

Manuel Atienza

Sería probablemente interesante conocer cómo se leen los números monográficos de las revistas que tienen vocación de interdisciplinariedad. O sea, si el lector ve en ellos realmente una oportunidad para saber lo que se piensa sobre un determinado tema desde una variedad de perspectivas; o si, por el contrario, su interés se limita a la contribución que proviene de la disciplina —del área de conocimiento— que él mismo cultiva. Me temo que, al menos en el caso del Derecho y en el ámbito de nuestra cultura, esta segunda opción no ha de ser inusual, por más que sí resulta inusual encontrarse con algún número de alguna revista que plantee precisamente eso: un tema central del Derecho —en este caso, el concepto de persona— abordado no solo por juristas de diversas disciplinas, sino también por no juristas. La organización institucional de los estudios jurídicos y la concepción del Derecho que prevalece entre nosotros propenden, en efecto, a ver cada disciplina jurídica como un compartimento estanco (la metáfora ha sido usada con profusión, pero es inevitable seguir haciéndolo), de manera que, pongamos por caso, los civilistas se interesan exclusivamente por lo que escriben o piensan otros civilistas, y otro tanto hacen los penalistas, los administrativistas, los iusfilósofos con lo que al final se llega a que cada uno permanezca encerrado —ensimismado— dentro de su estrecho ámbito disciplinar y raramente se interese por lo que existe más allá del mismo salvo, quizás, por razones de cortesía académica sin mayor significado teórico.

Ahora bien, el lector (digamos, el lector genuino —presumiblemente un jurista—) que se enfrente a este número de *Teoría y Derecho* con el propósito de adquirir una visión más amplia y más profunda sobre el concepto

de persona en el Derecho podría encontrarse, no obstante sus buenos propósitos, con algunas dificultades de lectura. O sea, podría necesitar —o, al menos, venirle bien— alguna clave (o claves) de lectura que le permita encontrar algo parecido a un hilo conductor que le facilite transitar de un trabajo a otro y reconocer en el conjunto de todos ellos algún tipo de unidad que “compense” su esfuerzo: al final tendría que pensar, al menos, que la lectura de cada uno de esos fragmentos resulta potenciada como consecuencia de la lectura de los otros; esto es, que no son pedazos unidos artificialmente.

El orden en el que aparecen los cinco trabajos de este número —un orden, por lo demás, bastante “lógico”— puede contribuir ya a facilitar un poco las cosas. Así, el lector se encontrará, primero, con un comentario filosófico de la idea de persona de Kant, cuya relevancia es casi una obviedad; como escribe el autor del texto: “casi todo lo que cabe decir hoy sobre el concepto de persona en sentido moral o en sentido jurídico deriva de Kant o de la polémica con él”. Le sigue otro análisis, que tampoco proviene de un jurista, sino de un científico social, referido a la noción de *homo economicus* como ideal de persona que se ha impuesto como modelo antropológico en las disciplinas sociales y que, naturalmente, tiene relevancia también para el Derecho. Para pasar luego al campo de la teoría o de la filosofía del Derecho, desde el que se aborda la noción de persona en cuanto titular de los derechos humanos. Y llegar finalmente hasta las cuestiones que, en torno al concepto de persona, se plantean en dos campos tradicionales del Derecho: el Derecho civil y el Derecho penal.

