

LOS LLAMADOS «CONFLICTOS DE DERECHOS». EL CÁLCULO DE BIENES UTILITARISTA Y LA CRÍTICA DE JOHN FINNIS*

por Mariano G. Morelli

I. Introducción¹

¿Cómo saber qué es lo justo, lo exigible, aquello a lo que se tiene derecho en una situación concreta? Constituciones, instrumentos internacionales y leyes de las más diversas reconocen derechos que parecen contradecirse en muchos casos. ¿Se contradicen realmente? ¿Pueden contradecirse? ¿Cómo solucionar tales posibles o reales contradicciones?

El tema de los conflictos de derecho ha merecido desde hace algunos años una atención especial de la doctrina jusfilosófica. Desgraciadamente, tan intenso debate no ha recibido la consideración que merece de parte de los constitucionalistas, que continúan haciendo afirmaciones sobre el tema desconociendo siquiera la existencia de las discrepancias.

Creemos encontrar cierta afinidad entre los planteos del conflicto de derechos y los postulados de la teoría moral utilitarista. En el utilitarismo, no hay conductas buenas o malas por sí mismas, sino que su valor moral dependerá del cálculo o ponderación de los beneficios o perjuicios que las acompañan en cada caso. De la misma manera, se enseña que ante los inevitables conflictos es necesario dar una solución haciendo una ponderación de los derechos en juego, y hacer valer así los que deben prevalecer sacrificando, total o parcialmente, los otros.

El utilitarismo propone un método para el razonamiento moral². Deben identificarse las consecuencias de un acto, y hacer un balance entre sus

* Cabe un especial agradecimiento al Profesor Jorge Catenacci, quien me inició en la labor docente, y a los alumnos y egresados de la materia "Derecho y Argumentación" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, quienes con reiteradas observaciones, acerca de la dificultad de comprensión del material de lectura, motivaron gran parte del presente trabajo. El autor es Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Rosario (Argentina).

¹ El presente trabajo ha sido escrito sobre la base de una comunicación del suscripto a las *Segundas Jornadas Nacionales y Terceras Jornadas Puntanas de Derecho Natural*, San Luis (Argentina), setiembre del 2003

beneficios y sus perjuicios. Éticamente acertada será la conducta que consigue mayores beneficios con menores perjuicios, de forma que consiga la mayor felicidad para el mayor número. Discrepan los utilitaristas a la hora de señalar la naturaleza de los beneficios o perjuicios y la forma de valorarlos. El utilitarismo hedonista realiza cálculos en términos de placer (felicidad) y dolor. Utilitarismos no hedonistas proponen incluir otra serie de bienes o males que pueden ser preservados o destruidos por los actos, además del placer. No faltan quienes dejan de hablar de placer, dolor, bien y mal, haciendo descansar los cálculos sobre los intereses en juego. Utilitaristas del acto hacen el cálculo de beneficios de cada conducta valorada; utilitaristas de la regla calculan beneficios y perjuicios del principio que subyace tras los actos. Pero más allá de estas diferencias, el criterio es común: no hay conductas éticamente buenas o malas en sí mismas, por su objeto, la bondad o maldad dependerá del cálculo de las consecuencias en términos de beneficios y perjuicios para los placeres, bienes o intereses en juego; un cálculo de bienes o elementos “pre-morales”. Algunos prefieren llamarse no utilitaristas sino consecuencialistas, o proporcionalistas, pues la conducta acertada sería aquella que realiza una “mejor proporción” de bienes humanos.

Si nos interrogamos acerca de la moralidad del aborto, deberíamos preguntarnos qué beneficios y qué perjuicios se siguen de la conducta de abortar. Entre los primeros, quizás, la posibilidad de desplegar la propia libertad, de evitar el nacimiento de un nuevo ser humano que puede no ser querido o que pone en riesgo la economía familiar o la salud de la madre. Entre los últimos, la pérdida de una vida naciente, todavía incapaz del ejercicio de las facultades propiamente humanas, y los riesgos físicos que tiene la intervención. Tales intereses pueden jerarquizarse en abstracto o balancearse en el caso concreto, y la solución que obtenga los mayores beneficios sacrificándolos en la menor medida posible será la acertada.

La tesis del cálculo de bienes o intereses ha llevado en Estados Unidos a admitirse el desarrollo de la “reducción fetal”. Se trata de casos en los que ante un embarazo de gemelos (muchos provenientes de fecundaciones in vitro)

² Nos hemos extendido sobre estas consideraciones en nuestro libro de texto *Ética y Deontología Profesional*, editado por el Instituto Universitario Aeronáutico, Córdoba, 2002

directamente se aborta a uno de ellos sosteniendo que la estadística revela que los embarazos de gemelos tienen mayores riesgos (ACI 30/1/2002)

Las críticas que ha realizado John Finnis a las teorías éticas utilitaristas motivan nuestra reflexión sobre su posible utilidad para el análisis del fenómeno jurídico, extendiéndolas al tema del llamado conflicto de derechos, y en esa línea discurren estas consideraciones.

