus preceptos (y absoluta de los derechos) sin exigir una abstención total de producir algunos efectos, lo que en casos como la legítima defensa resultaría absurdo o contra-intuitivo. Pues si es contra-intuitivo exigir que nunca se derive físicamente la muerte de nuestro obrar, parece en cambio razonable exigir una abstención absoluta de *querer* o de *elegir* interiormente este resultado. Esta exigencia, por lo mismo que es interna, es independiente de las circunstancias que por definición configuran siempre cualquier acción exterior. Y si la exigencia es independiente de las circunstancias, es absoluta o inexcusable e intelectualmente identificable de forma concluyente.

Según esto, una vez que se reconoce que un modo de obrar acaba en la muerte, o en el engaño, o en cualquier forma de instrumentalización del prójimo, los principios morales absolutos establecen de forma concluyente que no hay razones que justifiquen querer y/o elegir ese curso de acción. Sin embargo, los principios morales absolutos no regulan, ni indican siquiera cómo hacerlo, qué cursos de acción exterior constituyen una plasmación correcta de las elecciones e intenciones interiores.

Esta regulación del obrar exterior es el producto de un acto intelectual específico, que Tomás de Aquino denominó el “acto prudencial de imperio”, mediante el cual la elección e intención interior se plasman en un modo concreto de obrar, acorde a las particulares circunstancias en que este obrar tiene lugar. Por ello, el juicio de imperio no comparte la naturaleza concluyente de los principios morales absolutos. O, mejor dicho, su naturaleza concluyente no es una suerte de extensión de la naturaleza concluyente de los principios morales absolutos, sino más bien el resultado de la suficiente evaluación de las circunstancias en que se obra.

Por poner un ejemplo, mientras el principio moral absoluto prohíbe elegir la muerte como resultado del propio obrar, un juicio de imperio correspondiente con este principio absoluto establecería la prohibición de disparar un arma, cuando una consecuencia cierta del disparo sea la muerte de otro sujeto. La prohibición moral de elegir la muerte es independiente de la evaluación de las circunstancias. La prohibición moral de disparar el arma es en cambio circunstancial, pues es perfectamente posible que un disparo no ponga en riesgo la vida de nadie. La obligación de no elegir la muerte está contenida en un principio moral absoluto, mientras que la obligación de no disparar es el contenido posible de un juicio de imperio.

acciones “cuya identidad intencional” está conformada íntegramente por el objeto de la elección (sin que la intención o el fin puedan modificar esta identidad).

El juicio de imperio que prohíbe disparar cuando el disparo puede acabar con la vida de alguien es pues la síntesis de (al menos) dos juicios. Uno de índole empírica y otro de índole moral. El juicio empírico es el que establece que, en las circunstancias, un disparo puede acabar con la vida de algún sujeto. El juicio de índole moral es el principio moral absoluto que prohíbe matar.

El juicio empírico contenido en el juicio de imperio no tiene por sí mismo ninguna fuerza moral, hasta que no se lo visualiza como una instancia concreta prohibida por el juicio moral. Esto es, hasta que no se visualiza que disparar constituye, en las circunstancias, un caso prohibido por el principio moral que prohíbe matar. Desde este punto de vista, la naturaleza concluyente del juicio de imperio que prohíbe disparar es el resultado de la síntesis de dos fuerzas concluyentes. La fuerza concluyente del principio moral absoluto que prohíbe matar; y la (eventual) fuerza concluyente del juicio empírico según el cual, en las circunstancias, un disparo puede acabar con la vida de alguien.³⁶

Así vistas las cosas se aclaran tanto la dificultad concerniente a la naturaleza absoluta de los derechos, como la que refiere a la naturaleza concluyente de los principios. Los derechos (o los deberes) son absolutos porque nunca está permitido elegir la muerte o el engaño como medio o como fin del propio obrar, aún cuando ambos resultados se prevean con certeza. En otras palabras, prever y querer no es lo mismo desde el punto de vista moral, y los principios morales absolutos prohíben únicamente lo último. En segundo lugar, los principios son concluyentes en la medida en que proscriben de una vez para siempre, sin necesidad de ninguna deliberación ulterior, la elección o la intención de los cursos de acción que constituyen matar, o engañar, o cometer adulterio.

Esta afirmación es perfectamente conciliable con la afirmación simultánea de que la identificación de cuáles son estos cursos de acción exterior puede requerir en muchos casos una deliberación ardua, sujeta a todas las inconveniencias propias de los juicios prudentiales. Así, por ejemplo, son prudentiales la determinación de si existe o no un contexto comunicativo en el cual se pueda esperar *razonablemente* la verdad, o la definición de si la interrupción u omisión de un cuidado configura una forma adecuada de

³⁶ John Finnis afirma, en sentido parecido, que el juicio de imperio permite pasar de la elección a la acción, y promete pero no garantiza que el bien que fue objeto de elección se plasme en la acción. Cfr. Finnis, J., "On Harts Ways. Law as Reason and as a Fact", *American Journal of Jurisprudence*, 52, 2007, p. 34; republicado en Finnis, J., *Collected Papers*, V 4, OUP, p. 238.

respetar la integridad física del enfermo o si, en cambio, constituye un modo de acabar con la vida.³⁷