Pero, naturalmente, no se trata sólo de esto: de comprender que un mismo concep-

to —el de persona— puede analizarse desde diversos niveles de abstracción. Sino de darse cuenta de que, desde cada uno de ellos, se suscitan problemas y se sugieren criterios para solucionarlos que pueden resultar de interés en los otros niveles; y de que esas conexiones tienen lugar, podríamos decir, en dos direcciones distintas: así, de arriba hacia abajo (en orden de abstracción) se darían relaciones de fundamentación y de explicación; mientras que de abajo hacia arriba lo que se produciría sería la confirmación o la puesta en cuestión de las nociones —o teorías— más abstractas. No se piense, sin embargo, por ello que la reflexión jurídica (a propósito de “persona” o de cualquier otro concepto) es la que se sitúa en los niveles más bajos de abstracción. Lo que caracteriza al verdadero pensamiento jurídico —lo que le ha caracterizado siempre— es la capacidad de ir de lo concreto a lo abstracto para volver de nuevo a lo concreto, a la praxis. No hay ningún problema jurídico, por minúsculo que sea, cuya solución no precise la movilización de teorías bien abstractas. Lo que ocurre es que el jurista puede no ser consciente de ello o puede que haga un uso simplemente implícito de esas teorías.

El trabajo de Manuel Jiménez Redondo, *El hombre como fin en sí: Una aproximación kantiana a la idea de persona*, muestra muy bien cómo todos esos niveles están interconectados. Jiménez Redondo se propone aclarar la idea kantiana, que le parece en principio especialmente oscura, del hombre como fin en sí mismo y para ello recurre, de manera muy principal, a las *Instituciones* de Justiniano pues, en su opinión, esa idea de persona le nace a Kant de su formación jurídica. En las *Instituciones*, en efecto, aparece una gran división de las cosas entre las que están, o pueden estar, en nuestro patrimonio, y las que ni están ni pueden llegar a estarlo; a su vez, en este segundo grupo, hay un tipo de cosas que no pueden ser objeto de apropiación (son *res nullius*) porque, por esencia, son “cosas de nadie”: las cosas *sagradas* (consagradas a Dios), las cosas *religiosas* (que tiene que ver con la muerte,

como los sepulcros) y las cosas *santas* (como los muros y las puertas de la ciudad, que señalan el límite dentro del cual es posible una existencia ordenada). Pues bien, el hombre (el ser racional, la persona) sería una de esas cosas que, por esencia, no son de nadie, pero tampoco del propio hombre ni de Dios: son fines absolutos; no fines *para sí*, sino fines *en sí*. Y así se entiende que, en la formulación kantiana, lo que la dignidad supone es que el hombre no puede tratar a los demás ni tratarse a sí mismo meramente como un medio, sino siempre, al mismo tiempo, como un fin. Si el análisis de Jiménez Redondo es acertado (y me parece que lo es), el Derecho ofrecería una clave esencial para comprender una de las ideas filosóficas de mayor relevancia en el mundo moderno: la de persona.

Ahora bien, el análisis de la filosofía kantiana del concepto de persona que desarrolla Jiménez Redondo le lleva también a sostener la tesis de la separación esencial entre el Derecho y la moral que, además, caracterizaría a “la conciencia moderna-contemporánea”. Y esa radical separación se basaría precisamente en la idea de la persona como fin: puesto que la persona es algo “sagrado”, el Derecho no puede convertirse en instrumento de ninguna moral (sea ésta o no la kantiana), pues si lo hiciera, ya no la estaría considerando como un fin en sí. O sea, la moral se refiere a los fines que los hombres *deben* proponerse, y entre esos fines que siempre cumplirían esa condición (que necesariamente deben proponerse los hombres) estarían la perfección propia y el bienestar ajeno. Pero en el Derecho no se trata de eso, sino de fijar, cualesquiera que sean los fines que un agente pueda proponerse (y los motivos que tenga para ello), qué condiciones tendrían que darse para que esté justificado el uso de la coacción. Y la respuesta kantiana a esta pregunta —que Jiménez Redondo hace suya— es que sería legítima (jurídicamente legítima) “toda acción conforme a cuya máxima la libertad de uno sea compatible con la de cualquiera mediante una ley general, ley general que ha de poder considerarse como proviniendo efectiva-

mente de la voluntad unida de todos”. Y aquí, me parece, es donde el jurista tendría algunas preguntas que formularle al filósofo, a saber: ¿Da cuenta realmente esa noción de Derecho de lo que son los sistemas jurídicos de nuestros Estados constitucionales? ¿No supone esa interpretación kantiana permanecer anclados en el modelo de Estado *liberal* de Derecho? ¿Es compatible la renuncia a que el Derecho se ocupe del bienestar ajeno con la idea de los derechos sociales? ¿Puede entonces considerarse la idea kantiana de persona y de dignidad como la base de *todos* los derechos humanos?

