

ESBOZO DE UNA METODOLOGÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

por el Académico de Número

EXCMO. SR. D. JUAN VALLET DE GOYTISOLO*

Cuando al final del Curso pasado, la sección de Política y Derecho se reunió —con muchas ausencias— para sugerir un tema general para este curso y escogió la materia de los derechos humanos —después no elegido por el Pleno—, opté por tratar de un aspecto de ellos en consonancia con mi actual preocupación y ocupación en la *metodología jurídica*. De ahí el título de esta comunicación, *Esbozo de una metodología de los derechos humanos*.

Pero, como toda metodología —*logos* o tratado del camino—, presupone una previa noticia del objeto al que ese camino se dirige, deberé comenzar con algunas consideraciones acerca del mismo que, naturalmente, afectan al método correspondiente.

Estas previas consideraciones creo conveniente referirlas, de una parte, a la terminología, y de otra, al contenido de esos denominados derechos humanos.

La metodología de éstos puede referirse a su captación, catalogación, jerarquización y coordinación, o bien, a su concreción y aplicación. Y puede desarrollarse sea teórica y panorámicamente, observando solamente sus grandes líneas, o bien empíricamente, analizando el modo de operar de los tribunales que hacen aplicación de los mismos. Es muy deseable caminar y observar detenida y reflexivamente este último camino; pero esto se halla más allá del alcance de una breve comunicación de unos cuarenta minutos y de mi carencia de estudio a fondo de la

* Sesión del día 1 de diciembre de 1992.

jurisprudencia de los tribunales que los aplican. Por eso, no tengo otra opción sino la de efectuar un enfoque teórico y general del tema que trataré de exponer.

CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LOS DENOMINADOS DERECHOS HUMANOS

Panorama actual de los derechos humanos en las declaraciones internacionales y en las actuales constituciones de Occidente

Seré muy breve en esta exposición panorámica. En el sedimento de derechos humanos sucesivamente recogidos en las declaraciones internacionales que los enumeran y en las constituciones vigentes podemos distinguir tres capas de derechos humanos.

a) La primera, comenzando la cuenta por la más profunda, procede de la ideología liberal, de las Luces o la Ilustración. Se advierte ya en el *Bill of Rights* de 13 de febrero de 1689, claramente protector de los protestantes. Pero aún tiene precedentes, en los cuales se entremezclaron la línea medieval de la *Carta magna* con la inicial del *Habeas Corpus*, que recibió el 28 de mayo de 1679 la modificación más importante.

Esta concepción repercutió en la Constitución de los Estados Unidos de América de 17 de mayo 1787, donde se funde con los privilegios del acta del *Habeas corpus* (art. 1, sec. 9, núm. 2); y en las enmiendas constitucionales del 25 de septiembre de 1789, que —siguiendo la línea iniciada en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano del Estado de Virginia de 12 junio 1776 y en la Pensilvania de 11 noviembre 1776— inician la era del moderno Estado de derecho liberal-burgués.

Esa corriente surgida del liberalismo y de la Ilustración se ideologiza más en la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de la Asamblea nacional francesa de 1789.

Fue también de este tipo liberal-burgués la Constitución de Weimar de 11 de agosto 1919.

Carl Schmitt, dando una ojeada de conjunto a los derechos y garantías liberal-individualistas, contenidos en las constituciones vigentes a finales del primer tercio de este siglo, que se refería a la esfera de la libre competencia y de la libre discusión, distinguía:

- Los *derechos de libertad del individuo aislado*: libertad de conciencia, libertad personal, propiedad privada, inviolabilidad del domicilio, secreto de la correspondencia.
- Y los *derechos de libertad del individuo con relación con otros*: libertades de manifestación, discurso, prensa, cultos, reunión, asociación.

b) La segunda capa de los derechos humanos proviene de la impregnación en las constituciones de la ideología del Estado burgués que, según Carl Schmitt, se manifiesta en dos principios principales que concluyen por ser convergentes: uno, el *distributivo* de las demarcaciones de las esferas del Estado y del individuo en favor de éste; y, otro, el *organizador*, basado en la división de poderes que conduce al mismo fin.

Nótese, sin embargo, que tampoco faltan precedentes, incluso medievales, de esta segunda capa de los derechos humanos; pero, en las constituciones modernas se hacen de carácter esencialmente político democrático, constituyendo los que Carl Schmitt califica de derechos de los individuos *como ciudadanos*: igualdad ante la ley, petición, sufragio igual, acceso a los cargos públicos, etc. Estos derechos han ido acentuando su contexto igualitario, que lleva al máximo la igualdad de sexos y de filiación; avanza en lo laboral con el derecho a la huelga y el de sindicación, aun cuando, en lo político, tiende a situar entre el Estado y los individuos a los partidos políticos con intermediarios forzosos.

c) La tercera y última capa de los derechos humanos la forman la de la línea socialista. Ya Marx, en la *Questión juive*, había criticado duramente el texto de la *Declaración* de la Asamblea constituyente francesa de 1789. El socialismo apoyó los calificados, por el mismo, como derechos sustanciales o sociales del hombre, que parten de un concepto diferente de libertad, como liberación del hombre de la alienación resultante de las relaciones económicas de producción.

Las constituciones de Occidente comenzaron por reconocer el derecho a la enseñanza primaria, introducida el 23 de noviembre de 1902 en la Constitución de la Confederación Suiza.

Pero fue la Constitución soviética de 1918 la que, en máximo grado, expresó ese tipo de derechos humanos, que después sucesivamente penetrarían en la Constitución italiana de 1947, la francesa de 1958, la portuguesa de 1972, la española de 1978.

Estos derechos referidos a la protección de la salud, la maternidad, la infancia, la ancianidad; de los incapaces, de la enseñanza, el trabajo, el reposo, el esparcimiento, el deporte; a la vivienda asequible, a la Universidad, etc, no se proclaman como salvaguardia del hombre frente a la sociedad o al Estado, sino que se dirigen a los poderes públicos para que los satisfagan, remuevan los obstáculos que impidan su consecución o faciliten las condiciones que permitan su satisfacción.

