

LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE*

Francesco d'AGOSTINO

SUMARIO: I. *Los derechos del hombre*. II. *Los deberes del hombre*.

I. LOS DERECHOS DEL HOMBRE

1. *Cómo rescatar Auschwitz*

Hablando en la XXXIV Asamblea General de la ONU, el 2 de octubre de 1979,¹ Juan Pablo II, recordando el peregrinaje que algunos meses atrás había hecho a Auschwitz, afirmó que particularmente aquellos terribles sufrimientos que habían implicado a millones y millones de personas motivaron la proclamación, el 10 de diciembre de 1948, de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que para la ONU constituye la piedra angular.² Un precio tan alto y tan trágico, debería inducir a todos los hombres a no derrochar en vano aquel patrimonio de valores que si es, por así decirlo, condensado en la *Declaración*, y que constituye, quizá, el único modo, para la humanidad de nuestro siglo, de tomarse en serio, si acaso es posible, la vergüenza de la que se manchó al construir los campos de exterminio.³

* Traducción del italiano hecha por Javier Saldaña Serrano en colaboración con Mónica W. Mata Espinosa y Hugo S. Ramírez García.

1 El discurso del papa puede ser leído en AA.VV., *Jean Paul II et les droits de l'homme*, Fribourg, 1980, pp. 112 y ss. *Cfr.* también, F. Biffi, "I diritti umani da Leone XII a Giovanni Paolo II", en *I diritti umani. Dottrina e prassi*, a cargo de G. Concetti, Roma, Ave, 1982, pp. 226 y ss.

2 Un analítico y partícipe comentario a la *Dichiarazione* es aquel de G. Capograssi, como introducción a la tr. it. de la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, vol. V, Padova, 1950, pp. 37-50.

3 Tomar en serio, no rescatar, redimir, o, peor todavía, justificar Auschwitz no es justificable, no sólo en el plano histórico y político, sino mucho más sobre el plano ético: no es justificable porque "la justification de la douleur du prochain est certainement la source de toute immoralité" (*cfr.* E. Lévinas, "La souffrance inutile", en *Giornale di Metafisica*, nueva serie, núm. 4, 1982, p. 22).

La observación del papa es invaluable, desde diversos puntos de vista. Es invaluable, en primer lugar, en virtud del discurso en sí mismo, un discurso que no teme de ser tal, de enfrentarse, es decir, en el nombre de una paciente confianza en el *logos*, contra aquella “imposibilidad de hablar que es quizá la experiencia más incontestable de nuestra época”.⁴ Es invaluable históricamente, porque es sin lugar a dudas,⁵ que (fue el horror del mundo entero, atestiguar tantas muertes atroces —aquellos esqueletos, aquellos hornos— lo que condujo a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre).⁶

Sin embargo, sociológicamente es todavía más valiosa, porque si se dice que nuestro tiempo es el tiempo de los derechos humanos, esto es el producto no de la afirmación de una particular especulación filosófica, no del triunfo de una doctrina (fenómenos éstos en definitiva intelectuales, abstractos, a límite ideológico), sino de un sentido ético concreto, que sólo en nuestro tiempo resulta, por los motivos que señalamos, catalizado e instalado definitivamente en las conciencias. Es como si la confianza en los valores, que parece haber sido abandonada por tantos pensadores de nuestro tiempo, esté, en cambio, radicada, en la opinión común, gracias a la tragedia histórica en la cual Auschwitz llegó a ser el símbolo definitivo,⁷ viniendo casi a constituir una clase *universale etico*, que ninguna época del pasado había conocido: un decálogo para cinco millones de individuos.⁸ Frente a este dato fáctico —si se desea, todavía no plenamente explícito, pero en sí incomprendido por parte de los estudiosos “poco sentimentales”—⁹ pierde importancia la crisis del iusnaturalismo, es decir, el

4 Así E. Lévinas, “Senza identità”, en E. Lévinas, *Umanesimo dell'altro uomo*, tr. it., Génova, 1985, p. 152, núm. 14. Continúa Lévinas: “Oímos el discurso con solemnidad insoportable, declamación y sermón. De manera que no nos alcanza de hablar y escuchar sin disgusto otro discurso que no sea aquél algorítmico de la ciencia, el cotidiano: ‘me da un vaso con agua’ —y ser tentados por el discurso violento— ya grito, destructor del dicho” (*ibid.*).

5 Lo ha admitido, por ejemplo, M. Novak, representante de Estados Unidos de Norteamérica ante la Comisión de los Derechos del Hombre en la ONU, en un discurso pronunciado el 1 de mayo de 1981, en ocasión de la conmemoración de los dieciséis millones de víctimas del holocausto nazi. El discurso de Novak, titulado “El primato dell'individuo e il progresso economico” puede ser leído en tr. it. en *Prospettive americane*, julio 1981, pp. 47 y ss.

6 Novak, M., *op. cit.*

7 Al punto que fue posible sostener —del todo a razón— que el nuevo imperativo categórico de nuestro tiempo es: que *Auschwitz non si ripeta*. Cfr. Adorn, T. W., *Dialettica negativa*, tr. it., Torino 1970, p. 370; cfr. también Neher, A., *L'esilio della parola. Dal silenzio biblico al silenzio di Auschwitz*, tr. it., Casale Monferrato, 1983, pp. 151 y ss.

8 Como subraya eficientemente Cassese, A., “La dichiarazione universale dei diritti umani, quaranta anni dopo”, in A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 1988, p. 42.

9 Así es calificado Max Weber por E. Topitsch, cuando recuerda la plena adhesión a una

tradicional fundamento teórico de los derechos del hombre, o la lenta, pero constante difusión (sólo en el mundo occidental) de un nihilismo adulator; poco cuenta la diversidad de las lenguas y de las culturas, aspecto que todavía divide duramente a los hombres;¹⁰ la confianza en los derechos humanos se revela en nuestro tiempo activa y generosamente operante, se revela como la verdadera “corriente candente” capaz de convertir el pensamiento en praxis, de construir un página nueva en la historia.