A primera vista parecería que la idea kantiana del hombre como fin en sí mismo tendría que constituir la antítesis de la del *homo economicus* que parece haberse convertido en el modelo de persona sobre el que se basa la ciencia económica que, a su vez, se ha extendido a muchas otras ciencias sociales (o a ciertos ámbitos de las mismas). El deber de tratar a los demás y de tratarnos a nosotros mismos como fines no parece, en efecto, compatible con ver en el hombre un maximizador de su propio bienestar, un egoísta racional. Pero esa oposición podría no darse en todos los planos. Así, mientras que la noción kantiana de persona lleva a Jiménez Redondo (siguiendo a Kant) a afirmar que “un orden de Derecho atendido al principio de libertad y al principio democrático habría de poder funcionar tanto en un pueblo de diablos como en un pueblo de ángeles”, puesto que “el Derecho libera a quien está sujeto a él de la necesidad de ser virtuoso”; una de las conclusiones que Félix Ovejero extrae de su análisis del *homo economicus* (*Ascenso y caída del homo economicus*) es que “la vida social, incluida la económica [y, por tanto, también la jurídica], resulta imposible entre *homines economicus*”, “una sociedad de egoístas racionales resulta económicamente imposible”.

¿Qué es lo que explica esta aparente paradoja? Pues simplemente que el análisis de Ovejero de esa noción es un análisis crítico, aunque la conclusión a la que llega no es que debemos descartar completamente esa idea de persona, sino que debemos matizarla. Su es-

tudio parte de mostrar cierta ambigüedad que puede encontrarse en la noción de *homo economicus*, puesto que la misma es susceptible de varias interpretaciones. La que a él le parece que es más precisa es la que consiste en entenderla como una teoría empírica que, en una de sus formulaciones (que aquí nos interesa porque se acerca al concepto jurídico de “ponderación”), vendría a decir que “ser racional significa tomar decisiones de acuerdo con el criterio coste-beneficio, es decir, realizar una actividad si y sólo si los beneficios son superiores a los costes”; definición a la que se añaden dos precisiones: las personas racionales conceden un gran peso únicamente a los costes y beneficios que les afectan a ellos (son egoístas); y las personas actúan eficientemente, de acuerdo con las aspiraciones y los objetivos que tengan en cada momento (se excluyen, pues, los objetivos a largo plazo; podríamos decir: los intereses).

Pues bien, Ovejero muestra de manera extremadamente clara y persuasiva (sintetizando la amplia discusión que sobre todo ello ha tenido lugar en los últimos tiempos) que esa idea de hombre es falsa y también inadmisibles. Es falsa, en la medida en que existen muchas pruebas empíricas de que los hombres no actúan siempre movidos exclusivamente por el egoísmo, y tampoco de manera racional (según la noción de racionalidad del modelo). Y no es deseable, porque, como antes veíamos, si los hombres fueran realmente así, al menos algunas de nuestras instituciones más básicas no podrían existir: ni el mercado, ni tampoco el Derecho. Sin embargo —esta es la conclusión a la que llega el autor— esas críticas a la teoría no significan que debemos abandonar completamente la noción de *homo economicus*. No deberíamos hacerlo, dado que es parcialmente verdadera (que no seamos egoístas en muchas ocasiones no quiere decir que seamos altruistas a tiempo completo), y que esa noción de comportamiento racional, aunque falsa descriptivamente, puede cumplir una útil función normativa: puede servir, al menos en ciertos casos, como ideal regulador de la conducta. Y aunque en el artículo no se hace referencia a ello, es