«Tales derechos —escribía Carl Schmitt— presuponen una organización estatal a la que se incorpora el individuo titular del derecho. Con eso, su derecho se relativiza ya. Es *condicionado* y, ciertamente, por una organización que incluye al individuo, le asigna su puesto, mide y raciona sus pretensiones.»

Precedentes históricos de la protección del contenido de los hoy denominados derechos humanos y de su diversa terminología

A) Los precedentes históricos de los que —no entonces, sino hoy— denominamos derechos humanos podemos clasificarlos en teóricos o teológico-filosóficos, y en prácticos o político-históricos.

a) De los primeros me referiré tan sólo a tres de los precedentes más salientes.

Teológicamente, en plenos «siglos de hierro» —el VIII—, el diácono Alcuino de York, mostró la dignidad fundamental de la persona humana y las consecuencias de ella dimanantes; así como el deber de respetarla, cuáles eran sus potestades y cuál su dominio de un modo racional sobre la naturaleza, en cuanto criatura dotada de razón. Acerca de esto, hace unos años, se publicó un grueso y documentado volumen de l'Abbe Vincent Serralda, *La phisolophie de la personne chez Alcuin*.

Filosóficamente, Santo Tomás de Aquino —en su *S. Th.* 1.^a-2.^a, 94, 1—, partiendo de nuestras primeras inclinaciones naturales (captadas por nuestro intelecto y valoradas por nuestra razón), extrajo los *prima principia operam humanarum*, que todos debemos respetar y de los que se deriva la *lex ethica naturalis*.

Y, en la última década del siglo XIV, el *memoret* gerundense, entonces obispo de Valencia, Francesch Eiximenis, en el cap. 156 de su *Dotze del Crestià*, expuso —extrayéndolo de la experiencia histórica de la reconstrucción social y política medieval catalana— la imagen de un pacto político, en virtud del cual las potestades de los presidentes de las comunidades y de los príncipes estaban limitadas no sólo por la conciencia y Dios, sino además por las leyes y los pactos con sus vasallos, a más de por el que denominaba «*dret quaiix natural*», por los cuales aquéllos no tenían conferida una potestad absoluta sobre ellos.

b) Históricamente, el contenido de algunos de los que hoy denominamos derechos humanos y son enunciados de un modo abstracto y general, se reclamaban y muchas veces se obtenían para grupos concretos de hombres, en su respectivo contexto histórico, con carácter político —como libertades, franquicias y exenciones específicas— que eran consignadas en cartas o fueros y, en algunos reinos y principados, se articulaban, para todo su ámbito territorial, con garantías que, también de modo concreto, salvaguardaban esas garantías solemnemente proclamados.

De este tipo fueron: el contenido del núcleo constitucional de los Usatges de Barcelona, programados a fines de la primera mitad del siglo XII —aun retrasando con respecto a ese núcleo la fecha expresada en el texto—; las garantizadas por Alfonso IX en las primeras Cortes de Castilla y León, en 1188; la Bula Aurea dada por el rey de Hungría, Endre II. a los nobles en 1222; la *Carta magna* inglesa, comprometida por Juan sin Tierra con sus barones; la constitución pactada por Pedro el Grande con las Cortes de Barcelona en 1283, los privilegios aragoneses de 1283-1287; el pacto suizo de 1291; las cartas de libertad de Festo de 1316 y de Bravante de 1356, la *Carta magna* del Tirol de 1342.

B) *Terminológicamente*, en estas cartas o fueros se formulaban exenciones, libertades y franquicias o bien deberes del soberano, de los poderosos o de quienes desempeñaran funciones públicas. En su *Compendium Constitutionum Cathaloniae*, Narcís de Sant Dionís, en tres amplios enunciados, enumeró, extrayéndolos de los preceptos de los *Usatges* y de las *Constitucions generals* catalanas: 16 deberes jurídicos que imponían *De his quod dominus rex facere debet*, y 52 que determinan *De his quod dominus Rex faceres non debet*. Es decir, no se proclaman derechos de los súbditos, sino deberes del rey.

Tampoco Alcuino de York ni Santo Tomás de Aquino denominaron derecho al contenido de la dignidad, que aquél destacó, ni a los primeros principios, que expuso el segundo. En esto era éste coherente con su definición del derecho como la *res iusta* y en no recoger las acepciones posteriores de lo que hoy denominamos derecho objetivo y derecho subjetivo.

Ni siquiera más tarde, cuando estas acepciones de la palabra derecho ya estaban admitidas generalmente, en el siglo XVI, Francisco de Vitoria ni Fernando Vázquez de Menchaca —considerados como precursores de la doctrina de los derechos humanos— al formular el contenido de bastantes de los que hoy así se denominan apenas emplearon la palabra *ius*. Así:

Francisco de Vitoria, si bien en su *Relectio prior de Indis*, habla del *ius peregrinandi*, con esa excepción —o, tal vez, con alguna otra que pueda haberseme escapado—, en los demás supuestos habla de *esset iure naturalis, agere possunt, licite fieri, non licet prohibere* u otras expresiones semejantes, o las inversas, como cuando se refiere a no impedir una lícita facultad.

Fernando Vázquez de Menchaca, en el libr. I de su *Controversiarum illustrium*, tampoco utiliza la palabra *ius* para esos supuestos, sino que, en general, habla de lo que al príncipe y a los nobles no les es lícito o no pueden hacer, o de que están obligados, o bien que los súbditos *non teneri, potest, esse licitum, facere libet, facere possit*. Excepcionalmente, en el núm. 7 del sumario del cap. I, libr. I, leemos *ius legum ferendum*, pero en su correspondiente texto no habla de *ius*, sino de *potestas*. Ciertamente, también, que se ha invocado la expresión *iura naturalia*, contenida en el libr. I, *praefatio* 3; pero no parece que difiera del significado que tiene *naturalia quidem iura* en el texto de las *instituta* de Justiano 1, 2, 3, 11, expresiva de un estatuto natural objetivo y no de derechos subjetivos. Notemos que, en la época postclásica, *iura* significaba, en contraposición de las constituciones imperiales o *leges*, toda la *interpretatio* contenida en los textos de los juriconsultos clásicos que eran tenidos en cuenta en la práctica jurídica y en los juicios.

