

PROBLEMAS QUE UNA NOTA ESENCIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS PLANTEA A LA FILOSOFIA DEL DERECHO*

Javier Hervada

Aunque lo más propio de la ciencia es buscar y encontrar soluciones, no pocas veces se puede contribuir a su progreso planteando problemas e interrogantes. Esta comunicación desearía contribuir a poner de relieve una serie de problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho y, a niveles más profundos, a las otras ramas de la filosofía. No estoy seguro de acertar en el planteamiento de los problemas, y de antemano pido indulgencia por los posibles fallos; en cambio, puedo asegurar que no plantearé todas las posibles cuestiones; sólo algunas de ellas aparecerán aquí. Por otra parte, al plantear los problemas, en ciertos casos me permitiré apuntar cómo veo la posible solución; ya advierto que se trata sólo de un apunte —las cuestiones no son fáciles— y en modo alguno pretendo otra cosa que mostrar una opinión, seguro de que ningún lugar mejor habrá para exponerla, en un clima de diálogo y respeto, que un congreso sobre derechos humanos, de entre los cuales no es el menor la libertad de pensamiento y expresión.

1. *Una nota esencial de los derechos humanos*

Quando se habla de derechos humanos, con esta expresión se quiere designar un tipo o clase de derechos, una de cuyas notas

* Comunicación presentada al X Congreso Interamericano de Filosofía que, bajo el tema general «Los derechos humanos», se celebró los días 18-23 de octubre de 1981 en Tallahassee (Florida, EE.UU.).

esenciales es la de ser *preexistentes* (o «anteriores» según el lenguaje más generalizado) a las leyes positivas. Por lo menos a esa conclusión lleva el sentido obvio del lenguaje utilizado, tanto por las declaraciones antiguas y modernas y los pactos internacionales, como por los distintos movimientos en favor de esos derechos o —en general— por quienes sobre ellos hablan y escriben. Ciertamente los derechos humanos están recogidos en los textos legales de muchos países, pero en tanto que recogidos por las leyes positivas y operando a través de ellas reciben otro nombre, por ejemplo, derechos constitucionales o simplemente derechos positivos sin más especificación.

Por derechos humanos se entiende comunmente aquellos derechos —sin entrar ahora en si ese apelativo es exacto— que el hombre tiene por su dignidad de persona —o si se prefiere, aquellos derechos inherentes a la condición humana—, que *deben ser* reconocidos por las leyes; en caso de que esos derechos no se reconozcan, se dice que se comete injusticia y opresión. E incluso se admite que la falta de reconocimiento —el hecho de que no se respeten esos derechos— genera la legitimidad del recurso a la resistencia, activa o pasiva. Si se trata de derechos que deben ser reconocidos, cuya contravención genera injusticia e incluso el derecho a la resistencia, la conclusión parece evidente: por derechos humanos entendemos unos derechos que preexisten a las leyes positivas. Por eso, de estos derechos se dice que se *declaran*; y de ellos se dice también que se *reconocen* —no que se otorgan o conceden— por las leyes positivas.

No siendo posible analizar la enorme masa de textos que supondría intentar un examen exhaustivo del lenguaje utilizado, nos limitaremos a unos pocos documentos, de reconocida importancia histórica y actual. La *Declaración de derechos de Virginia* (1776) dice en su sect. 1: «That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity»¹. Fácilmente se observa la influencia del pensamiento liberal en la redacción de este pasaje, pero lo que aquí interesa es que se habla de *inherent rights*, de derechos inherentes a todo hombre, que se poseen por naturaleza y anteriores al estado de sociedad; el derecho de rebelión —el *appeal to Heaven* según la famosa expresión de Locke—, se insinúa en la sect. 3². Este derecho de modificar los

1. Cfr. J. HERVADA - J. M. ZUMAQUERO, *Textos internacionales de derechos humanos* (Pamplona 1978), n. 2. En adelante esta obra se cita HZ seguida del número marginal que corresponde a cada texto.

