

LOS DERECHOS HUMANOS COMO SUBJETIVIZACION DEL CONTENIDO DEL DERECHO NATURAL

Marcelino Rodríguez Molinero

I

La tesis que aquí pretendo defender es la de que la doctrina de los derechos humanos surge históricamente de la confluencia de tres factores principales que configuran ideológicamente la esfera pública de la Sociedad europea occidental en los dos primeros siglos de la Edad moderna. Estos tres factores son, por orden de importancia, la nueva concepción del Derecho natural moderno, la lucha por la libertad de conciencia y de creencias como consecuencia de la ruptura de la unidad religiosa, y la recuperación de la tradición medieval sobre las garantías del individuo y de los grupos frente al abuso del poder político, ahora acrecentado con la implantación de los Estados nacionales. A pesar de sus múltiples implicaciones, estos tres factores son objeto de estudio preferente, aunque no exclusivo, en tres ámbitos de conocimiento claramente diferenciados, cuales son: la Filosofía del Derecho y más concretamente la Historia de la doctrina del Derecho natural; la Historia de las ideas y particularmente la incidencia de las creencias religiosas en las transformaciones sociales; y la Ciencia política y, dentro de ella, la teoría de los límites del poder político y de las garantías y libertades públicas. Pero de estos tres factores el fundamental y

sustantivo en orden a la configuración de la doctrina de los derechos humanos es sin duda alguna el primero, hasta el punto que los otros dos aparecen aquí como meramente adjetivos y carentes de fuerza operativa si se separan de aquél. Parece pues claro que puede concluirse que la doctrina de los derechos humanos debe su origen al hecho históricamente indiscutible que desde los albores de la Edad moderna europea se inicia un proceso, que poco a poco se va expandiendo, de *subjetivización* del contenido normativo del Derecho natural. Dicho con más claridad: en la concepción moderna del Derecho natural, éste se subjetiviza progresivamente, al paso que poco a poco va perdiendo el carácter eminentemente objetivo heredado del iusnaturalismo antiguo y medieval.

II

Como creo haber demostrado en otro lugar¹, hablando en términos muy genéricos se puede afirmar que los principales caracteres que conforman el Derecho natural moderno son los tres siguientes: la inmanencia y la racionalización; la subjetivización y la sistematización; y, por último, la secularización y desmitificación de la antigua idea teológica de los dos estados sucesivos de la naturaleza humana. Expliquemos brevemente estos caracteres.

1. La *inmanencia* del Derecho natural quiere decir que tanto la esencia como la existencia, tanto la razón de ser como el fundamento, tanto la validez como el contenido del Derecho natural se enraízan en el hombre mismo, no en un ser trascendente o en una idea eterna. Esta inmanencia venía preformándose ya desde la Edad media tardía con la radicalización de las dos tesis contrapuestas

1. Cfr. *Derecho natural e Historia en el pensamiento europeo contemporáneo* (Madrid 1973), p. 59-63.

sobre el fundamento y el constitutivo formal del Derecho natural, conocidas como tesis intelectualista y tesis voluntarista. Al concluirse este proceso, desaparece por completo el esquema vertical heredado de la tradición platónica y estoica en torno al concepto de ley y que constaba de tres grados en estricta dependencia, que eran la ley eterna, la ley natural y la ley humana. La primacía pasará ahora de nuevo al *ius*, y por eso se prefiere hablar de *Ius naturae*. Pero es que además éste no tiene ninguna conexión con un posible *Ius divinum*. Pues, aunque se habla con frecuencia de un *Ius divinum*, éste, merced a la idea que de él tienen las diversas confesiones surgidas de la Reforma, cumple una función muy distinta y nada tiene que ver con el ámbito temporal de los asuntos humanos. De ahí que ni el *Ius naturae* ni tampoco el *Ius humanum* dependan de él; esta conexión de dependencia se da sólo entre ellos y por cierto de forma mucho más rígida que en la doctrina anterior².