II. El problema del conflicto y sus posibles soluciones

No faltan casos en los que se plantea un problema particular. Las normas reconocen derechos, y en esos casos, estos derechos parecerían ser contradictorios o incompatibles. En el caso del aborto, el derecho a la vida del niño y el derecho a la privacidad y libertad de la madre. En el consumo de drogas, el derecho a la libertad y privacidad del drogadicto y el derecho a la salud pública y seguridad de la población. En la pornografía, el derecho a la libertad de expresión y privacidad, frente al derecho a la moral pública, a la defensa de la familia, a la sana educación de los niños y jóvenes. En los noticieros, el derecho a la libertad de expresión frente al derecho al honor y la intimidad. En la clonación de humanos, el derecho a la reproducción frente al derecho a la dignidad y la vida del embrión. Y la cuenta podría seguir. ¿Cómo solucionar este dilema?

Algunas propuestas parten de considerar que en tales casos hay realmente un conflicto de derechos y la solución está en sacrificar, en alguna medida, uno en aras del otro, total o parcialmente. Llamaremos a estas soluciones “conflictualistas”. Otros, en cambio, consideran que no hay propiamente un conflicto de derechos sino un problema de delimitación de los derechos para identificar cuál es el que realmente existe. Llamaremos a estas soluciones “no conflictualistas”.

Soluciones conflictualistas

Para las tesis conflictualistas nos encontramos realmente ante la existencia de derechos contradictorios. Ambos derechos existen, pero resultan incompatibles entre sí. Luego, la única solución posible es sacrificar total o

parcialmente un derecho en aras del otro. ¿Cómo hacer esto? Se han presentado dos grandes tesis:

a) **Categorization of rights**: consiste en categorizar los derechos en abstracto, otorgarles un rango o jerarquía, y luego comparar los derechos en juego y hacer prevalecer el de jerarquía superior. Por ejemplo, la jurisprudencia norteamericana reconoce algunas “libertades preferidas”, como la libertad de prensa, que gozaría de un rango superior a otros derechos y dan lugar al “escrutinio estricto”. Algunos trabajos de Miguel Ekmekdjian³, sobre la existencia de una jerarquía entre los derechos constitucionales se inscribe en este camino.

b) **Balancing o ponderación**: aquí se trata de sopesar, de comparar los derechos en juego pero no según jerarquías abstractas sino considerando las circunstancias del caso, para determinar en qué medida deben ser sacrificados o preferidos de modo de lograr el mayor reconocimiento posible de todos. Constitucionalistas como Alberto Bianchi⁴ o Néstor Sagüés⁵ han escrito párrafos que los acercan a esta posición. Parece ser también la idea de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al decir que todos los derechos gozan de la misma jerarquía y se impone una interpretación “integradora”.

Soluciones no-conflictualistas

Las soluciones no-conflictualistas sostienen que no puede existir verdadero conflicto entre verdaderos derechos. En todo caso, se tratará de un conflicto “aparente” pero no real. Porque en rigor hay un problema de delimitación. Lo sensato es delimitar los derechos para determinar quién tiene realmente derecho en el caso concreto y quien no, dado que es imposible que ambos existan. La solución al problema no sacrifica ni viola ningún derecho, simplemente dilucida quién lo tenía. Enunciemos dos grandes orientaciones:

³ Ekmekdjian, Miguel, *De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles*, en *El Derecho*, Bs. As., 114-945

⁴ Bianchi, Alberto, *La Corte Suprema ha establecido su tesis sobre la emergencia económica*, *La Ley*, Bs. As., 1991-C-141

⁵ Sagüés, Néstor P., *Derecho Procesal Constitucional*, 4ª. ed., ed. Astrea, Bs. As., 1995

a) La doctrina del **contenido esencial**: en esta posición, de lo que se trata es de encontrar los límites internos de cada derecho identificando su “contenido esencial” (art. 19.2 Constitución Alemana, art. 53.1 Constitución Española; quizás el art. 28 de la Constitución Argentina recoja la misma idea). Para hacerlo resulta necesario acudir, por un lado, a la naturaleza jurídica del derecho o al modo en que es entendido por los juristas; y a la finalidad del derecho; considerando en tal sentido también a los bienes humanos que quiere proteger y al fin de todos los derechos (una vida digna) que da por resultado derechos equilibrados (Serna⁶, Toller⁷, Martínez Pujalte⁸). Bellver⁹ explica así la solución al problema del aparente conflicto entre el derecho a la reproducción y el derecho a la dignidad del ser humano en el caso de la clonación: el derecho a la reproducción no incluye el de clonar porque es un derecho del que goza una pareja (dado que se debe asegurar una paternidad normal al niño), y en el marco de la reproducción sexual respetuosa de la vida e integridad del embrión.

