

El derecho humanista y los derechos humanos

por el Académico de número

EXCMO. Sr. D. ANTONIO PERPIÑA RODRIGUEZ (1)

I

Es muy frecuente —acaso lo más frecuente—, cuando se habla de los “derechos humanos”, no reprimir ni ocultar una clara proclividad hacia la consideración enumerativa de los mismos, con postergación de la perspectiva definidora; como si se diese por supuesto que la cuestión de *qué son* esos derechos es clara y conocida, mientras que resulta más oscura y propicia a dudas y discusiones la de delimitar *cuáles son*. Desde luego, en el mundo del pensamiento y de las realidades sociales, la que hemos llamado consideración enumerativa debe primar sobre las definiciones, porque, por lo común, éstas son vagas e indefinidas, apenas si definen algo concreto, en tanto que la determinación de las variedades específicas y concretas que entran en los conceptos generales es lo que da operatividad a éstos, lo que les saca de las puras abstracciones y lo que acaba por interesar de verdad; incluso sirviendo para los propios fines definidores más eficazmente que las fórmulas generales. Pues bien, aunque, en principio, todo eso sea verdad, sin embargo, creemos que en el tema de los derechos humanos se invierten las cosas y, repetimos, es más

(1) Colaboración presentada en 1-X-1977.

interesante estudiar *qué* son que *cuáles* son. La razón para ello es, por lo menos, doble. Por una parte, y a pesar de que aparentemente la noción de “derecho” es clara y de significación ampliamente compartida por diversas escuelas e ideologías, así como por el uso constante que se hace del término (pudiendo establecer una correlación entre el número de veces que se usa y su comprensibilidad), lo cierto es que las cosas no pintan tan optimistamente. Baste advertir que el mismo vocablo se aplica a conceptos tan distintos como los de Derecho objetivo y Derecho subjetivo, o a los de Derecho natural y Derecho positivo; existiendo dentro de cada uno de estos dos pares conceptuales múltiples versiones e interpretaciones. Hace dos siglos que Manuel Kant afirmaba que “todavía los juristas buscan una definición del Derecho”. Y bien ¿podría asegurarse sin reservas que la advertencia no conserva ya su validez? ¿Y qué diremos de la idea que se forman de lo jurídico los no especializados en su estudio, teniendo a veces, pese a ello, su parte de razón? Añadamos que la misma expresión “derechos *humanos*” suscita de suyo alguna inquietud, porque ¿es que no todos los derechos son humanos? Esto es algo más que un juego de palabras. Y, por otra parte, el aspecto enumerativo está ya realmente demasiado trillado para necesitar nuevos pases que nos den el grano limpio de la cuestión. Sin remontarnos a la Carta Magna, ni siquiera al *Bill of Rights* de 1689, ni a los documentos generales de independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, diremos que la célebre Declaración francesa de 1789 no fue la primera tentativa de enumeración sistemática, pues quizá esa prioridad habría que concedérsela a la Constitución de Virginia de 1776. Sea como fuere, desde fines del siglo XVIII hasta la Declaración *universal* de los derechos del hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su sesión de 10 de diciembre de 1948 (1) —en que no ha parado todo, pues siguen los ensayos de tablas de derechos—. Sea como fuere, decimos, la verdad es que en los textos constitucionales, en muchos escritos doctrinales y en numerosas reuniones y congresos nacionales e internacionales, escritos o celebrados durante dos centurias, los hombres han pergeñado cientos y miles de tablas de derechos humanos, sin contar la Declaración de derechos del pueblo trabajador y explotado (Rusia, 1918), en que el *humanismo* de la fuente originaria (derechos del *hombre* y del ciudadano) quedó recortado en el *obrerismo* o pseudoobreris-

(1) Este “universalismo” formalmente declarado nos va a salir muy parecido al tácitamente implícito del Derecho natural, de que hablaremos luego.

mo bolchevique. Tantas tablas enumerativas, tantos documentos justificativos y explicativos, llegan ya a abrumar, máxime cuando en el fondo (como no podía ser menos) la reiteración y la retórica han llegado al paroxismo. Ortega y Gasset, con la rotundidad y concisión que le caracterizaban, nos enseñó que “la retórica es el cementerio de las realidades”. El panorama que presenta el mundo, con su verbal glorificación mundial de la democracia después de 1945 (y en España tras el 20 de noviembre de 1975), acompañada de los más reiterativos y pomposos elogios de esa forma política —cuya crisis se remonta a 1914— autoriza a recordar en este trance el pensamiento orteguiano. Pero nosotros no vamos aquí a contar uno por uno los cadáveres que van llegando al cementerio de la vida político-social con la ficha individual de “derechos humanos”, sino que pretendemos desvelar que especie de la fauna sociopolítica es la que se está extinguiendo, en general.