Por otra parte el Derecho natural se *racionaliza*. Esto quiere decir que la razón humana, a la que ya se había asignado por la Escolástica hispana el importante papel de ser el fundamento *próximo* del Derecho natural, se convierte ahora en fundamento *único* y fuente originaria de su contenido normativo. Será ella quien establezca, clara y distintamente y sin apenas posibilidad de equivocarse, lo que es justo y lo que es injusto: naturalmente justo es lo que concuerda con la recta razón e injusto lo que no concuerda con ella. Recordemos como muestra el famosísimo "Etiam si daremus..." de Hugo Grocio, que reproduce y abrevia una frase apenas conocida de G. de Rímini³.

2. Cfr. *Derecho natural e Historia*, cit., p. 59-60. Sobre la inmanencia v. J. HERVADA, *Inmanencia y trascendencia del Derecho*, en "Persona y Derecho", n. 21, 1989, p. 185-203, en especial p. 197 ss.

3. Cfr. *Derecho natural e Historia*, cit., p. 52. Sobre la frase de Hugo Grocio v. el libro de J. St. LEGER, *The "etiam si daremus" of Hugo Grotius* (Roma 1962).

2. La segunda característica, aquí directamente decisiva, de la concepción moderna del Derecho natural es la *subjetivización* de su contenido normativo. Este proceso de subjetivización se inicia ya con los precursores, o mejor quizá, primeros diseñadores del Derecho natural moderno. Su más preclaro ejemplo es seguramente F. Vázquez de Menchaca. En el prefacio a la edición revisada de sus *Controversiae illustres* afirma claramente que todo hombre tiene unos derechos naturales o innatos, que además son inmutables o casi inmutables (quasi inmutabilia), entre los cuales menciona expresamente la libertad natural y la igualdad de todos los hombres; estos derechos suponen además una limitación para el poder político, que pese a ignorarlos y quebrantarlos con relativa frecuencia, nunca puede anular su validez y vigencia; pues la transmisión del poder, cuya titularidad corresponde al pueblo como conjunto de ciudadanos, no alcanza a la validez ni por tanto desvirtúa la vigencia de los derechos naturales innatos⁴. Creo necesario citar aquí textualmente, dada su indiscutible autoridad como jurista y sobre todo como internacionalista, el dictamen que al respecto emite A. Verdross: "Con estos principios, Vázquez de Menchaca condujo a un pleno desenvolvimiento de las ideas que se encontraban en germen en la antigua doctrina cristiana del Derecho natural. Pero en tanto ésta, como consecuencia de su íntimo enlace con la ética, insistía en los *deberes* iusnaturales, con el autor de las *Controversiae illustres* pasaron al primer plano los *derechos subjetivos*. Así nació la doctrina de los derechos individuales fundamentales, a los que, si bien Vitoria ya se había referido, fue sólo desde el punto de vista de la *obligación* de protegerlos que el Estado tiene"⁵.

4. Cfr. *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres* (Venetiis 1564), *Praefatio*. Sobre Vázquez de Menchaca v. especialmente el libro de F. CARPINTERO, *Del Derecho natural medieval al Derecho natural moderno* (Salamanca 1977).

5. A. VERDROSS, *La Filosofía del Derecho del mundo occidental*, trad. de M. de la Cueva (México 1962), p. 173.

Esta doctrina subjetivizadora del contenido normativo inmutable del Derecho natural se irá desarrollando con fuerza creciente en los autores posteriores, que diseñan las diversas direcciones del Derecho natural moderno. Así en el ámbito anglosajón conviene señalar la perspectiva empírico-naturalista de Th. Hobbes, pero sobre todo la concepción liberal de los derechos individuales de J. Locke; mientras que en el ámbito continental vuelven a insistir en los deberes como correlativos de los derechos S. Pufendorf y Ch. Thomasius; la síntesis más sugestiva corresponde sin duda al singular enfoque analítico del genial filósofo ginebrino J. J. Rousseau. En definitiva del *Ius* se ha pasado a los *iura* y la *lex* ha cedido ante la *facultas*.