b) La doctrina de lo **justo concreto**: tomando ideas desarrolladas por juristas argentinos (Guido Soaje Ramos¹⁰, Félix Lamas¹¹, Héctor Hernández¹²) puede desarrollarse un criterio que sin ser contrario al anterior es todavía más rico¹³. Si bien las normas son generales, los derechos son concretos: se poseen en situaciones concretas y

⁶ Prólogo a Cianciardo, Juan, *El conflictivismo en los Derechos Fundamentales*, EUNSA, Pamplona, 2000

⁷ Toller, Fernando, *Propuesta para un nuevo modelo de interpretación en la resolución de conflictos entre derechos constitucionales*, en Anuario de Derecho de la Universidad Austral, ed. Abeledo Perrot, Nro. 4, Bs. As., 1998.

⁸ Martínez Pujalte, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. Martínez Pujalte, Antonio Luis, *Posición constitucional de los derechos fundamentales y garantía del contenido esencial*, en Anuario de Derecho de la Universidad Austral, ed. Abeledo Perrot, Nro. 4, Bs. As., 1998

⁹ Bellver Capella, Vicente, *¿Clonar? Ética y derecho ante la clonación humana*, Editorial Comares, Biblioteca de derecho y ciencias de la vida, Granada, 2000

¹⁰ Soaje Ramos, Guido, *El concepto de derecho*, Instituto de Filosofía Práctica, mimeo, publicado también en Revista Circa Humana Philosophia, Buenos Aires, nro. 3, año 1998

¹¹ Lamas, Félix, *La experiencia jurídica*, ed. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, Bs. As., 1991

¹² Hernández, Héctor, *El derecho subjetivo*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2001

¹³ Vale la pena anotar que Fernando Toller nos manifestó oralmente que su desarrollo sobre el contenido esencial no era contradictorio con la teoría de lo justo concreto ni la negaba. Creemos que la aclaración es acertada: la teoría de lo justo concreto es más rica y profunda, pero no contradice las afirmaciones de aquella.

determinadas. Estos derechos concretos surgen de la aplicación de la norma a determinada situación fáctica prevista en ella, el título jurídico (ej. una norma establece que el comprador tiene derecho a la entrega de la cosa, una persona es comprador esa cosa, tiene derecho a su entrega en el lugar, tiempo y en la forma convenida, no pudiendo exigir ni teniendo derecho a otra, en otro momento, lugar o forma)¹⁴. Así determinado, en el caso concreto, única dimensión en la que un derecho subjetivo existe, los mismos se presentan limitados y nunca en contradicción con otros. La idea es coherente con la afirmación de Tomás de Aquino en cuanto a que el derecho es, primariamente, la misma cosa justa, la obra debida a otro según cierto modo de igualdad¹⁵, que será siempre algo concreto y preciso.

III. Valoración

Vamos a analizar la idea de conflicto de derechos desde dos perspectivas: cómo una situación real y como una metodología del razonamiento jurídico. La primera nos lleva a la pregunta de si existe o puede existir un verdadero conflicto entre verdaderos derechos. La segunda, si la metodología de enfrentar derechos comprometidos en un caso es adecuada para alcanzar su solución justa.

El conflicto de derechos como situación "real"

La idea de que existen verdaderos conflictos de derechos, si se entiende por derecho el poder de realizar o exigir determinadas conductas, es contradictoria. Presupone que, al mismo tiempo, una persona puede y no puede realizar o exigir una cosa. Pero ello es lógicamente imposible.

Si el bebé tiene derecho a no ser asesinado, y la madre derecho a poner fin al embarazo a través del aborto, entonces al mismo tiempo la mujer puede y no puede abortar, y la vida del bebé debe y no debe ser respetada. Imposible. La

¹⁴ Aunque más adelante volveremos sobre el tema, queremos aclarar que tal razonamiento es solo a modo de ejemplo didáctico, pero no creemos que el razonamiento jurídico pueda reducirse a un simple silogismo. La premisa normativa incluye aspectos valorativos y se ilumina mejor a la luz de los hechos del caso.