II

Puesto que nos hemos referido ya a la dualidad Derecho objetivo-derecho subjetivo (el nombre propio lo escribimos con minúscula en el segundo término del binomio por razones que muy pronto se verán), conviene empezar puntualizando en qué casillero de ambos deben ubicarse los “derechos naturales”, aunque ya la misma grafía de la minúscula que utilizamos prejuzga su clasificación. Derecho objetivo es un conjunto de normas ideales que regulan la conducta humana de cierta manera (*norma agendi*); derecho subjetivo es una facultad o facultades que se reconocen a los individuos dentro y en virtud del sistema objetivo anterior (*facultas agendi*); yendo por supuesto que también la facultad de exigir una cierta abstención de los demás implica un derecho. En el tema que se nos propone se alude a facultades o potestades individuales, no a sistemas normativos abstractos; pero en esta línea el problema general de los derechos humanos presenta ya dos posibles dificultades o puntos de controversia.

El primero de ellos se resuelve dentro de su misma dicción: derechos *humanos*, es decir, algo específico del hombre y sólo de él. Aquella generosidad de Ulpiano, que extendía el campo de lo jurídico al mundo animal (*ius naturale est quod natura omnia animalia docuit*) debe ser rechazada desde luego. El “derecho a la vida” de los animales en vía de extinción, el “derecho a la libertad” de los sometidos a domesticidad, etc., únicamente pue-

den ser expresiones metafóricas, ya que los seres irracionales no tienen ni razón ni libertad (Suárez, *De leg.* lib. I, cap. III, 7). Cualquier declaración o exigencia de las sociedades protectoras de animales en ese sentido deben entenderse con valor jurídico en cuanto el atentar contra los “derechos” de los animales implique un ataque contra la sensibilidad, intereses o conveniencias de los hombres, incluso a sus ideologías más profundas, como la sacralidad que protege la vida de las vacas en la India. Volviendo a Suárez, podríamos insistir en que lo que los hombres tienen de común con los animales (y en tal sentido podría fundamentar algunos derechos naturales de éstos) es la “naturaleza sensitiva”; pero la ley natural —y los derechos de ella deducidos— “no se regula por la conveniencia a la naturaleza sensitiva, sino a la racional” (ob. cit. II, XVI, 3). Esta digresión nos lleva a ciertas conclusiones. En primer lugar, si los derechos y deberes se atribuyen a los hombres, y solamente a ellos, no hay más que “derechos humanos”. La inclusión en alguna tabla o catálogo de los animales como titulares de protección jurídica no depende de exigencias de las bestias. No se da en consideración a ellas mismas, sino del respeto que debemos a posibles sentimientos y estimaciones de otros hombres; como podemos reclamar el respeto a los bosques, al paisaje, etc. Las normas que puedan amparar a las cosas irracionales por ellas mismas quizá tengan entrada en el registro de la moral; los “derechos” zoológicos o fitológicos no entran en la ideología fundamental de los derechos humanos. Por otra parte, esa misma idea nos dice ya que, en todo caso, las normas de respeto a lo irracional no pueden dimanar de ninguna *naturaleza permanente y eterna* (por lo menos, si son normas jurídicas), sino de *imperativos culturales y axiológicos* supeditados a las valoraciones de los pueblos a lo largo de la historia.

Pero sin abandonar la referencia a lo irracional, cabe deducir de todo eso una conclusión de la máxima importancia a efectos de organización de la convivencia humana. *En los cimientos mismos de cualquier doctrina o enumeración de derechos humanos yace el principio inviolable de que en los deberes correlativos nada, absolutamente nada que sea objeto o animal irracional puede primar, como objeto de protección e inviolabilidad, sobre el ser humano.* Maravillosamente ha expuesto esa idea Gustavo Radbruch al contraponer el “transpersonalismo” (o culturalismo) de Treitschke, según el cual “una estatua de Fidias vale por toda la miseria de los millones de esclavos de la antigüedad”, al *individualismo* humanista implícito en el supuesto de que el hombre es el supremo valor sobre la Tierra, él mismo y no sus