A todo ello hay que añadir el afán sistematizador del iusnaturalismo moderno, acorde con el enorme auge que la idea de sistema adquiere en este momento. La *sistematización* se refleja aquí en el propósito de ofrecer un catálogo más o menos amplio y jerárquicamente ordenado de los derechos naturales inalienables y a la par un catálogo de los deberes fundamentales del hombre para consigo mismo y para con los demás. Mientras el primer catálogo es elaborado de forma discontinua por aquellos autores que preludian el pensamiento ilustrado, el segundo es fijado de forma casi definitiva por los grandes sistematizadores del Derecho natural de la época, singularmente S. Pufendorf con su doctrina de los *officia* y *praestationes*, es decir, de los deberes y obligaciones, que divide en absolutos e hipotéticos⁶. Ambos propósitos se aunán posteriormente en la formulación del catálogo más o menos definitivo de los derechos fundamentales inalienables, que quedará recogido por escrito y de forma solemne en las primeras declaraciones de los derechos del hombre, sobre todo en la "Declaration of rights" del buen pueblo de Virginia (12 de junio de 1776) y en la "Déclaration des droits de l'homme et du citoyen" de la Asamblea Nacional

6. Cfr. *De iure naturae et gentium*, I, 4-6; *De officio hominis et civis*, I, 10-17, II, 1-18.

Constituyente (26 de agosto de 1789) tras el triunfo de la Revolución francesa. No resisto a la tentación de advertir, para no incurrir en error al apreciar el sentido de estos documentos, error que es frecuente observar en la versión constitucionalista del tema, que en ellos se dice intencionada y repetidamente "declaración". No creo que sea ocioso recordar el valor que en estos casos ha de atribuirse al contenido semántico de las palabras. Quizá sea muy útil tener presente al respecto aquella sabia distinción, tan usual en el lenguaje jurídico, sobre todo en el civilista, de los conceptos *constitutivo* y *declarativo*.

3. También la tercera nota distintiva de la concepción moderna del Derecho natural es decisiva para comprender el sentido exacto de la teorización primera de los derechos humanos. Esta característica hemos dicho que consiste en la *secularización* de la antigua idea cristiana de dos estados históricos sucesivos de la naturaleza humana, uno de naturaleza íntegra y auténticamente natural y otro de naturaleza caída y socialmente deformada. Ahora se transforma en un estado natural o presocial y un estado social⁷. Sin duda alguna es la versión que J. J. Rousseau ofrece de estos dos estados la que deja entrever más claramente el vestigio de aquella idea teológica; pues para él el estado de naturaleza es una situación paradisiaca, cuya descripción presenta una imagen del vivir humano feliz e idílica en todos sus aspectos. Pero también es positiva la versión de J. Locke del estado de naturaleza, mientras que la versión de Th. Hobbes es totalmente pesimista, más que por responder a una observación empírica de la coexistencia humana

7. Concuerda con esta idea por mi sustentada desde hace tiempo y que expuse ya en *Derecho natural e Historia*, cit., p. 47 y 63, G. Oestreich, quien observa al respecto: "Der Glanz eines goldenes Zeitalters, eines vergangenens Paradieses lag zudem über dem Gedanken der natürlichen Freiheit und Gleichheit, auf der Vorstellung der ursprünglich guten und harmonischen Natur des Menschen". *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß* (Berlin 1968), p. 37.

primitiva, como algunos erróneamente parecen suponer, por ser un eco muy sonoro del pesimismo antropológico sobre la condición normal de la persona humana después de la caída, heredado del pensamiento protestante.