¹⁵ Suma Teológica, II-II, q. 67, a. 2 c.

idea del conflicto real de derechos es incompatible con la noción misma de derecho subjetivo. Es una noción contradictoria que como tal no puede ser siquiera pensada.

Veamos la misma idea pero considerando otras de sus manifestaciones. Si sostenemos que pueden existir verdaderos conflictos entre verdaderos derechos, ello significaría que existen exigencias jurídicas contradictorias (estar obligado a algo y a su contrario); y esto va contra el principio lógico de no contradicción. Una obligación que no se puede cumplir (porque si lo hago dejaría de cumplir otra obligación) es una obligación inexistente. Si el bebé tiene derecho a no ser privado de la vida, y la madre derecho a interrumpir su embarazo con la muerte del bebé, entonces el médico debería matar al bebé — respetando el derecho de la madre— al mismo tiempo evita matar al bebé — respetando el derecho del bebé—. Un disparate.

Además, si sostenemos que ante el conflicto de derechos no hay otra solución que sacrificar total o parcialmente algunos o todos ellos, también es contradictorio. Hablar de un derecho que puede o debe ser legítimamente “sacrificado” o “desconocido” es lo mismo que negarlo; es una contradicción en los términos.

La tesis del conflicto suele provenir de cosmovisiones que olvidan que los derechos son en sí mismo limitados. Pareciera pensar que los derechos son como fuerzas físicas en sí mismas ilimitadas que se limitan exteriormente al “chocar” unas con otras. Presuponen una visión individualista y liberal. Ello lleva a concebir que los derechos sociales, los derechos de las comunidades y los deberes nunca se tomen en cuenta o se les de un papel muy secundario.

Pero en las situaciones concretas, todo derecho se encuentra constitutivamente limitado: es derecho a realizar una conducta (limitación real), de determinada persona (limitación personal), en determinado lugar (limitación espacial) y momento (limitación temporal), y con determinada finalidad (limitación teleológica). Para identificar las limitaciones del derecho en el caso concreto, debo proceder a la adecuada interpretación de la norma (teniendo en cuenta el elemento teleológico: su finalidad, incluyendo los bienes que quiere

proteger; y el elemento sistemático: recordando que la norma se inserta en un sistema, el ordenamiento jurídico, que reconoce también otros derechos, deberes, y que busca en su conjunto lograr determinados fines y consolidar determinados valores). A su vez, quienes pensamos que el derecho no se agota en las normas colocadas por los hombres (derecho positivo) sino que existen normas de justicia dadas (derecho natural) que deben ser tomadas para resolver los casos, deben tenerse en cuenta las exigencias de lo justo y en particular del bien común, el auténtico bien de la comunidad, como fin del derecho. Debemos distinguir además, por un lado, un derecho de un conjunto de derechos nucleados bajo un único nombre (vgr. el derecho a la propiedad en rigor incluye varios derechos concretos: vender, usar, donar, etc.). Debemos distinguir también un derecho a obrar de determinado modo, tanto del derecho a que la comunidad no impida determinada conducta, como del derecho a que la comunidad apoye, promueva o financie la conducta. En este marco podemos reconocer también que hay actos intrínsecamente injustos, en sí mismo injustos y por ello nunca justificables y que dan lugar a derechos absolutos y sin excepciones (ej. el derecho al respeto de la vida de un inocente).

Una vez delimitado el alcance concreto de cada derecho, podrá establecerse cuál es el derecho que existe y cuál es solo una apariencia de derecho, y así, al resolver la cuestión, sin sacrificar ningún verdadero derecho.

Por ejemplo, el derecho a la libertad incluye el de conducirse autónomamente dentro del marco de los propios deberes y del bien de la comunidad. Una persona que perjudique a la comunidad consumiendo drogas, no tiene derecho a la libertad en este sentido. No hay conflicto de derechos si se le prohíbe consumir drogas (más allá de que puede no ser una política criminal acertada castigar penalmente el consumo).

En síntesis, la idea de que pueden existir derechos contradictorios simultáneamente vigentes es contradictoria con la noción misma de derecho.

Pero la cuestión no está resuelta con estas únicas observaciones. Alguien podría decir: concedido que no existen en la realidad derechos contradictorios. Justamente, lo que las teorías conflictualistas desean es una solución que

reconozca derechos no-contradictorios que van a tener vigencia o van a ser respetados. Lo que se sostiene es que para determinar quien tiene realmente derecho a qué, es necesario tomar en cuenta los derechos que aparentemente entrarían en conflicto, y llegar a una solución lo más aceptable. O lo que es lo mismo, debe hacer una valoración que tome en cuenta los bienes o intereses que constituyen el objeto de diferentes derechos y normas, y determinar cuáles y en qué medida deben ser protegidos atento que es imposible hacerlo con todos al mismo tiempo. Se hablará entonces de que existe un conflicto “prima facie” entre derechos, que debe ser corregido por el operador jurídico para determinar quien tiene derechos en sentido estricto.