obvio que esa noción de racionalidad —de persona— es la que subyace al llamado *análisis económico del Derecho*, cuyas limitaciones teóricas obedecen precisamente a las razones expuestas por Ovejero: la teoría ofrece un modelo útil, desde un punto de vista explicativo y justificativo, en relación con muchas instituciones jurídicas; pero, por ejemplo en relación con el razonamiento justificativo judicial, la maximización de la riqueza, las razones económicas, pueden en ocasiones resultar derrotadas por otras que apelan a la equidad o a otros componentes de la justicia. Por lo demás, si esa noción de racionalidad la generalizáramos suficientemente y la viéramos en términos de un adecuado balance entre costes y beneficios, con lo que nos encontraríamos sería precisamente con la noción de ponderación que, como se sabe, para algunos juristas (o iusfilósofos) sería algo así como el principio último que rige todos los procesos de fundamentación jurídica.

El trabajo de Liborio Hierro, *¿Quién tiene derechos humanos?*, está, cabría decir, en la encrucijada trazada por los otros cuatro. No se ocupa del concepto de persona (o persona racional) sin más, ni de las personas en cuanto sujetos de derechos y de obligaciones establecidos por un Derecho positivo, sino de “quién debiera tener, en cualquier sistema jurídico, ciertos derechos moralmente muy importantes, es decir: quién tiene derechos humanos”. El autor defiende que *todos* los seres humanos y *sólo* los seres humanos son los titulares de esos derechos, pero eso supone haber resuelto de una cierta forma (aceptar lo que él llama “el prejuicio de la especie”) algunos casos marginales, que plantean problemas en los que se ha centrado en buena medida el debate ético (y jurídico) contemporáneo. La tesis defendida por Hierro es entonces la de que *no* tienen derechos entidades o individuos que pueden llegar a ser humanos (los fetos) o que han sido humanos (los muertos) o que se componen de seres humanos (los grupos) o que simplemente no son humanos (los animales, las plantas, la naturaleza); mientras que *sí* los tendrían (basándose precisamente en “el prejuicio de la es-

pecie”) los niños recién nacidos y los incapaces absolutos. Obviamente, la postura de Hierro se basa en una concepción general, filosófica, de las personas (como agentes morales libres e iguales) y tiene consecuencias evidentes en el campo del Derecho positivo, aunque menos radicales de lo que pudiera parecer a primera vista: por un lado, porque aunque no cabe hablar de derechos sin deberes correlativos, si que se pueden tener deberes no correlacionados con derechos, lo que permite fundar la existencia de deberes hacia los animales o hacia la naturaleza; y, por otro lado, porque aunque no se reconozcan genuinamente derechos colectivos (como derechos humanos o fundamentales) es posible proteger lo que a veces se denomina derechos de las colectividades, simplemente protegiendo el derecho de cada uno de los individuos que componen esa colectividad.

De todas formas, cabría pensar que el trabajo deja abiertos algunos problemas que, efectivamente, no tienen una fácil solución. Pues, aun aceptando la tesis de que la titularidad de los derechos morales (humanos) no puede extenderse “a ningún tipo de entidad individual o colectiva que no sea un agente moral o pertenezca a la misma especie que los agentes morales”, lo que parece que sigue siendo discutible es cuáles serían los rasgos que hacen que una entidad sea un agente moral. ¿Por qué no pensar que la dignidad —la personalidad moral— no es una cuestión de todo o nada y que, en consecuencia, podría atribuirse cierta dignidad a algunos animales (los primates superiores) a los que se reconocería así *algunos* derechos humanos (a la subsistencia, o a no ser maltratados), de manera parecida a como hacemos con miembros de nuestra especie, a los que reconocemos intereses, aunque carezcan de la conciencia de ese interés? La cuestión parecería especialmente pertinente si se tiene en cuenta que Hierro considera que los derechos humanos son derechos subjetivos y que, en la clásica polémica a propósito de los derechos subjetivos entre los partidarios de la teoría de la voluntad y del interés, él se alinea en este segundo grupo: los derechos subjetivos, para él,

no deberíamos verlos como poderes de la voluntad protegidos por el Derecho, sino como intereses jurídicamente protegidos.