Lo que en todo caso establecen los principios morales (absolutos) de forma concluyente es que, una vez que se espera *razonablemente* la verdad, no hay razones para engañar; o que una vez que se juzga que un tratamiento o cuidado es proporcionado y eficaz para revertir un proceso mortal, entonces su omisión no debe ser querida ni elegida, al menos no de forma directa. Por supuesto, es esperable que quien se determina a sí mismo a hacer el bien, como fin y como medio del obrar, se preocupe también por informarse acerca de cómo hacerlo y que, si lo hace diligentemente, acabe haciéndolo. Pero también es posible que la información disponible sea insuficiente, que se caiga en el error, o que incluso la búsqueda de información sea negligente. Es posible —y el derecho está plagado de normas que contemplan estos casos—, que eligiendo y queriendo obrar justamente se obre de forma injusta. Que eligiendo y queriendo preservar la vida de otro —o la propia—, se acabe quitándola. En tal caso, se habrán respetado los principios morales absolutos en juego, aún cuando se haya afectado el bien que estos principios preservan. Por así decirlo, se habría cometido una injusticia (desde la perspectiva externa) obrando justamente (desde la perspectiva interna).

Recapitulando, los principios morales que reconocen derechos humanos absolutos tienen por objeto los actos internos de la voluntad denominados “intención” y “elección”. Esta proyección interior independiza a estos principios de las circunstancias y, por lo mismo, asegura tanto su naturaleza concluyente, como la naturaleza absoluta de los derechos. Es más, precisamente porque regulan de forma inmediata los actos internos de la voluntad su naturaleza concluyente se limita a la dimensión interior del obrar, y no se proyecta hasta el juicio prudencial de imperio que determina cuál es la conducta exterior que mejor plasma estas exigencias absolutas en los casos concretos.

V. LA NATURALEZA DETERMINATIVA Y LA RELEVANCIA PRÁCTICA DE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO FUNDAMENTAL CONCLUYENTES

La primera cuestión a la luz de las reflexiones anteriores concierne al tipo de relación que existe entre los principios concluyentes que reconocen derechos-exigencias absolutos en el plano moral; y los principios que pretenden hacer lo propio en el plano jurídico positivo. Más concretamente,

³⁷ Rhonheimer, M., *La perspectiva de la moral*, *op. cit.*, p. 365.

la pregunta es si los segundos son una conclusión o una traducción de los primeros sin determinación de ninguna clase.

Aun si lo fueran, podría sostenerse que el solo hecho de su recepción en el derecho positivo generaría una obligación de justicia hacia el bien común de la comunidad política en su conjunto y, con ello, una nueva razón para actuar.³⁸ Pero lo cierto es que las reflexiones anteriores acerca de la perspectiva interior de los principios morales absolutos permite esbozar una duda seria acerca de la posibilidad de que existan preceptos de derecho positivo que constituyan una “conclusión” pura a partir de preceptos morales, sin mezcla alguna de determinación.³⁹

Se dijo, en efecto, que los principios y las reglas morales rigen o regulan de forma principal la dimensión interna del obrar humano y, más concretamente, los actos internos de la voluntad denominados “elección” e “intención”. El obrar físico o externo es regulado por estos preceptos en la medida en que constituya la ejecución de, y esté configurado por, estos actos internos de la voluntad. Por esto, se señaló que en el plano moral el mero querer o desear una injusticia es ya un modo de injusticia, aunque no se proyecte en el plano exterior. Y, *viceversa*, es posible cometer una injusticia obrando justamente.

Pues bien, la perspectiva jurídica gira el ángulo de análisis desde el sujeto actuante hacia quienes padecen su actuación, y no entra en escena hasta que el deseo no se transforma en la determinación interior de obrar y más aún, hasta que esta determinación interior no produce un resultado injusto. El derecho recorre el camino contrario al de la moral, pues rige la interioridad sólo en la medida en que (a) se plasma en lo que Aquino denomina “el acto exterior” y (b) en que este acto exterior produce un resultado injusto.

Primero, porque el derecho no tiene modo alguno de determinar cuál es la intención y elección íntima, más allá de lo que pueda quedar reflejado en el obrar externo. Segundo, porque el equilibrio que busca restablecer, como instrumento de justicia, no es el equilibrio interior del hombre con el mundo, sino el mucho más limitado equilibrio exterior entre el resultado del obrar humano y los bienes de terceros. Un equilibrio que no se juzga

³⁸ *Cfr.* en este sentido Finnis, J., *MLNR*, p. 283 y Finnis, J., “On Hart’s Way Out”, *cit.*, p. 38.

³⁹ John Finnis no niega explícitamente que puedan darse normas de derecho positivo que sean pura conclusión, pero parece sin embargo albergar serias dudas al respecto cuando afirma que “en un sistema jurídico bien desarrollado no será fácil integrar en el derecho ni siquiera una exigencia no controvertida de la razonabilidad práctica”, *Cfr. LNDN*, 311. En otros sitios, en cambio, pareciera conceder que efectivamente existen normas, o al menos partes de normas, que no contienen determinación alguna: *cfr.* Finnis, J., “On Hart’s Way Out”, *cit.*, p. 38.

atendiendo a la buena o mala disposición del agente, sino según una relación intrínseca o real de adecuación entre aquel resultado y estos bienes.⁴⁰

Aplicando estas consideraciones a los principios de derecho fundamental concluyentes resulta que, dentro de las elecciones intrínsecamente injustas proscriptas por los principios morales absolutos, los principios de derecho fundamental se limitan a proscribir aquellas elecciones e intenciones que se materializan en el obrar exterior y que, además, producen un resultado injusto. Esta doble proyección exterior supone, no sólo una limitación o un estrechamiento en el campo de referencia de los principios jurídicos con relación a los principios morales, sino también una cierta determinación material de su objeto.