Ya durante los últimos años del nazismo hubo propiamente un llamado a los derechos del hombre (además de la fe católica), a motivar idealmente uno de los pocos movimientos de resistencia contra el genocidio, aquel de la “Rosa Blanca” de los hermanos Scholl;¹¹ a los derechos humanos se refirió en los Estados Unidos el movimiento antisegregacionista de Martín Luther King; sobre los derechos humanos, sobre su universal defensa, sobre su promoción universal, si bien siempre más centralizado, a causa de las miles de dificultades, el nuevo derecho internacional, que liberándose de sus viejos mitos constitutivos, como aquel decimonónico del “sacro egoísmo de la patria”, ha descubierto propiamente en la dignidad del hombre su nuevo objetivo, su nuevo centro de gravedad;¹² sobre

concepción de los derechos del hombre “como presupuesto irrenunciable de una existencia digna de ser vivida” (“I diritti dell'uomo come problema di critica dell'ideologia”, in E. Topitsch, *A serve l'ideologia*, tr. it. Bari, 1975, p. 95).

10 Los divide, sí, pero sin perjudicar la unidad fundamental de la experiencia humana. Pieper subraya acerca de cómo propiamente el tema de los derechos humanos, también si léxicamente y conceptualmente típico del Occidente, sea sin embargo objetivamente *transcultural*, como puede advertir cualquiera que tenga la capacidad de saberlos tomar por su espíritu intrínseco. Por ejemplo —advierte Pieper— en los debates en la ONU que precedieron a la emanación de la *Declaración de Derechos*, surge la dificultad de traducir literalmente, en lenguas diversas de aquellas occidentales, la misma expresión “derechos del hombre”; empero, si acudimos de inmediato que eso que faltaba era sólo un término, no cierta la posibilidad de restituir la valfa profunda, o si se desea, el espíritu de esta expresión, con expresiones diferentes, diversamente radicadas en el contexto semántico de otras lenguas, sin embargo objetivamente equivalentes. Así, en chino la expresión “derechos del hombre” fue adoptada recurriendo a una antiquísima admonición, que literalmente dice en el modo siguiente: *il cielo ama il popolo e chi governa deve ubbidire al cielo* “el cielo ama al pueblo y quien gobierna debe obedecer al cielo” (cfr. Pieper, J., “Das Recht des Anderen”, en J. Pieper, *Über die Schwierigkeit heute zu glauben*, München, 1974, p. 229). Cfr. también Lewis, S. C., *L'abolizione dell'uomo*, tr. it., Milano, 1979, pp. 83 y ss.

11 La historia de este movimiento fue contada por Scholl, I., *La rosa bianca*, tr. it., Florencia, 1956. Cfr. también la recentísima colección de AA.VV., *Die Weisse Rose und das Erbe des feutschen Widerstandes*, München, 1993.

12 Cfr. Verdross, A., *Statisches und dynamisches Naturrecht*, Freiburg, 1971, pp. 90 y ss., y la amplia colección de estudios a cargo de Theodor Meron y titulada *Human Rights in International Law. Legal and Policy Issues*, 2 vol., Oxford, 1984. Importantes también las contribuciones de Casadio, Villani, Napoletano y Schiavone en la obra colectiva *I diritti umani*, cit., pp. 247 y ss.

la valerosa defensa de los derechos humanos (más allá de cada particularismo nacional e ideológico) se funda la universal competencia conquistada en todo el mundo por organizaciones como Amnesty International;¹³ ha sido olvidado en estos últimos años, intensísimos años, en los países del Este el *Samizdat* —un fenómeno complejo y ramificado, que para nosotros se concentró en pocos nombres, como aquellos de Sacharov o de Solzenicyn, pero que implicó a miles de personas destinadas a permanecer desconocidas— se nutrió de este ideal y hace la articulación, el punto de conjunción —no político, no ideológico, pero sí precisamente *humano*— entre las dos mitades del mundo;¹⁴ el derrumbe del régimen soviético en los países del Este tuvo como fuerza ideal atrayente lo referido a los derechos del hombre.¹⁵ En conclusión, los derechos humanos —el prodigio de la Edad Moderna—¹⁶ representan realmente una revolución cultural de incalculables proporciones.¹⁷

2. *Los derechos, irrenunciables e irrealizables*

Las consideraciones recién hechas no tienen, ni deben tener, algún carácter triunfalístico. De éstas deben permanecer lejanas cada énfasis y cada elocuencia: nunca, como en este caso, se necesita tomar en serio la advertencia hegeliana, de que el pensamiento evite hacerse “edificante”. En efecto, si de una parte comprendemos la temática de los derechos humanos como *culturalmente irrenunciables*, es decir, como definitivamente encarnada en el mundo contemporáneo, por otro lado, una observación fría y sin prejuicios, la muestra como largamente *irrealizada histórica-*

13 Cfr. Weissbrodt, D., “The Contribution of International Nongovernmental Organizations to the Protection of Human Rights”, en T. Meron, *op. cit.*, vol. II, pp. 403 y ss., E. de Giorgi y C. Sbordone, “Le denunce di Amnesty International”, *I diritti umani*, cit., pp. 839-850.

14 Sobre *Samizdat* y sobre su reivindicación de los derechos humanos ha justamente insistido I. Mancini, *Filosofia della prassi*, Brescia, 1986, pp. 67-68. Sobre el estatuto de los derechos en la URSS, cfr. Revendin, A. M., *La negazione teoretica. I diritti dell'uomo e la critica de Marx*, Padova, 1985, en parte pp. 113 y ss. También se caracterizó de un tono más evidente ideológico, cfr. Geissler, H., “Menschenrechte und Marxismus”, en *Conturen*, núm. 8, 1987, pp. 18-31. Cfr. también, Codevilla, G., “I diritti umani nelle costituzioni dell'Europa orientale”, en *I diritti umani*, cit., pp. 457-472.