La concepción moderna de los denominados derechos humanos

El concreto origen de la moderna concepción de los derechos humanos se halla en la construcción política y jurídica de Thomas Hobbes. Como ha expuesto Michel

Villey, la noción de derecho concebida como prerrogativa se remonta al siglo XIV. Como consecuencia del nominalismo de Ockham, la noción de derecho como *quod iustum est*, como la *res iusta*, lo naturalmente justo, dejó de tener sentido; y se identificó con la ley positiva divina o humana y con el contenido dimanante de éstas, del cual son destacadas las facultades inherentes a los sujetos.

En el siglo XVII, Thomas Hobbes, en su *Leviathan*, considera el derecho como derecho subjetivo desde la primera definición (I, XIV, al principio). Así dice que el *derecho de naturaleza* «es la libertad que tiene cada uno de usar como quiera su propio poder de preservar su propia naturaleza; en otras palabras, su propia vida, y, en consecuencia, de hacer todo cuanto considere, según su juicio y razón propia, como el medio más adecuado a este fin».

El contrato social tendría, precisamente, por fin garantizar ese derecho subjetivo; aunque, para ello, creó a *Leviathan*. Treinta años después, Locke trataría de corregir esta aporía de Hobbes. Antes del contrato social y del Estado surgido de aquél, existían en potencia unos derechos naturales, y entre ellos el derecho a las propiedades, que creado el Estado, éste, en virtud de ese pacto, debía defender, de modo tal que su legitimidad se condicionaba al cumplimiento de ese deber.

También en la línea racionalista del nominalismo en la Escuela del derecho natural y de gentes, en especial desde Pufendorf, se cultivaron y clasificaron esos derechos naturales humanos.

En el terreno político hemos visto, al principio, que en la segunda mitad del siglo XVIII los proclamaron solemnemente las constituciones de los Estados Unidos de América y, en 1879, en Francia la Asamblea constituyente al inicio de la Revolución francesa.

Efectuada esta introducción y antes de entrar en el examen de una adecuada metodología para la configuración y aplicación de los derechos humanos, aún nos queda por efectuar, a ese objeto, un breve análisis del fundamento y naturaleza de los mismos, así como de las críticas que de ellos se han efectuado desde su proclamación.

¿Cuál es el fundamento y la verdadera naturaleza de los denominados derechos humanos?

En una brevísima síntesis de las concepciones propuestas acerca de los derechos humanos, podemos reconducirlos a las siguientes:

a) El *consenso universal*. Esta concepción ha sido sostenida, desde muy distintos puntos de vista, por autores tan diversos entre sí, como v. gr., Chaim Perelman, Norberto Bobbio, Jürgen Habermas y Antonio Pérez Luño. El profesor de la Universidad de Mendoza (Argentina) Carlos Ignacio Massini ha efectuado un riguroso análisis crítico de esta dirección observando que «la pretensión de fundar los derechos

humanos en el simple consenso, en cualquiera de las versiones propuestas, acaba relativizándolos y, por ende, debilitándolos, de tal modo que ya no será posible hablar propiamente de “derechos humanos”, es decir, que correspondan al hombre irrevocablemente, sino sólo de derechos acerca de los cuales existe actualmente cierto consenso».

b) Las *concreciones de los derechos naturales*, según los entendía la Escuela del derecho natural y de gentes.

c) El *resultado operativo de un «constructivismo», realizado a partir de unos primeros principios morales*, captados por intuición. Ésta corresponde a la concepción de Ronald Dworkin que, partiendo de los principios morales según el «modelo constructivo» de John Rawls, los pone como norma del arbitrio judicial; pero, basando esta operación no en objetivos ni en deberes, sino en derechos. De ese modo, supera el positivismo de la concepción que hemos expuesto en primer lugar y la abstracción, vaguedad e indeterminación de la segunda; pero, no profundiza en la naturaleza real del hombre, en todas sus dimensiones y relaciones, sino únicamente en su libertad y su igualdad según el propio modelo de Rawls.

d) La concreción de los primeros principios de la ley natural, obtenidos operando de la manera como lo hacía el *ius naturalismo* clásico, proyectándolos a la realidad de las cosas. El paradigma de esta concepción se halla en Santo Tomás de Aquino, aunque no empleara la expresión de derecho para designar su contenido en sentido subjetivo. Partiendo de los primeros principios de la ley natural, correspondientes a nuestras primeras inclinaciones naturales y racionales, se proyectan sus conclusiones, próximas y remotas, conjugándolas, en recíproca interacción, con la consideración de lo justo, en cada caso, *ex ipsa natura rei* y *secundum aliquid quod ex ipsa consequitur*.

Si, paralelamente a esta última concepción observamos cómo en el Medievo fueron elaborándose el cúmulo de exenciones, libertades y franquicias a las que antes me he referido, observemos —conforme ha explicado nuestro compañero Luis Sánchez Agesta— que todas ellas han aparecido normalmente bajo la forma de protección de un bien humano que los hombres reclamaban, sin tener conciencia de que estaban reclamando un derecho y sin darle concretamente este nombre. Cuando los villanos o los habitantes de las zonas rurales apelaban a la justicia del rey frente a las medidas opresivas o arbitrarias de los señores feudales, no proclamaban un derecho a la seguridad, sino a la protección de una tranquilidad efectiva como condición de su existencia». La historia nos revela «una casuística en la proclamación de los derechos cuando *un bien* ha sido efectivamente dañado». Por lo cual —concluye Sánchez Agesta—, «no hay un catálogo de derechos eternos, sino un principio general común que se funda en la *aptitud* crítica de la *razón humana* para denunciar como *injusta* cualquier lesión o amenaza de lo que la razón humana considera como un bien o una condición para la felicidad humana en un momento histórico determinado».