Aunque la noción de un “derecho prima facie” que no se tiene “en sentido estricto” resulta ambigua y merecería también un análisis crítico, tomemos esta respuesta para avanzar en el análisis.

En estos términos, la teoría del conflicto deja de ser una teoría sobre la existencia de verdaderos derechos contradictorios, para transformarse en un procedimiento de análisis jurídico: ante un caso concreto, el operador jurídico debe considerar qué derechos aparentemente, “prima facie” entran en juego en el caso, y resolver haciendo una valoración o cálculo entre ellos, sea jerarquizándolos, sea balanceándolos. O lo que es lo mismo, tratar de hacer un cálculo, valoración o análisis de los bienes o intereses jurídicos en juego. Nos ocuparemos de esta cuestión en el apartado siguiente.

El conflicto de derechos como método de razonamiento jurídico

Una de las grandes escuelas del pensamiento con la que polemiza permanentemente la obra de John Finnis es la del utilitarismo.

Creemos que existe cierta analogía entre las soluciones conflictualistas y los criterios del utilitarismo, sólo que tomando en cuenta, únicamente, bienes o intereses de trascendencia socio-jurídica.

Si consideramos un caso en el que entran en conflicto derechos o aparentes derechos a la privacidad, la libertad, la vida, la igualdad, como no puede atenderse a todos en su máxima medida, la solución justa será aquella

que signifique un cálculo de los intereses jurídicos en juego que sacrifique la menor proporción de bienes jurídicos; que promueva mayores bienes jurídicos a costa de sacrificarlos en la menor medida. Si la legislación rechaza el aborto sacrifica la salud, la libertad, la tranquilidad psíquica, la economía familiar, para asegurar la vida del no nacido y, en alguna medida, la salud de la mujer. Si la legislación admite el aborto, hace lo contrario. No hay solución posible que realice todos los bienes jurídicos, y la legitimidad o no del aborto, y consecuentemente, el reconocimiento del derecho al aborto, dependerá del balance que pueda hacerse entre esos bienes jurídicos en el caso concreto. Podría decirse, aplicando una jerarquización abstracta, que la vida es superior a la salud, la tranquilidad psíquica o el dinero, y por ello debe rechazarse el aborto. O considerar que el valor jurídico de la vida humana depende de su desarrollo, y por ello que el cálculo de intereses jurídicos será diferente según el estadio de desarrollo del embrión, y menor si se trata de uno de los llamados “embarazos incompatibles con la vida”..., en los que el bebé morirá al poco tiempo de nacer...

Esta forma de razonar jurídicamente es habitual en la doctrina contemporánea. Con esta metodología se busca dar respuesta a cuestiones como el consumo de drogas, el aborto, la ligadura de trompas, el “cambio de sexo”, la eutanasia, etc.

Análisis

¿Qué podemos decir de esta propuesta?

Al hacer su crítica del utilitarismo en *Fundamental of Ethics*, Finnis trae observaciones que tomaremos y ampliaremos para el análisis jurídico.

Primero, dice Finnis, resulta obvio que un cálculo o balance de consecuencias en término de beneficios y perjuicios para los bienes humanos tiene su lugar en el análisis moral. El problema del utilitarismo es que lo considera el único o principal principio, desorbitándolo. Y ello lo hace merecedor de diversas críticas:

a) No toma en cuenta que la persona se configura con sus actos y que, entonces, las conductas tienen “consecuencias” no solo exteriores sino inmanentes en quien las realiza.

b) Es imposible identificar y valorar todas las consecuencias beneficiosas y perjudiciales que pueden seguirse de un acto. Por eso, o se deja inconsistente la valoración moral eliminando del análisis las consecuencias remotas, en gran medida incognoscibles, o se hace “trampa”, “encontrando” consecuencias que justifican la valoración moral que se ha escogido de antemano¹⁶. Además, las personas comunes no podrían hacer valoraciones morales, sino que éstas se remitirían al juicio de expertos —que “conocen” mejor las consecuencias que los actos pueden tener¹⁷. ¿Cómo valorar el posible no descubrimiento de un tratamiento contra la infertilidad debido a que los fondos de investigación se destinaron en cambio a métodos de fecundación in vitro?

c) Siendo los bienes humanos inconmensurables, no existe una medida común, ni hay ningún criterio para reducirlos a una categoría única y compararlos, o reemplazar unos por otros como si fueran cosas fungibles¹⁸.

