



R. DI MARCO, *Diritti e “nuovi” diritti*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 384*

El filósofo italiano del derecho Rudi Di Marco ha publicado recientemente un estudio sobre el problema del fundamento del derecho y de los derechos humanos. Conocía del Autor su tesis doctoral sobre la autodeterminación y el derecho, obra que me sorprendió gratamente por su densidad, su profundidad y su método -si puede llamársele así- «metafísico», ni positivista ni idealista, que le llevó a una correcta determinación de la autodeterminación y a un posterior juicio crítico de la autodeterminación esgrimida como un derecho subjetivo.

Este nuevo libro: *Derecho y nuevos derechos. El orden del derecho y el problema de su fundamento a través de la lectura de algunas cuestiones biojurídicas*, posee una neta relación intelectual con el anterior, no sólo porque el planteo de Di Marco se origina en una concepción del derecho que le permite acercarse al entendimiento de los derechos, sino también porque los nuevos derechos tienen íntima trabazón con la ya estudiada autodeterminación.

En cuanto a lo primero: partir del derecho para arribar a los derechos, porque es evidente que, para el Autor, los derechos del hombre y/o todo derecho subjetivo se fundan en un concepto del derecho que podría decirse realista o clásico, la misma cosa justa, el derecho como participación de la justicia; y se juzgan, enjuician, desde la justicia y del bien humano. Diríase que es una perspectiva o visión «osada» en tanto cuanto contradice abiertamente el proceder ordinario de los juristas contemporáneos.

En efecto, los juristas de nuestros días, invirtiendo el proceder, van de los derechos al derecho, fundan éste (la norma positiva estatal, la voluntad legislativo o el ordenamiento jurídico) en aquéllos; y justifican los derechos en la persona humana, más concretamente en su libertad entendida como autonomía. Esto último no es accesorio o accidental, pues como en *Autodeterminación y derecho*, también *Derecho y nuevos derechos* Di Marco pone a la persona en el centro del problema de los derechos y del derecho.

Lo relativo al segundo aspecto, salta a la vista por lo ya dicho: desde el momento que la persona se define -como Kant- por su libertad dicha autonomía o autodeterminación, los derechos le vienen como anillo al dedo, son la consecuencia de su estatuto antropológico-jurídico, están anclados en su naturaleza de ser libre o autónomo. Por lo mismo, los

* Contributo sottoposto a *peer review*.

derechos humanos carecen de fronteras, siempre hay nuevos derechos porque habría sido descubiertas nuevas dimensiones de la autonomía.

Derecho y nuevos derechos -luego de unas «Breves consideraciones introductorias» (pp. VII-X)- tiene la siguiente estructura: el capítulo primero contiene algunas consideraciones preliminares acerca de «Persona, subjetividad y ordenamiento jurídico» (pp. 1-97); el segundo capítulo se dedica a la «Palingenesis de los “nuevos” derechos y eclipse del derecho. Crisis y paradojas del ordenamiento bajo el signo de la autodeterminación» (pp. 99-204); el capítulo tercero versa sobre el problema en los problemas: «Una lectura al margen de los nuevos derechos, más allá de su fenomenología» (pp. 205-324); a este capítulo siguen unas reflexiones a modo de conclusión: «La voluntad y la regla: ¿qué derecho?» (pp. 325-340). Finalmente, un apéndice estudia la situación de los derechos en el marco normativo de la pandemia por el COVID-19 (pp. 341-359). Cierra el libro un índice de los nombres citados (pp. 361-364).

Di Marco nos invita, en el capítulo I, a profundizar el problema del ordenamiento jurídico (moderno) y de la persona. Es obvio al derecho que la persona -a la cual atribuye capacidad jurídica- no es una cosa, pues desde siempre a ella se le reconoce la libertad y se la entiende de su naturaleza racional (Severino Boecio).

Dando muestras de erudición jurídica, al igual que de sapiencia metafísica, Rudi Di Marco, pone en tela de juicio, revisa y rectifica, la idea positivista que disocia sujeto (subjetividad) de persona (personalidad), y persona del titular de capacidad jurídica (sujeto de derecho). El problema es tanto teórico como práctico, porque la definición de lo que la persona es en términos teóricos redundante en la delimitación del sujeto de derecho.

Como se anticipa, el inconveniente más arduo desde el ángulo del bioderecho, es el del embrión humano en el vientre materno, que arrastra el de su protección o, al contrario, del denominado derecho al aborto. El análisis del Autor es brillante: doctrina de los juristas y decisiones judiciales, categorías jurídicas y biológicas, consecuencias morales y para el derecho, son sopesadas para alcanzar la conclusión según la cual el ser persona es inseparable de la existencia. Y este es el fundamento de su tutela jurídica.

Luego, el enjuiciamiento del llamado «daño de nacimiento», lleva al Autor a reparar en la relación subjetividad/personalidad en el marco de un conflicto de derechos: ¿hay persona sin subjetividad y, por lo mismo, el embrión carece de ella? El ser por nacer, ¿es persona pero no sujeto y por tanto incapaz de derecho? ¿Se trata de una capacidad jurídica provisoria o condicional?; esa capacidad ¿está sujeta al accidente del nacimiento?