Es decir, se trata de concreciones de uno u otro principio ético natural que, por su sentido de lo justo, los hombres o pueblos, que sienten algo como injusto, reclaman contra ello no sólo el remedio, sino una garantía jurídica. Se trata, pues, de aplicar los principios ético-jurídicos a la realidad vivida, como después procuraremos observar.

Críticas a la concepción y terminología modernas de los derechos humanos

Ya Edmund Burke, en sus *Reflexiones sobre la Revolución francesa*, motejó los derechos del hombre, proclamados en la Revolución francesa por Asamblea constituyente, de «metafísicos». Dijo de ellos que, «al entrar en la vida común, como rayos de luz que atraviesan un medio denso, son refractados por las leyes de la naturaleza, y su línea recta se quiebra. De hecho, en la espesa y compleja masa de las pasiones y de las preocupaciones humanas, los primitivos derechos del hombre sufren una variedad tal de refracciones y reflexiones que resulta absurdo hablar de ellos como si prosiguieran en la sencillez de su dirección originaria»... «Los derechos del hombre en los gobiernos son sus conveniencias, y éstas a menudo consisten en el equilibrio entre diversos bienes; a veces en componendas entre el bien y el mal y a veces entre el mal y el mal. La razón política es un principio calculador: suma, resta, multiplica y divide, moralmente y no metafísica o matemáticamente, verdaderas unidades morales».

Y advierte que, mientras la Asamblea proclamaba los derechos del hombre, se cometían las mayores atrocidades, y «cabezas de ejecutados eran paseadas clavadas en picas».

También, desde ángulos contrapuestos, criticaron las declaraciones de derechos humanos de la Revolución francesa tanto Antonio Rosmini como Karl Marx, éste especialmente en *La cuestión judía*.

Ya antes, Jeremías Bentham, en sus *Principios de la legislación* (cap. XIII, 10.⁹), desde otra perspectiva positivista había escrito: «La palabra *derecho*, del mismo modo que la palabra *ley*, tienen dos sentidos, el uno propio y el otro metafórico. El *derecho* propiamente dicho es la criatura de la ley propiamente dicha: las leyes reales [positivas] producen derechos reales [efectivos]. El derecho natural es la criatura de la ley natural, es una metáfora producida por otra metáfora.

«Lo que hay natural en el hombre son medios, facultades; pero llamar *derechos naturales* a esos medios y a esas facultades es poner otra vez el lenguaje en oposición consigo mismo; porque los *derechos* están establecidos para asegurar el ejercicio de los medios y las facultades. El derecho es la garantía, y la facultad es la cosa garantizada. ¿Cómo podrá uno entenderse con un lenguaje que confunda bajo el mismo término dos cosas distintas?». Buscar la felicidad —dice algo después— «es ciertamente una inclinación natural; pero, ¿puede decirse que es un derecho?».

Aún hoy, la actual escuela inglesa analítica del lenguaje mantiene abierto un proceso de acusación a la expresión moderna de los derechos del hombre, a los que califica de *vacíos de sentido*. Hablar de derecho (*right*), dicen que no tiene sentido sino cuando esta palabra corresponde a una cierta realidad con eficacia, es decir, a una obligación (*aduty*) efectivamente sancionada. Por eso califica de mal construido el lenguaje de los derechos del hombre (*human rights talk*).

En otro contexto, León Duguit no consideraría el derecho subjetivo sino como reflejo del derecho objetivo; y, éste no lo fundamentaría en unos *derechos* humanos, sino en los *deberes* dimanantes de la *solidaridad* connatural y esencial a las sociedades humanas.

En fin, en las décadas anteriores a la actual, la más severa crítica de la concepción y terminología de los denominados derechos humanos ha sido la efectuada, dentro del campo jurídico, por Michel Villey. Éste, al formularla, ha trazado su «debe» y su «haber».

A) En su *pasivo* ha señalado:

a) Que son *irreales* dada su impotencia manifiesta —dígase si no del derecho al trabajo constitucionalmente proclamado, cuando existen millones de parados, o del derecho a participar en los negocios públicos, vistos desde Camboya o del hambriento Sahel—; *prometen demasiado* —nada menos que la felicidad, ¿y si la felicidad de M. X depende de matar a su mujer?—; en sus fórmulas *son inciertos, indeterminados* —por ejemplo, al hablar de libertad, ¿a qué concepto de libertad se refieren?—, y son *inconsistentes* —es delicioso escuchar promesas de lo infinito; pero, después, ¡os asombra que la promesa no sea cumplida!

b) Que no son «derechos» en el sentido del positivismo jurídico, sino un ideal con muchos modelos propuestos, incluso *contradictorios*, de inspiración heterogénea, unos «formales» y otros «sustanciales» o «sociales y económicos». «Cada uno de los pretendidos derechos del hombre es la negación de otros, y, practicándolos separadamente, son generadores de *injusticias*».

c) Son invocados, casi siempre, a favor de unos y en contra de otros. Pocas veces en favor de todos. De los negros contra los blancos o viceversa, de los judíos contra los árabes, o de éstos contra aquéllos. De unos en daño de otros, como de las mujeres que están en paro contra los hombres porque éstos trabajan en mayor porcentaje que las mujeres en cargos a los cuales éstas quieren acceder, etc.

Añadamos, que si se ordenara castrar violadores, se invocarían sus derechos humanos; y, en cambio, se aducen los de la violada para eliminar al inocente fruto de sus entrañas, cuando ya la ciencia no tiene duda alguna de que desde el instante de la concepción existe una vida humana y distinta de su madre; y que se invocan los derechos humanos de los terroristas frente a las fuerzas de orden público, que se defienden de sus agresiones, y en perjuicio de sus víctimas. Se maniat a la policía en beneficio de los delincuentes y en perjuicio de quienes mañana resultarán secuestrados, atracados, asesinados, robados o damnificados. En la lucha subversiva, los derechos humanos son esgrimidos como armas arrojadizas.

