

El derecho subjetivo y los derechos humanos

Fernando Miguel Pérez Herranz

Universidad de Alicante

ÍNDICE:

Iª parte. Derechos humanos y constitución del *sujeto moderno*

Derechos humanos, concepto híbrido

Libertad I. Voluntad de poder

Libertad II. Voluntad de resistencia

Igualdad

Fraternidad

Negación de los derechos naturales/humanos

Definición analógica de derechos humanos

Analogías débiles y estados prístinos

IIª parte. Derecho subjetivo

El poder de reivindicación

De *persona* a *sujeto*

Voluntad y orden práctico

El derecho *subjetivo*: cruce de las tradiciones del *Logos* y de la *Ley*

IIIª parte. Conciencia y derechos humanos

Derechos humanos y la ley del Deseo

Derechos humanos y los límites del Leviatán

Fundamentos de los derechos humanos

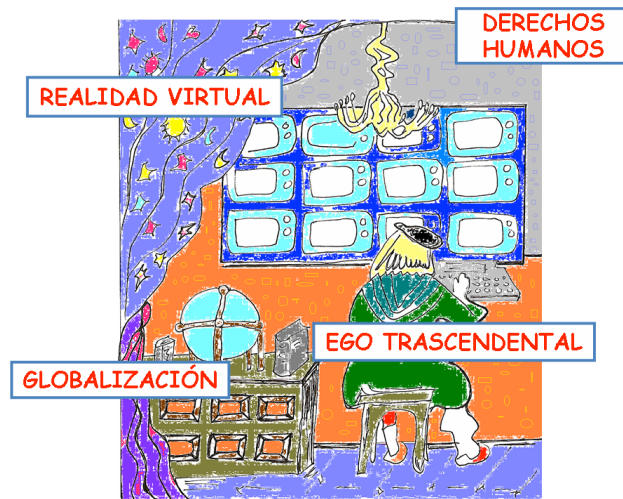
Derechos humanos y las raíces de la conciencia

Iª PARTE. DERECHOS HUMANOS Y CONSTITUCIÓN DEL *SUJETO MODERNO*

Los últimos congresos organizados por la Sociedad Asturiana de Filosofía han ido dibujando un cuadro que bien podría titularse *Composición del sujeto moderno*, a partir de tres figuras firmemente recortadas: el Ego trascendental, la Realidad virtual y la Globalización. Parece que es obligado encararse directamente con el «punto de fuga» del cuadro que componen estas figuras: el elemento que lo cierra y que, en última instancia, se confunde con el propio marco. Los Derechos Humanos vendrían a constituir el punto de fuga de todas las líneas en profundidad en las que se encierra y unifica la infinitud del espacio visual. Parafraseando a Panofski diríamos que el “descubrimiento de los Derechos Humanos como imagen del punto infinitamente lejano de todas las líneas de profundidad —Ego trascendental, Realidad virtual y Globalización— es al mismo tiempo el símbolo concreto del

descubrimiento del Hombre mismo”.¹

La primera cuestión a la que nos vemos enfrentados, entonces, es la de fijar la posición desde la que se ha de contemplar el cuadro, si nada decisivo ha de quedar en su exterioridad. Que el cuadro sea también sujeto —y aun propietario de sí mismo— fue la operación genial que realizaron Velázquez y Vermeer: el pintor se aposenta en el cuadro para pintarlo desde dentro. Y poco habría que discutir si ese sujeto fuera el noble gobernante, el guerrero conquistador o el burgués capitalista, convenientemente arropados por sus siervos, esclavos o proletarios que continuarían soportando los materiales con los que se ha configurado el cuadro. Lo asombroso es que, un buen día, todos quisimos ser protagonistas y entrar en él. Así lo entendió Edouard Manet al multiplicar los puntos de fuga y dando beligerancia al propio espectador, que ahora forma parte del cuadro. En el *Bar del Folies-Bergère* ya cabemos todos los humanos, una vez se ha cortado el espacio mediante un espejo que absorbe a cualquiera que por allí asome. Un paso más y los espectadores empezaríamos a realizar esa obra no como pintores sino como manipuladores de pantallas digitales en las que se proyectaría virtualmente la Humanidad entera. He ahí uno de los problemas de nuestro tiempo: ¿Está justificado «cerrar» el cuadro mediante el expediente de los Derechos Humanos (DH)? ¿Cuál es su naturaleza, fundamento o legitimidad? [Cuadro 1].



Cuadro I. Composición del sujeto moderno

La «velocidad» que caracteriza nuestra época no es propicia a la reflexión; el *kairós* vivido exige respuestas resolutivas y sería impensable hoy la actitud de un Carlos V suspendiendo la conquista de América hasta no asegurarse de la legitimidad de la empresa.² La respuesta más eficaz a las grandes catástrofes requiere eludir la

¹ “Porque el descubrimiento del punto de fuga como «imagen del punto infinitamente lejano de todas las líneas de profundidad» es al mismo tiempo el símbolo concreto del descubrimiento del infinito mismo”. E. Panofsky, *La perspectiva como «forma simbólica»*, Tusquets, Barcelona, 1973, pág. 39.

² Francisco Fernández Buey, *La gran perturbación. Discurso del indio metropolitano*, El Viejo Topo, Barcelona, 1995. A. Pérez Luño, *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la filosofía del derecho*, Trotta, Madrid, 1992. J. Dumont, *El amanecer de los derechos humanos del hombre. La controversia de Valladolid*, Encuentro, Madrid, 1997.

pregunta del fundamento. Y así lo entendió J. Maritain,³ que se atuvo a la necesidad pragmática de declarar los Derechos Humanos como la herramienta jurídica más eficaz para proteger a judíos, gitanos, homosexuales, católicos polacos, prisioneros rusos... después de la barbarie nazi. Antes que esperar una «aclaración imposible» de la discusión filosófica (si son galgos o si son podencos),⁴ que habría de entenderse como una definición unívoca de los DH, se ha de vallar con decisión y energía la Tierra entera para impedir el paso a los nazismos en el futuro.

Concedamos la legitimidad de los DH en nombre de la eficacia, aunque no estemos seguros de que el cuadro haya sido concluido. Ya señalamos en los congresos anteriores que el concepto de *globalización* se hacía plural, y habría que hablar más bien de *globalizaciones* (los «remolinos» de la *globalización*: China, India, Sureste asiático, Rusia, Irán, México, Brasil...); que el Ego trascendental no es más que una figura como mucho válida para la ciencia, pero que los sujetos son *múltiples* (absoluto, sustantivo o trascendental, tecnócrata, virtuoso, digno — racionalidad y autonomía personal—, onírico y creador, pragmático, fragmentado, epistemológico, empresario y trabajador, desarraigado, hijo pródigo...); y que la Realidad virtual exige, al menos, de una entidad exterior, la *energía*, para poder con-formar una red. ¿No será el concepto de DH otro universal que ha de estallar en mil pedazos y, esta vez, destruyendo el cuadro mismo?

DERECHOS HUMANOS, CONCEPTO HÍBRIDO. DEFINICIÓN COMBINATORIA

El sintagma «derechos humanos»⁵ —híbrido de jurisprudencia y filosofía (o ideología)— dificulta su definición *unívoca*, como si estos derechos preexistieran a los individuos (o mejor, a las personas), según un código impersonal de normas inalienables, universales y absolutas. Derecho (*Ius*) tiene que ver con los ordenamientos jurídicos positivos: códigos, leyes, normas... que además exigen el uso de la fuerza para imponerlos; Humano (*Humanidad*) tiene que ver con un ideal, con abstracciones a partir de grupos de individuos en conflicto permanente, que no están terminados, concluidos o agotados, sino haciéndose continuamente, *in fieri*. ¿Cómo cruzar ambos términos de manera que el concepto de «derecho» quede fijado intrínsecamente al concepto de «humano» y éste al de aquél?

Parecería más económico el uso de la definición *equivoca*, que justifica cualquier verdad en función de su testimonio en contextos lingüísticos dispares: «juegos de lenguaje», «microfísica del poder», «multiculturalidad»..., que privilegia el derecho positivo. La definición de *DH* quedaría asociada a los contextos y a las diferentes

³ J. Maritain, *Los derechos del hombre. Estudios y comentarios en torno a la nueva declaración universal*, México, 1949.

⁴ Norberto Bobbio, "L'illusion du fondement absolu", *Le fondement des droits de l'homme*, Actes des entretiens de L'Aquila, 14-19 septembre, 1964, Institut International de Philosophie. E. Rabossi, "La teoría de los derechos humanos naturalizada", *Revista del Centro de Estudios Internacionales*, vol. 5, 1990, págs. 159-175...

⁵ *Derechos del hombre* es un término utilizado, en principio, por filósofos. Inicia la tradición Jean-Jacques Rousseau en *El Contrato social* (1762); Voltaire utiliza *derecho humano* en *Tratado sobre la tolerancia con ocasión de la muerte de Jean Calas* (1763); Condorcet define derechos del hombre en *Influencia de la revolución en América sobre Europa* (1786); Emmanuel-Josep Sieyès en *¿Qué es el tercer Estado?* (1789)... Una definición combinatoria es la siguiente: "... conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional". A. Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid 1995, pág. 46.

perspectivas de los sujetos que los demandan: a prerrogativas que se hacen valer en el caso de no haber obtenido provecho o beneficio de una situación dada (promocionarse en el trabajo); a reivindicaciones de patrimonios instrumentalizables (cultura); al mercadeo de derechos en las relaciones internacionales (emisiones de gases tóxicos); a los deseos de bienes espurios (aprobar un examen) o contingentes (tener un coche), reforzados moralmente con el aval de los DH...; a exigencias de derechos de justicia social (trabajo, alimentación, asistencia social)... que no son generalizables. Todo esto no conduciría más que a una inflación de derechos y a la pérdida de su legitimidad; lo único realmente importante, se dirá, es que se apliquen.

Sin perjuicio de que estos contextos y perspectivas hayan de ser tenidos en cuenta como materiales propios de los DH, nos queda el recurso a las definiciones *análogas*, que remiten a la concurrencia de causas formales y finales, eficientes y materiales y que vincularían todos estos acontecimientos de los que se hacen cargo los DH. Habría que rechazar por igual la rigidez de una definición unívoca como la profusión de las definiciones equívocas. Si los DH, como límite, han de hacerse compatibles con la Globalización económica, la Realidad virtual y el Ego trascendental de la modernidad habría que encontrar el primer analogado para comprobar su compatibilidad o incompatibilidad con los conceptos que entendemos componen el cuadro del sujeto de nuestro tiempo.

Hay quienes apelan a analogados de culturas no europeas, o a momentos pre-europeístas o a arquetipos de los DH. Una discusión que deja de ser banal o erudita, en una época en la que las otras civilizaciones entran en beligerancia con la occidental: China, India, Persia/Irán, Mesoamérica, Centroáfrica...⁶ Ahora bien, esta manera de argumentar es demasiado ambigua, porque se diluye en las cualidades propias del género. La de los DH es una figura jurídica muy reciente, respuesta a una situación que afectó a las creencias más arraigadas de la cultura europea: la «dignidad» de los individuos humanos, la superioridad del individuo sobre cualquier otro aspecto.⁷ La defensa de los derechos de los sujetos en cuanto sujetos dotados de facultades propias e independientes de sus relaciones de parentesco, políticas o religiosas, que se inicia con Sócrates y Safo, se empieza a recoger de manera clara y distinta a finales del siglo XVIII con la *Constitución de Virginia* (12 de junio de 1776), la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos* (4 de julio de 1776) y la *Declaración de los Derechos del Hombre* de 1789.⁸ Declaraciones que no indican meros cambios de conductas y creencias, sino que implican transformaciones políticas y trasposos de soberanía: del monarca parlamentario inglés Jorge III a la república norteamericana; de la monarquía francesa de Luis XVI a la constitución de la nación francesa. Pero la cuestión enigmática es: ¿cómo pudo pensarse siquiera esta idea? ¿Cuáles fueron los contextos que la hicieron posible?

Hay autores, tanto juristas como filósofos, que consideran los DH como una prolongación analógica del concepto de «*derecho subjetivo*», un concepto que tradicionalmente se pone en el haber de Grocio, pero que cada

⁶ R. Labardini, "Orígenes y antecedentes de derechos humanos hasta el siglo XV", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, nº 19, 1988, págs. 287-324.

⁷ El término *derechos humanos* se recoge en el artículo 68 de la Carta de las Naciones Unidas que insta a nombrar comisiones con el fin de promoverlos.

⁸ Es la tesis de la jurisprudencia de cuño protestante: Jelinek, Hans Welzel, G. Solari, Mario Díaz Cruz...

vez más se acepta que ha cristalizado en la Segunda Escolástica hispana, y concretamente en **Fernando Vázquez de Menchaca** (1512-1569),⁹ que cruza la idea del *ius naturae* del Derecho clásico romano, comentado por los juristas medievales del *ius commune* con el concepto de *lex naturalis* de los teólogos y la *facultas* o *potestas* que habían puesto en marcha los franciscanos a partir de la «controversia sobre la pobreza evangélica». El concepto de *derecho subjetivo* sería la traducción adecuada de los términos latinos *facultas ad, ius ad...* inventados por Ockham, según el gran jurista Michel Villey.¹⁰ Un concepto complejo, híbrido, radicalmente novedoso. En palabras del prestigioso Avelino Folgado:

Doctrinalmente, la consideración del derecho como facultad o poder del hombre nace dentro del especial movimiento filosófico de los siglos XIV y XV, gestado en el seno de la Orden franciscana (...) El nuevo concepto del derecho nace, no como una consecuencia o ulterior desarrollo de una noción parcial —el aspecto objetivo que se quiere completar—, sino como una visión nueva, distinta y suficiente, llamada a substituir la anterior y obtenida en una filosofía que parte de principios opuestos.¹¹

El término *Ius* adquiere dos connotaciones que comprometen por igual a juristas y filósofos (teólogos). Por una parte, *Ius*, en el derecho romano y canonista medieval, se refiere al objeto y admite una definición *analógica*, como señala santo Tomás;¹² por otra, se refiere al sujeto, a cada ser humano, dotado de una *facultas* o *potestas*, lo que compromete a los filósofos como reconoce Villey: “Il est certain qu’ils la doivent aux philosophes”,¹³ un concepto que está definido *unívocamente* (véase infra). También Elio Gallego resalta el cruce del derecho subjetivo con lo jurídico y lo humanístico:

Es algo más que una categoría jurídica, es un modo de concebir no ya sólo lo jurídico, son al hombre mismo (...) Es como si se dijera: es verdad, el derecho subjetivo es incapaz de ofrecer una visión satisfactoria de lo jurídico, pero no podemos prescindir de él porque está en juego todo un modo de concebir las cosas. Es lo que podíamos denominar *la carga ideológica del derecho subjetivo*.¹⁴

El término *potestas* —advierde Francisco Carpintero— es poco usado por los jurisconsultos romanos, pero lo es y muy abundantemente por los canonistas. Quien posee la *libera potestas* tiene el poder de disponer del *dominus*, como el dueño posee su propia persona. El papa, los obispos y los fieles poseen *potestas*. Estas *potestas* y

⁹ Fernando Vázquez de Menchaca, *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libro III*, Venetiis, 1564. Cfr. F. Carpintero, *Del Derecho natural medieval al Derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, Universidad de Salamanca, 1977. J. M. Serrano Serrano, “Ideas políticas de Fernando Vázquez de Menchaca”, págs. 249-302.