2. «(...) and that, when any government shall be found inadequate or contrary to these purposes, a majority of the community hath an indubitable, unalienable,

regímenes establecidos en razón de la inobservancia de los derechos humanos fue la justificación esgrimida en la *Declaración de Independencia* (1776) de los Estados Unidos de América, país a cuya hospitalidad estamos acogidos en esta ocasión. En esa declaración se habla, como de una verdad evidente, de derechos de los que el hombre ha sido dotado por el Creador —esto es, derechos naturales— en función de los cuales se instituyen los gobiernos³. La misma idea de unos derechos preexistentes (o «anteriores») a las leyes positivas, en función de los cuales nacerían las comunidades políticas y los gobiernos, se repite en la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789, donde aparece la expresión *droits de l'homme* de la que deriva la actual de *derechos humanos*. Para sus redactores, la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos, estos derechos son derechos naturales, inalienables y sagrados, la Asamblea Nacional los reconoce y declara —no los otorga, concede o constituye—⁴ y su conservación es la finalidad de toda comunidad política; dentro de estos derechos figura la resistencia a la opresión⁵. Independientemente de la influencia que el pensamiento liberal de la época tenga en los matices de la redacción de esos documentos, es claro que los derechos humanos —derechos del hombre, derechos inherentes o derechos naturales— se entienden como derechos que el hombre posee por virtud de sí mismo, preexistentes a las leyes positivas, las cuales se consideran justas si respetan esos derechos e injustas y opresoras si son contrarias a ellos.

La misma idea básica o nota esencial de los derechos humanos la encontramos en los documentos internacionales de nuestra época. El primero en el tiempo, la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre* (1948) habla repetidamente de derechos esenciales del hombre, afirmando que «los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana»⁶.

and infeasible right to reform, alter, or abolish it, in such manner as shall be judged most conducive to the public weal». HZ, 4.

3. «We hold these truths to be self-evident: that all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights; that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness. That, to secure these rights, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed. That, whenever any form of government becomes destructive of these ends, it is the right of the people to alter or to abolish it and to institute new government». HZ, 19.

4. Vide el preámbulo (HZ, 20).

5. Cfr. art. 2 (HZ, 23).

6. Introducción (HZ, 123).

La *Declaración Universal de Derechos Humanos* (ONU, 1948) se abre señalando que «la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana»; estos derechos humanos deben ser «protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión»⁷, afirmándose en el art. 1 que «todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos» (lo que viene a decir que el hombre es portador de tales derechos por sí, no por concesión legal). Constantemente se habla de reconocimiento, respeto y protección, nunca de otorgar o conceder. Y es obvio que se reconoce, respeta y protege por las leyes lo que preexiste a ellas; lo que por ellas existe, se otorga y se concede. Por otra parte, en el lenguaje de la *Declaración Universal*, la tiranía y la opresión son los «actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad» originados por «el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos»⁸.

Aunque menos expresivo, el *Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* (1950) habla también de reconocer, aplicar, proteger, desarrollar y respetar los derechos humanos⁹, a la vez que el art. 1 afirma que «las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio»¹⁰; la ausencia del *otorgar* y la presencia del *reconocer* abonan nuevamente la idea central sobre los derechos humanos que estamos exponiendo.

Idea ésta que aparece inequívocamente expresada en el preámbulo del *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y políticos* (1966), en el que se dice: «Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana...»¹¹, frase literalmente reproducida en el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*¹².

Por último, recordemos que el *Pacto de San José de Costa Rica* (1969), también conocido por *Convención Americana de Derechos Humanos*, reconoce, según sus propios términos, «que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la

7. Preámbulo (HZ, 225 y 227).

8. Preámbulo (HZ, 226).

9. Vide el preámbulo (HZ, 343).

10. HZ, 344.

11. HZ, 1319.

12. HZ, 1378.

persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno»¹³.

Resulta innecesario traer más testimonios, porque se trata de algo que es inherente al concepto mismo de derechos humanos: la noción de derechos humanos expresa unos derechos preexistentes a las leyes positivas, cuya contravención genera injusticia.

2. *Los derechos humanos y el concepto de derecho*

Si los derechos humanos no constituyen un espejismo, una fantasía irreal o simplemente un sentir sin base en la realidad, si son realidades humanas, esto es, si existen objetivamente, parece claro que tiene una relación íntima con el concepto de derecho. No creo decir cosa inexacta al afirmar que, hasta ahora, los filósofos del derecho, al intentar llegar a un concepto de derecho, no han tenido en cuenta —al menos en la debida proporción— los derechos humanos. Puede decirse que los derechos humanos no han sido un dato relevante para llegar a la noción del derecho. Más bien se ha dado la postura inversa: supuesta una noción de derecho, los —relativamente— pocos filósofos del derecho que han tratado de los derechos humanos, los han caracterizado según esa previa noción.