Como se ve, todas estas preguntas -y sus respuestas- llevan de lleno a la noción de los «derechos», que pone al positivismo jurídico en aprietos y contradicciones, que Di Marco señala con agudeza. Remediar unos y eliminar las otras, demanda concentrarse metafísicamente en la naturaleza del ser humano, que le da la calidad de sujeto y funda su capacidad jurídica, el *status iuris* que lo distingue de las cosas y que es la expresión de su dignidad (p. 79). A partir de aquí el Autor despliega la concepción clásica de la persona humana, única capaz de solucionar las aporías positivistas y remediar las contradicciones del ordenamiento jurídico.

Entendida, entonces, la capacidad jurídica como cualidad de la persona (*status*) antes que como derecho subjetivo reconocido positivamente (*facultas agendi ex norma agendi*), está abierta la consideración de «los nuevos derechos», que Rudi Di Marco encara en el capítulo II. Pues, efectivamente, retomando consideraciones anteriores expuestas en su tesis doctoral, el Autor entiende que en la concepción del derecho subjetivo es vital la autodeterminación.

Pero no debe creerse que se ha hecho una síntesis de la obra primera; por el contrario, Di Marco nos ofrece una perspectiva de la autodeterminación desde ángulos privados y públicos, en juego con los conceptos de la igualdad y la libertad -ambas en sentido moderno, esto es, absolutas- para mostrar cómo operan en el seno de los derechos inviolables del hombre. Se vale, nuevamente, de resoluciones judiciales y de la doctrina hodierna; recorre las ideas de los autores capitales en la formación de la autodeterminación y/o autonomía (de Hobbes a Kant, de Locke a Hegel, sin olvidar a Rousseau, etc.); recuerda clásicas declaraciones de derechos; retiene la deriva y el vaciamiento de la persona en el personalismo; y mucho más. Todo lo cual da cuenta de este renacimiento o palingenesia de los derechos, anclados ya no en la persona -que ha precisado anteriormente- sino en la voluntad entendida como autonomía, como «autoquerer», que es lo mismo que la libertad, la absoluta autodeterminación del querer, la libertad negativa.

Que no es un examen que podría calificarse de «abstracto», sino que tiene «consecuencias prácticas», lo demuestra Di Marco con el análisis de ciertos derechos nuevos en los que está en juego, por caso, la responsabilidad materna (el aborto, ejemplarmente); también la paterna (las nuevas modalidades de fecundación no uterina); la identidad de género y los derechos de carácter sexual; el divorcio y otras reformas del derecho de familia; etc.

El capítulo III se inicia con el referimiento del caso «Alfie» en el que la justicia de Inglaterra decidió autorizar la suspensión de toda ayuda necesaria para mantener con vida a un menor que requería de asistencia especial para alimentarse, hidratarse, respirar, etc. Lo que está en juego en este caso, que no es mero supuesto, va más allá de las interpretaciones utilitaristas (interés del menor vs. interés del mayor número), porque se trata no sólo la justificación (justicia) de la eutanasia, sino, además, de la potestad paterna, en conflicto con la autoridad del Estado, y con el mismo «bien humano» -el de la persona como sujeto de derecho- de cara a la mentada autodeterminación.

Rudi Di Marco examina todos esos ángulos, porque así compete tanto a la bioética como al bioderecho; y lo hace con sentido común, embebido de la metafísica clásica ya expuesta, considerando el bien que es la salud humana y las diversas respuestas o definiciones de ella, poniendo sobre el tapete algunos institutos hodiernos (los protocolos médicos, el consentimiento del paciente, etc.)

Difícil es en esta nota crítica -ya de por sí extensa- compendiar los variados incisos y las diferentes aristas que suscita la cuestión y que el Autor ha ido tratando generosa y pacientemente. Se trata de un estudio tan diligente y preciso que solo él vuelve plenamente valioso el libro. Pero que, además, permite captar la mente jurídica (el espíritu) de Di Marco: comprensiva, realista, abierta a la experiencia que resulta de la aprehensión atenta a la

vida cotidiana, integradora de los más diversos aspectos de la realidad jurídica (técnicos, morales, políticos, etc.), todo lo opuesto a aquello que Hans Kelsen pretendía de un jurista «puro». Porque los problemas del derecho -los prácticos y los teóricos- no son únicamente los que emanan de la norma positiva.

Lo dicho nos trae a la conclusión: el derecho está tironeado, dividido, entre «la voluntad» (la del Estado, no menos que la de los individuos) y «la regla», que va más allá de la *lex posita per la voluntad*. Tema central, desde siempre, de la filosofía del derecho y de la política. Problema candente, actualísimo, de cotidianas secuelas en las vidas personales y comunitaria. Se trata de la débâcle del positivismo frente a la experiencia jurídica y un llamado a la recuperación del iusnaturalismo, del derecho en sentido clásico. El breve análisis que el Autor hace de la situación de la persona bajo las normas restrictivas durante el COVID-19 son un ejemplo más que elocuente de esa tensión estructural en el seno del positivismo jurídico.

Concluye acá nuestra crítica. Sólo dos palabras más. Del Autor, Rudi Di Marco, debo reconocer no sólo su extraordinaria formación de jurista sino también su valentía para no escapar a la responsabilidad del hombre de derecho, que no se paga de artificios técnicos o palabras a media. Del libro, no puedo sino recomendar su lectura y su estudio, pues a la excelente factura y la erudición ya referida, se ha de agregar su enorme actualidad, su preocupación por los problemas tanto como por las soluciones.

Juan Fernando Segovia