¹⁰ M. Villey, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Santiago de Chile, 1976, cap. VI.

¹¹ A. Folgado, *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, Pax Juris, San Lorenzo del Escorial, 1960, pág. 94.

¹² “La palabra derecho (*ius*), primero significó la misma cosa justa (*ipsa res iusta*). Mas después derivó para indicar el arte por el cual conocemos lo que es justo; y después para designar el lugar donde se otorga el derecho, como cuando se dice que alguien comparece en derecho; finalmente es llamada también derecho la sentencia dada por aquel a quien pertenece administrar justicia, aun cuando lo que se resuelva sea in iudicio”, Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, II-II, c 57 a.1.

¹³ M. Villey, *Leçons d’histoire de la philosophie*, París, 1957, pág. 273.

¹⁴ E. Gallego García, *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, Dykinson, Madrid, 1996, pág. 97.

facultas son los términos en los que se desarrolla el moderno «derecho subjetivo», dentro de una categoría más general: la *libertad*. Facultades y potencias inmotivadas de libertad que corresponde a todos y cada uno de los seres humanos. Esto es lo que enseña la Escolástica hispana y, a su través Hugo Grocio: *qualitates morales personae competentes*. La *facultas* es el principio de las operaciones humanas: una potencia inteligente que elige racionalmente los medios para alcanzar los fines.

La cuestión clave para comprender el concepto de DH, por consiguiente, se encuentra en hallar el vínculo adecuado o correcto entre el Derecho —conjunto de normas, reglas de coacción o de organización, leyes...— y lo Humano y sus fines —la felicidad, el goce o disfrute de los bienes que la tierra nos dona...—. Pero lo Humano no puede realizarse sino a partir de alguna de sus partes: los frailes hispanos en América, los terratenientes ingleses, los colonos norteamericanos... De manera que, por una parte, el Derecho y sus leyes adquieren una connotación extraña a la tradición: la felicidad de las comunidades humanas; y, por otra, la filosofía y los conceptos adquieren una connotación que procede de su cristalización jurídica.

Para dar cuenta de esta hibridación utilizaré una definición combinatoria según dos criterios: a) La fuente del Derecho, que se encuentra en Ockham: o procede de una norma absoluta o *ius poli*, o de una norma pactada o *ius fori*.¹⁵ el *ius poli* deriva de la naturaleza común a todos los hombres y es inmutable, imprescriptible, irrenunciable e inabdicable; el *ius fori* es un pacto u ordenación positiva que crea las leyes y convenciones humanas, de modo que la ley protege y define al tiempo esos pactos. b) Estos dos aspectos de la norma se cruzan con la idea de Humanidad realizada en sus partes y que dividimos en dos clases, según el criterio de actividad / pasividad: los sujetos que procuran y conceden esos derechos y aquellos que los reciben.

Este planteamiento nos permite formular cuatro amplias cuestiones derivadas del cruce de los órdenes jurídico y humano. Cuestiones que no dejarán de causar asombro y aun perplejidad a quienes asumen acríticamente, como un hecho de toda evidencia, la existencia de los DH:

a) *¿Quién, y con qué autoridad, otorga los DH? ¿Cómo una parte singular puede convertirse en representante de un todo universal.* Cuestión que puede ser tratada bajo la categoría práctica (*praxis*) de la *Voluntad de poder*.

b) *Y, como consecuencia: ¿a quién o a quiénes se aplican los DH? ¿Por qué se trazan límites dentro de los DH?* Categorizaré esta cuestión según los valores / contravalores en los que se ejerce el concepto de DH, el par *Igualdad / Desigualdad*.

¹⁵ De *polós* = cielo. Procede de san Agustín, *Sermo*, CCCLV... *Ius poli non est aliud quam potestas conformis rationi rectae agsque pactione. Ius fori est potestas ex pactione*. Ockam, O.N.D, 65, 7.

c) ¿Por qué hay declaración de Derechos y no de su simétrico, Obligaciones? ¿Por qué se potencia «ser receptor de Derechos» y no «ser Deudor de Deberes»? La categoría práctica adecuada en este caso será la de *Voluntad de Resistencia*.

d) ¿Cómo es posible que los DH, inherentes a cualquier sujeto humano, los reciba desde su exterioridad, desde las potencias económicas? ¿Son los derechos humanos transgresores de otros derechos, no menos humanos? La categoría que subsume estos casos apela también a los valores / contravalores, el par [Amor - Fraternidad – Solidaridad] / Asimilación. [Cuadro II].

Humanos Derechos	Quién concede	Quién recibe
Distributivo A qué normas se ajustan <i>Ius poli</i> : concedido por Dios	a) Desde fuera Dios (<i>Potentia absoluta</i>), Nación, Imperio... LIBERTAD I. Voluntad de poder	b) Por distribución «Todos y cada uno» IGUALDAD/DESIGUALDAD
Conflicto A qué normas se oponen <i>Ius fori</i> : derecho humano, por pacto...; derecho positivo divino...	c) Desde dentro Los gobiernos triunfadores: - Contra la nobleza feudal - Contra los colonizadores de las Indias - Contra el Absolutismo monárquico - Contra el nazismo LIBERTAD II. Voluntad de resistencia	d) Por difusión «A partir de un grupo» AMOR FRATERNIDAD SOLIDARIDAD/ ASIMILACIÓN

Cuadro II. Cruce de norma jurídica y concepto filosófico

DESARROLLO DE LOS CUATRO PROBLEMAS PLANTEADOS

a) ¿Quién y con qué autoridad otorga los derechos naturales? ¿Cómo una parte singular puede convertirse en representante de un todo universal? Cuestión que puede ser tratada bajo la categoría práctica (*praxis*) de la *Libertad I o Voluntad de poder*.

Las tradiciones teológicas dirán que los Derechos del Hombre han de ser concedidos por una entidad exterior, trascendente al mundo de los seres humanos. Un ser activo, tal como lo han imaginado las culturas semíticas o el estoicismo, recogidas por el cristianismo.¹⁶ Habrá que apelar a los poderes terrestres como garantes de esos DH. M. C. Taylor, hablando sobre la Declaración de Independencia de los EE.UU, escribe:

Así pues, los derechos humanos son originariamente otorgados por Dios y el objetivo del gobierno es garantizarlos y defenderlos.¹⁷

¹⁶ Cf. E. Elorduy, *El estoicismo*, 2 vols., Gredos, Madrid, 1972.

¹⁷ M. C. Taylor, *Después de Dios. La religión y las redes de la ciencia, el arte, las finanzas y la política*, Siruela, Madrid, 2011, pág. 115.

Pero entonces se hace inevitable la pregunta: *¿cómo una parte singular* —un documento local, con sus intereses y objetivos particulares— *puede imponer sus valores al todo*? Los **DH** serían resultado de la extrapolación de un derecho sectorial, grupal, parcial, que realiza la Declaración de los Derechos Humanos (**DDH**).¹⁸ Como dice Lynn Hunt:

Con una sola frase, Jefferson convirtió un documento sobre agravios políticos típico del siglo XVIII en una duradera proclamación de los derechos humanos.¹⁹

¿Y cómo podrían ser válidos en todas partes si han de estar garantizados por el poder político que es, por definición, local? ¿Cómo la declaración de derechos en un contexto determinado (La Nueva Inglaterra, Francia, la ONU...) puede considerarse como un modelo que ha de repartirse por todos los estados y pueblos de la Tierra? ¿Quién pudo pensar estos derechos? Y no ya por el asombro que produce que fueran pensados por inversores de empresas dedicadas a proveer de esclavos las plantaciones americanas como John Locke; por aristócratas como La Fayette o el marqués de Condorcet; e incluso por propietarios de esclavos como Jefferson o Adams. Y es que en opinión de Jeremías Bentham²⁰ la Declaración de Derechos de la Asamblea era un reclamo para la insurrección, para la resistencia a las leyes positivas. (Sin embargo, los jesuitas habían permitido el tiranicidio contra los gobernantes que no garantizaban los derechos subjetivos. La aporía pertenece al concepto, desde luego). ¿Se puede estar más allá del Bien y del Mal para garantizar los DH?

Si la DDH no puede ser un decreto de Dios, entonces es una conquista histórica (que nace con la Declaración de los Derechos del Ciudadano y del Estado Moderno, protector —distributivamente— de sus ciudadanos). Ahora bien, si esos derechos son legítimos entonces han de ser extrapolados a todos los ciudadanos del mundo y, si todos los humanos nos encontramos incorporados en estructuras políticas, han de ser extendidos a todos los hombres por contigüidad. Los resultados, sin embargo, pueden ser desastrosos, como es el caso de Haití, la primea colonia en la que se formalizan los Derechos surgidos de la Revolución Francesa, y hoy uno de los países más empobrecidos del mundo; o el uso que el régimen nazi hizo del Tratado de Versalles (1918-1919), que decía respetar las minorías sólo para anexionarse aquellos territorios en los que habitaba población germana.

Y entonces: Por una parte, la Declaración de la ONU tendría capacidad de obligar a respetar los Derechos humanos de todos los estados miembros, según defienden en España J. González Campos o J. C. Fernández

¹⁸ Pablo de Lora distingue muy pertinentemente entre la historia del *concepto* de los derechos humanos y la propia historia de los derechos humanos en *Memoria y frontera. El desafío de los derechos humanos*, Alianza, Madrid, 2006, pág. 31.

¹⁹ L. Hunt, *La invención de los derechos humanos*, Tusquets, Barcelona, 2009, pág. 13.

²⁰ J. Bentham, "Anarchical Fallacies: being and examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution", *The Works of Jeremy Bentham*, 1843.

Rozas.²¹ Las consecuencias pueden ser terribles si en su nombre se declara la guerra a aquellos estados que no los firmen o cumplan. La interrogante no se hace esperar: ¿es legítimo el uso de la fuerza para imponer los DH? ¿Las guerras declaradas por los EE.UU en favor de los DH son legítimas *ipso facto*?...

Pero, por otra, si los DH son anteriores a todo derecho —esto es: innatos, ineludibles, inalienables, imprescriptibles, exigibles, universales e indivisibles—, a los derechos legales, serían entonces *derechos morales* (en la tradición anglosajona), que deben inspirar la elaboración de los textos legislativos. Serían derechos que se «reconocen», no que se conceden, y entonces los DH se asemejan a un **código moral**, por lo que habría que incluirlos en el orden de las valoraciones y, en consecuencia, en el orden de la Cultura. Así lo pusieron de relieve las organizaciones no gubernamentales en sus reuniones en Túnez, San José y Bangkok, previas a la Declaración y programa de Acción de Viena (25 de junio de 1993):

5. Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. ***Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos***, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.²²

Cultura es una función que tiene que ver con los **valores**, pues no toda transformación es valiosa. Los DH pueden ser ciertos valores que una Cultura [la liberal burguesa, por ejemplo] considera indispensables para vivir la vida humana, y entonces los protege como derechos. La valoración de esas capacidades es cultural, pues quizá otra cultura aprecie otras capacidades para vivir la vida dignamente (Charles Taylor). Además, si son Humanos, en su universalidad abstracta han de estar legitimados antes de cualquier pacto y dados en cualquier situación social, económica o política, diríamos, *cultural* o *civilizatoria*.

b) *Y, como consecuencia: ¿a quién o a quiénes se aplican los DH? ¿Por qué se trazan límites dentro de los DH?* Lo categorizaré bajo el par valorativo *igualdad / desigualdad*.

En principio, serían sujetos de derechos todos y cada uno de los seres humanos individualmente considerados, individuos autónomos, por una suerte de dotación básica que a cada uno de ellos le pertenece. Ahora bien, es necesario su reconocimiento jurídico de manera que en aquellos estados en los que no se los reconozca no tengan validez —como señalamos DH y DDH son conceptos diferentes—. Un reconocimiento que no es evidente.

²¹ J. González Campos, “La protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas”, *ONU, AÑO XX*, Tecnos, Madrid, 1966; J. C. Fernández Rozas, “La protección internacional de los derechos humanos y su proyección en el orden jurídico interno”, *Política y derechos humanos*, Torres, Valencia, 1976, págs. 103-125.

²² Hay autores que defienden el vínculo entre los DH y el multiculturalismo, Cf. De Asís, *Las paradojas de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000.

El propio Spinoza —que ha sufrido en su familia la expulsión decretada por los Reyes Católicos— defiende una democracia en la que no hay cabida para todos los cuerpos: los peregrinos / extranjeros, las mujeres y los siervos; los niños y los pupilos; los criminales (*Tratado político*, cap. XI, §3).²³ El concepto de DH ha sido desbordado por todos aquellos a quienes se les ha negado históricamente. A la lista de Spinoza puede añadirse: locos, presos, pobres, esclavos, negros, minorías religiosas...