Ahora bien, si el concepto de derecho no es un *a priori* sino el resultado de la observación de todas las realidades jurídicas, parece claro que la vía hasta ahora seguida es insuficiente, pues no debe aplicarse a los derechos humanos un concepto previo de derecho, antes bien el concepto de derecho debe tener en cuenta, entre otras realidades jurídicas, los derechos humanos.

Claro que inmediatamente nos encontramos con un problema crucial: los derechos humanos, ¿son verdaderamente *derechos*? A nadie se le oculta que nos encontramos, respecto de este interrogante, con dos datos de difícil armonización. Si nos fijamos en el lenguaje utilizado, observaremos que nadie ha puesto en duda la legitimidad del nombre *derecho* aplicado a los derechos humanos. La terminología utilizada para designarlos ha sido muy variada: derechos humanos, derechos del hombre, derechos fundamentales, derechos naturales, derechos esenciales, derechos inherentes. Pero en ningún caso se ha cuestionado que se les llame derechos. ¿Por qué esa unanimidad?

13. Preámbulo (HZ, 1558).

El otro dato ya no es tan universal, ni unánime, mas no por eso deja de merecer consideración: no pocos filósofos del derecho y juristas niegan que los derechos humanos sean propiamente derechos; siguen llamándoles derechos, pero entienden que se trata más bien —aquí la diversidad de opiniones se multiplica— de valores, de postulados políticos, de exigencias sociológicas, etc. ¿Dónde está el origen de estas opiniones? Sin duda, el origen reside —por encima de otros posibles rasgos de los derechos humanos— en la nota esencial de estos derechos de la que estamos hablando: preexistir a la ley positiva. Es, en efecto, rasgo común de esos autores negar que pueda existir un derecho propiamente tal fuera de la concesión u otorgamiento de la ley positiva, pues sólo la ley positiva es verdadero derecho, origen de genuinos derechos de los sujetos.

No hace falta resaltar que, si bien estos tipos de opiniones no niegan que existan valores, postulados o exigencias que la ley positiva deba tener en cuenta, niegan que existan derechos humanos, aunque usen profusamente esta terminología y sean defensores —incluso ardorosos— de esos valores, postulados o exigencias, que según ellos *se llaman* derechos humanos, pero que *no son* derechos.

Si ahora nos preguntamos por la unanimidad con que los derechos humanos se llaman derechos, la respuesta, que indudablemente debe ser matizada para no caer en indebidas inexactitudes, es la siguiente: hasta la generalización del positivismo jurídico en el siglo XIX, la conciencia jurídica común —las excepciones fueron raras y estadísticamente irrelevantes— admitió la existencia de verdaderos derechos anteriores a la ley positiva —los juristas romanos los llamaron *iura naturalia*—, y esa conciencia, pese a la extensión de las distintas formas de positivismo y posiciones análogas, sigue existiendo. Es más, cuando la teoría de los derechos humanos surgió con las características con que ahora la conocemos, en el siglo XVIII, se partió como verdad inconcusa de que esos derechos son verdaderamente tales y por eso así se les llamó. Durante más de veinticuatro siglos —con distintas fórmulas: lo justo natural, ley divina, derecho natural, etc.— no se cuestionó la posibilidad de verdaderos derechos preexistentes a la ley positiva y en nuestros días son muchos —entre los cuales me encuentro¹⁴— los que no ponen en duda tal posibilidad.

Por otra parte, me parece que negar que los derechos humanos sean verdaderos derechos *porque son preexistentes a la ley positiva* es un apriorismo, esto es, procede de adoptar un concepto de derecho elaborado sobre las leyes positivas (estatales o no) sin que los dere-

14. Vide J. HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural* (Pamplona 1981).

chos humanos hayan sido tomados en consideración. Para convenirse de que esto es así basta leer los libros de filosofía del derecho: ningún seguidor de las corrientes más generalizadas ha tenido en cuenta los derechos humanos para elaborar la noción de derecho.