De todos modos lo que aquí es sumamente importante para nuestro tema es que, en las tres versiones de esta doctrina de los estados históricos sucesivos de la humana coexistencia, ciertos derechos se consideran *innatos* y como tales pertinentes al primer estado: el estado de naturaleza o presocial. Algunos de estos derechos se los reserva también el individuo al suscribir el pacto social y pasar al estado de sociedad; aunque su número varía, pues en tanto J. Locke afirma que el hombre se reserva el derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad⁸, Hobbes estima que sólo conserva el derecho que cada individuo tiene de defender su vida incluso frente al Estado, si éste no es capaz de hacerlo, y la no obligación de obedecerle cuando no sea capaz de mantener el orden social mínimo y de cumplir con su deber de garantizar la seguridad y de proteger a los individuos⁹; por último, Rousseau estima que, al asentir al contrato social, el hombre confía todos sus derechos a la *volonté générale*, para recibirlos luego convertidos en derechos civiles¹⁰. Pero lo más importante para nuestro objetivo es que en las tres versiones los derechos del hombre son presentados como derechos *naturales*, derivados de su propia condición de hombre; al convertirse en derechos civiles no pierden ni su origen ni su fundamento; lo cual quiere decir, *a sensu contrario*, que su razón de ser no depende ni de la Sociedad ni del Estado; es más, en este primer momento histórico de su configuración como derechos

8. Dice John Locke textualmente en su obra *Two Treatises on Government* (London 1690), que el individuo, al hacer entrega de sus derechos a la sociedad, lo hace "with an intention in every one the better to preserve himself his Liberty and Property", II. § 131.

9. Cfr. *Leviathan*, I, 21; De cive, 7, 12.

10. Cfr. *Du contrat social*, I, 6... "Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale; et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible de tout".

fundamentales, ni siquiera se trata de un reconocimiento por parte del Estado o por parte de la Sociedad constituida en Estado, sino que se trata en toda su radical pureza de una *imposición* de los ciudadanos a la propia Sociedad que se va a constituir y organizar políticamente, con una reserva, mayor o menor según los casos, del ejercicio de esos derechos, incluso frente a ella o al margen de ella.

III

De todos es conocida la controversia suscitada por G. Jellinek con su interesante monografía sobre *La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (1895). Su tesis es que el factor fundamental que ocasionó el reconocimiento constitucional de los derechos del hombre fue precisamente la lucha por la libertad de conciencia y de creencia religiosa, que hemos mencionado al principio como segundo factor. Aunque Jellinek no niega, sino que expresamente afirma que la elaboración doctrinal de estos derechos pertenece a la tradición iusnaturalista, incluso desde sus primeros pasos, estima que esto no influyó en la vertiente jurídico-constitucional del problema, que es su reconocimiento público. Su tesis fue rebatida por el jurista francés E. Boutmy (1902), a cuyos argumentos contestó Jellinek en 1903; esto le llevó además a preparar una nueva edición más amplia de su monografía (1904), que fue reeditada varias veces y traducida a varios idiomas¹¹. Desde entonces se han publicado diversos estudios en torno al

11. Pueden verse ahora conjuntamente en R. SCHNUR, *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte* (Darmstadt 1974). De la primera edición de la obra de G. Jellinek existe una traducción española con un interesante estudio preliminar de A. Posada (Madrid 1908). Recientemente J. González Amuchastegui ha reeditado ambos, junto con la versión del artículo de E. Boutmy, la respuesta de Jellinek y el estudio de E. Doumergue, en *Los orígenes de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (Madrid 1984).

tema, sobre todo en los primeros años del siglo. En ellos la argumentación de Jellinek en defensa de sus tesis ha conseguido tanto plena aceptación como total rechazo¹². Hoy, a la vista de lo mucho que se ha escrito desde entonces, cabe examinar las cosas con mayor objetividad y desde una perspectiva mucho más amplia.