B) En el «*haben*» de los denominados derechos humanos, Villey apunta esta partida:

Frente al positivismo jurídico moderno y el predominio del poder del Estado, que llega al totalitarismo, aparecen como un «remedio ante la inhumanidad de un derecho positivo que ha roto sus amarras con la justicia». Resultan la única esperanza de «arrancar el derecho de la esclerosis» y son «su única esperanza de progreso».

«No olvidemos —concluye, haciendo el balance— que los derechos del hombre son “operativos”, que son útiles a los abogados de excelentes causas, protegen de los abusos del gobierno y de la arbitrariedad del “derecho positivo”. Si fuera posible borrarlos de nuestro vocabulario, sería necesario reemplazarlos por otra expresión menos inadecuada. Ignoramos cuál. Ese es nuestro problema».

Coincido con Michel Villey, en lo referente a la cuestión terminológica. El concepto genuino de derecho es el de *to dikaion*, de *quod iustum est*, de la *res iusta*. Centrarlo en el actual concepto de derecho positivo, equiparado a la ley, lleva al positivismo; e identificándolo con el concepto de derecho subjetivo, conduce a las denunciadas abstracciones, perspectivas unilaterales y ambigüedad. Además, en los denominados derechos humanos sociales, la palabra derecho se refiere frecuentemente a una utopía, la marcha hacia la cual no puede sino perdernos entre brumas hiperbóreas o hacernos naufragar, llevándonos alternativamente a Sylla y a Caribdis, atraídos por engañosos cantos de sirena. Los acontecimientos mundiales recientes así lo reiteran. No debemos confundir el ideal, al que moralmente debemos tender —apuntando y dirigiendo a él nuestros deberes—, con la utopía, incompatible con todo planteamiento jurídico que, para serlo, ha de medir lo posible y distribuir justamente lo que hay; y no falsas promesas engañosas.

Por otra parte, hemos de insistir en la ambigüedad del concepto de «derecho subjetivo» y, tanto más aún, el de «derechos humanos». Lo que hoy expresamos con la locución derechos reales, en Roma era designado, discriminada y distintivamente, según los casos, como *facultas*, *potestas*, *dominium*, *actio*; y, hasta avanzado el siglo XVI, la alegación y defensa de lo que ahora se denominan derechos humanos se expresaba como «tener tal libertad concreta», «poder obrar tal cosa», «ser lícito hacer algo», «no poderse prohibir o imponer algo». En suma, se hablaba de libertades, dominios, potestades, facultades, exenciones, etc., o, a la inversa, se clamaba contra lo que las autoridades imponían o hacían sin poderlo hacer o imponer, o se reclamaba lo que, debiéndose hacer o exigir, se incumplía. Ello muestra que la aplicación indiscriminada de la palabra «derecho» a todos estos significados, la hace imprecisa y vaga. Semánticamente se ha producido un empobrecimiento idiomático.

Sin embargo, esta denominación, con todas estas ambigüedades y defectos, es la que impera; y es, especialmente, la que entiende la gente y la motiva. Por ello, ciertamente, se puede y debe tratar de aclararla; pero, es evidente que no podemos tirarla sin tener los adecuados recambios. Entre tanto, deberemos intentar, con la metodología adecuada, corregir los defectos que se producen en su empleo, como muestran las expresadas críticas.

INTENTO DE CONSEGUIR, CON UNA METODOLOGÍA ADECUADA, UN EMPLEO MÁS CORRECTO DEL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS

Posible proyección de la metodología jurídica alemana de este siglo para una formulación general

En todos los tiempos, jurisconsultos y moralistas han invocado ciertos principios formales a fin de conformar la sustancia o materia de lo que hoy reclamamos como derechos humanos, ya sea a efectos morales o jurídicos.

De estos principios formales destacan los tres siguientes:

a) *Omnes sicut te ipsum*, «a todos como a ti mismo», que hallamos repetido desde San Agustín a Leibniz y a Kant, formulándose: «*trata a los demás como quisieras que ellos te trataran a ti*», desarrollándolo tanto en sentido positivo —«*baz a los demás lo que quieras que ellos te hicieran*»— como negativo —«*no bagas a los demás lo que no quieras que ellos te hicieran*»—, Montesquieu lo enunció como la *ley de la luz natural*. Su raíz se halla en la síntesis de la segunda tabla de los mandamientos, expresada por Cristo: «Amarás a tu prójimo como a ti mismo» (San Mateo, 22, 39).

b) «Se debe obrar y proseguir el bien y evitar el mal», proposición que el Aquinatense (S. Th. 1.^a-2.^{ae}, 94, 2, *resp.*) extrajo del que estimó primer principio de la razón práctica. «Bien es lo que todos los seres apetecen».

c) «*Honeste vivere, alterun non laedere, ius suum cuique tribuens*» (Ulpiano, *Dig* 1, 1, 10, 1, e *Instit.* 1, 1, 3).

También ha tenido carácter formal la idea del *derecho justo* en Stammler.

Pero esta *forma* justa y aquellos principios formales —que se refieren tanto a cada uno de nosotros, individualmente, como a todos colectivamente— debemos llenarlos de *materia* moral para formularlos jurídicamente y darles la *concreción* y *eficacia* que el derecho requiere.

Ya que hemos aludido al *derecho justo* de Stammler, como módulo formalista del derecho, diremos que, a su juicio, las *formas puras* de las nociones de derecho no son precisamente algo *innato* en el hombre, no gozan de existencia aparte. Sólo se manifiestan dentro de un derecho históricamente considerado, y a cada individuo se le revelan en los hechos concretos de su vida jurídica. Por eso, para hallar esa *idea del derecho* justo, Stammler buscaba la noción de *voluntad pura*. «Nos imaginamos —dice— como medida ideal una voluntad *depurada de toda materia concreta* [es decir, de los intereses o apetitos que Kant quería los arbitrara el derecho] en cuanto al sujeto a quien encarna y la situación determinada en que se encuentra»... «A tenor de esta noción fija y permanente podemos juzgar y encauzar todas las aspiraciones concretas».