15 Algunos señalan también la hipótesis que haya sido la religión la que provocó el fin del comunismo, por su capacidad de mantener viva en las conciencias de los hombres la idea de una firme competencia, de un derecho fundamental e inviolable, el cual profesara abiertamente su fe. Cfr. acerca de Pedrazzi, L., “Religione e fine del comunismo”, en *Orientaciones sociales*, núm. 2, 1990, pp. 56-62.

16 Como los ha definido I. Mancini, *Giustizia pel il creato*, Urbino, 1989.

17 Así Cotta, S., “I diritti dell'uomo: una rivoluzione culturale”, en *Persona y Derecho*, núm. 22, 1990*, pp. 13-36.

mente. (Parece —ha escrito Sergio Cotta— que la traducción en términos jurídicos de la idea filosófica de los derechos del hombre no haya aumentado del todo la garantía y la eficacia práctica y concreta).¹⁸ Es propiamente en esta dialéctica entre irrenunciabilidad e irrealizabilidad donde se coloca el tormento de nuestro tiempo, donde se radica el imperativo ético más significativo de nuestra época.

¿Por qué los derechos humanos son en gran parte irrealizables, defectuosos,¹⁹ incluso en aquellos ordenamientos que los han constitucionalizado? ¿Es porque, también cuando son, al menos tendencialmente realizables (como en las grandes democracias occidentales) son cumplimentados así de mal?

No es simple responder a una pregunta similar. Existen ciertamente motivaciones históricas bien precisas de la violación de los derechos del hombre, que varían de país a país, de régimen a régimen, y que requieren un análisis meticuloso (por muy diversos motivos, por ejemplo, los derechos humanos son reprimidos en China y en el sur de África); sin embargo, creo que las razones más profundas de las dificultades que encuentra una plena realización de los derechos son, en definitiva, metahistóricas; las cuales se adhieren al mismo modo de pensar de tales derechos. Sintetizaré aquellas que me parecen las razones más importantes, advirtiendo de antemano que el orden de su presentación no tiene un sentido jerárquico; aquellas que, atendiendo a diversos ámbitos de la experiencia y del pensamiento, tienden a sobreponerse recíprocamente y pueden ser distintas sólo en abstracto, recurriendo claramente a esquematizaciones.

3. *Los límites de los derechos del hombre*

En primer lugar podemos subrayar que los derechos humanos conocen un límite esencialmente *político*, sobre el cual ha lúcidamente insistido con eficacia y vehemencia, entre tantos otros, Jaspers.²⁰ Los derechos humanos valen, en efecto, hoy por hoy, para los ciudadanos de un Estado,

18 Cotta, S., “Il fondamento dei diritti umani”, *I diritti umani*, cit, p. 645.

19 Como los define sutilmente Podgorecki, A., “Verso una sociologia dei diritti dell’uomo”, en *Sociologia del derecho*, núm. 16, 1989, p. 132.

20 Cfr. Jaspers, K., “L’inaffidabilità dei diritti dell’uomo”, en K. Jaspers, *Verità e verifica. Filosofare per la prassi*, tr. it., Brescia, 1986, pp. 211-218. Este punto fue bien argumentado también por N. Bobbio, en diversas ocasiones: cfr. por ejemplo “Presente e avvenire dei diritti dell’uomo”, en N. Bobbio, *L’età dei diritti*, Torino, 1990, pp. 17 y ss. Se observa también en Maihofer, W., “Die Würde des Menschen als Zweck des Staates”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 12, 1972, pp. 37-62.

que se ha empeñado formalmente en reconocerlos. En suma, la garantía *dentro* del Estado todavía no protege una análoga garantía, para el hombre que reivindica la violación de sus derechos fundamentales *contra* el Estado. Hasta que no exista una ciudadanía planetaria, la eficacia de los derechos será siempre *estructuralmente* limitada. Los límites estatutarios y el particularismo político representan, pues, un primer objetivo, grave límite a la plena actuación de los derechos humanos.

Un segundo problema es de carácter estructural, que se atiene a la lógica propiamente *jurídica*, la cual es subordinada a la efectiva defensa institucional de los derechos. Todos los juristas saben que es posible definir al derecho como un sistema vuelto a mediar pretensiones individuales conflictuales. En la laureada definición kantiana, lo específico del derecho es establecido propiamente por éste, esta mediación deviene institucionalmente, en el signo de la maximización de la libertad de todos.

Por tanto, un sistema que desea reconocer, proteger y promover los derechos del hombre encuentra una indudable y preliminar dificultad: parece que ningún derecho individual puede ser reivindicado por un sujeto sin que venga en cualquier modo limitado por el derecho concurrente de uno de los demás sujetos. La realización de los derechos humanos sería, pues, constitutivamente parcial y en cualquier modo inadecuada, si no, directamente negatoria (respecto al menos de las aspiraciones). Nos encontramos frente a una antinomia ciertamente compleja, al punto que es considerada, por parte de muchos, prácticamente imposible. La dificultad nace, probablemente, de confundir el estatuto específico del conflicto de derechos, con aquel del conflicto de valores; es tal vez porque los valores son generalmente considerados como no jerarquizables,²¹ le sigue coherentemente la imposibilidad de resolver en términos de justicia cada controversia que a ellos se refiere, si no recurriendo a un acto decisionístico; un acto, o sea, que puede sí poner fin a la cuestión, mas sólo porque la trunca bruscamente, no porque reconozca cuáles son *objetivamente* los que corresponde a cada una de las partes en conflicto. Sin