El Dios cristiano que desarrollan los reformados, en contrapartida al de los contrarreformados, es un Dios voluntarista, que dona la Gracia a unos pocos de los seres humanos, aquellos a quienes tiene a bien hacerlo, con independencia de sus obras. Así que aquí no hay cuestión de exigencias, de reivindicaciones, pues es Dios el único que tiene potestad para dar la Gracia o no darla. Frente a los reformados, la concepción hispana del derecho subjetivo, en el mismo momento en que la Inquisición²⁴ se encuentra en un momento de expansión, admiten como sujetos de derecho a los siguientes:²⁵

- 1) A las *personas*: Dios, los espíritus angélicos y el hombre —Domingo Soto (dominico), Miguel Bartolomé Salón (agustino), Luis de Molina (jesuita)...—. En el mundo visible, el sujeto de derechos es el hombre (“Hagamos al hombre a nuestra imagen y semejanza”, *Génesis*, 1, 26). El hombre es capaz de concebir y perseguir un fin propio y personal, junto con la respetabilidad consiguiente. Pero no solo es capaz de eso, sino que es de hecho sujeto de derechos. El hombre es mediador entre Dios y el universo creado; el hombre tiene un fin que realizar y por ello mismo es titular de los medios para alcanzar ese fin: es sujeto de derechos. El hombre es señor de sí y de todo lo creado inferior a sí, sujeto de dominio y de derecho.
- 2) A los *infieles* que, aunque no tienen la fe en Cristo, son, sin embargo, sujetos de derecho. Pues la naturaleza es la base última, suficiente y única de la condición de sujeto capaz y efectivo de derecho. Así lo defendieron Vitoria (*Relect. Prior De indis*, I, 7) Pedro de Aragón o Miguel B. Salón contra el cardenal Ostia (s. XIII). Pues el fundamento de derecho es la libertad de arbitrio que poseen los infieles exactamente igual que los fieles.
- 3) A los *pecadores* privados de la gracia y la caridad. Contra los valdenses, los heresiarcas Juan Wiclef, Juan Hus y el católico R. Fitzralph; para ellos sólo los justos son capaces de derecho; los reyes y príncipes, los obispos y jerarcas en pecado mortal pierden el dominio (condenados en el concilio de Constanza). Lo defiende Soto (*De iustitia et iure*, IV, 2, 1): La caridad es una realidad interna imposible de captar por nadie. Contra Gerson, Conrado, Mayr, Almain y Ricardo de Mediavilla que defienden el dominio «gratífico», por origen la

²³ Los límites de la época imponen los límites de la democracia. Recuérdense los debates de Putney entre los *Levellers* en 1647: los más radicales de la época de la guerra civil estaban en contra del voto de los arrendatarios rurales, trabajadores asalariados, aprendices y sirvientes domésticos, no porque fueran ignorantes o irracionales, sino porque su dependencia económica de un terrateniente, dueño o empleador les impedía ejercer su independencia. Lo mismo ocurrió en el debate del voto femenino en la república española del 1931, porque se suponía a la mujer en dependencia de los sacerdotes a través de la confesión.

²⁴ Una aparente antítesis que resalta Regina M. Pérez Marcos, “Derechos humanos e Inquisición, ¿conceptos contrapuestos?”, *Revista de la Inquisición*, 9, 2000, págs. 181-190.

²⁵ Cf. A. Folgado, op. cit., págs. 249 ss.

gracia, de manera que los amigos de Dios pueden usar y disfrutar de todo, Soto y los teólogos hispanos consideran esta doctrina temeraria, peligrosa y propia al desorden.

4) A los *niños* y los *locos*. Molina defiende el derecho de niños, locos y dementes a tener todos los derechos que otorga la naturaleza a la persona por el hecho de serlo.

5) A las *personas colectivas* (*colectio plurium suppositorum*).

6) A las *personas futuras*. Al no nacido se le puede dejar herencias, legados o depósitos. La indeterminación corresponde al conocimiento (no se sabe quién es el titular del derecho), pero no es indeterminación ontológica, en cuanto a la existencia, exigida por el concepto de derecho.

Y en la actualidad hay muchas conciencias críticas contra la exclusión de tantos seres humanos de los DH. La sensibilidad de los pueblos indígenas americanos podemos verla representada por José Ramón Narváez Hernández: “al día de hoy (2005) —escribe— están excluidos: los menores, la persona por nacer, los interdictos; y si ahondáramos en el concepto planteado por el código, no estarían tampoco: ni los indigentes, ni el indígena”.²⁶

La definición de las características esenciales de «cada uno de los individuos» es controvertida: ¿Serían la razón, la conciencia, la dignidad, en el sentido de que los hombres no sean considerados como medios, sino únicamente como fines? ¿O quizá el individuo recortado por encima de los intereses del Estado, tal y como defiende el individualismo moral?...

Art. 21. 3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

El «pueblo» como sujeto de derechos. Pero ¿qué es un pueblo? ¿Es una mera población? Y entonces la población es pueblo sólo a partir de la Constitución que le garantiza la existencia como elemento personal jurídico... ¿Es resultado del contrato? ¿Es previo al contrato? El pueblo, ¿se ha de someter a los criterios de identidad sociológica, histórica?... ¿Es el pueblo la nación? ¿Y la nación es la clase (el tercer estado) como quiso Sieyes? La serie de preguntas puede continuar: Y los criminales, las mafias... ¿poseen derechos?

c) ¿Por qué hay declaración de Derechos y no de su simétrico, Obligaciones? ¿Por qué se potencia «ser receptor de Derechos» y no «ser Deudor de Deberes»? La categoría de la *praxis* adecuada en este caso será la *Voluntad de Resistencia*.

La misma enunciación del concepto «derechos humanos» nos invita a la precaución, como si hubiera «gato encerrado». Ni se nos prohíbe ni se nos conmina; ni se nos ordena ni se nos amenaza con penas, suplicios o

²⁶ José Ramón Narváez Hernández “Apuntes para empezar a descifrar al destinatario de los derechos humanos”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 8, 2004/2005, págs. 193-207.

penitencias; al contrario, se nos valora positivamente: sujetos protegidos, estimulados, ennoblecidos, privilegiados... Las Declaraciones sobre Derechos se configuran sin su contrapartida simétrica, los Deberes u Obligaciones. Aunque pueda suponerse, con John Rawls, que determinados derechos fundamentales corresponden a deberes fundamentales: a tales derechos, tales obligaciones;²⁷ Onora O'Neill considera la imposibilidad de un derecho sin la correspondiente obligación, 1996.²⁸ Esta cuestión es demasiado técnica para abordarla ahora.²⁹ Pero quisiera destacar una consecuencia ontológica.

Los derechos no sólo se confrontan con las obligaciones, sino con la *deuda* que todo se nacido adquiere con la comunidad (y por extensión, con la *piedad*) en el momento de nacer. Pongamos un par de ejemplos. En la tradición griega, «dar justicia» significa «pagar la pena debida» y ello afecta a todos los entes. Anaximandro afirma que nacer y vivir y, en general, surgir y estar existiendo es una injusticia que debe ser retribuida; y ese pago es la muerte, es decir, el principio de vida para aquel con quien se estaba en deuda: cuando un ente nace, reprime, por así decir, que en su lugar pueda existir otro ente; esta represión es siempre injusta para con el ser al que no se le permite surgir, pues muerte significa que empieza a vivir aquello que antes fue reprimido. Vivir, existir o emerger siempre impide violentamente que otro viva, exista o emerja (Frag. D-K 12 A 9). En la tradición hebrea, Moisés baja del Sinaí con una Tabla de Deberes consecuencia de la Alianza con Yavhé. En todas estas actuaciones, se privilegia la *pietas*: la conciencia de la condición dependiente del hombre, conciencia de saberse deudor de una deuda que, en sí misma, es impagable.

El hombre es constituido deudor, a diferentes títulos, respecto de otras personas, según los diferentes grados de perfección que éstas posean y los diversos beneficios que de ellas haya recibido. Desde este doble punto de vista Dios ocupa el primerísimo lugar, porque es absolutamente perfecto y porque es, en relación con nosotros, el primer principio de ser y de gobierno. Por este título conviene, también, secundariamente, a nuestro padres y a nuestra patria, de los cuales y en la cual hemos recibido la vida y la educación. Así, pues, después de a Dios, el hombre le es deudor sobre todo a sus padres y a su patria.³⁰

El hombre es, pues, un ser religioso en el sentido de estar *re-ligado*, vinculado al mundo real. El hombre re-ligado es el hombre con conciencia de una pertenencia, lo contrario a un hombre aislado, solitario y abstracto. Así lo entendieron también los modernos que, tras la Paz de Augsburgo (1555), determinaron que los súbditos profesasen la religión oficial que detentaba el monarca de su país, según la máxima *cuius regio eius religio*. Es la autoridad pública la que determina la re-ligación de cada uno, en definitiva, la deuda que adquiere un súbdito protegido por el monarca que lo acoge y protege. Sería dentro de este lenguaje Deber-Deuda como puede entenderse el deber que tenemos para con lo dado o recibido: el medio ambiente, los animales... Lo que descarta, en

²⁷ John Rawls, *Teoría de la justicia*, FCE, México, 1979.

²⁸ Onora O'Neill, "Rights, obligations and needs", en Brock, Gillian (ed.), *Our responsibilities to meet other's needs*, Nueva York, Rowan & Littlefield Publisher, 1998.

²⁹ Cf., W. N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, México, 1995.

³⁰ Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, II-II, c. 114 a2.

consecuencia, el derecho de los animales o del medio ambiente.

Si los DH no están vinculados a obligaciones, ¿en donde se enraízan? En el poder, en la facultas, en la utilidad social, en la disposición del cuerpo, en el derecho a no reconocer obligaciones (En la legislación italiana se ha aceptado el derecho de la mujer a «dar a luz de incógnito», esto es, a “la eventual voluntad de la madre a no ser nombrada en la declaración de nacimiento de su propio hijo”, art. 30 del Decreto del Presidente de la República núm. 396, 3 de noviembre de 2000).

d) ¿Cómo es posible que los DH, inherentes a cualquier sujeto humano, los reciba éste desde su exterioridad (desde la norma o desde otra cultura)? ¿Por qué habrían de ser aceptados por seres humanos de diferentes épocas y culturas? ¿Son los derechos humanos transgresores de otros derechos no menos humanos? La categoría que subsume estos casos será la de [Amor - Fraternidad – Solidaridad] / Asimilación.

La necesidad de hacer de los DH una norma parece conllevar una aporía:

El derecho sólo será concebible como algo inherente a ese sujeto, no cabe otra posibilidad y, por tanto, como un derecho subjetivo. Ese planteamiento provoca a nuestro juicio una posible **aporía**, a saber: ¿cómo algo que es inherente al sujeto, como es el derecho subjetivo, puede ser atribuido por una realidad extraña al mismo sujeto como es la norma jurídica? Si por un lado se afirma que el derecho subjetivo es manifestación de la persona, que está enraizado en ella, ¿cómo afirmar al mismo tiempo que la norma jurídica es la causa eficiente del derecho subjetivo?³¹

Pero esta aporía no es meramente argumentativa, formal: lo realmente grave es que se trasmuta en aporía histórica.³² Así, justamente aquello que garantiza los derechos subjetivos los limita. Es la gran paradoja de los totalitarismos del siglo XX, nacidos de la revolución de los derechos subjetivos del ciudadano, del hombre. Los DH no serían, entonces, más que una parte de un sistema ideológico en el sentido de Marx, de justificación de los intereses de una clase social. Pues si el concepto de «humano» queda fijado por la definición que se ofrezca de «derecho», el incumplimiento de los DH ha de dar lugar a algún tipo de sanciones, lo que exige una autoridad internacional que pudiera limitar a su vez el poder autónomo e independiente de las naciones. La legislación de los países europeos convierte a sus ciudadanos en individuos con mayores posibilidades de desarrollo y disfrute personal que los nacidos en zonas en los que el derecho es un mero *flatus vocis*. Parece que el concepto de DH se despliega por contacto o contigüidad “una extensión de algo que para algunos privilegiados en el mundo es ya realidad”.³³

³¹ E. Gallego García, *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, Dykinson, Madrid, 1996, pág. 74.

³² Una presentación de paradojas sobre los Derechos Humanos en José Ramón Narváez Hernández “Apuntes para empezar a descifrar al destinatario de los derechos humanos”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 8, 2004/2005, pp. 193-207.

³³ J. L. Aranguren, *Los derechos humanos*, Madrid, Ciencia Nueva, Madrid, 1966, pág. 58.

Pero, ¿qué ocurre en otros países? ¿Es compatible la DDH con la *Sharia* (el derecho musulmán clásico)?³⁴ ¿Y si los DH de algunas zonas del planeta se garantizan a causa de que en otras zonas se trasgreden continuamente? ¿Acaso los derechos a la alimentación, a la salud, a las vacaciones, a los deportes... no se realizan detrayendo una gran cantidad de recursos a personas que miran los DH europeos o norteamericanos como «artículos de lujo»?

Y más todavía: una monarquía o una república, en todo caso, pueden garantizar los DH; pero ¿cómo se está seguro de que éstos son los DH fundamentales? ¿Qué ocurriría si los *derechos humanos fueran transgresores de otros derechos no menos humanos*? Zizek ha puesto de relieve cómo los DH, en lo esencial, son derechos de transgresión de los diez mandamientos de Moisés (*Deuteronomio*, 5, 1-22):

Por supuesto, los derechos humanos, no transigen directamente con la violación de los Diez Mandamientos, sino sencillamente dejan abierta una «zona gris» marginal que debe quedar fuera del alcance del poder (religioso o secular): en esta zona de penumbra, puedo infringir esos mandamientos, y si el poder se empeña en investigar a fondo, o incluso si me sorprende en una situación comprometida y trata de impedir mis infracciones, aún me cabe gritar: «¡Esto es un ataque a mis derechos humanos fundamentales!»³⁵.

Estúdiense los siguientes casos:

- Contra el sexto mandamiento: El derecho a la intimidad, como *derecho al adulterio*.
- Contra el séptimo: El derecho a la búsqueda de la felicidad y a la propiedad privada, como *derecho a robar*, a explotar a otros.
- Contra el octavo: La libertad de prensa y el derecho a la libre expresión de la opinión, como *derecho a mentir*.
- Contra el quinto: El derecho de los ciudadanos libres a poseer armas, como *derecho a matar*.
- Contra el primero: El derecho a la propia creencia religiosa, como *derecho a adorar falsos dioses*.

En el cuadro III se sintetizan algunas de las cuestiones problemáticas expuestas.

Humanos Derechos	Quién concede	Quién recibe
Distributivo A qué normas se ajustan <i>Ius poli</i> : concedido por Dios	LIBERTAD I ¿Es indiferente que la Europa protestante haya universalizado los DH?	IGUALDAD/DESIGUALDAD ¿Los DH son absolutos? ¿Hay excepciones? ¿Los DH- <i>prima facie</i> - pueden ser vulnerados?

³⁴ Cf. P. de Lora, *Memoria y frontera*, op. cit., pág. 99 ss. F. Zakaria, “Los derechos humanos en el mundo árabe”, *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Serbal-Unesco, Barcelona, págs. 251-268.

³⁵ S. Zizek, *El frágil absoluto*, Pretextos, Valencia, 2002, págs. 144-145.