Este es uno de los principales problemas que a la filosofía del derecho plantean los derechos humanos: ¿qué realidad debe tenerse en cuenta para elaborar el concepto de derecho?; ¿cuáles son los datos de los que hay que partir? La respuesta es importante para nuestro tema: si la realidad a tener en cuenta —no digo como punto de llegada, sino como punto de partida— es todo aquello que la conciencia jurídica ha tenido y tiene como derecho, me parece que los derechos humanos deben ser tomados en consideración, y en este caso se impone eliminar como punto de partida la ecuación «derecho igual a ley positiva» y reconocer —al menos como posibilidad— la existencia de verdaderos derechos *preexistentes a la ley positiva*.

Quizás lo más resaltante, desde el punto de vista de los derechos humanos, sea que la solución que reciba el problema planteado incide en la noción misma de los derechos humanos y en su existencia en cuanto tales derechos. Si negamos que los derechos humanos tengan verdadera naturaleza jurídica, no sólo negamos su existencia como derechos, sino que además la idea en la que se asientan se desvanece completamente, porque los valores, postulados o exigencias —de los que hablan distintos autores— en cuanto dimensiones del derecho, se transforman en valores, postulados o exigencias de la ley (positiva) perdiendo los derechos humanos su condición de una dimensión propia del hombre frente a la ley positiva. Y en ese caso, ¿qué queda de la idea de unos derechos inherentes al ser humano, contra el cual se comete injusticia —se le priva de algo suyo— si no se respetan esos derechos? A mi juicio, sólo si se admite una noción de derecho, compatible con la existencia de un núcleo fundamental de derecho distinto del derecho positivo, es posible una teoría de los derechos humanos coherente con lo que quiere expresarse con ella: que la ley positiva no es soberana frente al hombre, porque éste posee unos bienes jurídicos inherentes que preexisten a la ley positiva y que son medida de la justicia o injusticia de la ley positiva.

3. *El fenómeno jurídico, ¿es natural o cultural?*

En relación con lo que acabamos de ver surge otra pregunta: el fenómeno jurídico, en sí mismo considerado, ¿es un fenómeno

natural o meramente cultural? Aclaro inmediatamente que, al hacer esta pregunta, no intento dar a *natural* y a *cultural* un sentido excluyente. Que el derecho tiene mucho de obra cultural es tan evidente que no merece la pena detenerse en explicarlo. El sentido de la pregunta es éste: la existencia misma del fenómeno jurídico, ¿es enteramente obra cultural? o, por el contrario, ¿tiene una base natural? Pongamos unos ejemplos. La aeronáutica es una invención humana; sin duda el hombre no podría construir aviones y volar con ellos si no respetase las leyes físicas, pero no cabe duda de que la aviación es un invento humano, obra de la cultura. La comunicación oral, en cambio, es un fenómeno distinto; ciertamente, cada sistema de símbolos —cada idioma— en un producto cultural, mas es natural y no cultural la existencia misma de la comunicación oral: es la naturaleza la que ha dotado al hombre de laringe, cuerdas vocales, etc., y el hombre es naturalmente un ser que se comunica con los demás. El fenómeno comunicativo es natural, aunque sea cultural el código de símbolos de comunicación. Este es el sentido de la pregunta antes hecha: ¿es el derecho un fenómeno *inventado* por el hombre, obra enteramente cultural, o es un fenómeno connatural al hombre, aunque la legislación concreta de cada sociedad se entienda de origen cultural, esto es, positivo?

Esta es una pregunta que la existencia de los derechos humanos plantea necesariamente. Recordemos que la teoría moderna de los derechos humanos nació, en el contexto del pensamiento del siglo XVIII, sobre la base de unos derechos precedentes a la sociedad; y, por su parte, los documentos contemporáneos antes señalados conciben los derechos humanos como preexistentes a la ley positiva. Pues bien, ¿cómo entenderlos como preexistentes a la ley positiva sin que el fenómeno jurídico sea natural al hombre? Si el fenómeno jurídico es, exclusiva y radicalmente cultural, ¿cómo entender algo jurídico inherente al hombre, esencial a él, cuyo fundamento son los atributos de la persona humana, intrínseco a todo hombre, que se desprende de la dignidad inherente a la persona humana? Porque es evidente que los derechos humanos resultan ininteligibles sin una relación esencial al derecho.

Cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre la naturaleza de los derechos humanos —admitida su existencia—, no parece que puedan entenderse como algo en sí mismo ajeno al derecho, y, en consecuencia, su existencia pone en *crisis* —en la necesidad de replantearla— la concepción del fenómeno jurídico como algo meramente cultural, como sólo invento del hombre.