21 El punto, obviamente, no es del todo pacífico; no es de cualquier modo el caso de someterlo a un examen minucioso, dato que es en el fondo intranscendente en el contexto de nuestro discurso. Vale sólo la pena observar que más fundada aparece la opinión de quien en cambio señala que la misma existencia humana requiera, como presupuesto suyo, por decirlo así, de existencia, la posibilidad de resolver de cualquier manera el conflicto, jerarquizándolos. No consistiría en definitiva, la reflexión moral, como facultad humana universal. Insiste mucho sobre este punto, como esencial para una justa concepción del derecho, Welzel, H., "Recht und Sittlichkeit", en *Festschrift Schaffstein*, Göttingen, 1975, p. 47.

embargo, no se moraliza el derecho, es decir, se ve el conflicto de los derechos por aquello que es, esto es, un conflicto entre opuestas pretensiones *jurídicas subjetivas*, y no entre valores opuestos,²² la solución de la antinomia, por difícil que sea, puede ser encontrada. De hecho, la misma reivindicación de un derecho es posible sólo en cuanto, al menos implícitamente, con el mismo que la propone la reconozca como objetiva (válida, o sea, en línea de principio, para cualquiera que se encuentre en la misma situación en la cual él se encuentra); mas no la reivindicación de un derecho, porque entonces se debería de hablar de la reivindicación de un *privilegio*. El conflicto entre derechos puede, por lo tanto, ser resuelto recurriendo al criterio (de matriz kantiana) de la universalidad: merece ser objetivamente tutelado aquel derecho que no es, o de cualquier modo menos que otro, conflictivo, que tiene el carácter del indebido privilegio. Un concreto balance de los derechos requiere, por consiguiente, una gran sabiduría jurídica, que va, quizá, también más allá de la mera (obviamente indispensable) buena voluntad, y de los jueces y del legislador: requiere el saber y el querer poner un freno en nombre de la universalidad del derecho a las eventualidades (y no poco frecuentes violencias) instancias de afirmación ilimitada de las pretensiones subjetivas, que alterando la simetría sobre la cual se funda cada *justo* equilibrio social, se traducen en un atropello objetivo de los más fuertes sobre los más débiles.²³

4. *El derecho de tener derechos*

El punto, a mi parecer fundamental, a partir del cual se debe reflexionar cuando se considera el tormentoso problema de la idealización de los derechos del hombre, es aquel de la *proliferación* de las cartas de los derechos. En 1978, para celebrar el trigésimo aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Organización de las Naciones

22 Esta exigencia es lúcidamente advertida por Ollero, A., "Para una teoría 'jurídica' de los derechos humanos", *Revista de Estudios Políticos*, 1983, núm. 35, pp. 103-122. (Ahora también en A. Ollero, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, 1989, pp. 149 y ss.). Si examinan las justas consideraciones de Viola, F., "Il nuovo ruolo dei diritti dell'uomo", *Per la filosofia*, núm. 1, 1984, pp. 15-22, ahora también en F. Viola, *Diritti dell'uomo, diritti naturale, etica contemporanea*, Torino, 1989, pp. 157-170.

23 Es el riesgo sobre el cual llama eficazmente la atención S. Cotta, "L'attuale ambiguità dei diritti fondamentali", en *Revista de Derecho Civil*, núm. 23, 1977, pp. 225-242. Consideraciones análogas, que también se llevan adelante en una perspectiva diversa, son aquellas de M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, París, 1983, en parte, pp. 15 y ss.

Unidas publicó un documento oficial, en el cual se reunieron ochenta y ocho textos de declaraciones de derechos humanos, desde *Bill of rights* de 1689 a la Declaración de los derechos de los inadaptados de 1975. Desenredarse de esta selva, crecida desordenadamente en trescientos años, no es fácil.²⁴ No parece que esta dinámica disminuya; y si la cuestión legal de difícil solución medieval (brocardo) *motus in fine velocior* tiene un fundamento, hay que temer que la proliferación incontrolada de cartas de los derechos pueda ser el pródromo de la crisis definitiva de este instrumento de defensa de los derechos del hombre.

En realidad, por arriba de este multiplicarse de las cartas de los derechos está una exigencia profundamente respetable: aquella de maximizar la tutela de los individuos, enumerando con la mayor precisión posible sus competencias. Es ésta, en el fondo, una exigencia que inmersa cíclicamente en la historia, también se da en formas aparentemente muy diversas entre ellas; si se piensa en la gran época casuística (y en su aspiración de poder pródicamente prever con anticipo todos los posibles casos de conciencia) o aquella del iusnaturalismo moderno (que ha multiplicado por tomos y tomos el estudio *a priori* del derecho, olvidando la sobriedad de la tradición iusnaturalista medieval, en particular de aquella tomista); es la exigencia, en suma, la cual claramente los estudiosos saben resistir, de alcanzar, de todos modos, una *conclusión*, de obtener de todos modos la totalidad.

Es una exigencia respetable, ciertamente, aquella de multiplicar las declaraciones de los derechos; una exigencia que quizá va, sin más, definida preciosa, en un tiempo como el nuestro en el que la incapacidad de encontrar a los derechos un fundamento de carácter *teorético*, busca sin embargo, de garantizarles al menos un fundamento estable *positivo*.²⁵

24 Así Gentile, F., *Intelligenza politica e ragione de Stato*, Milán, 1983, p. 74. E. Vitta y V. Gremontieri han reunido un *Codice degli Atti internazionali sui diritti dell'uomo* (Milán, 1981) que constituye un notable testimonio de cuanto se ha detallado (a nivel de declaraciones, se entiende) la defensa de los derechos humanos. Todavía útil la vieja colección, a cargo de F. Battaglia, titulada *Le carte dei diritti*, Florencia 1946, que compromete a las verdades y propias declaraciones de los derechos una nutrida serie de documentos históricos, a partir de la Carta Magna de Enrique III en 1225. Para la documentación sobre un problema como aquel de los derechos de la infancia, muy particular, sin embargo ideológicamente central en nuestro tiempo, cfr. *Nel nome dei bambini*, textos presentados por A. Papisca, Milán, 1990 y A. T. Rella Cornacchia, *I diritti del bambino. Dall'enunciazione all'attuazione*, Génova, 1992.