Esta determinación del objeto se advierte de forma clara cuando se atiende al hecho de que los principios de derecho fundamental obligan no sólo ni tanto al ciudadano común, sino también y principalmente a los Estados. Y en la medida en que los principios de derecho fundamental concluyentes se dirigen al Estado, no sólo prescriben las obligaciones negativas explícitamente reconocidas, sino también obligaciones de “hacer”. En particular, la obligación de garantizar que los ciudadanos se abstengan de realizar las conductas prohibidas en los principios de derecho fundamental, y de hacerlo con el uso de la coacción —que el estado ha monopolizado, y porque la ha monopolizado—. ⁴¹ Esta obligación estadual, como toda obligación positiva, depende con mayor razón en su contenido e incluso en su fuerza deóntica o absolutidad de las circunstancias.

De modo que en la valoración de la relevancia práctica de los principios de derecho fundamental de naturaleza concluyente, habría que distinguir según que se atiende al ciudadano común, o a los funcionarios públicos que actúan como tales.

En lo que concierne al ciudadano común, los principios de derecho fundamental de naturaleza concluyente total o limitada cumplen una función de determinación del contenido de los principios morales absolutos, especificando o señalando cuál es el tipo de obrar exterior que *no* debería ser objeto de elección e intención. En otras palabras, guían al ciudadano común en la formación del juicio prudencial de imperio.

Así, los principios morales absolutos prohíben la intención y la elección de la muerte, la tortura, o la mentira en el obrar. Pero nada dicen acerca de

⁴⁰ Aquino, *Suma teológica*, II-II, q. 58 a 9, ad. 2 y ad 3; y a 10.

⁴¹ La idea de que esta categoría de principios de derecho fundamental obliga al Estado con este nivel de sujeción fue propuesta por el profesor Pedro Serna en el seminario para profesores que se llevó a cabo en el Departamento de Derecho público de la Universidad de Navarra, el 25 de noviembre de 2011.

cuáles son las acciones exteriores o físicamente consideradas que en cada contexto histórico y social producen estos resultados injustos, cuya elección e intención se prohíbe. En este plano entran en acción los principios de derecho fundamental, que leídos sistemáticamente con el resto del derecho, determinan el sentido de conceptos tales como la verdad jurídica objetiva, la tortura, la legítima defensa, el homicidio doloso o culposo; los cuidados médicos proporcionados y desproporcionados.

En lo que concierne a los funcionarios públicos que actúan *qua* tales, la relevancia o la función práctica de los principios de derecho fundamental de naturaleza concluyente (total o limitada) varía según cuáles sean las obligaciones que se tomen en consideración. Respecto de las obligaciones de “no hacer” establecidas en estos principios, su función práctica es la misma que respecto de los ciudadanos en general. En este sentido, los principios de derecho fundamental concluyentes obligan siempre y en toda ocasión a quienes detentan el uso de la fuerza pública a *no producir el resultado* “tortura”, o “engaño”, o “muerte”, tal como estos resultados aparecen conceptualizados en el conjunto total del orden jurídico.

En la parte en que los principios de naturaleza concluyente (con fuerza total o con fuerza limitada) establecen la obligación positiva de proteger los derechos absolutos —la vida, la integridad física y moral— contra las agresiones de particulares, su naturaleza concluyente es sólo aparente. Pues a pesar de la enunciación superficial en forma negativa y de principio, se trata en verdad de reglas (no de principios) “positivas”, cuya aplicabilidad o realización depende por definición de las posibilidades fácticas de cumplimiento que ofrezcan las circunstancias. Por lo mismo, en esta dimensión positiva, la relevancia práctica de estos principios es tanto mayor cuanto mayor es su dependencia del contexto jurídico en el que se insertan.

En lo que sigue (a) se intentará argumentar a favor de estas consideraciones mediante la comparación del principio moral absoluto que prohíbe matar, y un principio de derecho fundamental que hace lo propio en el plano jurídico y (b) se profundizará en los presupuestos interpretativos que subyacen a la tesis de la determinación y, en particular, en la teoría semántica implicada en estos presupuestos.

VI. NATURALEZA DETERMINATIVA DEL PRINCIPIO DE DERECHO FUNDAMENTAL CONCLUYENTE QUE PROTEGE LA VIDA HUMANA

La tesis de que los principios de derecho fundamental concluyentes determinan y no sólo concluyen los principios morales absolutos se manifiesta

en la fórmula lingüística que utilizan los principios de derecho fundamental, que varía respecto de la fórmula moral. El principio moral absoluto que prohíbe matar no distingue situaciones: siempre y en toda ocasión está prohibido matar. En la discusión de la legítima defensa, se ha visto que algunos autores rechazan la tesis de la tautología, según la cual el precepto debería leerse como “nunca debe matarse injustificadamente”, y entienden en cambio que la proscripción es absoluta porque la perspectiva de la moral es la interioridad: lo que nunca, en ninguna situación está moralmente permitido es elegir o querer la muerte como medio o como fin del obrar.