En síntesis cabe decir al respecto que ninguna de las dos tesis es aceptable en su integridad. Hay que reconocer por cierto que gran mérito de Jellinek fue haber planteado la cuestión de los orígenes de las *declaraciones* de los derechos del hombre y haber suscitado el interés por el tema y la discusión posterior. También lo es el rigor científico con que examina los documentos en los que se contienen las primeras declaraciones de los Estados miembros de la Unión americana, así como la comparación y cotejo que de ellos hace y el meticuloso paralelismo que establece entre sus artículos y los correspondientes artículos de la Declaración francesa de 1789. Lo que ya no convence tanto es la conclusión de que ésta proceda *radicalmente* de aquellas otras declaraciones. Aunque Jellinek no niega en absoluto que la doctrina del Derecho natural moderno influyera en la configuración histórica de los derechos humanos, sino que más bien lo afirma, esta afirmación queda diluida en su afán de demostrar que las declaraciones históricas de esos derechos tienen su origen exclusivamente en motivaciones religiosas, principalmente puritanas y calvinistas.

Menos aceptable parece aun hoy en día la tesis de E. Boutmy, en cuanto trata de consolidar la opinión de que el origen de la Declaración de los derechos del hombre de 1789 haya que buscarlo

12. Entre los principales estudios sobre la polémica merece recordar a E. ZWIG, *Die Lehre vom Pouvoir constituant; Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution* (Tübingen 1909); F. KLÖVERKORN, *Die Entstehung der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* (Berlin 1910); F. HARTUNG, *Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776-1946*, 3. ed. (Göttingen 1964); y, entre los autores franceses, E. DOUMERGUE, *Les origenes historiques de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, en "Revue de Droit public et de la Science politique en France et à l'étranger", 21 (1904) 673-733.

únicamente en la doctrina de J. J. Rousseau, especialmente en su obra *Du contrat social*. Más rechazable es todavía el que apenas preste atención a los autores anteriores del Derecho natural moderno y que excluya radicalmente cualquier influencia de la mentalidad religiosa y más directamente de las declaraciones norteamericanas en la elaboración de la Declaración francesa.

Después de tres cuartos de siglo de concluida la polémica, hoy se pueden ver las cosas de otro modo. Adoptando, como hemos dicho, una perspectiva mucho más amplia, lo primero que hay que hacer es examinar el desarrollo de la doctrina de los derechos naturales durante los siglos XVI a XVIII¹³. Ello nos permitirá observar cómo fueron surgiendo en el ambiente académico de la época una serie de catálogos de derechos y deberes atribuibles al hombre por el solo hecho de serlo. Que luego estos derechos fueran declarados más o menos solemnemente en documentos oficiales con valor políticamente constituyente, es ya otra vertiente de la cuestión, que interesa primordialmente a los tratadistas del Derecho constitucional. Mas, en todo caso, será siempre una cuestión subsidiaria de la primera y como tal dependiente de ella, lo que históricamente parece hoy irrefutable. Esto es lo que al menos se deduce de un atento estudio de la bibliografía específica sobre el tema, de la cual ofrecemos para concluir una cuidada selección.

13. Para un conocimiento adecuado de esta época conviene consultar los principales estudios históricos de Filosofía jurídica y política. Como orientación general pueden verse algunas obras de conjunto suficientemente acreditadas y de fácil acceso, como son: A. VERDROSS, o. c., p. 159 ss.; A. TRUYOL, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, 3. ed., t. II (Madrid 1988), p. 195 ss.; J. M. RODRIGUEZ PANIAGUA, *Historia del pensamiento jurídico*, 5. ed. (Madrid 1984), p. 105 ss.