La cuestión podría obviarse afirmando que los derechos humanos son únicamente un producto cultural. Pero, si no me engaño, tal

opinión equivaldría a negar la existencia misma de esos derechos. Dado que los documentos antes citados dicen que los derechos humanos son *esenciales*, *inherentes* al ser del hombre o a la condición humana, que se fundan en los *atributos de la persona humana* y se desprenden de la *dignidad inherente a la persona humana*, una de dos, o tales documentos hablan de algo inexistente, o los derechos humanos no son productos meramente culturales, sino que se enraizan en algo jurídico connatural al hombre. Por lo demás, desde su nacimiento hasta hoy, lo que late tras los derechos humanos es la antigua y permanente idea de que existe algo —que llamamos derechos del hombre, sean derechos naturales sean derechos humanos— poseído por el hombre como tal, frente a lo cual la ley positiva o lo reconoce o es injusta. Si entendemos los derechos humanos exclusivamente como algo cultural, necesariamente los debemos entender como derechos (o bienes jurídicos), no meramente reconocidos, sino otorgados y creados por la sociedad, sea mediante ley o costumbre, sea mediante un *consensus* social generalizado. Pero esto no es la idea que, según vimos, caracteriza esencialmente los derechos humanos. Esta es la cuestión. ¿Cómo puede ser compatible entender el fenómeno jurídico como meramente cultural y, a la vez, reconocer como verdadera la idea de los derechos humanos? Personalmente no me parece una solución correcta negar que sea adecuada a la realidad la idea de los derechos humanos como preexistentes a la ley positiva y al *consensus* social. Por lo mismo, entiendo que el fenómeno jurídico es, en su base, un fenómeno natural —hay realidades jurídicas naturales—, una de cuyas expresiones son los derechos humanos.

Mis palabras anteriores, en lo que sobrepasan al estricto planteamiento de un problema, se fundan —como resulta fácil advertir— en admitir que los derechos humanos no son resultado de una ideología —como entienden una serie de autores—, no son un invento del hombre, sino una realidad. El hecho psicológico en cuya virtud los hombres y las sociedades admiten esos derechos como anteriores a la ley positiva y al consenso social —tal como reflejan los documentos estudiados y las reacciones normales de los hombres— no es una reacción debida a factores meramente culturales, sino a dictados naturales de la razón natural. En otras palabras, la idea de los derechos humanos como preexistentes a los factores positivos es *verdadera*, porque obedece a una real conformación del ser humano. De ahí la necesidad, pienso, de que la filosofía del derecho estudie el fenómeno jurídico teniendo en cuenta los derechos humanos y que no se intente establecer una noción de derecho sin tomarlos en consideración.

4. *Los derechos humanos y la noción de persona*

La nota esencial de los derechos humanos de la que venimos hablando plantea una cuestión no pequeña en relación al concepto jurídico de persona. ¿Es compatible con los derechos humanos la noción de persona, que todavía prevalece en la doctrina jurídica? La persona es definida como *sujeto de derechos y obligaciones* o también como *sujeto capaz de derechos y obligaciones*. Sin embargo, no es en este punto donde se plantea el problema, sino en dos caracteres o notas del concepto de persona, que —en muchas ocasiones sólo implícitamente— están presentes en el uso que del concepto de persona hacen la doctrina científica y los jueces y tribunales. Estas dos notas son las siguientes: a) ser persona está en relación con el *status* o rol social; b) ser persona es una concesión de la ley positiva, o dicho de otro modo, es persona quien como tal es tenido por la ley. Examinemos por separado ambas notas.

a) Una de las ideas más inconscientemente arraigadas —y, por eso, menos explícitamente puesta de relieve— es que los derechos y deberes se tienen en virtud del papel o rol que el hombre desarrolla en la vida social. El origen o fundamento de los derechos y deberes sería el *status* o estado social, o sea, en términos sociológicos más modernos, el rol social. Aparece aquí la *condición* social como origen de los derechos y deberes. Sin duda hay muchos derechos y deberes que están en relación con la condición y oficio sociales; pero de ahí se da un paso, que es el que plantea la cuestión; este paso consiste en la idea de que *todos* los derechos y deberes dimanen de la *condición*; y por eso persona en sentido jurídico es *el hombre en una condición social*. Este es el origen de la conocida y antigua definición de persona: «persona es el hombre en su estado» (como puede verse en Heineccio); o de frases no menos conocidas como la romana «por naturaleza se es hombre, por el estado se es persona». Una consecuencia bien conocida es la discriminación que, al calor de esta forma de entender la persona en sentido jurídico, se introduce: si la plenitud de derechos se tiene —por ejemplo— por la casta, serán discriminados los hombres de las castas que se consideran inferiores; si el criterio es la raza, se discriminará a los hombres de otras razas; si es la nobleza, los discriminados serán los hombres llanos, etc.