	LOS DH Y LA CULTURA	CRITERIO DE DIGNIDAD
Conflicto	LIBERTAD II	AMOR / ASIMILACIÓN
A qué normas se oponen	Correlación derechos y deberes	Trasgresión de otros derechos
<i>Ius fori</i> : derecho humano, pacto...; derecho positivo, derecho divino...	OBLIGACIÓN Y DEUDA	¿FORMAN LOS DH UN SISTEMA?

Cuadro III. Cuestiones problemáticas

NEGACIÓN DE LOS DERECHOS NATURALES / DERECHOS HUMANOS

De manera que ante cuestiones tan problemáticas no parece descabellado que las DDH hayan sido rechazadas desde sus primeras versiones como Derechos del Ciudadano; ya así lo hicieron muchos críticos de la Revolución Francesa: Bentham, De Maistre o Burke; críticos de la civilización occidental como Nietzsche; o críticos del liberalismo como MacIntyre.

Para Jeremy Bentham (1748-1832) no existe ningún derecho que, cuando su abolición sea provechosa para la humanidad, no deba ser abolido. Además, cuestiona los límites de esos derechos, pues afirmar que los hombres poseen un derecho inalienable a la propiedad, por ejemplo, significa que no se le pueden imponer impuestos.³⁶ Bentham niega la posibilidad misma de los derechos naturales fuera de los contextos legales. En esta línea filósofos del derecho como Vernengo o Bulygin defienden que los derechos humanos adquieren existencia cuando se positivizan y entonces son meros derechos jurídicos.

Joseph de Maistre criticaba los *droits de l'homme* promulgados por la Asamblea revolucionaria de Francia, haciendo hincapié en el concepto de «humanos».³⁷ Aseguraba que durante su vida había tenido la ocasión de tropezarse con franceses, italianos o rusos, y aun persas si hacía caso de Montesquieu, pero no se había tropezado nunca con «el hombre» supuestamente portador de derechos.

Edmund Burke reacciona contra el panfleto de Richard Price, defensor de los derechos naturales del hombre, *Observaciones sobre la importancia de la revolución americana* (1784) y defiende que el buen gobierno tendría que estar enraizado en las tradiciones antiguas de la nación, no el recién imperio conquistado de la luz y la razón.³⁸

Para Friedrich Nietzsche, los derechos humanos constituirían una ramificación de la «sombra de Dios» y

³⁶ “Los derechos naturales son simples sinsentidos; los derechos naturales e imprescriptibles, sinsentidos retóricos —sinsentidos sobre zancos [Nonsense upon stilts]— (...) El derecho [subjetivo], el derecho sustantivo, es hijo del Derecho: de las leyes *reales* derivan derechos reales; pero de leyes *imaginarias*, de las leyes de la naturaleza, figuradas, inventadas por los poetas, retóricos y traficantes de venenos intelectuales y morales, derivan derechos *imaginarios*, una progenie bastarda de monstruos «gorgonas y quimeras horrendas». J. Bentham, “Anarchical Fallacies” (citado en P. de Lora, op. cit., pág. 130). Cf. J. Dinwiddy, *Bentham*, Alianza, Madrid, 1995.

³⁷ J. De Maistre, *Consideraciones sobre Francia*, Rialp, Madrid, 1955.

³⁸ E. Burke, *Reflexiones sobre la revolución francesa*, Rialp, Madrid, 1989.

un obstáculo para la Gran Política.³⁹ Nietzsche se opondría al artículo 29.2 de la DDH que impone las condiciones y límites de los Derechos Humanos en la libertad de los otros, sino que los derechos se iniciarán allá donde acabe mi fuerza, mi *voluntad de poder*. Afirmación de la vida y de la voluntad de poder:

El vitalmente pobre, el débil, empobrece más la vida; el vitalmente rico, el fuerte, la enriquece. El primero es un parásito; el segundo aporta algo a ella... ¿Cómo es posible confundir el uno con el otro? (*Voluntad de poder*, § 48).

La moral hipermoderna que defiende Nietzsche es la moral de la ley que cada uno se da a sí mismo: “Sé lo que tú eres”; “queremos ser quienes hacen sus propias leyes, los que se hacen a sí mismos” (*La Gaya Ciencia*). Es una autolegislación sin universalidad (contra Kant). La vida no es igualdad sino *pathos*, apropiación, ofensa, avasallamiento de lo débil, opresión, dureza, imposición de fines propios... es voluntad de poder (*Más allá del bien y del mal*)...

Karl Marx describe los DH en la *Cuestión judía* (1834) como forma de alienación humana. Los DH frivolidizan las desigualdades, las hacen invisibles y las disuelve en los principios de igualdad o libertad. Las DDH unen como entidades complementarias al ciudadano y al hombre egoísta, es decir, se subsume al hombre en el ciudadano:

Ninguno de los así llamados derechos humanos [Marx menciona los derechos de *libertad, propiedad privada, igualdad y seguridad*] va, por tanto, más allá del hombre egoísta, del hombre tal y como es miembro de la sociedad burguesa, es decir, del individuo replegado en sí mismo, en su interés privado y en su arbitrariedad privada, y separado de la comunidad. Lejos de que se conciba en ellos al hombre como ser genérico, aparece en ellos la vida genérica misma, a la sociedad, más bien como un marco externo a los individuos, como limitación de su independencia originaria. El único vínculo que los cohesiona es la necesidad natural, la necesidad y el interés privado, la conservación de su propiedad y de su persona egoísta.⁴⁰

Alasdair MacIntyre dirá que no es posible fundamentar los derechos humanos, que no son sino ficciones morales o fabulaciones útiles, carentes de existencia; si se han elaborado ha sido para reemplazar una moral más antigua:

Y ambos [conceptos: derecho y utilidad] se elaboraron en una situación en que se requerían artefactos sustitutivos que aparentarían un carácter radicalmente innovador e incluso iban a dar la apariencia de poner

³⁹ “Por consiguiente, «no hay derecho natural ni injusticia natural»; tras lo cual ya no sonará tan raro a nuestros encantados oídos el tajante aserto «no hay derechos humanos» Cf. J. Conill, *El poder de la mentira*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 186.

⁴⁰ K. Marx, *La cuestión judía*, Anthropos, Barcelona, 2009, pág. 150.

en acto sus nuevas funciones sociales.⁴¹

El círculo argumentativo al que apelan unos y otros se encuentra en la necesidad de suponer estructuras sociales que reconozcan los derechos naturales, lo que presupone lo que hay que probar. La única manera de salvar el círculo es mediante una definición unívoca: los DH son derechos preexistentes de individuos recortados a la escala del individualismo moral, una escala que puede aplicarse también a animales o a ecosistemas... Los individuos que soportan los derechos subjetivos son completos e incommunicables; todas sus notas se derivan necesaria y directamente del *ser*, y son previas al proceso histórico de socialización.

Desde una perspectiva católica, Danilo Castellano rechaza las concepciones habituales sobre los DH:⁴² no acogen derechos intrínsecos a la naturaleza del hombre; no están relacionados con la naturaleza del hombre, sino con su voluntad; no son los mismos derechos que los defendidos por la iglesia católica (¿cómo se podrían ajustar los DH al dogma católico del pecado original, de la necesidad de un Mesías sobrenatural, del requisito de la Revelación, del cumplimiento de los sacramentos, de la liturgia de la misa...?); no es posible derivar el derecho de la naturaleza del hombre, porque el concepto de *derecho* no puede ir más allá de la justicia conmutativa, de las relaciones intersubjetivas.⁴³ Para nuestro objetivo, el interés de la crítica de Castellano es doble. Por una parte, orienta filosóficamente hacia el punto de ruptura filosófica: el voluntarismo nominalista y el racionalismo de la modernidad; y, por otra, caracteriza esta posición filosófica con los rasgos de una definición unívoca, que se caracteriza, entre otros, por los siguientes rasgos:⁴⁴ los individuos son considerados a partir del *estado de naturaleza*: entes aislados, libres, independientes, soberanos de sí y del mundo, que disfrutan de derechos innatos o naturales, independientes los unos de los otros; la legitimidad del poder se funda en el contrato, en la adhesión voluntarista a un proyecto cualquiera; una voluntad reivindicativa de los seres humanos con el poder de crear incluso la expresión jurídica; la religión, en consecuencia, se reduce a libertad de conciencia (Hobbes, Locke, Rousseau).

nota sobre spinoza

¿Desastres «naturales»? En un mundo que tiene la costumbre de condenar a las víctimas, la naturaleza tiene la culpa de los crímenes que contra ella se cometen. Eduardo Galeano

Ahora bien, admitido que el ser humano también es voluntad de poder (y no sólo entendimiento, razón o *lógos*), de ahí no se sigue que los DH sean inevitables. Tal fue la posición de Spinoza. El giro del «marrano de la razón» fue muy interesante, porque ya no es la voluntad la que establece los límites, sino el cuerpo/los afectos; aquí

⁴¹ A. MacIntyre, *Tras la virtud*, Crítica, Barcelona, 1987, pág. 97.

⁴² Pío VI en un Breve de 1791 condenó la *Declaración de los derechos humanos* surgida de la Asamblea Francesa de 1789.

⁴³ D. Castellano, *Racionalismo y derechos humanos. Sobre la anti-filosofía político-jurídica de la «modernidad»*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

⁴⁴ En lo que no estamos de acuerdo es en las tesis desde las que realiza la crítica (pero una tesis puede ser rechazada desde posiciones diferentes y aun opuestas), y en su consideración anti-filosófica de la modernidad, pues la filosofía racionalista es una filosofía como otra cualquiera.

no hay derechos subjetivos, sino que es la potencia de los cuerpos la que realiza la jerarquización; de manera que es necesaria la democracia para evitar la tiranía, la dictadura, etc.

DEFINICIÓN ANALÓGICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

De lo dicho hasta aquí parece que los problemas que surgen al tratar los DH proceden de las definiciones unívocas o equívocas. En el primer caso, se ejemplifica en el artículo 29.2 de la DDH de 1948; en el segundo, en los artículos 1-14. Veamos.

No podemos entender los Derechos Humanos de modo *unívoco*, como suelen hacerlo los naturalistas, que consideran derechos preexistentes de individuos orgánicos, recortados a cierta escala: hombres (pero también animales, ecosistemas...). Estos individuos son completos e incommunicables, y sus notas extensionales e intensionales se derivan necesaria y directamente del ser, previas al proceso histórico de socialización. Cuando el artículo 29. 2 de la DDH impone las condiciones y límites de los Derechos Humanos:

<<En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática>>.

no se hace sino resaltar la *Lógica Unívoca* que se encuentra detrás del pensamiento dominante de la sociedad contemporánea, heredera triunfante del pensamiento moderno. Sin este artículo 29. 2, la constitución de los derechos humanos conduciría a suponer la existencia de un único ser humano en la tierra (lo que no es nada descabellado, puesto que el sujeto suplanta a Dios, y así podría leerse la filosofía de Nietzsche). Los límites de la acción que acoge —la voluntad de poder, el deseo arbitrario o la indiferencia respecto del objeto— no dependen más que del límite impuesto por otros sujetos asimismo abandonados a su voluntad de poder, deseos arbitrarios o indiferencia respecto del objeto. La definición unívoca de DH les daría un carácter sustantivo, que los DH no tienen.

La definición unívoca conduce a la larga a la especificación de los sujetos de derecho, para resaltar su vínculo con el *ser* del que proceden: mujeres, homosexuales, niños, ancianos, discapacitados, refugiados, negros... y así, en el límite, cada uno de los individuos singulares. La definición unívoca de DH apela con frecuencia al imperativo categórico kantiano en los planteamientos de Gewirth, Nino o Dworkin.

Pero tampoco entenderemos los DH de modo *equívoco*, como si los derechos naturales fuesen derechos de sociedades no contaminadas por la civilización (siendo la civilización la que los ha pensado). Los catorce primeros

artículos de la DDH de 1948 están descontextualizados; de manera que la ley puede ser muy diferente en cada uno de los estados. Así, el artículo 7 señala que todos somos iguales ante la ley, *pero ipso facto* somos desiguales si las leyes no son la misma ley:

<<Todos son **iguales ante la ley** y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación>>.

O considerar como Locke que el derecho de propiedad es un derecho originario, de manera que negar la propiedad privada es negar los Derechos Humanos. El derecho humano se identifica con el derecho a la igualdad ante la ley de Ronald Dworkin.⁴⁵

Definiremos los DH de modo *análogo*, por analogía con determinadas concepciones del sujeto que se han cruzado con la jurisprudencia. La analogía nos exige, entonces, encontrar un primer analogado pertinente, que sólo puede encontrarse empíricamente. La hipótesis aquí defendida se remite al *derecho subjetivo* como primer analogado. La Declaración de los DH no es independiente de un ordenamiento jurídico iusnaturalista en el que se ha establecido una serie de derechos subjetivos.

ANALOGÍAS DÉBILES Y ESTADOS PRÍSTINOS

El método analógico no puede imponer un término de final de búsqueda; siempre permite la investigación de otros analogados, y así el propio derecho subjetivo también puede ser derivado analógicamente hasta llegar a Grecia, Egipto, Babilonia y aun a la prehistoria. La idea que con mayor fuerza se nos presenta es la comunidad cristiana primitiva, influida por el estoicismo. Cicerón, en opinión de Sabine,⁴⁶ juega un papel decisivo al distinguir una ley natural anterior a las leyes civiles (Cicerón, *Tratado de la República*, III, 22). Los jurisconsultos romanos distinguen entre el *ius naturale*, primera constitución del mundo, alterada por el *ius gentium*, “por el que se introdujeron las guerras, se separaron los pueblos, se fundaron los reinos, se instituyeron el comercio, las compraventas, los arrendamientos y las obligaciones...”, y el *ius civile* o derecho propio de cada comunidad política...

Rousselot señala que el cristianismo había rechazado la moral antigua y hace prevalecer *la idea del derecho sobre la del deber*,⁴⁷ que es una idea del derecho natural. La primera idea que sirvió de base a la moral

⁴⁵ Ronald Dworkin, *La filosofía del derecho*, FCE, México, 1986.

⁴⁶ “La verdadera importancia de Cicerón para la historia del pensamiento político consiste en que dio a la doctrina estoica del derecho natural la formulación que ha sido universalmente conocida en toda la Europa occidental desde su época hasta el siglo XIX”, G. Sabine, *Historia de la teoría política*, FCE, México, 1989, pág. 129.