obras, por excelentes que puedan parecer, la humanidad y no la cultura. Eso es lo que han de venir a salvaguardar las tablas de "derechos humanos" y no la conservación de los museos. La contraposición abierta y descarnada de retórica entre el individualismo humanista y el transpersonalismo culturalista se manifestó hace ya tiempo cuando alguien presentó la aporía de si en caso de incendio no hubiera más remedio que salvar un niño o la Madonna sixtina de Rafael, sacrificando uno u otra, ¿qué "bien" debería predominar como portador del supremo valor? Añádase que, siguiendo a Radbruch, podría abrirse otra alternativa, individualismo o transindividualismo, presentando la opción entre libertad y poder. Bien advertido que no se trata del problema *político* que lleva a diversas formas de gobierno y empuja a ideologías opuestas (izquierdas y derechas), sino de una cuestión eminentemente *filosófica*. Queremos decir que como el poder no es una realidad existencial equiparable al ser humano, como además en esa opción lo que viene a compararse es, de un lado, todos los hombres, con su libertad y, de otro, los hombres que tienen poder, la cuestión planteada ahí es si éstos (en el grado culminante los grandes hombres) *valen más* que los humildes y si éstos deben sacrificarse a aquéllos. La respuesta, dentro del humanismo auténtico, debe ser similar al interrogante abierto por la tesis culturalista: todos los hombres son iguales, valen lo mismo en el trance de suprema decisión, y las preferencias que puedan ser indispensables (quién ha de sacrificarse a quién) sólo pueden justificarse por razones circunstanciales, no esenciales. Si un niño no debe sacrificarse a un cuadro, por grandioso que sea, tampoco hemos de ofrecer sacrificios humanos a los Moloch del poder.

En resumen, esto es lo que tenemos que afirmar inicialmente: *el pluralismo de los derechos (subjetivos) humanos encuentra su fundamento necesario y suficiente en el derecho (objetivo) humanista*. Pero esto nos lleva a puntualizar en qué consiste este último.

III

El Derecho objetivo es siempre (sea natural o positivo) un conjunto de normas. Como maravillosamente teorizó Max Scheler, las normas y su fuerza vinculativa descansan en los valores. Y el valor que tenemos ahora presente es el hombre mismo y su dignidad, el humanismo, como tenemos dicho. Cuesta trabajo a veces definir

en qué consiste esa idea, como idea de valor. Para nosotros, el humanismo no es necesariamente el movimiento renacentista en que subyace una cierta contradicción de Dios, del Dios medieval, como “reivindicación perpetua” o como “producto del orgullo” (F. Barudel) en oposición a todo lo que no sea el hombre. En realidad, el máximo humanismo se encuentra, sin duda, en la doctrina de Jesucristo, donde después del “amar a Dios sobre todas las cosas” se coloca el “ama a tu prójimo como a ti mismo”; supuesto que *l’amour de soi* es la primera exigencia que el hombre normal se impone (2). Los derechos humanos, apoyados en el Derecho humanista se han proclamado decididamente por la democracia y aun por el socialismo (por el socialismo democrático); pero una y otra doctrina político-social no hubieran existido seguramente sin el precedente y fuente inspiradora del cristianismo. La democracia coloca al hombre como supremo valor, *sic et simpliciter*; al secularizar la idea cristiana destituye a Dios de ese rango. El cristianismo coloca al hombre como supremo valor *sobre la tierra*, respetando el superior derecho de Dios —si puede hablarse así—. Quizá sea, pues, exagerado decir, como Séneca, *homores sacra homini*; pero no lo es establecer como supremo imperativo en la convivencia humana el respeto a la dignidad de la persona del hombre, de la que dice León XIII en la *Rerum Navarum* “el mismo Dios dispone con gran reverencia”. ¡Como si sobre la cabeza de Dios gravitara la tabla de los derechos humanos con idéntica fuerza que la que El impuso en sus tablas de los diez mandamientos!

Sentado que el sumo valor que sirve de canon general a las normas del Derecho objetivo humanista es el que hemos descrito sucintamente, y no ninguna interpretación intelectualista o culturalista —ya que se trata de algo eminentemente ético—, es preciso aclarar un equívoco muy difundido actualmente que puede llevar a confusión, el del “humanismo marxista”. Los países comunistas han suscrito la Declaración universal de los derechos humanos, la Carta de Helsinki, y han colocado en sus constituciones preceptos análogos o iguales a los que han venido formando la parte dogmática de las constituciones democráticas. Al propio tiempo, esos países se pronuncian abierta y oficialmente como adeptos al marxismo... ¿Quiere decirse que su aceptación de los derechos humanos tiene precisamente su causa y origen en el humanismo marxista? A nuestro juicio, no, sencillamente porque Carlos

(2) Por eso, no es de extrañar que los descontentos de sí mismos, los frustrados y resentidos, aquellos a quienes molesta su “yo” y le odian, vengán a ser con frecuencia los que “odian al prójimo como a ellos mismos”.

Marx no fue humanista en el sentido que más arriba hemos definido. La cosa nos parece tan clara, después de leer sus obras y de examinar su vida y sus hechos, que únicamente una extraña aberración teórica y una “cuquería” práctica pueden explicar la tesis contraria. La aberración teórica procede singularmente de los jesuitas franceses, con I. Calvez a la cabeza; la cuquería práctica de los comunistas activos, que, con Santiago Carrillo a la cola, quieren cotizar en la bolsa de la conciencia mundial su “humanismo” para hacer que suba el número de sus votos.