En cuanto al principio de la utilidad —mayor felicidad para el mayor número—, se ha cuestionado el riesgo de no tomar en serio las diferencias

¹⁶ “Rationalization” -Finnis, John, *Fundamentals of Ethics*, página 94-: una vez que el moralista ha aceptado el proporcionalismo, puede producir argumentos a favor de cualquier solución que goce de su favor.

¹⁷ Spaemann, Robert, *Ética: cuestiones fundamentales*, editorial EUNSA, Pamplona, 1998, página 78.

¹⁸ Finnis, John, *Fundamentals of Ethics*, página 87 ¿Cómo comparar el bien que significa disfrutar de una obra de arte, practicar un deporte, aprender algo nuevo? También señala la imposibilidad de reducir a una única medida el placer y el dolor, ¿cómo comparar el dolor de una enfermedad con el placer de una buena comida? Por otro lado, se trata de bienes que corresponden a seres humanos distintos, incomunicables —¿cómo comparar el bien del conocimiento de A con el bien de la experiencia estética de B? ¿cómo comparar el bien que significa mi vida con la vida de otra persona?—. Al no existir una medida común, la solución proporcionalista deviene, además de imposible, sin sentido. Propone, por ejemplo -página 92-, considerar la decisión de edificar una autopista. Sabemos que va a incidir, desgraciadamente, en el fallecimiento de algunas personas -automovilistas, peatones, trabajadores en la construcción-, y que va a traer beneficios en cuanto a transporte y comercio. Sin embargo, podemos darnos cuenta de que no está mal construir la autopista aún antes de haber intentado calcular estas consecuencias positivas y negativas, y de compararlas, cosa que, por otro lado, parece imposible -¿qué medida común usar?-.

entre las personas: pareciera que da lo mismo que las consecuencias las sufra uno que otro, o las cause uno que otro, los individuos son nada más que parte del “mayor número”, sin identidad individual.

Al hacer el cálculo de utilidad, parece que diera lo mismo que se beneficie o perjudique uno que otro. Una solución que beneficie a muchos, pero a costa de perjudicar gravemente a alguien, ¿será por eso legítima? La Escritura pone en boca de Caifás, sacerdote judío, como argumento para condenar a Jesucristo: «Es preferible que un hombre inocente muera para salvar al pueblo» —Jn. 11, 50—. Al mostrar como indiferente quien sufre las consecuencias, los razonamientos utilitaristas suenan artificiales, desenfocando el nudo de la cuestión: si digo que no debo estafar a un empleado por las consecuencias negativas de tal acto —pérdida de imagen, de credibilidad, debilitamiento de la disciplina, etc.—, estoy olvidando a la víctima directa de mi conducta, mi empleado.

Pero además, no sólo son numéricamente distintos quienes sufren las consecuencias, sino también quienes las producen. El utilitarismo reduce el acto a un conjunto de consecuencias, pero no toma en cuenta que no da lo mismo si las produce uno que si son producidas por otro. La ética nos configura a nosotros, y nos orienta hacia determinado comportamiento. Por eso, no podemos realizar una conducta mala con la justificación de que si no la realizamos nosotros las consecuencias serían las mismas porque la haría otro... Si así fuera, entonces bastaría encontrar a alguien dispuesto a obrar mal para justificar que todos lo hagamos. Esto nos expone al “chantaje”, a que nos amenacen con producir un daño mayor para que de ese modo produzcamos nosotros un perjuicio¹⁹. Por otro lado, en un planteo utilitarista es difícil precisar cuándo estamos ante una omisión inmoral, y cuando nos es lícito no actuar: deberíamos responder en cada momento por las consecuencias de lo que no hacemos, sin considerar si teníamos o no el deber de obrar...

El utilitarismo presenta también dificultades para explicar algo de lo que tenemos experiencia: hay conductas que son malas en sí mismas —eliminar

¹⁹ Spaemann, Robert, *Ética: cuestiones fundamentales*, página 80

deliberadamente a personas inocentes, o someter sexualmente a otro por medio de la violencia, por ejemplo—, con independencia de las consecuencias beneficiosas o perjudiciales que pueda tener. Toda la teoría de los derechos humanos, que considera que existen exigencias inviolables e inderogables y actos nunca justificados -como la tortura- contradice los postulados utilitaristas.