Sin embargo, la Declaración Americana de Derechos Humanos no recoge este principio moral mediante un principio de derecho fundamental concluyente con fuerza total, sino mediante un principio de derecho fundamental de naturaleza concluyente “limitada”. No establece, en efecto, que “nadie será privado de su vida”, sino el mucho más limitado enunciado de que nadie será “*arbitrariamente* privado de su vida”. Lo cual, *contario sensu*, implica que habría situaciones en las cuales alguien puede ser razonablemente privado de su vida por el estado, o razonablemente privado de la protección que el estado está obligado a brindar contra eventuales agresiones de particulares.

Es innegable que este vocabulario, que situaría al principio dentro de la categoría que se ha clasificado como “con fuerza concluyente limitada”, se acerca mucho a la tesis moral de la tautología, al distinguir entre privaciones razonables y arbitrarias de la vida humana. Es también innegable, pues, que podría interpretarse como asumiendo esta tesis y, con ella, una suerte de utilitarismo. Sin embargo, es posible una lectura distinta que incorpore la distinción entre la perspectiva interior de la moral, y la perspectiva exterior del derecho. Es posible, en efecto, entender que el derecho distingue entre resultados injustos que no fueron elegidos o queridos en sí mismos; y resultados injustos que sí fueron objeto de elección o intención.

Pero también es razonable otra lectura, según la cual cuando la declaración distingue entre privaciones arbitrarias y privaciones razonables de la vida humana, no estaría necesariamente asumiendo una concepción utilitarista de los derechos, donde algunas vidas podrían ser razonablemente sacrificadas en beneficio de otras o del bien común. Estaría, en cambio, distinguiendo entre las acciones que producen la muerte pero que no constituyen “matar” y las acciones que, en cambio, sí entran en esta categoría moral y jurídica. En esta interpretación, el principio de derecho fundamental enunciado en el artículo 4.1 de la Declaración Americana se conectaría con las diversas instituciones y conceptos jurídicos que, tomadas en conjunto, confluyen en esta distinción.

El principio estaría conectado, entre otras instituciones y conceptos jurídicos, con la legítima defensa tal como ha sido configurada por la dogmática penal, incluyendo la presunción de que la proporcionalidad de los medios utilizados para la defensa manifiesta la elección o la intención de defenderse, y desplaza la elección o la intención de matar. Por supuesto, es perfectamente posible que la víctima de la agresión inicial haya aprovechado la ocasión para vengarse de su agresor, y haya querido y elegido la muerte como resultado directo y principal de su aparente defensa. En este caso, por muy proporcionados que fueren los medios utilizados en la defensa, desde el punto de vista moral, se habría cometido un homicidio. En el plano jurídico, en cambio, la proporcionalidad se toma como razón necesaria y suficiente para determinar que no existe ni elección ni intención de “homicidio” y que la privación de la vida del agresor no constituye, pues, propiamente “matar”. Pues el derecho no cuenta con otra forma de inducir la interioridad que no sea esa relación de proporción, externamente verificable, entre la magnitud de la agresión inicial y la de los medios utilizados para la defensa.

El principio también se conecta, por ejemplo, con normas legales o jurisprudenciales que sientan la presunción *juris et de iure* de que el suministro de cuidados paliativos que aceleran un proceso mortal subyacente, o la omisión o suspensión de tratamientos o incluso de cuidados médicos, no constituyen nunca una forma de “matar”, en el sentido moral del término (esto es, eligiendo matar).⁴²

⁴² Así, por ejemplo, la Corte Suprema Norteamericana determinó en el caso *Cruzan by Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U. S., pp. 279 y 280, el derecho de todo paciente a rechazar o suspender la aplicación de cuidados y tratamientos médicos, aún cuando pudiera seguirse la muerte de este rechazo o suspensión. Más adelante con base en la doctrina del doble efecto aclaró expresamente en el caso *Vacco vs. Quill*, 521 U.S., 801-802, que el *holding* en *Cruzan* no implica el reconocimiento de un derecho a disponer activamente de la propia vida. Con esta aclaración se opuso a la pretensión de Ronald Dworkin esbozada en la Introducción a “Assisted suicide: the philosophers’ Brief”, *The New York Review of Books*, 1997, pp. 41 y ss. La aplicación de la doctrina del acto de doble efecto por parte de la Corte estadounidense en la línea jurisprudencial que comentamos ha tenido diversa acogida. En sentido aprobatorio *cf.*, entre otros, Emanuel, E., “The Future of Eutanasia and Physician-Assisted Suicide: Beyond Rights Talk to Informed Public Policy”, *Minnesota Law Review*, 82, 1998, pp. 983 y ss.; Marzen *et al.*, “Suicide: A Constitutional Right? Reflections Eleven Years Later”, *Duque Law Review*, 35, 1996, pp. 271 y ss.; Kamisar, Y., “On The Meaning and Impact of the Physician-Assisted Suicide Cases”, en Schneider (ed.), *Law at the End of Life Law at the End of Life. The Supreme Court and Assisted Suicide*, The University of Michigan Press, 2000, pp. 56 y ss. y, con algunas matizaciones acerca del modo en que debería trasladarse la doctrina desde el plano moral al jurídico, Cantor, N., “The Legal Bounds of Physician Conduct Hastening Death”, *Buffalo Law Review*, 48, 2000, p. 1117. En sentido desaprobatorio, no a la doctrina en sí misma, sino al modo poco riguroso en que la habría descrito y aplicado la

Por supuesto, estas presunciones son sólo eso, y al igual que en el caso de la legítima defensa, es posible que tanto el suministro de cuidados paliativos como la omisión de cuidados o tratamientos médicos en general configuren auténticos auxilios al suicidio —o, peor aún, asesinatos— desde el punto de vista moral si los agentes involucrados obraren eligiendo matar como medio o como fin, aun cuando no pudiese comprobarse —o más todavía cuando no existiese— una relación causal entre estos modos de obrar y la muerte. Pero, como se dijo, el derecho positivo no puede ni pretende realizar una justicia completa, que cubra toda acción humana y todo el espectro de cada acción humana, desde la intención y la elección hasta el acto prudencial de imperio mediante el cual se plasman estas intenciones y elecciones en el obrar externo.