Así fue como, desde su neokantismo de la Escuela de Marburgo, llegó Stammler, a lo que otro neokantiano alemán sudoccidental, Gustav Radbruch, calificaría de

dualismo metódico, en el cual la consideración de *valor* y la consideración del *ser* «nos aparecen la una junta a la otra, como círculos independientes y cerrados». El propio Radbruch sustituyó este dualismo por su *trialismo metódico*, en virtud del cual «en contra de la oposición stammleriana entre el ser y el deber ser», expuso que «entre juicio de realidad y juicio de valor», «entre la naturaleza y el ideal», ha de tener su puesto «la cultura»: «la idea del derecho es un valor, empero, el derecho es una manera referida de valores, un fenómeno cultural. De este modo se realiza un tránsito del dualismo a un trialismo en los modos de consideración del derecho».

Frente a estas posiciones neokantianas, reaccionaría en 1938 Hans Welzel. Según Welzel «el método no determina el objeto del conocimiento, sino que, a la inversa, el método tiene que orientarse por necesidad esencial al objeto —como un trozo óptico del ser— que hay que investigar». En lugar de interpretarlo *a priori*, en una «actividad comprensiva formadora», tiene más bien que ser entendido como «estructura inmanente y objetiva» de los «objetos mismos». Con ello, empalmaría, también, con la fenomenología de Husserl, la ética de Max Scheler, y la ontología de Nicolai Hartmann, las cuales —dice el propio Welzel— que han realizado un esfuerzo decidido para la reconquista de una esfera axiológica material absoluta... «Al igual que las ideas platónicas los valores constituyen un reino objetivo, existente de por sí, a lo largo del cual discurre la mirada histórica, creando así la apariencia de una relatividad de valores, mientras que, en realidad, se trata de una relatividad de nuestra conciencia valorativa».

Esta relatividad es el drama de la contemporánea filosofía de los valores. Karl Larenz, contemplándolo desde su neohegelianismo, se detiene ante estas preguntas: «¿existe un orden de valores objetivos y un orden objetivo de valores que son parte del mundo espiritual que nos es común? ¿De qué modo y hasta qué punto es cognoscible por nosotros un tal orden de valores?». Su respuesta, en la que sigue a Zippelius, es que «la pauta para las decisiones valorativas» se halla especialmente «en la moral jurídica dominante», en el «*ethos* jurídico vigente», que «no es sólo una suma de procesos de conciencia, sino objeto invariable de la conciencia de muchos, “espíritu objetivo”, no en el sentido de Hegel, pero sí en la de Nicolai Hartmann». Respuesta que es concorde con el pensamiento neohegeliano de Larenz.

Pero, siendo así, ¿cómo superar las carencias y errores —tal vez abominaciones— de la moral histórica dominante?, ¿podemos hacer algo para mejorarla?, y, en ese caso, ¿cómo y con qué pautas?

La fenomenología coloca, junto a los valores, la naturaleza de la cosa. Arthur Kaufmann ha escrito que «la naturaleza de la cosa» es un *tertium* en el que la idea y el hecho real concuerdan, «un mediador entre el deber ser y el ser», «el topos, en el que ser y deber ser se encuentran, el punto metódico de unión (“concordancia”) entre realidad y valor». Pero Jan Schapp le ha objetado que establecer un puente entre ser y deber ser implica la separación de éstos. Separación que califica de «infeliz»; pues, estima que el mundo «nunca es puro mundo de hechos, sino que siempre es un mundo de vida».

Ciertamente, un mundo de vida no es mera *Natur der Sache*, en el sentido de la fenomenología, sino la *rerum natura* plena, es decir, considerada sin escindir *res cogitans* y *res extensa*.

Ha advertido Alfred Verdross que la cuestión gnoseológica ofrece dos grandes direcciones. Una, con Kant, cree posible el conocimiento inmediato de los valores, sea por un procedimiento intelectual o bien por una vía emocional, que siempre es personal, subjetiva y, por ende, relativa. Otra, estima que el conocimiento es mediato: que la razón y el sentimiento son sólo el medio de conocerlos: sea penetrando en el reino de las ideas, como Platón, o bien, contemplando la naturaleza, como Aristóteles.

Lo cierto es que la *Vertungsjurisprudenz*, tanto en autores de raíz neokantiana, como neogelianos o existencialistas moderados, procede conjugando dialécticamente la idea del derecho y los valores dimanantes de ella, de una parte, y con la *Natur der Sache*, de otra. Hace muchos años que comenté ese dualismo. Aunque muchos autores (Welzel, Coing, Engisch, los Kaufmann) han efectuado grandes esfuerzos por superarlo, no acaban de salir del piélago que relativiza los valores. Así, Karl Larenz también sitúa en planos distintos: los principios ético-jurídicos —acuñaciones o especificaciones especiales de la idea del derecho, tal como ésta se muestra en la “conciencia jurídica” en este grado de evolución histórica— y «la naturaleza de la cosa, que contiene —para hablar como Henkel— “únicamente elementos de orden y estructura como preformas del derecho, pero dejan todavía abierta, más o menos ampliamente, la normación jurídica, respecto ulteriores confirmaciones”».

Así se opera una dialéctica, en el sentido hegeliano, tendente a la síntesis en cada momento histórico, entre los principios ético-jurídicos y la naturaleza de la cosa. Se trata de dos caminos, uno deductivo y otro inductivo, que tienen una zona de intercomunicación allí donde uno y otro concluyen sus respectivos recorridos en contraria dirección, uno desde las ideas y otro desde las cosas, en esta especie de nudo de conexión o mezclador. En cambio, la concepción clásica podemos describirla como de una sola vía de doble dirección, de la mente a la cosa y de la cosa a la mente, en una continua interacción enriquecedora.