⁴⁷ “El cristianismo, en su principio, no era más que la divulgación de esta verdad. ¿Qué es la fraternidad evangélica sino la proclamación del derecho común a todos los hombres? Todos son hermanos, luego todos tienen los mismos derechos. ¿A qué? ¿Al porvenir? ¿Con qué condición? A condición de sus propios deberes” X. Rousselot, *San Alberto, santo Tomás y san Buenaventura*, Espasa Calpe, Madrid, 1950, págs. 142-

escrita y, por tanto, a la practicada, fue la de deber; pero en el orden natural ésta es la segunda, pues el hombre goza de ciertos derechos antes de cumplir ningún deber. Podemos mirar hacia san Pablo y la «ley escrita en los corazones», aunque es el estoicismo el que define la forma de conciencia más cercana a los DH mediante la Idea de *Humanitas*. En la edad Media se despliega como *lex naturalis*, a partir de la ley natural de los teólogos. Las *Etimologías* de san Isidoro de Sevilla se remiten a tres pilares: la común posesión de todas las cosas; la igual libertad para todos; la posibilidad de actuar sin daño para otros. Una idea que, a su vez, conecta con la idea de una época prístina, en la que aún no había sido incorporado el *derecho de gentes*. Isidoro distingue entre el *fas* y el *ius*; el *fas* es todo lo que una persona puede hacer lícitamente, sin hacer daño a otro; por ejemplo, transitar por una finca ajena, etc. Ahí ya aparece la libertad de las personas fundamentada en el derecho natural. En el *ius commune* la noción de *libertad* se define en relación a la servidumbre (Carretero, pág. 48, nota 26). “Bajo el derecho natural todos los hombres nacen libres” (D.1.1.4). Es ésta la idea del cristianismo primitivo que los franciscanos defenderán con un ahínco que conducirá a las nuevas formas de justicia y trabajo.

La península ibérica, por su posición de cruce de pueblos, de mestizaje, ha sido siempre muy sensible a la defensa de derechos naturales. En los concilios de Toledo (636-663) se trasvasa el derecho canónico al derecho visigótico: se protege la propiedad, a quienes realizan oficios palatinos, etc. La Carta del Convenio entre el rey Alfonso I de Aragón y los Moros de Tudela regula el tránsito y la vida de personas de distintos orígenes: cristiano, musulmán o judío. Los Fueros castellanos, leoneses y aragoneses de los siglos XI y XII amparan a los grupos religiosos de la península. Alfonso IX establece garantías procesales. Alfonso X⁴⁸ legisla a favor de las tres religiones...

nota sobre comunismo y derechos humanos

También la tradición griega imagina una época dorada, los estados prístinos, en las obras de Hesíodo o de Platón (*Edad de Oro*).⁴⁹ Pero no podemos considerar estas ideas como analogados de los DH; son más bien propias de la filosofía de la historia, tal y como se han presentado desde Fichte a Marx.⁵⁰ De alguna manera los DH son la contrapartida de ese estadio de Comunión universal, de comunismo global: un estado de naturaleza al que se pretende volver, tras haber sido irrumpido por la civilización, el afán de acumulación de propiedades, la maldad humana, etc. Pero esta idea deja de tener relación con los Derechos Humanos y se asocia con el Comunismo, que sería una alternativa a los Derechos Humanos, defendidos precisamente por su enemigo histórico, el Liberalismo, y de ahí, por ejemplo, las reticencias de la Unión Soviética para firmar la DDH de 1948 (los países que se abstuvieron fueron: Unión Soviética, Ucrania, Bielorrusia, Yugoslavia, Polonia, Suráfrica y Arabia Saudí, que denuncia el *eurocentrismo* de los DH).

143140.

⁴⁸ Cf. F. Márquez Villanueva, *La cultura alfonsí*, Mapfre, Madrid, 1994.

⁴⁹ R. Labardini, “Orígenes y antecedentes de derechos humanos hasta el siglo XV”.

⁵⁰ Cf. M. Fernández Lorenzo, “Periodización de la Historia en Fichte y Marx”, *El Basilisco*, nº 10, 1980.

IIª PARTE. DERECHO SUBJETIVO

DEFINICIÓN UNÍVOCA DE *DERECHOS HUMANOS*

Nuestro método analógico nos ha conducido del concepto actual de las Declaraciones de los Derechos Humanos al concepto más general de «derecho natural» a través del concepto híbrido de «derecho subjetivo», que sería el resultado simbólico de un momento histórico particularmente convulso de la Baja Edad Media: de aquellos desordenados movimientos de una riquísima iniciativa individual que el poder eclesial y canónico de la Iglesia se ve incapaz de controlar; de las continuas guerras entre caballeros cristianos, que trastocan continuamente las fronteras y la estabilidad de los reinos europeos; de los contratos feudales interpersonales que eluden la autoridad monárquica; de las nuevas corporaciones de artesanos y mercaderes; de los conflictos entre los maestros *seculares* de la Universidad y los maestros *regulares* de las órdenes mendicantes... Todos estos cursos de acontecimientos estallarán conceptualmente con un suceso en apariencia menor: la pretensión de los franciscanos de vivir al margen del derecho. Los frailes querían gozar del *uso de hecho* —y además que fuese *licito*— de todo aquello de lo que tenían necesidad, pero sin poseer propiedad ni derecho sobre las cosas. Una pretensión que dio lugar a la llamada «controversia sobre la pobreza evangélica». Los franciscanos mostrarán cómo se ha hecho imposible esperar la justicia desde una Iglesia mediadora; el *Ius* (Derecho) no es ya la estructura armónica y estable que pretendió la Roma de los Inocencios; y esa inestabilidad exige el cambio: hay que renunciar al orden establecido y luchar por lo propio, sin mediaciones. Guillermo de Ockham se hace cargo del debate. Define el derecho como *facultas* o *potestas*, conclusión por reducción al absurdo de la defensa del privilegio de no poseer ningún derecho. En resumidas cuentas, se salva a Dios de la necesidad, de establecer cualquier vínculo con criatura alguna y, *a fortiori*, con la Iglesia.⁵¹

La discusión se ha hecho clásica en el ámbito del Derecho, aunque apenas se ha esbozado en el de la filosofía. Michel Villet y, entre nosotros, A. Folgado, A. d'Ors, F. de Castro, B. Albanese, C. Gioffredi, L. Aru y O. Orestano, A. García-Gallo, R. Domingo, A. Guzmán, J. B. Vallet de Goytisolo o F. Carpintero, consideran que a partir de los franciscanos la filosofía jurídica incluye una interpretación subjetiva de los textos, una interpretación que la filosofía jurídica romana excluye taxativamente. El *Ius* definido como objeto fue desplazado por el *Ius* entendido como *facultas* o *potestas*, vinculadas al sujeto, como derechos que nacen del sujeto mismo, y no de las relaciones conflictivas con otros sujetos.⁵²

En esta misma posición se situó A. d'Ors, para el que «aunque podemos traducir a menudo la

⁵¹ Cf. por ejemplo, F. Oakley, *Los siglos decisivos. La experiencia medieval*, Alianza, Madrid, 1980.

⁵² Muchos juristas sostienen —como Pugliese, que se opuso frontalmente a la tesis de Villey, así como Olis Robleda, Kaser, Crifó...— que el derecho subjetivo se encuentra ya en la tradición clásica. Entre los hispanos: Urdanoz, Millán Puelles, Castán Tobeñas... Díez Picazo defiende el sentido subjetivo del derecho: “El concepto primario en el terreno jurídico no es el concepto de deber, sino el concepto de poder o tener derecho”. L. Díez Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, Barcelona, 1993, pág. 75. Tuck, por su parte, hace retroceder la incorporación del derecho subjetivo al siglo XII, con la escuela de Bolonia.

palabra *ius* por nuestro derecho subjetivo, los romanos no llegaron a entenderla precisamente en ese sentido, porque no construyeron tal categoría». En el mismo sentido se pronuncian Albanese, Gioffredi, Aru y Orestano, García-Gallo, Domingo, Guzmán, Vallet de Goytisolo, etcétera. Para estos autores, la palabra *ius* en los textos romanos no designaba propiamente un derecho subjetivo, sino que indicaba una *posición* justa, o un *status*, puesto que no conllevaba sólo potestades o facultades, sino también obligaciones, hecho que no cuadra con la noción que hoy tenemos de derecho subjetivo.⁵³

Remitimos al espléndido análisis de Francisco Carpintero, así como a los textos de Avelino Folgado o del propio Michael Villey sobre la cuestión de los derechos subjetivos. Aquí retendré sólo dos conceptos: *i)* la reivindicación; *ii)* su carácter histórico.

I) EL PODER DE REIVINDICACIÓN

Decimos que *Ius* pasa de ser una relación objetiva (*dominium, ius in rem*; por ejemplo: el control de un predio, de esclavos o de dinero) referida a la proporción, a ser una *facultas* o *potestas*. Y se llega ya muy lejos; Juan Charlier de Gerson (1363-1429), Gran Canciller de la Sorbona, cree que todo lo que hay de entidad y bondad en cada criatura debe llamarse *derecho*: el derecho del cielo a influir, del sol a iluminar, del fuego a calentar, de la golondrina a hacer nido y de toda criatura a hacer lo que naturalmente puede hacer. Guillermo de Ockham (1285-1349) introduce una diferencia sutil entre ese derecho genérico y el derecho específico humano: la capacidad de reclamación de sus derechos, la **capacidad de reivindicación**.⁵⁴ Ockham considera que *Ius* puede emplearse *communissime*, para significar cualquier derecho, o *determinate*, para referirse a alguna de las divisiones del derecho: natural, positivo, dominio, propiedad, usufructo, uso.... En el primer caso, *Ius* se define como «todo poder lícito»; en el segundo, lleva una parte común, expresada normalmente con los términos *potestas* o *licita potestas*. En sentido amplio, *Ius* es *potestas humana principalis*: vindicar en juicio una cosa temporal de todos los modos que no estén prohibidos por el derecho natural (*De opus nonaginta dierum*, 2,10). Al verdadero derecho hay que añadir: “Del cual nadie puede ser privado contra su voluntad sin culpa ni causa razonable” (2,5). De manera que la inviolabilidad del derecho se expresa en la particularidad de defensa que lo acompaña: *potestas defendendi et vindicandi*. La facultad que especifica el derecho se acompaña de **vindicación**. Y esto vale tanto para el *ius poli* (de *polos* = cielo; derecho natural, recta razón o norma divina) como para el *ius fori* (pacto). Lo que el papa Nicolás III permite rechazar a los franciscanos es el *ius fori*, pero no el *ius poli*; los franciscanos renuncian solo al derecho por el cual se puede contender en juicio, pero no al derecho mismo. El *Ius* pasa entonces de referirse a lo que nos toca, según la Justicia, al poder que se tiene sobre un bien. Un poder que no procede del *ius fori*, sino del *ius poli*, del que nadie puede ser privado sin su consentimiento “*potestas ... qua quis sine culpa sua et absque causa rationabili*

⁵³ J. J. Megías, “El subjetivismo jurídico y el derecho subjetivo en los textos romanos”, en F. Carpintero (y otros), *El derecho subjetivo en su historia*, op. cit., pág. 22.

⁵⁴ G. Ockham, fundamentalmente *De Opus nonaginta dierum* [La obra de los noventa días] y *Breviloquium de principatu tyrannico*, traducido por P. Rodríguez Santidrián, *Sobre el gobierno tiránico del papa*, Tecnos, Madrid, 2001.

privari no debet invitus".⁵⁵ El derecho difiere de la licencia, pues ésta se puede revocar; y el derecho subjetivo consiste principalmente en poder actuar ante la justicia: *potestas ... indicandi defendendi in humano iudicio* (p. 308). Y así, el *Ius utendi* o de uso lo definirá Okham de este modo: *Ius utendi est potestas licita, utendi re extrinseca, qua quis sine culpa sua et absque causa rationabili privari non debet invitus, et si privatus fuerit, privatem poteri in iudicio convenire* [el derecho de usar es la potestad lícita de usar una cosa exterior, de la cual nadie debe ser privado en contra de su voluntad, sin culpa suya, a no ser que medie una causa racional y si fuere privado de ella, **podrá demandar en juicio al que le privó**].

DE PERSONA A SUJETO

Uno de los arranques del concepto de *derecho subjetivo* procede de las discusiones sobre la teología trinitaria; *persona* pasa de ser un término asociado al *officium*, a la máscara con la que nos presentamos en el foro, a ser una singularidad **incomunicable**,⁵⁶ y cada singularidad posee una libertad radical *ab initio*. Ricardo de San Víctor (1110-1173) considera a la persona un ser de valor inconmensurable; cada persona porta en sí el valor de toda la humanidad, y todo lo creado por Dios se encuentra al servicio del hombre, *ad humanum obsequium*. A cada persona humana corresponde una cualidad singular propia, por la que difiere de todas las demás. Una persona es mucho más que una sustancia, pues posee una propiedad radicalmente incomunicable, esto es, que no se puede compartir: es la subsistencia, la propiedad que hace que cada uno sea quien es. Ricardo de san Víctor distinguía entre persona filosófica —incomunicable— y persona jurídica —comunicable: ser propietario, tener esposa e hijos...—; esta última carece de la individualidad personal, pues la propiedad personal es incomunicable.⁵⁷

En los siglos XIII y XIV se atribuye al hombre una potencia o facultad que antecede y resume el resto de facultades. A diferencia de las formas o esencias de las cosas, la *facultas* no estaba ordenada *per se* a determinados actos ulteriores o fines. Todo ser humano lleva en sí un principio de libertad o voluntad, lo que implica que la persona es radicalmente libre, porque es incomunicable con otros seres. (De ahí que se empiecen a utilizar los términos *subiectum* y *suppositum* para designar aquello que es inherente a la persona).⁵⁸ Pero en vez de entenderlo pasivamente, *subiectum* fue entendido como agente de la oración gramatical compuesta por sujeto y predicado ya en Duns Escoto. Así se entiende que la potencia del alma humana causa el sujeto en acto, el *subiectum* es la causa de las pasiones humanas, de las causas materiales y de las causas eficientes. El *subiectum* afirma el carácter activo de la persona inherente al sujeto. (*Sentencias teológicas de Pedro Lombardo*).

John Duns Escoto (1266-1308) se negó a aceptar la doctrina de santo Tomás que daba primacía al

⁵⁵ “la potestad ... de la cual nadie debe ser privado en contra de su voluntad sin culpa suya a no ser que medie una causa racional”

⁵⁶ “Quidam dicunt quod nomen personae convenit univoce Deo et creaturis ratione negationis et privationis, quae importat per nomen personae: ratio enim consistit in **incommunicabilitate**”, Durando de San Porciano, *In Sententias Theologicas Petri Lombardi Commentarium libri quattuor*, Lyon, 1586, L. I, Dist. 23, q. 1, § 3 (cit. por F. Carpintero, pág. 62).