El artículo de María Paz García Rubio, *La persona en el Derecho civil. Cuestiones eternas y algunas otras nuevas*, muestra cómo una buena parte de los cambios que han tenido lugar en el Derecho civil en los últimos tiempos tienen que ver con la evolución del concepto de persona, lo que no puede resultar extraño cuando el propio Derecho civil se autodefine (y la autora está de acuerdo con ello) como un Derecho de la persona: tanto en los aspectos patrimoniales como en los relacionales y afectivos. Pues bien, en los códigos civiles clásicos (incluido el español) la idea de persona se caracteriza, según García Rubio, por tres notas básicas: *funcionalidad*, de manera que la persona sería un centro de imputación de derechos y obligaciones; *abstracción*: sería un concepto puramente técnico —una abstracción— que abarca tanto al ser humano como a las “personas jurídicas”; y *patrimonialidad*: los preceptos dedicados a fijar el nacimiento y el fin de la persona persiguen propósitos estrictamente patrimoniales. Sin embargo, esa noción habría sido superada como consecuencia de cambios tanto normativos (declaraciones de derechos y constituciones “normativas”) como doctrinales; lo que habría cambiado sería que las personas (las personas físicas) no se ven ya como construcciones jurídicas, sino como un tipo de realidad o de valor (la dignidad humana) que preexiste al Derecho y que conforma (o debería conformar) las instituciones jurídico-civiles de una cierta manera. La noción de dignidad (o las razones que cabe esgrimir a partir de esa idea) es efectivamente la clave para resolver, entre otras muchas cuestiones, aquellas que tienen que ver con la maternidad subrogada, el derecho a la identidad sexual, a tomar decisiones sobre el propio cuerpo, el fin de la propia vida, la clonación o la investigación con células madre, los trasplantes, los límites a la capacidad de obrar y, naturalmente, con los llamados

derechos de la personalidad (honor, intimidad personal, propia imagen), que suelen considerarse como especialmente fundamentados en el principio o el valor de la dignidad. Todo lo cual plantea la necesidad de una labor de construcción conceptual de la noción de dignidad y de otras —menos abstractas— con ella asociadas, y quizás también —como en el caso del trabajo de Hierro— suscita la necesidad de configurar la dogmática jurídica y la teoría general del Derecho como actividades con funciones no meramente descriptivas, explicativas y sistemáticas, sino también normativas y valorativas.

Finalmente, José Antonio Ramos Vázquez (*En terreno de Dioniso: algunos apuntes sobre el concepto persona en el Derecho penal*) se ocupa de varios problemas que la noción tradicional de persona plantea en el campo del Derecho penal: la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la prohibición penal de maltratar animales y, de manera más incidental, la protección penal del feto y del cadáver humano, y la noción de no-persona en el llamado “Derecho penal del enemigo” de Jacobs (noción esta última que el autor considera directamente un sinsentido). Ramos es escéptico sobre la posibilidad de que se puedan llegar a aclarar las nociones de persona y de dignidad: “el término *persona* es confuso y sólo funciona en casos en los que no hay nada que discutir, mientras que oscurece no pocas cuestiones de interés para mi disciplina”, “el carácter de concepto *in progress* y paradójico de *persona* se exagera cuando lo mezclamos con *digno* o *sagrado* “. Y su propuesta parece consistir más bien en prescindir de esa noción: “*persona* o no significa nada o plantea límites de los que no es tan difícil que nos liberemos”. Lo que no queda claro es si existe alguna otra noción que, en su opinión, pudiera jugar el papel que, como hemos visto en los anteriores trabajos, desempeña la noción de persona. O si se trata, simplemente, de propugnar algo así como un escepticismo metodológico o conceptual radical.