25 Estable... y frágil al mismo tiempo, como cada fundamento *secundum quid*. No se puede de hecho estar de acuerdo con N. Bobbio, cuando sostiene que “el tema del fundamento [...] es tanto teoréticamente apasionante como prácticamente irrelevante” “Pro o contro un'etica laica”, en *Il Mulino*, núm. 33, 1984, p. 170). Observa justamente S. Cotta (*Il fundamento dei diritti umani*, cit., p.

Empero, es también una exigencia ingenua, que hace venir a la mente el mito iluminístico del enciclopedismo (la idea, o más bien la pretensión *ilusoria*, de poder incluir en un solo texto, sea amplísimo y articulado, como justamente son las enciclopedias, todo el saber humano) o el mito, a esto correlativo, de la codificación del derecho.

Ciertamente, aquello del enciclopedismo es un mito inocuo, al menos hasta que se mantenga la conciencia de que la pretensión enciclopédica es, de por sí, estrechamente empírica; deviene, no obstante, peligroso si esta pretensión se absolutiza, es decir, en la enciclopedia se va a la búsqueda de la total *perfección* del conocimiento.²⁶ Sería una grave ingenuidad pensar en poder describir *satisfactoriamente*, en una o más cartas de los derechos, eso que corresponde al hombre en cuanto hombre: *por cuantos caminos, y confines del espíritu no los puede encontrar*.²⁷ La totalidad del saber —también, y sobre todo del saber jurídico— no es nunca *cuantitativa*, sino *cualitativa*; no es entregada a la meticulosidad de la normativa (que en sí es bien laudable), pero a su saber toma con profundidad las exigencias y las líneas de sustentación de la realidad que es llamada a reglamentar. Y es por esto que, en todas sus dimensiones, allí comprendida aquella jurídica, la “sabiduría”, como capacidad de unificar

647) que “si es controvertido el fundamento de los derechos, es inevitable que, primero o después, éstos resulten controvertibles también sobre el plano práctico; por eso un compromiso serio, duradero y general en su favor resultará por lo menos arduo y muy frecuentemente vano e inútil”. De aquí la exigencia de no dejar caer el duro trabajo (teórico) de fundar los derechos, sin que por esto renunciar a dar, sea como fuere, valor a aquella forma, sea mínimamente, de fundamento *empírico*, que es constituida (para usar una vieja fórmula iusnaturalista) del *consenso omnium gentium* “con el argumento del consenso —escribe N. Bobbio, *Presente e avvenire dei diritti dell'uomo*, cit., p. 20 —se sustituye la prueba de la intersubjetividad a aquella retenida como imposible o extremadamente incierta de la objetividad. Cierto, se trata de un fundamento histórico, y como tal no absoluto: sin embargo, es el único fundamento, aquel histórico del consenso, que puede ser fácticamente probado”. Se puede también decir, sin embargo, cualquier cosa de más: el “consenso del género humano” cuando no es el mero producto de tradiciones históricas de lejanos y complejos orígenes, más o menos accidentalmente concordantes (como fue probablemente en su tiempo el caso de la esclavitud); no obstante, el fruto de eventos históricos bien determinados, en los cuales ha participado y que han objetivamente involucrado a toda la humanidad (como aquel del holocausto, al cual tenemos como el punto de partida; o, si se desea otro ejemplo, como aquel del uso de la bomba atómica en Hiroshima), vine a adquirir un fundamento *sui generis*, ciertamente histórico, pero que sería reducido a permanecer frágil; es el concretísimo —y el más de las veces doloroso— fundamento de la experiencia, que vale para los pueblos así como para los individuos en lo singular. La experiencia puede ser negada, puede ser apartado; tiene, empero, una dura objetividad, diversa de aquella de la argumentación teórica; sin embargo, no por eso irrelevante o despreciada.

26 Cfr. acerca de las finísimas observaciones de Mathieu, V., “Dal’unità all’unificazione”, en AA.VV., *L’unificazione del sapere*, Florencia, 1964, pp. 41-62.

27 Así, el profundo dicho de Heráclito (22B45 Diels- Kranz).

las múltiples, de dar un nombre a la íntima unidad verdadera, renovada maravilla, respeto y admiración.

Los esfuerzos de las Naciones Unidas de determinar siempre mejor las competencias fundamentales de los hombres no son, sin embargo, criticados. Son un signo, a su modo, precioso. Pero no nos ilusione que la elaboración de siempre nuevos, siempre más detallados documentos, sea la *vía maestra* para defenderlos en el modo mejor posible. La vía maestra (si de verdad existe una) es otra y pasa a través de la conciencia que todos deben contribuir a defender, que el hombre sea garantizado verdaderamente, sólo cuando todos los derechos que se le reconocen sean reducidos a un único, y estable fundamento: *el derecho de tener derechos* —para usar una emblemática expresión de Hannah Arendt—;²⁸ o más simplemente todavía, cuando a cada hombre le sea reconocido, por lo que cada hombre verdaderamente es: *persona*.²⁹ Es en el saber tematizar las competencias de la persona —en su paradójico estatuto de (*multiplicité non-aditionnable d'être uniques*)—³⁰ que se manifiesta sobre el grado más alto de la sabiduría de los juristas.

La lucha por la promoción y la defensa de los derechos humanos viene así a coincidir fundamentalmente con la lucha por el reconocimiento de la dignidad humana, es aquella que es su dimensión *institucional, mínima y fundamental*: la capacidad de cada hombre de ser “sujeto (y no mero objeto) de la razón”;³¹ la capacidad de cada hombre en cuanto *per-*

28 Cfr. *Le origini del totalitarismo*, tr. it., Milán, 1967, p. 410.

29 Cfr. Cotta, S., voz “Persona” en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIII, Milán, 1983, pp. 159 y ss. (ahora también en Cotta, S., *Diritto, persona, mondo umano*, Torino, 1989, pp. 59-82); Hattenhauer, H., “Person. Zur Geschichte eines Begriffs”, en *Juristische Schulung*, 1982, pp. 405-411; Benediti, V., “Uomo-persona”, en Corradini, Benedetti, Giovannini y Cappelletti, *Hominum Causa. Il Diritto del suo esserci e nel suo farsi*, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 33-62; Melchiorre, V., “Per un’ermeneutica della persona”, en Melchiorre, V., *Corpo e persona*, Génova, 1987, pp. 21-36.