De ese segundo, pero originario modo, se produce la consideración armónica y dinámica de la *natura rerum*. Mediante esta interacción, nuestra capacidad de juicio —no sólo de los colores, olores, sabores, tacto, etc., sino también de lo bello, lo útil, lo bueno, lo justo— se encuentra reiteradamente con las cosas que, en concreto, nos despiertan sensaciones, experiencias y juicios; éstos que se aguzan gracias a aquella ordenación y a la experiencia, que enriquece nuestras imágenes y afina los juicios prudenciales que vamos alcanzando, al objeto de conformar los principios ético-jurídicos, teóricos y prácticos, en sus diversos grados de concreción. Esta conformación se produce con la íntima y constante interacción de aquella aptitud de estimación, perfeccionada por la experiencia acumulada, que ordena sus imágenes en nuestra memoria, con la naturaleza de las cosas que continúa impactando nuestra conciencia, y que ésta, en imágenes acumuladas, traduce y clasifica en tipos y series de tipos. Las sensaciones, que las cosas nos producen, continúan impactándonos, en

forma tanto más clara y distinta cuanto más esclarecida se halle nuestra capacidad perceptiva, cuanto más profunda y extensa sea nuestra experiencia y mejor elaborados estén los principios captados en los previos contrastes de los anteriores juicios con las cosas.

Formulación y jerarquización de los derechos humanos conforme la concepción clásica

La concepción clásica de la *rerum natura* es considerada en la *divinarum et humanarum rerum notitiae*, previa para la *iusti et iniusti scientia*, conforme la definición de la jurisprudencia que nos ha sido transmitida por Ulpiano (*Dig.* 1, 1, 10, 1). Esa concepción la podemos observar, de la mano del Aquinatense, relacionando la *ley natural* y el *derecho natural*, como vamos a ver. Así los principios formales, que hemos observado al comienzo del epígrafe anterior, los podemos rellenar de sustancia moral, de contenido ético.

Partiendo de que bien es lo que todos los seres apetecen y de que debe obrarse y proseguirse el bien y evitar el mal, Santo Tomás de Aquino busca y encuentra el orden de preceptos de la ley natural, paralelo al orden de nuestras inclinaciones naturales: una, común a todos los seres que apetecen su conservación; otra, común a todos los animales, y otras, específicas de la naturaleza racional del hombre (*S. Th.* 1.^a-2.^{ae}, 94, 2, resp.). Con ellas se esbozan los que con la terminología moderna, denominamos derechos: a la vida, a la comunicación sexual, a la procreación, a la educación de la prole, a conocer las verdades divinas, a vivir en sociedad con cuanto a todo esto le es inherente.

«Todas estas inclinaciones —sigue el Aquinatense (*ad* 2 y 3)— de cualquier parte de la naturaleza humana, v. gr., de la concupiscible y de la irascible, en cuanto reguladas por la razón, pertenecen a la ley natural»... «Y así los preceptos de la ley natural son múltiples en sí mismos, pero se comunican a una raíz»... «La razón humana, aunque es una en sí misma, ordena todas las cosas que atañen al hombre, de manera que en todo lo que pueda ser regulado o gobernado por la razón, está sometido a la ley de la razón».

Ahora bien, hemos visto, al final del epígrafe anterior, cómo nuestra razón opera en doble dirección de la mente a las cosas y de éstas a aquélla. Esos primeros principios, según el propio Aquinatense, se captan por *sindéresis*, en contacto con las cosas, en la vida. Así como de las cosas se obtienen, gracias al sentido de lo justo, las ideas de la justicia comutativa, con su pauta de la igualdad aritmética, de justicia distributiva, con la suya de la igualdad geométrica, y de justicia general con su pauta del bien común, como ya lo había advertido Aristóteles. Unas y otras ideas son producto del choque del *fulgor objecti* con la *lumen mentis*. Las conclusiones que deben proyectarse a partir de esos primeros principios son concordadas con las consideraciones de la justo *ex ipsa natura rei* y *secundum aliquid quod ex ipsa*

consequitur. La interacción enriquecedora de ambas direcciones, potenciada por la experiencia, sirve para *concretar*, delimitar y concertar estos derechos y así ordenarlos y jerarquizarlos. En suma, permite formularlos y dotarlos de sus debidos límites y medidas.

Sin duda, chocamos con muchas experiencias desilusionantes para nuestra razón por los constantes atropellos a hombres y pueblos que hieran los más elementales sentimientos de quienes las observan serenamente. Los cristianos los explicamos con el misterio del pecado original, que pesa en nosotros, diversamente valorado según la teología luterano o conforme la católica. Pero, aparte de este artículo de fe —sin el cual nada se explica—, tenemos un hecho indudable que fue subrayado por Jean Domat, el amigo de Pascal y jansenista como éste. Los romanos elaboraron el derecho más perfecto en materia de sucesiones, de obligaciones, de cosas, con *responsae* sutiles, en *regulae* llenas de sabiduría, pero de las que no hacían otro empleo sino el exigido por la justicia del caso. Mas, en cuanto a los principios referentes al hombre, admitieron la esclavitud, los espectáculos circenses más sangrientos y crueles, con los que gozaban... Domat veía en esto una muestra de que la razón del hombre necesita de la luz de la Revelación para ver al hombre en toda su dimensión y dignidad.

Pienso que la revelación iluminó la preclara inteligencia de Francisco de Vitoria, en su *Relectio de Indiis*, y que ésta no hubiera sido la misma incluso si su teología en lugar de católica hubiera sido calvinista. Creo que tuvo razón Elías de Tejada al escribir: «Fue precisa la revelación de la verdad, absoluta, traída por Nuestro Señor Jesucristo para que las imperfecciones de la razón humana quedasen perfeccionadas y completas. No es que lo absoluto fuera inasequible a la razón, sino que la teología natural del Dios concebido por la razón era saber oscuro, sea en la manera del mito, sea en el conjunto de las ideas incorruptibles y perfectas, sea porque el motor inmóvil concebido por Aristóteles daba en suposición de Dios más que en conocimiento de Dios. El orden de la gracia traído por Cristo no va a anular el orden de los saberes racionales; pues que la gracia es perfección de la naturaleza, nunca su aniquilación»... «Al tener en cuenta, además de los datos de la razón, los datos de la revelación, el cristiano está en condiciones de razonar sobre las bases más seguras. Si luego no descubre en el campo del derecho lo que sea auténticamente justo en la convivencia social, será porque la razón sigue razonando imperfectamente a tenor de las limitaciones de su naturaleza, apasionada por la verdad mas sujeta siempre a tropiezos y errores»... «La verdad no se alcanza en la tierra; pero, la aproximación a la verdad es mayor para el cristiano porque agrega los saberes revelados a la luz de los saberes racionales».