Llevados al plano del razonamiento jurídico, podemos ensayar varias objeciones a la pretensión de transformarlo en un cálculo o balance entre intereses jurídicos o derechos “prima facie”, pues este método:

a) Pretende “compensar” intereses de un sujeto con los de otro sujeto, cuando se trata de titulares diversos. ¿Qué vale más, la vida de una persona o la integridad física de otra? ¿Tiene sentido una pregunta así? ¿Puede tal comparación legitimar atentar contra esta última? Aunque podríamos sostener que la conservación de la vida es más importante que la conservación de todos los órganos no vitales, y admitiríamos el derecho a practicar al paciente una mutilación para salvar el organismo, ¿admitiríamos también que se le practique a una persona, contra su voluntad, una ablación de un riñón para salvar la vida de otra persona?

b) Pretende reducir todos los intereses jurídicos a un denominador común que permita calcular con ellos, cuando son inconmensurables. ¿Cómo podemos comparar y hacer cálculos entre el interés por conservar la vida y el interés por conservar la integridad física, o por gozar de libertad? ¿Cuánto de uno equivale a cuánto del otro?

c) No da cuenta de la existencia de derechos fundamentales absolutamente “inviolables”, y que por ello no pueden ser nunca desconocidos (son la contracara de actos intrínsecamente injustos, nunca justificables); todos los derechos podrían ceder en algún momento. Tomemos el supuesto de un terrorista que amenaza con hacer estallar una bomba y matar una multitud si no se mutilan las piernas de una persona inocente. ¿Tiene esta persona derecho a que se respete su integridad física? Si el razonamiento jurídico surge de una valoración de los intereses en juego... una multitud de vidas valen más que un par de

piernas... Se desconocería que existe ya un derecho que no se puede vulnerar.

d) Desconoce que si bien puede hablarse de alguna "jerarquía" de derechos, no es lícito desconocer un derecho por más inferior que sea sin cometer una injusticia.

e) Sostiene implícitamente la autolimitación de los derechos, pero es imposible advertir el límite de los derechos si no se reconoce un criterio normativo superior. "Mi derecho termina donde empieza el de los otros"..., "¿y dónde empieza el derecho de los demás?"; "donde termina el mío", y "¿dónde termina el mío?", al final no sabremos donde termina o empieza ninguno.

Esto último nos lleva a la necesidad de descartar que el cálculo de los beneficios y perjuicios, en términos del sostenimiento o posposición de bienes jurídicos, puede ser el único criterio a la hora de determinar quién tiene o no tiene derechos. Hacerlo, por supuesto, no será tarea fácil.

¿Cómo sabemos si una persona tiene un derecho? O lo que es lo mismo, ¿cómo saber qué es lo justo, lo debido a otro? ¿cómo saber si una norma permite realizar o exigir determinada conducta?

Avanzando sobre las ideas del realismo práctico, John Finnis²⁰, Germain Grisez²¹ y Joseph Boyle²² han desarrollado una concepción que se conoce como "nueva escuela de la ley natural". Enuncian los bienes humanos básicos descubiertos naturalmente por la razón práctica y que deben ser buscados siguiendo algunas reglas de razonabilidad práctica. Toda conducta humana debe desplegar una forma de participar o realizar alguno de los fines generales de los seres humanos, una de las formas de los bienes humanos básicos.

²⁰ Cfr. Finnis, John, *Aquinas*, editorial OUP, Oxford, 2000. Finnis, John, *Fundamental of Ethics*, Clarendon Press, Oxford, 1985. Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, editorial OUP, Oxford, 1977

²¹ Cfr. Grisez, Germain, *Christian Moral Principles*, Franciscan Herald Press, Chicago, 1983. Grisez, Germain y otros, *Moral Reasoning and Moral Judgment*, en *Proceedings of the American Catholic Philosophical Association*, nro. 58, 1984, página 37-49.

²² Cfr. *Moral Reasoning and Moral Judgment*, en *Proceedings of the American Catholic Philosophical Association*, nro. 58, 1984, pág. 37-49

En sus primeras formulaciones, modificadas parcialmente luego, enuncian como bienes humanos básicos a la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la amistad, la razonabilidad práctica o la religión. La ley natural, descubierta por nuestra razón práctica, nos lleva, en primer lugar, a buscar el bien y evitar el mal, y luego a identificar esos bienes humanos básicos que debemos buscar, promover y proteger. Pero cuidado: tales bienes podrían ser buscados de modo inmoral —por ej., experimentando con seres humanos débiles para buscar el conocimiento—. Ser prácticamente razonable implica participar correctamente de la totalidad de estos bienes básicos, de un modo estable, integral y armonioso, sin impedir o dificultar la consecución de ninguno de ellos por nosotros y por los demás.