⁵⁷ “Convenit autem omni personae habere rationale esse ex **incommunicabile** proprietate”, Ricardo de San Víctor, *De Trinitate*, cap. 20, pág. 93-Dorso.

⁵⁸ Boulnois, Olivier de (ed.), *Généalogies du sujet. De Saint Anselme à Malebranche*, Vrin, París, 2007.

entendimiento sobre la voluntad. Para Escoto, razón y voluntad no se diferencian por sus actos distintos, sino por sus naturalezas diversas; no le importaban las causas finales (el intelecto se constituye como tal porque piensa, y la voluntad porque quiere el bien), sino por las causas eficientes. Escoto parece tener ya ante la vista un ser humano *perfectum*, acabado y pleno, tanto en lo que concierne a la sensación como a la razón y a la voluntad. Su apuesta por las definiciones unívocas se lo permite. Como rechaza las causas finales, nada hay que determine la naturaleza del efecto excepto la propia determinación eficiente de la voluntad (nada hay que perturbe la voluntad).

Cada hombre es un ser singular, forma una unidad inconmensurable e incommunicable; toda *singularidad* precede a la personalidad, lo que fundamenta que cada persona constituya la «última soledad del ser» (*Super tertium sententiarum*, L. III, q. 1, art. 3). Y dado que el hombre es un ser absoluto, productor de efectos absolutos, el ser humano no depende genéticamente de su entorno: la relación con el mundo ya no es de dependencia mutua, sino de enfrentamiento. El ser humano es dueño y señor de la realidad externa a él.⁵⁹ La trasposición del sentido de los términos es revolucionaria, como afirma Muralt.⁶⁰ El *Ius* objetivo del derecho romano pasa a convertirse en *Ley*, según demostró Villey.⁶¹ Por ejemplo, el pecado no será ya una desviación del fin y, por tanto, la actitud de un necio (más que de un malvado, señala santo Tomás), sino una contradicción entre la norma de la Ley de Dios y la voluntad que desea. La ley natural únicamente puede ser una Ley que descende desde Dios a los hombres (jerarquización). Las leyes políticas son normas que descienden desde los gobernantes a los súbditos. ***Toda ley es un acto de voluntad.***⁶² De manera que si ocurre que las leyes justas violentan a los súbditos en el ámbito de la ley humana, la ley ha de proceder de los propios ciudadanos, del consenso común y de la elección de la misma comunidad, tradición que había inaugurado el Cister.⁶³

LA VOLUNTAD Y EL ORDEN PRÁCTICO

Al sacar las consecuencias de esta argumentación en el dominio práctico, la voluntad humana se considerará como indeterminada, si no indiferente, con respecto a lo que la ética aristotélica llamaba *bien* o *mal*. La relación intencional de la potencia viviente del querer lo que es bueno (amar a su amigo, amar a Dios) se quiebra: el amor al amigo, el amor a Dios dejan de ser considerados como los fines por sí mismos del alma para ser interpretados como impuestos por la voluntad de Dios, bajo la forma de ley positiva, y la comunidad medieval se resquebraja. Pues Dios no sólo podría haber decretado otros mandamientos —excepto los dos primeros, según

⁵⁹ “La ciencia del hombre es la medida de su potencia, porque ignorar la causa es no poder producir el efecto” (*Novum organum*, I, 3); “Y de esta suerte hacernos como dueños y poseedores de la naturaleza” (*Discurso del método*, sexta parte).

⁶⁰ “Caso único de una revolución filosófica que se ignora; se trata ciertamente de la única **revolución doctrinal digna de este nombre que se haya producido en la historia del pensamiento occidental**”. André de Muralt, *La apuesta de la filosofía medieval. Estudios tomistas, escotistas, ockamistas y gregorianos*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 155.

⁶¹ M. Villey, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Santiago de Chile, 1976. *Philosophie du droit*, Dalloz, París, 1982³.

⁶² Francisco Carpintero, *op. cit.*, págs. 67-69.

⁶³ Sea dicho con las bellas palabras de José Jiménez Lozano: “Y en esta búsqueda, el Cister inventa la democracia parlamentaria como el único modo racional de vivir en colectividad de los hombres ... En 1115, cien años antes de la “Carta Magna” en Inglaterra [de Juan Sin Tierra], los cistercienses reúnen la primera asamblea a parlamentaria internacional: el *Parliamentum* [por san Esteban de Harding (¿-1134), prior de Cîteaux], que legisla, modifica y deroga las leyes, elige un abad general, pero puede también deponerle...”, *Guía espiritual de Castilla*, Ámbito, Valladolid, 2004, pág. 83.

Escoto—, sino incluso podría haber decretado a la voluntad humana el odio a Dios o el odio al amigo como buenos. Así que si por una parte la voluntad humana se define como infinita e ilimitada, esencialmente libre de derecho con respecto de toda causa final («toda determinación es negación»; «la voluntad es puro poder»); por otra se limita la potencia absoluta de la voluntad humana por la imposición *a priori* de la ley (una ley del odio y de la guerra serían igualmente concebibles, como lo fueron bajo el nazismo).

La tesis de los franciscanos medievales ha llegado hasta nosotros por mediación de Lutero, Suárez, Hobbes, Spinoza, Leibniz, Rousseau o Kant: la libertad como poder esencialmente infinito y su limitación extrínseca por la ley. Da lo mismo que se limite por un decreto indiferente de Dios, por la institución de un principio de derecho divino, por una transferencia definitiva de poder, por la conclusión de un contrato garantizado por una constitución... La libertad personal y la libertad política habrán de estar necesariamente alienadas, sea porque se aliene ella misma sea porque sean alienada por los otros. De manera que la *Declaración de los Derechos del Hombre* (1789) se hará eco de esta tesis: “La libertad consiste en hacer todo lo que no impida la libertad de otro”. Ésta es una concepción extraña al aristotelismo, para el que la libertad humana encuentra en la *amistad* el vínculo de su perfección.

II) CARÁCTER HISTÓRICO

Todo procede de san Agustín, que ha separado las dos ciudades, la ciudad de Dios y la ciudad de los hombres. El derecho positivo imperial crea la acción y el dominio. Si se eliminaran las leyes positivas imperiales, nadie podría decir que esta finca es mía, ese siervo es mío, aquella casa es mía. El derecho imperial es acción, ejecuta la justicia, y es dominio y facultad de uso, disposición, ordenación y ejercicio. Licitudes son derechos, cuya fuente proviene de las leyes. Ahora bien, no todas las licitudes y *potestas* son derechos, porque no proceden de las fuentes; no alcanzan el valor de ley: los privilegios, la gracia y la licencia.

Quien concede un privilegio no queda obligado por él; por eso, el privilegio se puede convertir en gracia. El que la recibe no la puede reivindicar, y en esto se diferencia del derecho. El invitado no tiene potestad lícita para hacer lo que quiera: come y bebe lo que se le pone, pero quien le invitó puede retirarle el permiso. Sólo cuando la gracia o la licencia son irrevocables se convierten en derecho. Por la Gracia se concede un poder a alguien, pero revocable a la voluntad de quien la concede. Licencia es meramente revocación de un impedimento.

Así que al principio todo es común; pero por causa de utilidad pública la ley humana instituye la propiedad. Desde entonces no es lícito a todos usar de todas las cosas. El impedimento de propiedad desaparece en dos casos, sin embargo: el de extrema necesidad y el de licencia del propietario. Pero no surge un nuevo derecho; se deja así libre al *ius poli* o derecho natural de comunidad de bienes. ¿Puede ser lícito reclamar y defender este derecho? Si se puede reclamar, nos encontramos entonces ante un nuevo derecho; si no, no hay derecho, sino gracia

y licencia o merced.

Pues bien —continúa Ockham— los frailes menores usan las cosas —consumibles o no— por licencia del concediente. Ockham distingue entre el acto justo y el acto lícito. Lo justo tiene tres sentidos: 1º) Una virtud cardinal respecto de sí: Justicia particular; 2º) una virtud cardinal ordenada a otros: Justicia Legal; 3º) rectitud moral, orden de los actos de acuerdo a la razón: Justicia. Actos justos son aquellos de la justicia particular y de la ley positiva. Los actos lícitos como la *caridad*, la *fortaleza*, la *misericordia*, la *liberalidad*... son lícitos, pero no pueden llamarse justos. A lo que responde Juan XXII: en todo acto justo hay un *ius* o Derecho. Y Ockham contraataca: Sí, pero no un *ius fori*, sino un *ius poli*. Y obrar en el *ius poli* es obrar en el orden moral, no en el orden positivo de la ley.

Hay, pues, dos órdenes: el de las licitudes morales (derecho natural); y el de los derechos positivos. Pero el Derecho como potencia lícita es concesión del Derecho como ley. El conocimiento de la ley ilustra sobre la Naturaleza del Derecho, que se desdobra a su vez en derecho divino y humano. Ahora bien, ya Santo Tomás, siguiendo la división de Pedro Damiano y Hugo de Saint-Cher distingue entre *potentia absoluta* y *potentia ordinata*.⁶⁴ Nada vincula la libertad de Dios: *potentia Dei absoluta*. De manera que se ha de distinguir entre:

- A) Derecho divino positivo: A través de las Sagradas Escrituras.
- B) Derecho divino natural: Silogismo con una premisa de la teología y otra natural.
- C) Derecho natural humano: a la luz de la razón:
 - a. Primer modo: dictamen de la recta razón, imperativa: «no fornicarás», «no robarás»...
 - b. Segundo modo: Recta razón para el estado de «naturaleza instituida» en el que vivirán los hombres si, caídos de la justicia original, se decidieran a vivir prescindiendo de toda ordenación humana.
 - c. Tercer modo: tras actos de Violencia o Préstamo, entonces responden por legítima defensa o deber de custodia, etc.

De cada uno de estos derechos emanan ***derechos subjetivos o potencias lícitas***. Por ejemplo:

A') Derecho de Pedro a gobernar la Iglesia.

B') Derecho de los predicadores a ser alimentados por quienes reciben la predicación: premisa a) los predicadores enseñan cosas verdaderas, necesarias y convenientes; premisa b) quien sirve a otro tiene derecho a ser alimentado por él.

C'1) Derecho a la vida.

C'2) Derecho a la comunidad de bienes, a la libertad...

C'3) Derecho a la elección de jefes, a darse las propias leyes...

⁶⁴ Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, I, q.25, 5, ad. 1, pág. 845 de la edición de la BAC.

El derecho positivo humano o ley humana tiene su origen en la constitución humana y su autor o legislador es el **pueblo**. Las consecuencias no se hacen esperar: El orden positivo humano es puro albedrío y su campo lo indiferente desde el punto de vista de la ley divina; puede extenderse, por tanto, a todo lo que no prohíba el precepto divino:

1º) El legislador humano queda desatado de sus leyes y puede volver a ellas.

2º La ley humana tiene su límite en la ley divina.

De manera que el derecho no es del orden que se impone sino de la historia que se crea. Este paso es decisivo para pasar del derecho natural al derecho subjetivo. **De la ley nace el derecho subjetivo**, y tiene que ver con la licitud.

Los derechos subjetivos no son voluntad, sino creación de la voluntad; no son libertad natural que la ley cercena o protege, son libertad moral que la ley funda e introduce. La filosofía jurídica franciscana contiene en germen el individualismo protestante de los siglos XVII y XVIII; ella aún no es el individualismo, es el humanismo que valora la función de la libertad humana como causa segunda y subordinada, en la formación de la historia y la cultura.⁶⁵

DERECHO SUBJETIVO: CRUCE DE LAS TRADICIONES DE LA LEY Y DEL LOGOS

En el derecho subjetivo se han cruzado de manera original las dos grandes tradiciones europeas: la bíblica, con su idea de Sujeto moral, de una «conciencia envuelta en otras conciencias»; y la helena, con su idea de Logos, de orden racional del universo. De modo que la modernidad nace en un desequilibrio conceptual e ideológico que conduce, más que a la polarización o a la «nación dividida» (J. M. Ripalda), a la sociedad cuatripartita, en la que las dos partes respecto de la riqueza quedan divididas a su vez en dos, según se ponga el privilegio en la Voluntad (libertad) o en el Entendimiento (*lógos*). Las obras de Nietzsche y Marx, cada una a su modo, intentaron eliminar uno de esos dos hilos con un resultado calamitoso en quienes trataron de transformar políticamente el mundo: el nazismo y el comunismo. Dos hilos, fuertemente unidos y, sin embargo, tan difíciles de separar, aunque las dos ideas se presenten *yuxtapuestas* más que *sintetizadas*. Esta inestabilidad se manifiesta en el lenguaje filosófico, que quiere decir: en los lenguajes político, jurídico, artístico o literario. Quizá los únicos que llevaron a cabo su síntesis hasta el límite, con la pretensión de cerrar los desgarrones que producen esas dos ideas, fueron **santo Tomás** en la Edad Media, **Spinoza** en la modernidad y cierto **Husserl** en la contemporaneidad.

El derecho subjetivo contribuyó a abrir el camino de separación radical de esas dos tradiciones. El derecho subjetivo y todas sus consecuencias filosóficas y sociales han constituido el reto para salvar los dos obstáculos a la vez, de la tradición griega y de la tradición hebrea. Veamos: a) El derecho subjetivo, por una parte, es un concepto

⁶⁵ A. Folgado, op. cit., págs. 145-146.

que sólo puede desplegarse en un sistema conceptual en el que las «conciencias estén sometidas a otras conciencias». Éste es un concepto genuino de la tradición hebrea, y que el estoicismo recoge en el concepto de *Providencia*. Mas, para que pudiera ser desplegado era necesario llevar al límite la idea de una **conciencia infinita**, todopoderosa, que no estuviera sometida a ninguna restricción, ni física, ni matemática (estructural), ni mucho menos mediada por el arte de la prudencia (Iglesia). Por eso los derechos subjetivos sólo pudieron formalizarse cuando escotistas y nominalistas realizaron esa operación, aun cuando ya estuviese prefigurada en san Agustín. *b)* Pero, por otra, el derecho subjetivo tenía que positivizarse, hacerse Logos. Ahora bien, el Logos griego, revitalizado por santo Tomás, ponía freno a la voluntad de Dios. Así que el Derecho, el *Ius*, había de convertirse en Ley, con las consecuencias que esto conlleva para la concepción sobre la Ciencia, que ahora no podría significar el estudio de la estructura de la realidad, sino el lanzamiento de hipótesis sobre el mundo, que la experiencia habría de verificar o no.