Santo Tomás señaló lúcidamente la diversidad de método de la teología —basada en la fe— y de la filosofía —fundada en la razón—; pero, cuando se trata de penetrar en el ser del hombre, no puede prescindirse de la revelación para captarlo en todas sus dimensiones.

Así nos lo muestra constantemente Juan Pablo II, que ha cultivado durante

mucho tiempo, con especial dedicación, la teología referente al ser del hombre, muy particularmente en las catequesis de sus audiencias semanales de los miércoles. En ellas, durante varios meses en 1986, explicó lo que se halla en la naturaleza específica del hombre, «*creado por Dios a su imagen y semejanza* (cfr. Gén. 1, 26). *Naturaleza corporal y espiritual, simbolizada en el segundo relato de la creación por dos elementos, la tierra, con la que Dios modela al hombre, y el hálito de vida, infundido en su rostro* (cfr. Gén. 2, 7)». Toda su E. *Centesimus annus* sigue este mismo parámetro.

Ya anteriormente, Juan Pablo II se había preocupado repetidamente de los derechos humanos (cfr. el excelente libro de bolsillo de Estanislao Cantero, *La concepción de los derechos humanos en Juan Pablo II*), El Papa, siguiendo la referida perspectiva teológica, requiere al respecto:

- a) La prelación de los deberes para con Dios impuestos a la persona humana.
- b) La estimación del hombre «concreto», en la dimensión plena, creado por Dios y destinado a él, por lo cual sus derechos no deben referirse sólo a los bienes naturales, sino también a los espirituales.
- c) La objetividad determinada por el bien común.
- d) La inherencia a los derechos de los deberes consiguientes de su mismo sujeto.

Estos requisitos muestran que los denominados derechos humanos tienen unos límites y una configuración; que no pueden considerarse unilateralmente y han de conjugarse con las expresadas estimaciones.

Volviendo al modo de determinar cuáles son y cuál es el contenido de los denominados derechos humanos, no podemos olvidar que se trata de principios éticos de tipo ético-político y ético-jurídico, por lo cual deben ser tratados como tales. Es decir, no son normas que deban aplicarse inmediata y directamente, sin atender a nada más; sino que se trata de principios, más o menos positivizados, que pueden entrar en contradicción con otros, en general, y, específicamente, con los que concurrencialmente actúan en favor de otras personas.

Por ello, el paso desde los derechos naturales universalmente expresados, como primeros principios, hasta sus concreciones próximas, aún generales, no puede efectuarse por medio de deducciones lógicas, sino de juicios comparativos. En éstos debe jugar nuestra experiencia, guiada por la prudencia política, basada en la capacidad para penetrar sagazmente en la realidad y de prever cuantas consecuencias, para unos y otros sujetos, y, específicamente, para el bien común, puedan dimanarse de las formulaciones que se vayan efectuando. Éstas es conveniente que vayan efectuándose por grados, escalonadamente.

8. La aplicación de los derechos humanos

Cuanto hemos venido diciendo acerca de la formulación y jerarquización de los principios y normas referentes a los derechos humanos, es trasladable para su

aplicación en los casos particulares que se presenten en la vida real. No deben aplicarse deductivamente de forma silogística, al modo que hacía el derecho natural racionalista de la Escuela del derecho natural y de gentes y que efectuaban los hombres de la Ilustración; y, menos aún, directamente por proyección, como persiguen tantas corrientes utópicas actuales.

Aquí ya no se trata de una labor teológica ni filosófica —que es previa—, sino que es propiamente jurídica; y, como tal, requiere confrontaciones y ponderaciones.

La aplicación o concreción del derecho ha de efectuarse, pues, caso por caso, con una visión religadora, observando y propugnando para que arraigue en la vida, lo que constituye el espíritu de esos derechos; y, de ser posible, que se traduzcan en costumbres conformes a esas concreciones. Operaciones que serán tanto más ajustadas cuanto más lo hayan sido la concreción y aplicación del principio a la naturaleza de la cosa de que se trate.

Uno de los puntos clave y más difíciles de precisar se refiere a la actuación del Estado y, en general, de los poderes públicos que, al proteger un derecho humano, no deben infringir otro. A ese fin, en este camino, se encontrarán graves fricciones entre la libertad y la debida igualdad; entre la protección de las masas y el riesgo de acrecentar la masificación. En suma, entre los abusos de los más fuertes y el totalitarismo estatal.

El respeto a la personalidad del hombre concreto, sujeto nuclear de los derechos humanos se ve amenazado continuamente —como Karl Engisch dice de la individualidad— por dos peligros: el peligro del sistema liberal, de desligar al individuo, por respeto a su individualidad, de toda vinculación jurídico estatal, y de entregarlo así a los demás poderes imaginables; y, de otra parte, al de deformarlo y aniquilarlo en su individualidad, con los sistemas totalitarios, y tratar de «influirle, formarle, configurarle, injertarle, colocarle en la sociedad». Ésta —a su juicio— «parece ser la tragedia del derecho; no poder alcanzar, ni de un modo ni de otro, el núcleo de la persona individual», del hombre concreto. «El derecho —concluye— puede estimar la personalidad, soportarla e, incluso, en un cierto grado, fomentar su desarrollo, pero no articularla de forma inmediata».

Aquello que el derecho no puede conseguir —porque no podría sino producir mayores daños— no tiene remedio si no es por la reconquista del sentido de la solidaridad, en una participación articulada mediante los cuerpos sociales básicos y los cuerpos intermedios, presidida por el principio de subsidiariedad. Hace años que vengo repitiéndolo. Creo que es lo propugnado por la doctrina social de la Iglesia. No veo otro camino, aunque ésta sea difícil de transitar, porque ahora se halla cuesta arriba y lleno de abrojos.