Una vez más, sólo incumben al derecho positivo las intenciones y las elecciones que se manifiestan exteriormente y que, además, rompen una relación de igualdad entre personas. En lo que a las acciones u omisiones de las que se sigue la muerte concierne, esto significa que sólo son relevantes para el derecho en la medida en que (a) pueda determinarse algún tipo de relación causal entre las primeras y la segunda (resultado injusto); (b) quede manifiesto exteriormente que esta relación causal fue de alguna forma asumida intencionalmente por quien tenía el deber jurídico y la posibilidad fáctica y/o moral de poner los medios para evitar la muerte.⁴³

Desde esta perspectiva, el principio de derecho fundamental que prohíbe que la vida sea quitada “arbitrariamente” se distingue cuantitativa y cualitativamente del principio moral que prohíbe matar. Cuantitativamente podría decirse que este principio proscribiera en algunos casos menos y en otros más el principio moral. Proscribe menos cuando la muerte se elige, como medio o como fin del obrar, pero esta elección no produce ningún resultado comprobable exteriormente. En este caso se habría matado moralmente pero no jurídicamente. Proscribe más cuando el resultado exterior que produce el obrar manifiesta erróneamente la elección mediata o inmediata de acabar con la vida de otro. En este caso se habría matado jurídicamente pero no moralmente.

Y, en todo caso, el principio de derecho fundamental determina el principio moral mediante su conexión con el resto de la práctica jurídica, apor-

Corte, *cf.* Brody, H., “Physician-Assisted Suicide in the Courts: Moral Equivalence, Double Effect, and Clinical Practice”, en Schneider (ed.), *Law at the End of Life*, *cit.*, pp. 111 y ss.

⁴³ Sobre el modo en que estas dos condiciones de exterioridad se aplican, por ejemplo, al problema de la omisión de cuidados médicos, puede consultarse Zambrano, P., “La distinción entre aceptar la muerte y elegir la muerte. La razonabilidad de la injerencia del estado en la omisión de cuidados médicos”, *Revista de Derechos Humanos*, 1, 2010, 129, pp. 142 y ss.

tando una descripción concreta de las clases de acciones que constituyen privaciones arbitrarias de la vida, y del tipo de acciones que, aún cuando se ligan causalmente con la muerte, no constituyen propiamente “matar”. Esta determinación se concreta indicando cuál es el grado justo o proporcionado de legítima defensa; o el tipo de cuidados médicos que obligatoriamente hay que proveer según las circunstancias; o de cuidados paliativos que es legítimo proveer aun cuando aceleren un proceso mortal; o de precauciones que es obligatorio tomar en la realización de actividades que representan un peligro para otros, etcétera.

VII. LA TEORÍA INTERPRETATIVA Y SEMÁNTICA SUBYACENTE A LA TESIS DE LA DETERMINACIÓN Y LA RELEVANCIA PRÁCTICA

La tesis de que los principios de derecho fundamental son siempre determinativos respecto de los principios morales asume o presupone una teoría interpretativa y una tesis semántica. La teoría interpretativa es que estos principios, como cualquier otra norma jurídica, se leen o se interpretan en el contexto del conjunto total de la práctica jurídica. La tesis semántica, presupuesta a su vez en esta teoría interpretativa, que los principios de derecho fundamental tienen una doble referencia a una teoría objetiva —universal— de la persona y de sus bienes, y a una determinación concreta, particular, de esta teoría objetiva.

Comenzando por la teoría interpretativa, es cierto que el principio de derecho fundamental concluyente aquí estudiado se limita a proscribir la privación “arbitraria” de la vida sin explicitar que la legítima defensa o el suministro de cuidados paliativos son casos de privación “no arbitraria” o razonable que el Estado puede legítimamente optar por no penalizar.

A esto cabe responder con Finnis que una cosa son los enunciados jurídicos y otra las proposiciones jurídicas, o más precisamente, que una cosa es lo que un enunciado jurídico “dice” textualmente; y otra su significado o efecto jurídico. De acuerdo con esta distinción, ningún precepto o norma jurídica debería interpretarse fuera de su contexto jurídico de “base” (baseline), que es el conjunto total, sistemáticamente considerado, de las normas que conforman una práctica jurídica en un determinado momento.⁴⁴ Con

⁴⁴ Finnis, J., “Helping Inact Unjust Laws without Complicity in Injustice”, *American Journal of Jurisprudence*, 49, 2004, p. 27. Sobre la sistematicidad como una cualidad fenomenológica y por lo mismo necesaria de toda interpretación jurídica *cf.* Zambrano, Pilar, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*,

esta orientación interpretativa, el principio de derecho fundamental con fuerza concluyente limitada que prohíbe quitar la vida “arbitrariamente”, debería interpretarse en el contexto de todos los enunciados jurídicos que regulan el concepto de “arbitrariedad”, y que definen la acción de “quitar la vida”. Entre otros, los enunciados jurídicos que regulan la legítima defensa, o el suministro de cuidados paliativos.