Si en el mundo de la ciencia fue Galileo el primero en mostrar la potencia de esa posición, en el derecho parece que esta obra fue llevada a cabo por vez primera por la Escolástica Hispana del siglo XVI, y concretamente por **Francisco Vázquez de Menchaca** y, a partir de él, por los jesuitas hispanos, cuya autoridad máxima es Francisco Suárez, utilizan ya estos conceptos en un sistema ontológico, que heredarán los filósofos protestantes y que desarrollarán hasta llegar a la DDH. Lo interesante aquí es que para alcanzar el concepto de *derecho subjetivo*, se habrían de cruzar un concepto o categoría jurídica con un concepto filosófico (o teológico) de persona humana.

La refundición de estas dos tradiciones [*potestas* o *facultas* y las bases jurídicas] en una sola, de naturaleza teológica y filosófica, corrió a cargo de los jesuitas españoles que cierran lo que usualmente se suele conocer como Segunda Escolástica Española.⁶⁶

IIIª PARTE. LOS LÍMITES DEL LEVIATÁN

Hemos de progresar ahora desde los derechos subjetivos a los DH. De la tesis propuesta se sigue que hay una ruptura ejercida y representada con el mundo medieval, y que el concepto de «derecho subjetivo», diluido en múltiples formas —*facultas ad*, *potestas*, *ius ad*, *dominium* ...—, inaugura un mundo novedoso que apela a la tradición clásica grecorromana. De ahí que la discusión entre continuismo y discontinuismo de la cultura europea sea tanto legítima como insoslayable, una discusión tematizada como «el problema de la secularización» (Weber, Schmitt, Blumenberg).⁶⁷ Pues bien, el concepto de *derechos subjetivos*, desperdigado por el lenguaje de los

⁶⁶ F. Carpintero, *op. cit.*, pág. 283.

⁶⁷ Blumenberg critica el «teorema de secularización» de la teología política (Schmitt), pues no habría continuismo sustancial entre medioevo y modernidad, sino sólo analogía estructural, y no se puede derivar la política de la teología o ambas, de una forma anterior común. H. Blumenberg, *La legitimidad de la Edad Moderna*, Pretextos, Valencia, 2008. «Los teólogos católicos de los siglos XVI y XVII —dice Rivera— sabían que la estabilidad de nuestro mundo y la suerte de la misma religión pasaban por la necesidad de rebajar la potencia de Dios (...) Las instituciones humanas se hacen más **estables**, más seguras, pero **no más modernas**, más autónomas. Por eso el catolicismo denunciará siempre la modernidad y la desmedida autoafirmación de la razón humana» A. Rivera, «La secularización después de Blumenberg», *Res publica*, nº 11-12, 2003, págs.95-142. Un estudio de conjunto: G. Marramao, *Cielo y tierra. Genealogía de la secularización*, Paidós, Barcelona, 1998. He

nominalistas, iniciará múltiples vías que se encontrarán en la senda que conduce a la Declaración de los Derechos Humanos (DDH) de 1948. Una de ellas tiene como eje nuclear la *reivindicación* que, liberada del componente moral, religioso o cósmico, se irá identificando con el Deseo (Hegel); otra, valorará los DH como los *límites* de Leviatán y la libertad de los individuos; y otra más, se articula alrededor de los DH como *protectores* de cada ser humano.

DERECHOS HUMANOS Y LA LEY DEL DESEO

Hay un curso de experiencias y propuestas que sigue la *reivindicación del deseo*. El burgués —personalicémosle en Benjamin Franklin— está cada vez más seguro de sí y de sus valores, y tiene menos pudor en mostrarlos (a través de sectas más o menos esotéricas, publicaciones, filosofías ilustradas, asociaciones de amigos, etc.). Confrontados con la moral sexual calvinista o jesuítica, las prácticas sexuales no serían sino actividades que cada uno tiene el derecho de practicar desde su propio cuerpo. La vida sexual se tratará como una variable más de ruptura y de revolución contra la moral establecida hasta convertirla en una cuestión privada e íntima: “The State has not Business in the bedroom of the Nation.” Desde Rabelais (*Gargantúa y Pantagruel*) al autor de *La Celestina*, de Maquiavelo (*La mandrágora*) a Teófilo de Vin (*Fragments d’une histoire comique*), desde Casanova hasta Donatien-Alphonse-Françoise, marqués de Sade (1740-1814), se va escribiendo una literatura que rompe con la novela erótica tradicional, de pasatiempos, y se autopresenta como una obra combativa, revolucionaria, que no es sino la reivindicación de los «derechos de goce». Sin duda tiene que ver con la formación de la subjetividad, promocionada por la novela sentimental del siglo XVIII, como defiende Lynn Hunt:

Los derechos humanos sólo podían florecer cuando las personas aprendieran a pensar en los demás como sus iguales, como sus semejantes de algún modo fundamental.⁶⁸

Pero, más que a los ejemplos que ella propone, habría que mirar hacia las novelas de los libertinos que ironizan y se burlan de la estructura económica e ideológica del Antiguo Régimen y desvinculan el sexo de la reproducción y del matrimonio.⁶⁹ Este camino, que culminará el Estado absorbiendo hasta el poder sobre la vida y los afectos, lo que se ha llamado *biopolítica*,⁷⁰ concluirá con el deseo absoluto del consumo, la unión de los DH y el consumo, que caracteriza nuestra época:

En el mundo posthistórico, efectivamente, todos los signos tienen que estar orientados al futuro, porque en él está la única promesa que puede hacerse categóricamente a una asociación de consumidores: que el

tratado esta cuestión en “Navigare necesse est, vivere non necesse”, en E. Nájera y F. M. Pérez Herranz (eds.), *La filosofía y la identidad europea*, Pretextos, Valencia, 2010, págs. 37-69.

⁶⁸ L. Hunt, *La invención de los derechos humanos*, Tusquets, Barcelona, 2009.

⁶⁹ Véase, por ejemplo, el interesante ensayo de Juan Velarde Fuertes, *El libertino y el nacimiento del capitalismo*, Tecnos, Madrid, 1981.

⁷⁰ M. Foucault, *Nacimiento de la biopolítica: Curso en el Collège de France (1978-1979)*, FCE, Buenos Aires, 2007. G. Agamben, *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Pre-Textos, Valencia, 2003. R. Esposito, *Comunidad, inmunidad y biopolítica*, Herder, Madrid, 2009...

confort no va a cesar de fluir y crecer. Por consiguiente, el concepto de «derechos humanos» es inseparable de la gran marcha hacia el confort, en tanto que libertades a las que ellos se refieren, preparan la auto-realización de los consumidores.⁷¹

La retórica de los derechos subjetivos identificará poco a poco los deseos, los intereses y aun las necesidades de los individuos con los DH.⁷²

LOS DERECHOS HUMANOS O LOS LÍMITES DEL LEVIATÁN

Otra vía de interés en la transformación de derechos subjetivos a DH proviene de la potenciación de los seres humanos individuales (Hobbes, Spinoza...) con el objetivo de limitar la potencia descomunal del *Leviatán* y de todas las máscaras tras las que se oculta.⁷³ Aunque, a la vez, es una cara del mismo proceso: los DH no son sino un instrumento de poder que refuerza el concepto de *Estado*; la formulación de derechos subjetivos no es independiente del ordenamiento del propio *Leviatán*. No es casual que la primera formalización de los DH fuera la *Declaración de Derechos del Ciudadano... francés*. La Revolución francesa significará ahora la constitución de una forma de Estado frente a otra forma de Estado⁷⁴ en la que los derechos del ciudadano son los límites del Antiguo Leviatán: las Monarquías del Antiguo Régimen. De manera que cuando el nuevo Estado —el estado liberal— se asiente como Estado nacional (voluntad popular) o se «corrompa» en Estado racial (voluntad de una raza) y lleve al extremo sus derechos (esto es, los derechos de la raza aria sobre el resto de los pueblos, quizá con algunas excepciones), entonces se ha de volver a poner otro límite a este bárbaro Leviatán, y entonces ya no se apelará al *ciudadano*, sino al *hombre* en general, al hombre supuesto de los DH. De ahí procede la necesidad de que los DH contengan un elemento que desborde lo legal, pues no cabe el recurso a los derechos jurídicos, sino a los derechos morales, a los derechos humanos. Así lo ven muchos analistas, como R. Zimmerman o Lea Brilmayer. Las alegaciones de violación de DH equivalen a señalar que el Estado ha ido más allá de su legitimidad política. Cuando no cabe recurso jurídico contra la Superpotencia del Estado, sólo queda el recurso *moral* —*filosófico*— de los derechos subjetivos.

LOS DERECHOS HUMANOS O EL SUBSIDIO UNIVERSAL

Una tercera vía tiene que ver con la protección. Así, los DH de 1948, al ser aprobados en la Asamblea General de la ONU, son límites que se imponen las potencias que habían entrado en guerra entre sí, de manera que esa limitación sólo puede prosperar a costa de poseer ¡la mayor fuerza militar del mundo! para tener capacidad de

⁷¹ P. Sloterdijk, *En el mundo interior del capital*, Siruela, Madrid, 2005, pág. 206.

⁷² L. Hierro, "El concepto de justicia y la teoría de los derechos" en E. Díaz y J.L. Colomer (eds.), *Estado, justicia y derechos*, Alianza, Madrid, 2002, págs. 35-36.

⁷³ Javier Muguerza habla de *disenso*, por contraposición a *consenso*. J. Muguerza, *Ética, disenso y derechos humanos (En conversación con Ernesto Garzón Valdés)*, Arjés, Madrid, 1997.

⁷⁴ Una moderna presentación de la *dialéctica de los estados* en F. Châtelet, O. Duhamel y É. Pisier, *Historia del pensamiento político*, Tecnos, Madrid, 1987.

garantizar su ejercicio.⁷⁵ La aceptación de los DH por parte de los Estados nacionales, sean potencias o estén en camino de serlo, vendría a significar la aceptación de algún límite a su soberanía impuesto desde una de las potencias, lo que invierte completamente el camino de los derechos subjetivos alcanzados. En otra ocasión propuse el siguiente esquema de la situación en la que nos encontramos en la época de la Globalización:

- El sujeto-IMPERIO de la globalización se identifica con la administración norteamericana hasta el fatídico 11-S, organizado alrededor del **empresario** y se expande por toda la sociedad como *homo oeconomicus*.
- Su opuesto, el sujeto-PLURICROMÁTICO de la globalización, asociado al **multiculturalismo** en su sentido fuerte, que afirma la necesidad del Estado para preservar y proteger la diversidad cultural con todos los medios de los que dispone.
- El sujeto-RESISTENTE a la globalización, crítico con el neoliberalismo. Los sujetos más exaltados se encontrarían entre el anarquizante Josep Bové, el rechazo activista de Unabomber o la crítica intelectual de Zerzan; otros hablarán de *alterglobalización* (los sujetos *ecológico* y *contrahegemónico*); y hoy se incorporaría el movimiento de los *indignados*.
- El sujeto-REMOLINO de la globalización vendría a coincidir con aquellos países o zonas de crecimiento que empiezan a asomarse a la Historia, los actantes y difusores que hemos llamado «remolinos de la globalización»: China, India, Irán, Rusia o Brasil serían sus vanguardias.

Naturalmente, en esta batalla que se da en el proceso de luchas y conflictos de *englobamientos* de unos Estados (o civilizaciones) sobre otros, los artículos de la DDH se ven desbordados tanto por la propia composición de los países de la globalización como por el desarrollo mismo de EE.UU y Europa. Pero así como los derechos subjetivos surgieron al pedir los franciscanos la protección del Estado frente a la Iglesia, ahora es el Estado el que impone los DH más allá de sus fronteras. Pero el triunfo mismo de los DH destruye su propio concepto al ser asumido por el *Leviatán*. ¿No tendrían los individuos que están desprotegidos en sus acciones de llevar a cabo el mismo ejercicio que los franciscanos realizaron contra el poder de Roma? Parece que ésa es una vía recorrida más o menos conscientemente por quienes reivindican el «derecho a la existencia» y, en el límite, de quienes proponen un subsidio universal garantizado.⁷⁶

Así pues, nos volvemos a encontrar los límites que ya establecimos de los DH: los artículos 29 y 7. ¿Se entrevé alguna alternativa?

DEL *IUS SUBJECTUM* AL *IUS COMMUNICATIONIS*

La DDH topa con su límite en el artículo 29, que es una consecuencia del pensamiento univocista; como lo

⁷⁵ “Con garantía de los poderes públicos para restablecer su ejercicio en caso de violación o para realizar la prestación” dice G. Peces Barba, *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1987, pág. 15.

⁷⁶ D. Raventós, *El derecho a la existencia. La propuesta del subsidio universal garantizado*, Ariel, Barcelona, 1999.

es también la necesidad de establecer el derecho de cada una de las entidades en las que se reparte lo Humano: los derechos de «la mujer», «de los niños», «de los homosexuales»...; una lista que no tiene solución de continuidad: los derechos de «los animales», de «los ecosistemas», lo que en su pluralidad empieza a quitar contenidos a los DH y a volver a incluir los conflictos y las contradicciones entre los derechos de unos y otros (y, en el límite, a considerar a determinados individuos carentes de derechos por diferentes causas: enfermedad, perversidad, animalidad...). Y también el conflicto acude a las teorías de los DH. Así,

- El *iusnaturalismo sustancialista* defiende derechos atemporales determinados, interpretados por hermeneutas autorizados...
- El *positivismo jurídico historicista* acepta la voluntad histórica concreta.
- El *trascendentalismo* considera los derechos a partir de la condición humana: regreso de la acción comunicativa de Habermas al *ius communicationis* de Vitoria.
 - *Derechos pragmáticos*: el derecho a participar en el diálogo; y el derecho a las condiciones materiales y culturales que permitan a los afectados discutir y decidir a pie de igualdad.
 - El *morfologismo filosófico* arranca de una vía que quedó varada al inicio de la modernidad, siendo, sin embargo, su aspecto más patente: el comercio. Esta línea que fue inaugurada por el padre Vitoria, el comercio, el *ius communicationis*, no ofició de fundamento, que recayó en el *cogito* cartesiano. Es el triunfo de la voluntad de poder frente a la voluntad de comercio lo que caracteriza la modernidad: el comercio (la comunicación) no sería más que un instrumento al servicio de la voluntad de poder.