Es bien conocida la gran polémica entre los que se pronuncian sobre la existencia de los dos Marx, el joven —más o menos humanista— y el maduro —el de *El Capital*— donde el hombre se esfuma tras el proceso inexorable de las fuerzas productivas; y, de otro lado, los que, contrariamente, opinan que en la línea de pensamiento de Marx hay perfecta continuidad y que sus escritos de madurez no hacen más que desarrollar las ideas contenidas en sus obras de juventud. En esta última postura comulgan H. Lefebvre, A. Schaff, Mondolfo, Fromm, Goldmann, Avineri e, impartiendo su bendición, el Padre Calvez; entre los del parecer opuesto, o sea partidarios de los dos Marx, destacan Raymond Aron, Bottomore, Gurvitch, etc. Nosotros nos hemos pronunciado ya expresamente sobre el particular (3), precisamente en pro de este último dictamen. *El marxismo como tal, como doctrina consistente y madurada, no es humanista*. Aparte las múltiples razones expuestas en el trabajo citado y las muchas más que aducen los autores que se mueven en la misma línea de pensamiento, procede argüir; primero, que la teoría marxista (la concepción económica de la historia) no se mete en disquisiciones sobre el “valor” del hombre; si acaso, lo posterga, olvida o aniquila en la trama de un estructuralismo puramente objetivo. Segundo, incluso en su época juvenil, es decir, cuando aún no era marxista, sus proyecciones intelectuales hacia la tesis auténticamente humanista difícilmente pueden llegar a merecer ese calificativo. Sabemos que el humanismo es concepto equívoco y ambiguo, que caben muchas interpretaciones de él; más, al menos, el que sirve de fundamento a la doctrina de los derechos humanos subjetivos se compagina muy mal con el que Marx deja entrever a veces a través de las jergas hegelianas y feuerbachianas, matizadas por objetivismos deshumanizadores o por materialismos que llevan a idéntica deshumanización. En el positivismo comtiano de su época puede hallarse seguramente una base huma-

(3) *El humanismo marxista*. Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, número 44, 1968.

nista, en cuanto el autor del *Cours de Philosophie positive* trata de salvar al hombre dejando aparte la redención cristiana y volviendo al hombre a través de la inteligencia, de la ciencia. Como se ha repetido, no hay contradicción en afirmar que Comte, a la vez que positivista, era *idealista*, y en tal respecto puede acostarse a un humanismo secularizado; pero resulta contradictorio que una teoría *materialista* pretenda adoptar análoga postura negando la esencia (o diferencia específica) del hombre: su espiritualidad, que es piedra angular de cualquier derecho a un Derecho humanista. Si en Comte el *homo religiosus* cede el puesto al *homo positivus*, capaz todavía de esa aspiración, en Marx ya no cabe tal cosa. Estamos en el mismo plano que el novelista Emilio Zola, que condena a muerte al hombre *metafísico*, para transformarlo plenamente en hombre *fisiológico*. Y una pura fisiología o una mera secreción externa de la materia (como es para Marx la humanidad) no puede pretender en modo alguno ser considerada como *res sacra*.

Permítasenos prolongar todavía un poco esta digresión sobre el marxismo, ya que estando de máxima actualidad la doctrina de los “derechos humanos” la actitud que adopten los numerosos países que invocan el nombre de Marx como inspirador primordial de su política, ha de ser tenida especialmente en cuenta, justamente para analizar sus posibles supuestos humanistas. Ahora queremos referirnos especialmente a un prestigioso y ortodoxo autor, Louis Althusser, encuadrado inicialmente sin vacilación en la línea de los “dos Marx”. Althusser llega a asegurar que el humanismo “es un mito de la ideología burguesa; el marxismo-leninismo no puede *partir* del hombre” (4). El humanismo es ideología antiproletaria, burguesa (ob. cit., págs. 93-96). Como ya tenemos dicho en otra ocasión, el marxismo vino a representar justamente la “deshumanización” del socialismo originario, al borrar el lema de la Liga de los Justos, “todos los hombres son hermanos”, por el de su sucesora, la Liga de los Comunistas: “proletarios de todos los países, uníos”. Desaparece el hombre como objeto de redención y le sustituye el proletario (5). Tiene, pues, razón Althusser. Ahora bien, éste no podría por menos de observar que en nuestros días la tesis del humanismo marxista supone muchas bazas a favor del comunismo y, por ende, se ha creído obligado a defender la política de la U.R.S.S. en ese terreno. Existe, dice en otro lugar, un “humanismo de clase” o

(4) *Respuesta a John Lewis*. —Marxisme today, X y XI-1972, págs. 36 y 37.

(5) A. Perpiñá, *El socialismo como presente, como futuro y como futurible*. Revista de estudios políticos. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976, p. 169 ss.