Claro que la conexión de un enunciado lingüístico con los demás enunciados que integran una práctica jurídica puede transformarse en un salvavidas de plomo a los efectos de reducir su margen de indeterminación semántica. Primero, porque a la indeterminación propia del enunciado lingüístico que es objeto de interpretación, habría ahora que agregar la eventual indeterminación de todos los demás enunciados con que los que se supone que hay que comparar el primero. Segundo, porque se supone que los principios de derecho fundamental constituyen, a la vez, un límite y un criterio interpretativo respecto del resto del derecho positivo. De forma tal que si es el resto del derecho el que contribuye a determinar el sentido de los principios de derecho fundamental, estos habrían perdido su razón de límite y criterio. El círculo es evidente, pero no es necesariamente tautológico. No lo es si el sentido de los enunciados jurídicos que se comparan se complementan entre sí sin confundirse.⁴⁵

Lo cual plantea de forma necesaria la pregunta por la identidad lingüística o significativa de los principios de derecho fundamental y, con ello, por su diferencia específico respecto de los demás enunciados lingüísticos que componen una práctica jurídica en su totalidad.

Pues bien, la identidad y la diferencia lingüística de los principios de derecho fundamental respecto del resto de los enunciados lingüísticos que componen una práctica jurídica viene dada, según lo que se ha dicho hasta aquí, por su referencia inmediata y principal —aunque no excluyente— a los principios morales de justicia. Esta referencia inmediata a los principios morales de justicia los distingue del resto de los enunciados lingüísticos que componen la práctica jurídica, que en cambio se refieren de forma inmediata (pero tampoco excluyente) a principios y reglas de tipo prudencial, que son “pura determinación”, por utilizar una terminología tomista. Pero

México, UNAM) 2009, pp. 65-73; “Los derechos iusfundamentales como alternativa a la violencia. Entre una teoría lingüística objetiva y una teoría objetiva de la justicia”, *Persona y Derecho*, 60, Pamplona, 2009, pp. 131-152; “El derecho como práctica y como discurso. La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación”, *Dikaion*, num. 18, Colombia, 2009, pp. 20-40; “La interpretación Jurídica como co-creación”, *Problema*, México, UNAM, 2009, pp. 375-414.

⁴⁵ Zambrano, P., *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica*, cit., pp. 72 y 73.

los principios de derecho fundamental se refieren también, de forma simultánea (y complementaria) a estos otros principios y reglas que componen la práctica jurídica; y esta referencia simultánea y complementaria los distingue de los principios morales de justicia.

Podría decirse, en fin, que los principios de derecho fundamental tienen un doble margen de referencia que permite distinguirlos, desde el punto de vista de su significado lingüístico, tanto de los principios morales como de los demás enunciados deónticos que componen una práctica jurídica:

- (a) Una referencia inmediata y principal a principios morales de justicia, que los distingue del resto de las normas jurídicas que componen una práctica.
- (b) Una referencia mediata y complementaria a principios y reglas de derecho positivo, que los distingue de los principios morales.

Evidentemente, este no es el sitio para abordar una teoría semántica completa, que pretenda validez para todo tipo de expresión. Ni siquiera es el sitio para elaborar o describir una teoría semántica moral o jurídica. Es el momento, en todo caso, para explicitar los postulados semánticos que se encuentran implícitos en la tesis de la determinación y en la teoría interpretativa sistemática que presupone esta tesis. A saber, que es posible reconocer de forma objetiva esta doble relación de significación entre los enunciados lingüísticos fundamentales y, (a) los principios morales de justicia a los que estos enunciados hacen referencia de forma inmediata a (b), de otra parte, el resto de las proposiciones jurídicas que complementan el margen de referencia de los principios de derecho fundamental.

Un modo de dar cuenta de esta posibilidad significativa es el propuesto por Micheal Moore, cuando afirma que las cualidades estructurales de los principios de derecho fundamental implican una semántica “realista”, que otorga prioridad a la referencia sobre el significado, en la línea de Kripke y Putnam.⁴⁶ El argumento central, en apretada síntesis, consiste en afirmar

⁴⁶ Kripke, Saul, *Naming and Necessity*, Oxford, Blackwell, 1980; y Putnam, Hillary, “The Meaning of Meaning”, *Mind, Language and Reality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975. Estas teorías fueron aplicadas al problema de la indeterminación jurídica por Michael Moore, entre otros trabajos, en “Constitutional Interpretation and Aspirations to a Good Society: Justifying the Natural Law Theory of Interpretation”, *Fordham Law Review*, 69, 2001, pp. 2091 y ss., y con algunas diferencias también por Nicos Stavropoulos, en *Objectivity in Law*, *cit.*, y David Brink, “Legal Interpretation, Objectivity and Morality”, *Objectivity in Law and Morals*, Brian Leiter (ed), Cambridge University Press, 2001, pp. 12-65. Para una revisión crítica de estas teorías puede consultarse Brian Bix, “Can Theories of Reference and Meaning Solve the Problem of Legal Determinacy?”, *Ratio Juris*, 16-3 (septiembre 2003), pp. 281-295. Sobre el rol de la semántica como límite a la creatividad interpretativa, *cf.*, por ejemplo,

que si los principios de derecho fundamental se conciben como absolutos e inalienables, su margen o campo de referencia no puede quedar enteramente determinado por el significado de los enunciados y, éste, por el uso social. Recorriendo el camino inverso, el objeto (en este caso una proposición normativa) al que se refieren los principios de derecho fundamental no puede ser pura construcción social, sino que debe tener alguna consistencia propia que ponga un coto o margen a esta construcción. De otra forma, los principios dejarían de ser incondicionales.⁴⁷