El primer principio ético que surge de este proceso nos exige que «en nuestro obrar voluntario buscando los bienes humanos y evitando lo que se les opone, debemos elegir y realizar sólo aquellas opciones cuya realización sea compatible con la búsqueda del enriquecimiento humano integral»²³. Se excluyen así, como inmorales, aquellas conductas que son en algún sentido incompatibles con la búsqueda del enriquecimiento humano integral.

Para llegar a otros principios éticos, debemos aplicar a la consecución de los bienes humanos básicos ciertos criterios de razonabilidad práctica que deben darse todos en cada acto y que darán lugar a normas éticas más concretas —principios de la ley moral natural—, entre las que están las exigidas por la justicia (principios del derecho natural).

Los autores citados han identificado varios de estos criterios de razonabilidad práctica, que llaman "modos de responsabilidad". Para comportarse rectamente hay que obrar buscando los bienes humanos de acuerdo con estos criterios²⁴. Nosotros citaremos solamente algunos de tales criterios, que pensamos son particularmente importantes cuando queremos saber no solo si una conducta es razonable, sino además, si es justa y

²³ Germain Grisez, *Christian Moral Principles*, pág. 189

²⁴ Germain Grisez, *Christian Moral Principles*, pág. 225; John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, cap. V; *Fundamentals of Ethics*, pág. 75. Nuestra traducción no es literal, hemos combinado distintos criterios.

consiguientemente debemos reconocer un derecho subjetivo al sujeto que la recibe:

- No dejar de lado ni arbitrariamente desvalorizar o exagerar la importancia de ninguno de los bienes humanos.
- No dejar de lado ni arbitrariamente desvalorizar o exagerar la participación de otras personas en los bienes humanos.
- No atribuir a ningún proyecto o emprendimiento concreto la importancia que sólo tienen los bienes humanos básicos.
- No desaprovechar las oportunidades ni descuidar las consecuencias previsibles de nuestros actos.
- No destruir, perjudicar o impedir directamente ningún bien humano.
- No dejar de buscar el bien común de la comunidad, ni actuar de modo individualista.
- No dejar de buscar un bien porque resulte desagradable.
- No hacer preferencias basadas en nuestros sentimientos hacia algunas personas, si la preferencia no es requerida por los mismos bienes que se buscan -regla de oro, "fairness".

Es decir, si queremos saber si una mujer tiene derecho a producir el aborto, nos ayudará el comprender que esa conducta destruye directamente un bien humano como la vida y consiguientemente no es justa, priva a alguien de lo que le corresponde, y es incompatible con la existencia de un derecho subjetivo.

Por supuesto que si nos movemos en un ámbito dotado de normas positivas, la identificación precisa de las exigencias de razonabilidad práctica que nos ayudarán a determinar cuál es la conducta razonable, y los derechos subjetivos que le corresponden, deberá tener en cuenta el ordenamiento establecido en la comunidad.

Será necesario buscar en el ordenamiento normativo positivo (constitución, leyes, decretos, etc.) las normas que rigen el caso, interpretarlas adecuadamente, fijar los alcances de sus disposiciones, y aplicarlas a la

situación concreta, no como operaciones sucesivas sino interrelacionadas e interdependientes. Ello nos ayudará a identificar qué bienes o intereses jurídicos, de acuerdo con las normas establecidas, no pueden ser directamente destruidos en ningún caso, qué intereses pueden ser en alguna medida preferidos a otros, etc. Pero como este ordenamiento deriva su fuerza vinculante y se completa e integra con las exigencias de la razonabilidad práctica, no pueden reducirse las reglas de razonabilidad a las que ha colocado la comunidad. Debemos tomar en cuenta lo exigido por la ley moral natural y la justicia, nuestra experiencia del valor, la dignidad y la socialidad del ser humano, los fines y bienes a los que se encuentra naturalmente inclinado y el modo razonable de buscarlos integralmente y sin impedir directamente ninguno. Advertiremos así que las mismas normas nos dan criterios para valorar los bienes jurídicos y establecer preferencias relativas en su consecución.

Este análisis llevará a considerar que las normas que declaran la existencia de determinado derecho no implican reconocer el poder jurídico de obrar cualquier cosa, en cualquier circunstancia o con cualquier finalidad, sino la de identificar bienes o intereses jurídicos que se protegen en la medida en que esa protección cumpla con las exigencias de la razonabilidad práctica, es decir, no destruya directamente ningún bien humano fundamental, no posponga arbitrariamente otros bienes humanos u otros sujetos humanos, etc.

De esta manera se recoge, creemos, la parte de verdad que se esconde bajo las teorías conflictualistas, pero superándola y enriqueciéndola.