“humanismo proletario” (absurdo lógico y ético que quiere darnos *pars pro toto*, una parte de la humanidad por toda ella); pero eso, añade, ha sido superado ya en la U.R.S.S. al implantar el socialismo, donde ya no hay distinciones de clase y en que todos son tratados como personas. Y, en resumen, viene a haber dos humanismos socialistas, dos fases en la realización de esa idea: el *humanismo de clase* (el antiguo marxista, vigente aún incluso en China) y el *humanismo de la persona*, logrado ya en la Unión Soviética (6). Después de rechazar, como ya hemos hecho en el paréntesis anterior, el primero de ambos, hemos de decir sencillamente que ni en Rusia se han extinguido las clases, sino que sólo ha habido una revolución que ha creado una estructura clasista y jerarquizada nueva (con lo que, todo lo más, habría un pseudohumanismo burocrático), ni existe rastro alguno de que la vida política real soviética se desenvuelva según los cánones de un Derecho objetivo humanista sostenedor de derechos humanos subjetivos. En suma, si el comunismo se pretende humanista, ha de probarlo con hechos, no con malabarismos dialécticos; y, cuando lo pruebe sin dejar de ser comunista (lo que no es una imposibilidad metafísica), será porque ha superado el pensamiento de Marx, del Marx “maduro”, embarcado en análisis sociológicos jurídicamente asépticos, y también del Marx “joven”, que propiamente no se preocupó de derechos humanos y que fue un escritor que asesinó a su “pensamiento juvenil” en *Ideología alemana*. En vano los resucitadores de aquel modo de pensar (por lo demás, bastante deshumanizado, entre el materialismo y el objetivismo transindividualista de que se empapa) intentan ahora invocar sospechosamente un humanismo marxista. Lo mejor sería que callaran sus equívocos argumentos y que los marxistas prácticos —los que hacen la política, no los que escriben sobre ella— se encargaran de demostrar con hechos la convivencia entre marxismo y derechos humanos.

Como aquí no hacemos política, sino que, modestamente, aspiramos a exponer las cosas como son (o como nos parece que son), hemos de decir, de un lado que, como ya insinuábamos más arriba, no negamos *a priori* la imposibilidad histórica de un humanismo comunista desmarxistizado, siquiera se trataría de un humanismo secularizado, tal como se nos promete en el eurocomunismo; y, de otro lado, que análogamente a como hace falta que las declaraciones socialistas se vean realizadas en alguna parte

(6) *La revolución teórica de Marx*. Siglo XXI ed., s. a. Buenos Aires, 1972. capítulo 7.º.

para merecer credibilidad, es preciso que las “declaraciones de derechos”, tan prodigadas por los países demoliberales del mundo occidental, tengan más vigencia que la que actualmente llevan. En los Estados comunistas y subdesarrollados, los derechos humanos forman parte de sus constituciones a título meramente *semántico*, como diría Loewenstein, es decir, como un disfraz que no corresponde al auténtico convivir de los hombres; en los países capitalistas tampoco son *normativos* (o sea como normas que se cumplen de hecho), sino solamente *nominales*, que se cumplen en parte y tratan de remodelar la vida política de acuerdo con sus pautas ideales.

IV

Cuanto venimos diciendo, plantea dos grandes problemas que queremos tratar de resolver aquí: el de las relaciones entre el Derecho objetivo y los derechos subjetivos y el de las que existen entre el Derecho positivo y el Derecho natural —o entre los derechos subjetivos de uno u otro rango—. Empecemos por el primero.

¿Qué es antes, el Derecho objetivo, la norma, o el derecho subjetivo, la facultad? La concepción clásica iusnaturalista se inclina por la preeminencia y preexistencia del o de los derechos subjetivos: son éstos los que existen, los que *son* antes de la aparición de las normas que los consagran. Son un hecho prenормativo que justamente impone el establecimiento de ciertos sistemas de regulación. *Ex facto oritur ius*, podrían decir, como los romanos, los autores que así piensan. Pero no era así en la genuina acepción romanista, o sea dentro del *espíritu del Derecho romano*, tan maravillosamente estudiado por Rodolfo von Ihering y tan alejado del Derecho natural, que no pasó de ser un trasplante de origen helenista, rechazado por el espíritu del Derecho del pueblo rey por el cuerpo de su vida política. Para los romanos, verdaderamente, el Derecho procedía del hecho con arreglo a principios pragmáticos de conveniencia, no según principios éticos de moralidad. El Derecho romano era “racional”, ¿qué duda cabe! ; pero no se inspiraba en la *recta ratio*, sino, más modesta y humanamente, en la *naturalis ratio*, esto es, en el “cálculo natural”, “el cálculo que tiene en cuenta la naturaleza de las cosas, que deduce el principio jurídico a base de la naturaleza de las cosas (*rerum natura*), de la relación dada entre las partes”; pero ese cálculo que lleva a un principio racional,

según el entendimiento de los hombres, está supeditado a lo que diga el Derecho positivo: *nisi lex specialis aliud induxit*, afirma el propio Ulpiano (D. 1, 5, 25) (7). De ello se infiere que para los romanos los derechos subjetivos procedían de los hechos únicamente a través del Derecho objetivo, es decir, de las normas instrumentadas al efecto por los hombres. Ese es el auténtico significado del *ex facto oritur ius*: no que exista un hecho normativo preestablecido que configure de suyo las normas objetivas, sino que las exigencias de la vida misma, la “naturaleza de las cosas” recomienda unas pautas que, a su vez, engendran facultades de exigir racionalmente concedidas.