30 La expresión es de E. Lévinas, “Le droits de l’homme et les droits d’autrui, in indivisibilité des droits de l’homme, Actes du II Colloque Interuniversitaire”, Fribourg, 1985, p. 37 (tr. it. *I diritti umani e i diritti altrui*, en Lévinas, *Fuori dal soggetto*, Génova, 1992, pp. 121 y ss.). Lo paradójico de ser persona (el hecho, esto es, que la no intercambiable unidad de cada individuo, reposa propiamente sobre la identidad del género humano). Y la consiguiente, e igual, paradójica absoluta dignidad del hombre, vienen ejemplificadas por Lévinas, recurriendo a un sugestivo apólogo talmúdico: “¡Grandeza del Santo que es bendito! Aquí está el hombre que conoce todas las monedas de una sola impresión y obtiene pedazos, cada uno igual al otro; y aquí el Rey de los reyes, el Santo que es bendito, que conoce a todos los hombres a partir de la imagen de Adán, y ninguno se asemeja a otro. Y que por esto cada uno puede bien decir: el mundo fue creado para mí” (Talmud babilonio, tratado *Synhedrin*, 37a).

31 Es este *il principio di personalità*, sobre el cual S. Cotta funda su teoría de la justicia (cfr. *Il diritto nell’esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milán, 1985, pp. 139 ss.).

sona, es ser *constitución de sentido*. Primero todavía que los valores políticos, morales y sociales, los derechos del hombre son comprendidos por lo que efectivamente estos son: vivas manifestaciones, en el sujeto, en cada sujeto, del principio del derecho. Es el derecho, instruido, finalmente, en su intrínseco potencial de universalidad relacional, el que nos provee efectivamente de la única llave a nuestra disposición para reivindicar y defender los derechos del hombre.

II. LOS DEBERES DEL HOMBRE

1. ¿Existen deberes fundamentales?

Fundamental Duties, deberes fundamentales, se titula un reciente coloquio de sabios.³² *Los deberes fundamentales del hombre en la sociedad de los derechos*: éste, uno de los temas del XIV Congreso de la Sociedad Italiana de Filosofía Jurídica y Política.³³ Temas y títulos provocadores, indudablemente, en una época en la cual la reivindicación de los propios derechos precede, sin duda alguna, al reconocimiento de los propios deberes. Mazzini, escribiendo en 1860 *Los deberes del hombre*,³⁴ estaba convencido de que la edad de los derechos (aquella inaugurada desde la Revolución francesa) fuera concluida y que se debería, decididamente, pasar a tematizar y a construir la nueva edad de los deberes. No obstante, el tratado de Mazzini es célebre, sobre todo por no ser leído.³⁵

El problema, sin embargo, no es aquel de la anterioridad del deber al derecho o del derecho al deber. Considerados en el ámbito puramente lógico, es evidente que los dos conceptos se copertenecen y que cada uno reenvía por necesidad al otro. La teoría del derecho sabe bien que uno de los caracteres típicos de las normas es aquel *imperativo-atributivo*: atribuyendo a un sujeto un derecho, la norma implícitamente o explícitamente no puede no ordenar a otro sujeto cumplirlo, o de cualquier modo res-

³² *Fundamental Duties*, a cargo de D. Lasok, A. J. E. Jaffey, D. L. Perrott y C. Sachs, Oxford, 1980.

³³ Las *actas* del Congreso fueron publicadas en el volumen *Il problema del "metagiuridico" nell'esperienza contemporanea del diritto. I doveri fondamentali dell'uomo nella società dei diritti. Il diritto e alcune discipline di nuova frontiera*, a cargo de R. Orecchia, Milán, 1984.

³⁴ Publicado en el volumen LXIX de la edición nacional de los *Scritti editi e inediti*, Imola, 1935 (cfr. también *Scritti politici*, Torino, 1987).

³⁵ En la misma dirección de Mazzini, se dirigía por la verdad, A. Comte (cfr. *Système de politique positive*, de 1851-1854, volumen I, París, 1912, p. 361).

petarlo. Quien fuera destinatario de un deber, y no pudiera individualizar un sujeto en el cual cumplirlo, no sentiría cierto el gravamen. Y viceversa, quien fuera el titular de un derecho, pero no pudiera dirigirse a ningún sujeto en particular para verlo realizado, podría, con justo título, dudar de su competencia. Es esto, del resto, el motivo por el cual expresiones como aquella, celeberrima, del *derecho a la felicidad* (usada en la proclamación de Independencia de los Estados Unidos de América de 1776) no pueden tener un estrecho contenido jurídico: evocan competencias, pero no las concretizan porque no sabrían cómo hacerlo.

Pero, entonces, ¿tiene sentido para el jurista la pregunta si existen *deberes fundamentales*?, ¿no sería mejor reformularla y tratar juntos los *derechos y los deberes fundamentales del hombre*? La pregunta es seguramente fundada. Empero, considero que una reflexión sobre *deberes fundamentales* —que prescindiera de aquella sobre *derechos*— pueda ser, de verdad, muy útil. Veamos por qué.