BIBLIOGRAFIA

- ASBECK, F. M. Baron van (ed.): *The Universal Declaration of Human Rights and its Predecessors 1679-1948*. Leiden 1945; BATTAGLIA, F.: *La carta dei diritti*, 2. ed. Firenze 1947; BOHATEC, J.: *England und die Geschichte der Menschen- und Bürgerrechte. Drei nachgelassene Aufsätze*. Hrsg. von O. Weber. Graz-Köln 1956; BOUTMY, E.: *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek*, en "Annales de l'Ecole libre des Sciences Politiques", 17 (1902) 415-443. Reproducido en sus "Études Politiques" (Paris 1907), p. 107 ss.; BRUNELLI, B.: *Il contrattualismo de G. Rousseau nei suoi rapporti con la Dichiarazione francese*. Torino 1911; CASBERG, F.: *Die Erklärung der Menschenrechte im Lichte der Geschichte*, en "Festschrift für A. Verdross". Wien 1960, p. 97 ss.; DEL VECCHIO, G.: *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino nella rivoluzione francese*. Genova 1903; DÉRATHÉ, R.: *Rousseau et la science politique de son temps*. Paris 1950; DOUMERGUE, E.: *Les origenes historiques de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, en "Revue de Droit public et de la science politique en France et à l'étranger", 21 (1904) 673-733; HÄGERMAN, G.: *Die Erklärungen der Menschen- und Bürgerrechte in den ersten amerikanischen Verfassungen*. Berlin 1910; HASHAGEN, J.: *Zur Entstehungsgeschichte der nordamerikanischen Erklärung der Menschenrechte*, en "Zeitschrift für die gesamte Staatwissenschaft", 78 (1924) 161-495; HARTUNG, F.: *Die Entwicklung der Menschen- und Bürgerrechte von 1776 bis zur Gegenwart*. 3. Aufl. Göttingen 1964; JELLINEK, G.: *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*. Leipzig 1895, 2. ed. 1904, 3. ed. 1919, 4. ed., completada con notas originales, 1927; IDEM: *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen...*, traduit de l'allemand par Georg Fardis. Edition avec un Préface de M. F. Larnau. Paris 1902; JORDAN, W.: *The Development of Religious Toleration in England. Reformation to 1660*. T. I-IV. London 1932-1940; KLÖVERKORN, F.: *Die Entstehung der Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*. Berlin 1910; MIEGGE, G.: *Religious Liberty*. London 1957; MILONI, G.: *La dichiarazione dei diritti, lo Stato giuridico e la riforma rivoluzionaria*. Città di Castello 1911; MORNET, D.: *Les origenes intellectuelles de la Révolution Française*. Paris 1933; OESTREICH, G.: *Die Idee der Menschenrechte in ihrer geschichtlichen Entwicklung*. Berlin 1963; IDEM: *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß*. Berlin 1968; POUND, R.: *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*. New Haven-London 1957; REES, W.: *Die Erklärung des Menschen- und Bürgerrechte von 1789*. Beiträge zu ihrer Entstehungsgeschichte. Leipzig 1912; RITTER, G.: *Ursprung und Wesen der Menschenrechte*, en "Historische Zeitschrift", 169 (1949) 233-263; ROHNER, A.: *Die Gewissensfreiheit*. Freiburg 1940; SALANDER, G. A.: *Vom Werden der Menschenrechte*. Ein

Beitrag zur modernen Verfassungsgeschichte unter Zugrundelegung der Virginischen Erklärung der Rechte vom 12. Juni 1776. Leipzig 1926; SCHICKBARDT, B.: *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 1789-91 in den Debatten der Nationalversammlung.* Berlin 1931; SCHLATTER, R.: *Private Property. The History of an Idea.* London 1951; SCHNUR, R. (ed.): *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte.* Darmstadt 1964; VERZIJL, J. H. W. (ed.): *Human Rights in historical Perspective.* Documents selected. Haarlem 1958; VÖGELIN, E.: *Der Sinn der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789*, en "Zeitschrift für öffentliches Recht" 8 (1928-29) 82-120; VOSSLER, O.: *Studien zur Erklärung der Menschenrechte*, en "Historische Zeitschrift", 142 (1930) 516-545; WALCH, A.: *Zur Geschichte der Menschenrechte*, en "Historische Zeitschrift", 103 (1909) 79 ss.; WALCH, E.: *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'Assemblée constituante.* Travaux préparatoires. Paris 1903; WELZEL, H.: *Ein Kapitel aus der Geschichte der amerikanischen Erklärung der Menschenrechte.* (John Wiese und Samuel Puffendorf), en "Rechtsprobleme in Staat und Kirche". Festgabe für Rudolf Smend. Göttingen 1952, p. 387-411; ZWEIG, E.: *Die Lehre vom Pouvoir constituant. Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution.* Tübingen 1909.