Las facultades de exigir sólo pueden existir después y como consecuencia de la vigencia de las normas jurídicas objetivas que las establecen y sancionan. Sin éstas no son nada jurídico. Antes del Derecho humanista las libertades individuales son sólo algo psicológico o antropológico, algo de puro hecho. Rotundamente expone este pensamiento Jorge Jellinek cuando escribe: “Todo derecho subjetivo atestigua la existencia de un ordenamiento jurídico por el cual es creado, reconocido o protegido en mayor o menor medida. Cualquier *querer, poder o tener* de los hombres es elevado, por medio del Derecho objetivo, de la esfera de los sucesos naturales de la vida a la de las acciones y hechos jurídicos. Concebir el derecho subjetivo como algo originario, que deriva de sí mismo su autoridad y valor, supone nada más que sustituir el hecho por el derecho” (8). Insistimos una vez más: la libertad es un hecho, y el derecho subjetivo de libertad se deriva de ese hecho sólo mediatamente, pues viene engendrado directamente por y a través el Derecho objetivo liberal que sanciona el respeto a esa libertad.

Como lo anteriormente dicho puede conducir a escándalo por apoyarse particularmente en una cierta versión del espíritu del Derecho romano y en el parecer de un autor positivista, hemos de reforzar nuestra idea. De un lado, no se olvide que el sistema jurídico de Roma no fue un cuerpo ético de reglas, sino el “egoísmo organizado” (Ihering), un perfecto Código de circulación para transitar racionalmente por la vida colectiva, tal como se concibió por los romanos (que no fueron un modelo de virtudes cristianas), y no fue un catecismo valedero como camino

(7) Como la ciencia debe superar la frivolidad cronológica de las modas, nos permitimos la referencia a un trabajo ya antiguo, pero pleno de sabiduría: *Naturalis ratio et Droit classique romain*, de J. de Korchembahr-Lyskowski (*Studii in onore de F. Bonfante*. Milán, 1930, vol. III, págs. 469 y siguientes).

(8) *Sistema dei diritti pubblici sobbiattivi*. Trad. ital., Milán, 1912, pág. 10.

de salvación. Ahora bien: ¿qué Derecho positivo, de los que en el mundo han sido, no vino a tener el mismo significado? Pero con esto rozamos el problema del Derecho natural *versus* Derecho positivo, o viceversa, que trataremos en el siguiente apartado. Por otra parte, para reforzar la opinión “positivista” de Jellinek, podemos pedir ayuda a otro escritor nada sospechoso, nada menos que al Padre Francisco Suárez. Nos habla el Doctor Eximio de la ley natural (9) y razona: esta, según algún autor, es la naturaleza racional en sí; “pero la misma naturaleza racional es una esencia, y no manda ni prohíbe, no es ley (ibid., 3). La necesidad del pobre, agrega, es el fundamento de la obligación de dar limosna, no es la ley de la limosna. La ley no es “medida de los hechos”, sino “regla de acción”. Así, pues el deber de la caridad y el correlativo “derecho” solamente existen por y en cuanto *antes del hecho o simultáneamente con él, nunca después del mismo*, existe una ley que los establece, ley que no deriva de las cosas y su naturaleza, sino de una Voluntad que los ha estatuido. Y hemos escrito Voluntad con mayúscula para referirnos sin más trámite a la divina. Dios creó la naturaleza humana, pero con esa simple creación no habría derecho de libertad, el cual nace del Derecho natural objetivo que, a su vez, tiene su soporte y raíz en la voluntad de *Dios legislador*, sin cuya voluntad y mandatos no hay legislación ni derechos.

V

Insensiblemente nos hemos ido deslizando hacia el segundo problema que anunciábamos más arriba, al de las relaciones entre el Derecho natural y el positivo, siempre en conexión con el tema de los derechos humanos. ¿Se trata aquí de “derechos naturales”, es decir, concedidos y dispensados, según nuestra opinión anterior, por el Derecho objetivo natural? O bien ¿se trata de simples *derechos públicos subjetivos* creados y sancionados por el Derecho positivo?