Esto que da lo esencial a la fórmula *deberes fundamentales* es —en mi personal punto de vista—, la calificación de *fundamental*. Es sobre ésta sobre la que debemos dirigir nuestra atención. ¿En qué modo es posible determinar eso que es fundamental respecto de algo que no lo es? No es suficiente, evidentemente, identificar lo *fundamental con lo relevante*, sea, inclusive, con lo *extremadamente importante*. Si lo *fundamental* es tal, lo es no porque sea dotado de importancia (es verdad de hecho más bien lo contrario: es de verdad importante sólo lo que es fundamental), porque no tiene otro fundamento que sí mismo, porque no reposa ni reenvía a otro que lo constituya como tal. Cuando reflexionamos seriamente sobre eso que es *fundamental*, nos sentimos remitidos (nos guste o no) a la dimensión de lo *absoluto*, entendido (en sentido muy amplio y genérico) como eso que es sustraído de nuestra disponibilidad.

Podemos, por consiguiente, decir que va retenido un deber *fundamental* que grave a *todos* los hombres indiscriminadamente, y que, al mismo tiempo, sea tal, que *ninguno* pueda sustraerse de su cumplimiento. El deber fundamental es *una deuda que no puede no ser pagada*. Pero, ¿existen deudas semejantes?

2. *Cosas que nos enseñan los poetas*

Probablemente sí, y, de igual manera, probablemente seamos todos, íntimamente conocedores de ello. Sin embargo, nos perturba admitirlo,

así como nos perturba admitir la existencia de cualquier límite que sea para nosotros infranqueable. Pero cuando las defensas se relajan, cuando la sinceridad logra tener una preeminencia sobre el orgullo, la verdad logra, aunque lentamente, abrirse paso. Es la verdad y no otra cosa que la pura verdad, aquella que el príncipe Enrique, con un intraducible juego de palabras entre *debt* y *death* dice al tremebundo Falstaff en *Enrique IV: Thou owest God a death* (tienes con Dios una deuda de muerte). Y naturalmente, el príncipe obtiene de Falstaff una respuesta bufónica, que no niega, sin embargo, la veracidad del dicho.³⁶

Demos otro ejemplo, y saltemos de una época, una cultura, una lengua a otras. Leamos en *Alcestes* de Eurípides, en el tercer episodio, aquel en el cual entra en una escena Eracles y penetra en la casa donde se llora la muerte de la ama. Eracles está un poco ebrio, no obstante, la embriaguez lo dota de sabiduría. Y al siervo que lo recibe, y que con el corazón lleno de tristeza lo mira con una hostilidad que se merecen los ebrios, el héroe dice amigablemente y con severidad:

Ven acá

que te haré más prudente. ¿Sabes cuál es la naturaleza de las cosas mortales? No, no lo sabes, creo, ¿y de quién habrías aprendido nada?

Y entonces, si no lo sabes, atiéndeme. Los mortales tienen una deuda, y esta es, que todos en absoluto deben morir. Y ninguno de los mortales sabe ciertamente si el día de mañana estará vivo...³⁷

Todos los mortales tienen una deuda *brotoîs hápasi katthaneîn opheilítai*. También en este acerto, como en el precedente, hay una término clave, el verbo *opheilo*, que indica el deber en la dimensión más propia, el deber que grava, sobre quien tiene una deuda, que es absolutamente pagada. Eurípides, así como Shakespeare. Y como tantos otros que han retomado y variado este nobilísimo *topos*.

Un *topos* literario, ciertamente noble, indudablemente; pero nada más. Así se podría pensar. Empero, también un *topos* que no se olvida: a

36 Shakespeare, W., *Enrique IV*, I parte, acto V, escena I.

37 Eurípides, *Alceste*, pp. 779 y ss. Uso la espléndida traducción hecha por C. Diano, en el ensayo "La catarsi tragica", recuperado en C. Diano, *Saggezza e poetica degli antichi*, Vicenza, 1968, p. 236.

su modo, esto es muy revelativo. Es claro que si lo sometemos a una lectura fría, iluminística, esto pierde todo su sabor: el hombre es un ser viviente, ¿qué cosa puede darse de extraño en su mortalidad?, ¿qué hombre puede creerse inmortal? También el sirviente en Alcestes, aquel al cual Eracles se dirige con severidad, lo sabe bien: no hay propiamente necesidad de que él venga a enseñárselo, con la gravedad de quien revela un secreto. Pero Eracles no se limita a decir una banalidad, es decir, que *si muere*; dice que *se debe* morir. Y que si *debe* morir, que sea ésta nuestra común y universal deuda, es menos obvio de cuanto no se acople sobre las primeras. La muerte, como mero hecho natural (como *Müssen*), se asocia a cualquier otro ser viviente; sin embargo, la muerte como deuda (como *Sollen*), hace de nosotros cualquier cosa que nos entrega como algo completamente diverso respecto a cualquier otro ser vivo. La *muerte* (*Tod*), es propia sólo del hombre, y no puede ser confundida con el fallecimiento (*Ableben*), el cual sorprende a los animales, observa profundamente Heidegger:³⁸ el fallecimiento es un hecho; la muerte, un significado. Pero si lo es, lo es propiamente porque, siendo indudablemente un hecho (el más duro e irreductible de los hechos), no puede ser reducida en el simple plano de los hechos; propiamente porque le es inherente (en modo paradójico) la dimensión del deber. En la muerte, en conclusión, ser y deber ser, *Sein* y *Sollen*, coinciden; la muerte es un *deber fundamental*, porque en ésta es indiscutible la coincidencia entre eso que sobreviene como hecho (el accidente mortal) y eso que sobreviene como cumplimiento de una deuda (la muerte como prevista, esperada, temida, propuesta, experimentada; en conclusión, dotada de sentido). Los poetas todo esto lo han entendido, también cuando lo han esterilizado en un *topos* literario. Lo han entendido los teólogos, cuando toman en serio la promesa de la eternidad hecha por el Creador a la criatura, han negado que para el hombre la muerte vaya de acuerdo con un evento *natural* y la han por consecuencia tematizado como *expiación de una culpa*;³⁹ muchos filósofos, en cambio, la han entendido menos afortunadamente, y desde Epicuro en adelante han buscado la reducción de la terribilidad del problema de la muerte; los pseudofilósofos probablemente, no la entenderán nunca.