Defenderé, entonces, el trascendental que no procede del librecambismo burgués, sino del derecho a la sociedad, a la comunicación natural: el *ius communicationis* de **Francisco Vitoria** (1492?-1546).⁷⁷ Un trascendental que se remite sin esfuerzo a los universales no eidéticos que propone Sánchez Ortiz de Urbina en su ponencia: derecho a la vida, a la igualdad, a la libertad y a la solidaridad. Pero que al ejercitarse esos derechos, quedan limitados por las relaciones estructurales entre los sujetos: vencedores y vencidos, excluyentes y excluidos, protectores y protegidos...⁷⁸ El razonamiento comienza por encontrar los contextos de negación de ese trascendental, de la condición misma de su posibilidad. El antropólogo Claude Lévi-Strauss (1908-2009) popularizó la tesis del paso de la Naturaleza a la Cultura por mediación del *tabú del incesto*, que no es una ley natural, sino

⁷⁷ Sin perjuicio de las insuficiencias de su pensamiento: “Vitoria es el iniciador de una escuela que revitaliza la antigua imagen estoica de comunidad universal, al vincular la unidad esencial del género humano con una noción débil de justicia entendida como imparcialidad. Su cosmopolitismo moralizante no desemboca en la institucionalización política de esa unidad, ni tampoco se llega a ello con Suárez, aunque éste afirme en su famoso texto del tratado *De legibus* 2, 19, 9 la existencia de “una cierta unidad no ya sólo específica, sino cuasi política y moral”, por lo cual existen unas reglas que no son estatales ni naturales sino propiamente dichas interestatales. La noción renovada de derecho de gentes va a parecer útil para situarse en el terreno movedizo que está entre el particularismo de los estados y el universalismo necesario de algunas reglas (...) en el caso de Vitoria, o si quisiéramos aplicar algo similar a Suárez no deberíamos olvidar que no rechaza la esclavitud, ni se opone a los estatutos de limpieza de sangre, ni admite la tolerancia religiosa, lo cual podría excusarse en su contexto si no fuera porque otros, Las Casas o Mateo López Bravo, ya afirmaban más comprensión a los débiles, según critica con cierta irritación Henry Méchoulan. Luis-Carlos Amezúa Amezúa, “Liberalismo y escolasticismo. (Una relación problemática)”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, 15, Universidad de Alcalá, 2007.

⁷⁸ R. Sánchez Ortiz de Urbina, “La «humanidad» de los derechos humanos”.

social, del rango del pacto.⁷⁹ El tabú del incesto nace como una imposición, un imperativo que supervisa el pacto primigenio de aquellos homínidos que por su mediación alcanzarán un estado de vida diferente: el de los seres humanos. Las familias se verían obligadas a intercambiar mujeres, alimentos y palabras,⁸⁰ no se podrán guardar para sí ni las hijas ni el producto del trabajo ni los conocimientos, sino que han de ser compartidos por todos los grupos que conforman la nueva comunidad: “Por eso dejará el hombre a su padre y a su madre; y se adherirá a su mujer; y vendrán a ser los dos una sola carne” (*Génesis*, 2, 24). Contra la negación a mercar, a intercambiar productos, se establece la regla de la comunicación natural entre los hombres. El principio del *ius communicationis* ha sido relegado a un elemento más del Derecho internacional, y ahogado por el triunfo sin paliativos del *cogito* cartesiano. Políticos, profesionales y escolares, en general, suelen creer que la modernidad nace con Descartes (1596-1650), porque formuló un principio autónomo e independiente de toda teología, en fórmula que se ha convertido casi en refrán popular: «*Cogito ergo sum*». Pero Luis Rodríguez Aranda⁸¹ ya señaló que el padre Vitoria había encontrado mucho antes que el cartesio un principio racional indestructible y estable frente a toda posible reducción: el *ius communicationis*, principio de «sociedad y comunicación natural»: todos los hombres tenemos el derecho de hacer intercambios con los demás humanos, cualesquiera sean éstos y cualquiera sea el lugar en el que habiten, ha de conjugarse con el concepto de *potesta* o *facultas*...⁸² Vitoria no parte de un ser humano ensimismado en su pensamiento, como el *cogito* de Descartes, sino de múltiples seres humanos envueltos por otros seres humanos a los que ellos envuelven al mismo tiempo y que, en consecuencia, necesitan de los derechos de participación y comunicación para conquistar la dignidad humana, que no les viene dada de antemano, **unívocamente**, como ocurre en la filosofía práctica kantiana, sino *a posteriori*, tras elaborar las reglas del comercio. El fundamento se encuentra en la **conciencia entre conciencias**, en el lugar de confluencia y de aparición de la conciencia de múltiples raíces, que nosotros hemos asociado a figuras semánticas complejas (umbílicas): vencedor / vencido; rebelde / sumiso; excluyente / excluido; protector / protegido, frente a las figuras más simples de la voluntad de poder (cuspidos): absorción por parte de atractor más fuerte de todos los demás. De manera que la modernidad quedó lastrada por este arranque del fundamento individualizado, y ha sido incapaz de establecer el paso «natural» del Yo al Nosotros, y cuando lo ha hecho ha sido con graves desviaciones totalitarias (Hegel, Marx), ontológicas (Husserl y sus *Meditaciones cartesianas*) o con el voluntarismo excesivo del vitalismo y del existencialismo (Nietzsche, Heidegger, Ortega...). Estaríamos más cerca del fundamento al que se refiere Miguel García-Baró:

⁷⁹ “Como la exogamia, la prohibición del incesto es una regla de reciprocidad ya que únicamente renuncio a mi hija o a mi hermana con la condición de que mi vecino también renuncie a las suyas” “La exogamia es el único medio que permite mantener el grupo como grupo, evitar el fraccionamiento y el aprisionamiento indefinido que acarrearía la práctica de los matrimonios consanguíneos... estos matrimonios no tardarían en hacer «estallar» el grupo social en una multitud de familias, que formarían otros tantos sistemas cerrados, mónadas sin puertas ni ventanas, y cuya proliferación y antagonismo no podría evitar ninguna armonía preestablecida.” Claude Lévi-Strauss, *Las estructuras elementales del parentesco*, Paidós, Barcelona, 1998, págs. 102 y 556.

⁸⁰ “El intercambio, fenómeno total, es en primer lugar un intercambio integral que incluye el alimento, objetos fabricados, y esa categoría de los bienes más preciosos: las mujeres.” Ib., pág. 101.

⁸¹ L. Rodríguez Aranda, *El desarrollo de la razón en la cultura española*, Aguilar, Madrid, 1962, págs. 118 y ss.

⁸² Francisco de Vitoria, *Sobre los indios. Sobre el derecho a la guerra*, Tecnos, Madrid, 1998, especialmente págs. 129 y ss. El título que da derecho a los españoles a recorrer los territorios de las Indias procede de justificaciones que pueden entenderse desde una perspectiva ontológica: “Los hombres son luego tienen derecho a sociedad y comunicación natural”.

El ser mismo, y no dios, es el donador de la historia del hombre, en esta visión. Frente a ella, otros pensadores, entre los que destacan muy poderosamente aquellos con los que se ocupa este libro [Martín Buber, Franz Rosenweig, Emmanuel Levinas...] y a los cuales yo me siento mucho más próximo, se niegan a expresar lo Absoluto en los términos impersonales de la luz del ser: tratan de interpretar la existencia histórica del hombre como enraizada en un encuentro interpersonal.⁸³

De haberse seguido este fundamento del *ius communicationis* en vez del *cogito*, quizá nos hubiéramos ahorrado algunas gruesas aberraciones, porque, entre otras ventajas, se muestran a las conciencias en el ejercicio mismo de sus conflictos estructurales.

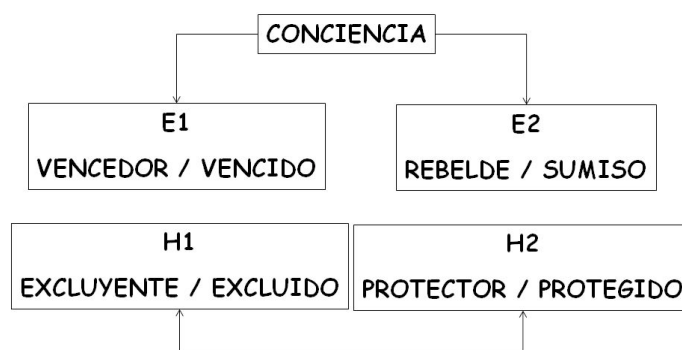
NATURALEZA DE LOS DERECHOS HUMANOS DESDE EL CRITERIO «CONCIENCIA ENTRE CONCIENCIAS»

La tesis de Muguerza sobre el disenso como momento crítico es muy valiosa y orientadora, aunque habríamos de salir de las definiciones unívocas que acompañan al imperativo categórico kantiano, sin caer necesariamente en el historicismo. Porque la conciencia no se reduce a conciencia trascendental, sino que es una figura muy variada de múltiples raíces. (Esta última parte la propongo a modo de ensayo formal exclusivamente, pendiente de desarrollarla materialmente en otra ocasión)

Volvamos a la cuestión central de la investigación sobre los DH: ¿es un concepto puramente histórico, vinculado al desarrollo del individualismo filosófico (voluntad de poder), del liberalismo económico y del parlamentarismo político (atomismo social) o pertenece a una estructura trans-histórica? Pues bien, si la teoría general de los DH está íntimamente vinculada a las diferentes raíces de la conciencia, que toman *analógicamente* (y no unívocamente como pretenden los defensores del fundamento del *cogito*) estos valores en la modernidad, entonces no es una teoría histórica o supervivencial, sino que está ligada a la condición morfológica del ser humano. Los DH se fundan en condiciones de estructura que la hacen posible. En otra ocasión hemos mostrado que la conciencia no puede identificarse con un ego empírico o trascendental (semántica *cuspoide*), sino que la conciencia tiene una raíz plural y compleja (semántica *umbilica*)⁸⁴ de cuatro raíces dobles. (Cuadro IV).

⁸³ M. García-Baró, *La compasión y la catástrofe*, Sígueme, Salamanca, 2007, pág. 94.

⁸⁴ “Un modelo topológico para la conciencia: las cuatro formas originarias de conciencia”, conferencia invitada en el II simposio del *Cercle de Philosophie de la Nature*, celebrado en la Universidad Panamericana de México D.F., los días 14-15 de abril de 2011 (en prensa)



Cuadro IV. Formas originarias de la conciencia. Conciencia del Vencedor, que impone sus normas y del Vencido que las asume [E.1]; Conciencia del Rebelde que se resiste y del Sumiso que se somete [E.2]; conciencia del Excluyente y de los Excluidos [H.1]; la conciencia del Protector y de los Protegidos [H.2].

Pues bien, defenderé que los DH están arraigados en formas de conciencia, que antes de la composición del derecho subjetivo respondían a otros parámetros:

E.2. Por un lado, la DHH / subjetivos aparecen como forma de conciencia del *rebelde* frente al poder. Así puede constatarse en su génesis histórica. Los DH son respuestas a determinados acontecimientos:

A los crímenes nazis (la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* por la Asamblea de las Naciones Unidas de 1948); al Absolutismo de las monarquías europeas de los siglos XVII y XVIII tanto en América (la *Declaración de Independencia* por Jefferson en Filadelfia de 1776) como en Europa (la *Declaración de los Derechos del Ciudadano* por la Asamblea Francesa de 1789; y la *Declaración de Derechos inglesa* de 1689); al ataque a los derechos de los indios, a quienes protege Bartolomé de las Casas, protección que halla su refrendo en las *Leyes de Indias*, en el arranque mismo del descubrimiento de América.⁸⁵ Y así llegamos al punto de arranque de los derechos subjetivos como principal analogado de los DH, la rebelión contra el «gobierno tiránico del papa» en palabras de Ockham, respuesta de los franciscanos a las bula *Quia vir reprobis* (1329) del papa Juan XXII en la conocida «controversia de la pobreza evangélica».

Esta figura posee una gran densidad histórica; aparece en las primeras líneas de nuestra civilización de cuño helenístico: la «cólera» de Aquiles.

E.1. Cuando la forma de conciencia E.2. triunfa y se impone, otras formas de conciencia se acogen a su concepto. La conciencia de ciertos *excluidos*, que pretenden también engrosar las filas de los favorecidos por los DH. Esta forma de conciencia se presenta habitualmente como reivindicadores de la «tercera generación»: los excluidos —mujeres, homosexuales, niños...— se incorporan como sujetos de DH.

⁸⁵ Así inicia su estudio R. Soriano, *Historia Temática de los derechos humanos*, Colección universitaria de materiales jurídicos, MAD, Sevilla, 2003.

H.2. Y, por otra parte, los DH potencian a los sujetos en su deseo de estabilidad (consumo) y de quedar a la sombra del Protector (conciencia protectora), que es el Estado. Es la conciencia que conduce a la imposición del deseo como derecho. Y una vez que estas formas de conciencia cristalizan en los códigos jurídicos, se van incorporando otras formas de conciencia que se acogen a los DH.

E.2. Y aún más: los propios vencedores utilizan las DDH como un medio para seguir manteniendo su poder y sus riquezas, que es el fin real, tal como hemos indicado en varias ocasiones.

Así pues, los DH sintetizan de una manera muy eficiente, por ahora, las cuatro formas originarias de conciencia, por lo que su estabilidad es muy grande. La rebelión de los franciscanos ha triunfado, sin duda, pero no por la vía unívoca, como pretendieron, sino por la vía analógica.

Pero hay otras formas de conciencia que no siguen la vía de los DH. Por ejemplo, la conciencia de los vencidos, según la lectura que hace Walter Benjamin, que reivindica la memoria. Tampoco la conciencia de los excluyentes (Friedrich Nietzsche, Karl Schmitt) asumen las DDH. La conciencia de los sumisos, muy extendida en ciertos regímenes: nazismo, fascismo... La conciencia de los estados protectores, a la manera de la extinta Unión Soviética: el delegado soviético Andrei Vyshinsky argumentaba en la Asamblea General que la idea de que los DH anteceden a las leyes positivas de los Estados tiene que ver con las luchas de clases y entre el individuo y el Estado; pero superados esos conflictos por mor del comunismo real, en un régimen político en el que conviven armoniosamente el individuo y el Estado, los DH son superfluos; etc.

Los DH, según las figuras de conciencia establecidas, habrían de estallar en mil pedazos. Habría que ajustarlos, entonces, a la noción de «Derechos de comunicación entre los seres humanos».■