En otras palabras, se supone que los principios de derecho fundamental son, usando la terminología de Dworkin, cartas de triunfo frente al interés mayoritario. Pero si es un uso mayoritario lo que fija la referencia y con ello el sentido de los principios de derecho fundamental, se incurre en una contradicción performativa. Se niega con la acción lo que se afirma con las palabras. De forma tal que, o los principios de derecho fundamental se refieren a exigencias que tienen algún grado de inmutabilidad e independencia respecto del vaivén de los intereses e incluso de las convicciones mayoritarias, o dejan de ser “fundamentales”.

Esta teoría parece apropiada para explicar la relación de significación inmediata y prioritaria entre los principios de derecho fundamental y los principios morales de justicia, en especial si se la complementa con una epistemología práctica que de cuenta de la posibilidad de conocer, captar o reconocer cuáles son estas exigencias éticas universales, objetivas y absolutas. Desde esta perspectiva, podría decirse que el sentido de los principios de derecho fundamental de justicia están dados de forma inmediata y primaria por los principios morales de justicia y que el sentido de estos principios se visualiza, a su vez, a partir de los bienes humanos básicos que obligan a respetar.

Sin embargo, la misma teoría de la prioridad de la referencia exige a dirigir la mirada hacia otro sitio cuando de lo que se trata es de definir el sentido de los principios de derecho fundamental en la parte en la que se refieren a las reglas y los principios de derecho infra-constitucional que, en conjunto, delimitan un tipo o una categoría de acción humana, mirada desde una perspectiva exterior.

En este ámbito no es suficiente con analizar o considerar la estructura y la entidad de los bienes humanos básicos para establecer el sentido de los principios de derecho fundamental, pues lo que se trata de averiguar no

Wróblewski, Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de Ezquiaga Gamuzas, Doctrina Jurídica Contemporánea, México, 2001, p. 108.

⁴⁷ Moore, M., *cit.*, pp. 2105 y ss.

es tanto qué bienes humanos básicos pretenden proteger o amparar estos principios, sino qué tipo o clase de acción humana pretenden prohibir o prescribir, y mediante qué forma de regulación de esta acción. La pregunta semántica podría reformularse del siguiente modo, ¿es posible establecer de forma objetivamente determinable la relación de significación entre los enunciados lingüísticos jurídicos y las proposiciones jurídicas, en la parte en que estas proposiciones jurídicas son determinación o creación?

Pues bien, la prioridad de la referencia sobre el significado implica que es la realidad la que ilumina el significado o concepto general de un enunciado, y no *viceversa*. Por ello, desde una teoría semántica que otorga prioridad a la referencia, esta posibilidad de significación depende de que las proposiciones jurídicas puramente determinativas, a las que se refieren los principios de derecho fundamental en tanto que enunciados lingüísticos, sean inteligibles o comprensibles en sí mismas.

Ahora bien, una proposición práctica es inteligible o comprensible cuando es razonable. Y una proposición práctica puede ser razonable de dos formas. Bien porque reproduce exigencias deónticas que son intrínsecamente razonables, o bien porque crea exigencias deónticas que se vinculan de modo racional con exigencias que son intrínsecamente razonables. En esta inteligencia, la tesis semántica de la prioridad de la referencia tiene consecuencias diversas sobre la interpretación de los principios de derecho fundamental, según cuál sea el plano de referencia que se tome en consideración.

En la parte en que los principios se refieren a las exigencias morales de justicia, la prioridad de la referencia obliga a interpretar su sentido a la luz de estas exigencias y, en última instancia, de los bienes humanos básicos. En la parte en que los principios se refieren y se complementan con el resto de los principios y reglas jurídicos positivos, la prioridad de la referencia obliga a evaluar cuál es el impacto real de determinados modos de actuar físico sobre los bienes humanos básicos.

Por supuesto, esta tesis supone a su vez otra tesis, epistemológica y semántica, según la cual es posible generalizar y clasificar en tipos o clases la acción humana por su incidencia sobre los bienes humanos básicos de terceros. En la parte de determinación, en fin, una semántica realista que de prioridad a la referencia sobre el significado implica por lo menos dos cosas: (a) que existe una relación inteligible entre la tipología de la acción humana y los bienes humanos básicos; y (b) que haya una relación inteligible entre las reglas de uso del lenguaje y la tipología de la acción humana. O bien, en otras palabras, la semántica realista implica que (a) la clasificación de la acción humana en tipos no es puramente convencional, sino que se apoya,

en algún grado, en una relación natural o real entre la conducta tipificada y los bienes o fines humanos; y (b) las reglas de uso del lenguaje (mediante el cual se nombra estos tipos de acciones) se acoplan, en alguna medida, a esta tipología de la acción.

VIII. CONCLUSIÓN Y RECAPITULACIÓN

Concluyendo y recapitulando, en este trabajo se ha ofrecido una respuesta positiva a la pregunta por la relevancia o diferencia práctica de los principios de derecho fundamental.