38 *Sein und Zeit*, par. 52, tr. it., *Essere e tempo*, Milán, 1970, pp. 185 ss. Cfr. Ricci, M. T., “Heidegger e l’animale ‘povero di mondo’”, en AA.VV., *Filosofie dell’animalità*, a cargo de E. Baccaarini, T. Cancrini y M. Perniola, Milán, 1992, p. 147.

39 Cfr. Pieper, J., *Tod und Unsterblichkeit*, München, 1979.

3. *Cómo hacer coincidir el ser con el deber ser*

Decir que en la muerte *Sein* y *Sollen* coinciden, significa caminar sobre el filo de la navaja y esforzar el lenguaje conceptual hasta deformarlo. No obstante, es claro, espero, que en este discurso no estemos trabajando sobre conceptos, sino sobre imágenes; y del resto una prospectiva que busca aferrarse a la realidad no limitándose a conceptualarla (y por consiguiente a abstraerla) y constreñida a trabajar también con metáforas. Buscamos otro modo de explicar esta dimensión de la *fundamentalidad* de la cual estamos a la búsqueda. Si hasta ahora hablamos de deberes fundamentales, veamos si un discurso análogo podría ser hecho para la categoría simétrica de los derechos fundamentales. Ahora, si el deber fundamental es aquello en el cual *Sein* y *Sollen* coinciden, también el *derecho fundamental* deberá ser clarificado en modo análogo: llamaremos, por consiguiente, fundamental aquel derecho que, inherente a tal punto al hombre, que —por más tentativas que se hagan en tal sentido— nunca pueda ser sustraído de aquel derecho que constituye el fundamento de una pretensión subjetiva tal, de no poder no ser en cualquier modo satisfecha (sin dejar nunca dejar de ser y permanecer como una pretensión). Aquí está el *quid* de profunda verdad del paradójico estoico sobre la libertad, que de una parte es vista como un derecho que el hombre justamente pretende que los otros le reconozcan (a nivel meramente ético, en la prospectiva clásica, a nivel ético y político en aquella moderna y contemporánea), pero que de otra parte es considerada una dimensión tan propia del ser del hombre que ninguno se la puede propiamente arrebatarse. Pensemos en las célebres palabras de Plotino, sobre las cuales volvía, en la inminencia de la muerte, en la Hipona asediada por vándalos, el viejo San Agustín: *Non erit magnus magnum putaans quod cadunt ligna el lapides, et muriuntur mortales*.⁴⁰ ¿Quién o qué cosa nunca podrán destruir al sabio su serenidad, su libertad de espíritu? Los ejemplos que ofrecía Plotino son para nuestra sensibilidad intolerables: ni la muerte de la mujer, ni la caída en esclavitud de los hijos, ni el estupro de las hijas, ni con mayor razón alguna cosa que pueda golpearlo en la propia persona por cuanto trágica, injusta, violenta, puede destruir al hombre —si él mismo no desea hacercelo desposeer— la serenidad dada de la propia libertad interior: ésta es absolutamente y constitutivamente suya. Sin embargo, no lo es en

40 Possidio, *Vita Augustini*, 28. 11. “No será sabio quien juzgará de gran cosa eso que hecho de madera y de piedra sea destruido, y que los mortales mueran”, la referencia es a *Enneadi*, I. 4. 7.

el sentido que sea una cualidad fisiológica y casi inadvertible cualidad de ser humano, tanto poco banal es la libertad, que justamente Hegel subrayaba que propiamente porque el espíritu *libre* es el espíritu *real*, ninguna otra idea tiene una fuerza tan indomable y sea tan capaz —una vez que se adquiera conciencia— de arrastrar a los hombres...⁴¹ Aquellos que reivindican la libertad, que combaten por ella, mueren por ella, la ponen como valor supremo y fundamental, propiamente en este doble sentido, que ella es el presupuesto y junto el objetivo de cada praxis humana; el punto de partida (esto que me hace identificar al hombre en cuanto hombre) y el punto de arribo (eso que el hombre para alcanzar su plenitud debe allegarse). En conclusión, en la libertad *Sein* y *Sollen* coinciden: *la libertad es el derecho fundamental* propiamente porque absoluta e inexpropiable, y al mismo tiempo absolutamente reivindicable.

4. *El deber ser*

Si este discurso tiene sentido, es posible ahora decir cualquier cosa más precisa sobre el deber fundamental como deber *jurídico*. Un deber jurídico fundamental debe ser tal que en esto, según la perspectiva recién expuesta, *Sein* y *Sollen* coincidan; debe es decir, poder superar la antinomia divisionista entre un “ser sin deber” y un “deber sin ser”; puede, por lo tanto, dar esencia a aquel *deber de ser*, en el cual Cotta por años dedica su atención.⁴² La *coexistencia* puede verdaderamente ser expresada como el *deber fundamental* (o, si se desea, el fundamento del derecho) porque en ésta se reproduce la dinámica que busqué describir; el hecho de coexistir deviene para el hombre el deber de reconocerse a sí y los demás como *coexistentes*, y el deber de coexistir presupone la no eliminación del hecho que siempre y de cualquier modo, nosotros los hombres seamos ya coexistentes. El deber de coexistir es *fundamental*, porque abstraerse de la coexistencia no es posible (significaría abstraerse del estado de ser humano) y porque, por otra parte, la coexistencia es un estado en el cual no se debe entrar, porque *se está ya*.

41 Hegel, G. W. F., *Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio*, par. 482, tr. it., Bari, 1967, vol. II, p. 442.

42 Cfr. Cotta, S., *Il diritto nell'isistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milán, 1991, p. 96. De Cotta, cfr. también “La coesistenza come fondamento ontologico del diritto”, ahora en S. Cotta, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milán, 1981, pp. 137-152.