Dos contestaciones pueden brotar espontáneamente y de signo opuesto. De un lado, parece que si las declaraciones de derechos no constan expresamente en textos positivos y, lo que es más importante, no rigen normas positivas que garanticen su efectivi-

(9) Nos habla de la “ley” natural y, al mismo tiempo, del “Derecho” natural. La palabra ley “se toma a veces como colectivo para designar algún orden total o estado de leyes; y así, ley natural se llama a toda la colección de los preceptos naturales” (*De legibus*, libro II, cap. V, 1).

dad, ni son derechos ni son nada, salvo mera retórica. De otro lado, parece claro, contrariamente, que unos principios a que se concede tanta importancia y fuerza no deben quedar abandonados pura y simplemente a la buena voluntad de los legisladores y de los gobernantes, sino que han de sacar su vigencia de sí mismos, como derechos naturales que son, anteriores a toda consagración positiva. La *terminología* al uso conduce a esta segunda posición: es del Derecho natural humanista de donde deriva la autoridad de los derechos humanos, y sólo de ahí. Son derechos del hombre, que la ley no puede desconocer. Y, sin embargo, la panorámica histórica y social que podemos contemplar, no sólo con retrospección anterior a 1789, sino mirando el mundo presente, nos lleva a la solución primera y contraria: la observación nos dice que sin leyes positivas y, lo que es más importante, sin práctica político-jurídica real y efectiva..., *pas de droits*. Estimamos que entre la “terminología” y pomposas declaraciones al uso y la “observación” de los hechos, hay que dejarse de retóricas y acudir a las realidades. Para justificar esta tesis y para dejar las cosas convenientemente aclaradas, es preciso insertar una muy breve digresión (necesaria y suficiente) sobre la entidad del Derecho natural y sus relaciones con el Derecho positivo.

La causa de todos los confusionismos se halla en agrupar bajo un nombre genérico y común (Derecho) dos cosas tan distintas como una normación *ideal* y una normativa *real*. Aquélla trae su fuerza (¡su fuerza ideal!) del contenido mismo de sus proposiciones, implantado por la razón o por la voluntad de Dios legislador; la segunda trae su fuerza (¡su vigencia!) del poder humano y de las costumbres de los hombres vivientes. Como hemos razonado en otro lugar (10), la delimitación rigurosa de ambos sistemas normativos se ve claramente ante la afirmación del P. Cathrein, según la cual “Caín fue un malvado asesino, aun cuando ninguna ley del Estado prohibía y penaba el asesinato” (11). Perdón, padre, sin ley del Estado, Caín no hubiera sido un *asesino*, sino un *pecador*. El asesinato es un crimen, como figura jurídica más allá de la moral, cuando está tipificado como tal y sólo entonces, ya que *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*. Para el sabio jesuita, los derechos naturales, en sentido subjetivo, constituyen “la totalidad de las facultades

(10) *Superación del dualismo Derecho natural-Derecho positivo*. Revista de la Facultad de Derecho de Madrid, núm. 17, 1949, págs. 95 y siguientes.

(11) *Filosofía del Derecho*. Trad. esp. Madrid, Reus, 1916, pág. 231.

jurídicas que a uno pertenecen inmediatamente por razón del Derecho natural objetivo y de relaciones dadas por la naturaleza misma"; y ese Derecho natural objetivo es la suma de normas obligatorias "que, por la naturaleza misma y no en virtud de una declaración positiva, ya sea de parte de Dios o de los hombres, valen para toda la humanidad". Aparte de que en este texto creemos estar escuchando a Grocio (el Derecho natural regiría "aunque Dios no existiese o no se cuidara de los negocios humanos"), se destruyen todas nuestras ideas que hemos aprendido en Suárez: la "naturaleza misma", que es una esencia, ni manda ni prohíbe; las "normas obligatorias" solamente pueden ser tales, sólo pueden contener obligación, cuando hay alguna voluntad que *positivamente* deduce derechos y obligaciones de determinadas situaciones y relaciones. Sin la voluntad de Dios no hay legislación (*ius naturale*), sin la voluntad de los gobernantes no hay legislación como *ius positivum*. Más, véase la enorme diferencia que existe entre ambos casos y lo peligroso de olvidarla al amparo del término genérico común de *ius*. El Derecho positivo obliga y crea derechos de modo real y efectivo, en forma coactiva o coercitiva (que llega hasta la violencia física, la sanción agresiva, que diría Durkheim); rige en las relaciones reales de los hombres y, *sin esa vigencia*, no es Derecho. ¿Qué hemos de decir de la existencia de los derechos humanos en los sistemas orientales antiguos, en el mundo clásico mismo, incluso en la "cristiana" Edad media, o, en los momentos presentes, en los países de más allá del telón de acero o de los de más acá, donde, a través de alteraciones semánticas, se quiere rebajar su dignidad hablando de "derechos civiles"? El P. Cathrein nos dice que las normas del Derecho natural objetivo "valen para toda la humanidad". Este Derecho universal, que se subjetiviza en la Declaración universal de los derechos humanos, enfáticamente proclamada por la ONU, nos recuerda el esperanto, aquel lenguaje al que un padre, a preguntas del hijo, definía como el idioma universal y que, a nueva pregunta sobre dónde se usaba, contestó: "en ninguna parte". La afirmación final sociológico-político-histórico no ha de ser tan pesimista; pero, en conjunto, debe aproximarnos a la no vigencia del Derecho humanista muy cerca del esperanto.