Esta respuesta positiva se ha concentrado en dos de las tres clases de principio de derecho fundamental que distingue el profesor John Finnis: (a) los principios de derecho fundamental con fuerza concluyente, y (b) los principios de derecho fundamental con fuerza concluyente limitada. Ambas clases de principios, se dijo, se refieren a los llamados “principios morales absolutos”. Por lo cual la pregunta por su rol en el razonamiento práctico podría reformularse, en términos de la tradición tomista, del siguiente modo: ¿son los principios de derecho fundamental conclusión pura de los principios morales, o agregan determinación?

Aquí se propuso la tesis de que los principios de derecho fundamental son determinaciones de los principios morales absolutos, y se justificó esta tesis en la distinción entre la perspectiva de análisis propiamente moral de la acción humana, y la perspectiva de análisis propiamente jurídica.

Se dijo, en este sentido, que los principios y las reglas morales rigen o regulan de forma principal la dimensión interna del obrar humano y, más concretamente, los actos internos de la voluntad denominados “elección” e “intención”. El obrar físico o externo es regulado por estos preceptos en la medida en que constituya la ejecución de, y esté configurado por estos actos internos de la voluntad. Por esto, se señaló que en el plano moral el mero querer o desear una injusticia es ya un modo de injusticia, aunque no se proyecte en el plano exterior. Y, *viceversa*, es posible cometer una injusticia obrando justamente.

Se advirtió que, en contraste con lo anterior, la perspectiva jurídica gira el ángulo de análisis desde el sujeto actuante hacia quienes padecen su actuación, y no entra en escena hasta que el deseo no se transforma en la determinación interior de plasmar la elección en un modo de obrar (juicio de imperio) y más todavía, hasta que esta determinación interior no produce un resultado injusto. El derecho recorre el camino contrario al de la moral, pues rige la interioridad sólo en la medida en que (a) se plasma en lo que

Aquino denomina “el acto exterior” y (b) en que este acto exterior produce un resultado injusto.

Aplicando estas consideraciones a los principios de derecho fundamental concluyentes resulta que, dentro de las elecciones intrínsecamente injustas proscriptas por los principios morales absolutos, los principios de derecho fundamental se limitan a proscribir aquellas elecciones e intenciones que se materializan en el obrar exterior y que, además, producen un resultado injusto. Esta doble proyección exterior supone, no sólo una limitación o un estrechamiento en el campo de referencia de los principios jurídicos con relación a los principios morales, sino también una cierta determinación material de su objeto.

Los principios de derecho fundamental determinan, pues, el objeto material de los principios morales de justicia mediante el acto intelectual que Tomás de Aquino denomina “imperio”, mediante el cual se determina la forma de ajustar el obrar a los principios morales. Este acto intelectual es el resultado de una deliberación compleja que depende de los contextos y circunstancias y que, por lo mismo, también varía según los contextos y circunstancias.

Por la misma razón que el juicio de imperio no forma parte del objeto de los principios morales concluyentes, tampoco participa de su naturaleza concluyente. Por esto, cuando los principios de derecho fundamental —leídos contextualmente con el resto del sistema jurídico—, determinan o especifican cuál es el tipo de obrar exterior que se corresponde con los principios morales absolutos, además de agregar contenido o materia a los principios morales, extienden su fuerza concluyente desde el plano interior hacia el plano exterior. En efecto, se dijo que la fuerza concluyente de los principios morales acaba en la determinación de cuáles son los propósitos o modos de obrar cuya elección se prohíbe. Pero el juicio de imperio (recogido en el derecho positivo), extiende esta fuerza concluyente hacia el plano físico, estableciendo no sólo de forma abstracta que determinadas conductas, propósitos o modos de obrar no deberían ser objeto de elección interior, sino también cuál es el tipo de conducta físicamente considerada que cae bajo la prohibición moral.

Con lo que “matar”, “mentir”, y “torturar”, no tienen un significado exacto en el plano moral y en el plano jurídico. Por supuesto, el significado jurídico de estos conceptos está inspirado y más aún justificado por sus análogos en el plano moral. Pero la relación entre conceptos es de analogía, no de identidad. Por esto, puede afirmarse con Finnis que el derecho no sólo agrega una pena o sanción al acto de matar, sino también agrega

una elaboración precisa de las variadas consecuencias jurídicas (y por tanto sociales) del acto, muchísimas de estas definiciones y consecuencias jurídicas llevarían al legislador o al juez más allá del punto en que podría considerarse a sí mismo como simplemente *aplicando* la regla intrínseca de la razón.⁴⁸

Desde el punto de vista interpretativo la tesis de la determinación descansa sobre la teoría previa de que toda interpretación jurídica es sistemática y teleológica. Esta teoría asume, también, la tesis semántica de la prioridad de la referencia sobre el significado (Michael Moore), y agrega a esta tesis la especificación de que los principios de derecho fundamental tienen un doble margen de referencia: (a) una referencia inmediata a los principios morales absolutos y (b) una referencia mediata a los demás principios y reglas que conforman una práctica jurídica concreta. Se advierte, por último, que la tesis de la prioridad de la referencia funciona de forma distinta según cuál sea el margen de referencia al que se aplique. En el margen (a) de referencia inmediata de los principios de derecho fundamental, el objeto son los bienes humanos básicos; mientras que en el margen (b) de referencia mediata, el objeto son las acciones tipificadas por el derecho positivo en función de su impacto en los bienes humanos básicos.

⁴⁸ *LNDN*, p. 311.