Resumimos. Con todo lo dicho, no se niega *absolute et simpliciter* el Derecho natural, pero sí, con la misma rotundidad, su derecho a llamarse Derecho. En éste, los hombres obligan positivamente, con coerción física, a otros hombres; en aquél Dios (sin cuya Voluntad no hay legislación, obliga moral y religiosamente a los hombres (sólo en conciencia), particularmente a "los que

tienen el mando de la comunidad". Y ésta es la consecuencia final, realista y dramática a que tenemos que llegar. Sin derecho objetivo positivo no hay derechos humanos subjetivos; pero si se quiere colocar por encima de ese sistema jurídico un ordenamiento que obligue efectivamente a los hombres, hay que recurrir al mandado de la Voluntad divina, que se impone de manera completamente distinta. Porque Dios no gobierna el mundo en forma permanentemente *sobrenatural*, sino de modo *providencial*: abandonando a los hombres la responsabilidad de obedecerlo o no. Y el Derecho es categoría que no encaja en esa dirección providencial.

Más aún. Decíamos más arriba que los "derechos" subjetivos "humanos" nacen del Derecho objetivo "humanista", por lo que, si los legisladores no se orientan por esta ideología (en el sentido noble de la palabra), no son nada, no tienen positividad. *Pero si falta un legislador sobrenatural, tampoco existen derechos humanos naturales.* Y hemos llegado al punto en que se entrecruzan todas nuestras reflexiones. Sin Derecho humanista positivo no hay derechos humanos, sino, todo lo más, una hipotética expectativa de ellos. También decían los romanos *non ex regular ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fit*. Ingenua declaración que no se corresponde con el pragmatismo de Roma. El Derecho "no es" antes de la regla. "Caminante, no hay camino, se hace camino al andar". Hace falta que los hombres caminen por el Derecho positivo para que éste "sea". Y aún más. Incluso aquella hipotética expectativa viene anulada cuando la voluntad de Dios legislador, puramente providencial y no positivamente sobrenatural, es desconocida y despreciada por los hombres. Estamos en el terreno de la moral y de la conducta religiosa, y si "Dios ha muerto" (*Gott ist tod*), entonces, se nos dice con siniestra y cruda moraleja, "todo está permitido": el despotismo arbitrario, los campos de concentración, el terrorismo, etc. La última esperanza (que no debemos abandonar como los condenados del Dante) radica en que la sustitución de la perdida fe en Dios y el olvido de sus mandatos por la creencia en el imperativo categórico de la razón natural, a lo Grocio o a lo Kant. Y eso exige una educación moral que la presente época no parece dispuesta a ofrecer.

La fe racional en el Derecho humanista, como base de unas reglas que engendren el Derecho positivo correspondiente y los respectivos derechos subjetivos humanos, tiene que arraigar tanto como en los legisladores mismos y en las autoridades, en la conciencia colectiva, en el "espíritu del pueblo", en la voluntad

general como *volonté de tous*, o como quiera decirse; esto es, en el cuerpo social mismo y no sólo en sus dirigentes. Porque las tres direcciones del pensamiento jurídico que en su época madura Carl Schmitt describió: normativismo, decisionismo y sociologismo (orden concreto) tienen simultáneamente su parte de realidad. El Derecho es norma y, no viniendo promulgado directamente por Dios, es fruto de una decisión humana: más tal decisión no se adopta, en general, libre y caprichosamente por los que tienen el mando de la comunidad, sino que toma su fuente y fuerza del común sentir y querer de la comunidad, del espíritu del cuerpo social que se da en cada instante como orden concreto. Sin educación para la democracia, se dice con razón, no hay democracia. Sin educación para los derechos humanos, no hay derechos humanos. Porque será ilusorio esperar su reconocimiento y garantía en un sistema autoritario en que el cuerpo social calle, o en que, dentro de un régimen totalitario más o menos aceptado, el cuerpo social no quiera abogar en favor de ellos. Si el poder de decisión suprema no se autolimita a los poderes "de adhesión" (que diría Hauriou), de elección y de control no lo limitan y se limitan ellos ¿qué derechos ciudadanos podrán frenar el Derecho del poder... o el descarnado hecho del terrorismo?