Principio fundamental de los derechos humanos es que estos derechos no deben su origen a la condición o rol de la persona, sino que son inherentes al hecho de ser hombre: por eso se relacionan con los atributos del ser humano o con su dignidad; y por eso también, las declaraciones y pactos internacionales sobre esos derechos insisten reiteradamente en que los posee todo hombre *con indepen-*

dencia de cualquier condición. Esto tiene, cara al pensamiento jurídico, una indudable trascendencia, porque ese principio fundamental de los derechos humanos sólo es entendible si se parte del supuesto de que hay un núcleo básico de derechos —los derechos humanos— que ni nacen de una condición del hombre, ni de ella dependen. Todos los hombres son titulares de esos derechos, independientemente de su condición, porque esos derechos preexisten a cualquier condición y son independientes de ella. Lo cual significa que no se es persona, en sentido jurídico, en virtud de alguna condición, sino por el mero hecho de ser hombre.

b) La opinión de que se es persona por concesión de la ley positiva, o si se quiere la proposición «es persona quien dice la ley positiva», plantea la cuestión de su compatibilidad con la idea de unos derechos (o bienes jurídicos) preexistentes a la ley positiva. Si existen verdaderos derechos humanos —esto es, si los derechos humanos no sólo se llaman derechos sino que lo son, como pienso—, la incompatibilidad es manifiesta, porque si el hombre es sujeto de derechos con precedencia a la ley positiva, es persona con independencia de esa ley.

Si los derechos humanos no se entienden como verdaderos derechos, pero se admite al menos lo mínimo para que la idea misma de derechos humanos no se desvanezca completamente (bienes jurídicos inherentes al ser humano), por lo menos habrá de aceptarse la presencia en el ser humano de algo que, siendo inherente a él, preexiste a la ley positiva como medida de su justicia e injusticia. Ese mínimo no puede ser otra cosa que el reconocimiento del hombre como portador y titular de bienes jurídicos inherentes a él, que lo constituyen como *sujeto* ante el derecho y no como mero *objeto*. Esta subjetividad jurídica —ser sujeto ante el derecho— ya constituye al hombre como persona —como sujeto— ante la ley.

Si, en cambio, no se admite ninguna subjetividad jurídica inherente al ser humano, si se afirma que el hombre no es, de suyo, sujeto ante la ley, si la personalidad jurídica se tiene enteramente por creación de la ley positiva, parece obvio que no pueden admitirse los derechos humanos, en cuanto representan o verdaderos derechos o bienes jurídicos y valores objetivos inherentes al ser humano. Los derechos humanos —tal como se entienden en las declaraciones y los pactos— se desvanecen; se esfuma la nota esencial de los derechos humanos de la que venimos hablando. Si la personalidad jurídica no preexiste a la ley positiva, no existen los derechos humanos, sino —acaso— otra cosa distinta.

De ahí la trascendencia del art. 6 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, recogido en otros textos internacionales: todo

hombre, dice, tiene derecho en todas partes a ser reconocido como persona ante la ley¹⁵. El lenguaje es el mismo que hemos analizado al principio y tiene el mismo sentido; pues bien, si ser persona ante la ley, si la personalidad jurídica debe ser reconocida en todas partes a todo hombre y a esto se le califica de derecho humano, la conclusión es clara: ser persona en sentido jurídico es preexistente a toda ley positiva, la personalidad jurídica debe reconocerse a todo ser humano independientemente de su condición —también la de nacido o no nacido— y allí donde no se reconozca personalidad jurídica a un ser humano existente —cualquier que sea su raza o casta, haya nacido o no nacido, o cualquiera otra condición— se comete injusticia.

Si las cosas son así, si el citado art. 6 y, en general, las ideas claves de la teoría de los derechos humanos, tal como nos aparecen en los textos internacionales, no son un inmenso error, ¿cómo compaginar todo esto con la noción de persona en sentido jurídico como una condición jurídica atribuida por la ley positiva?

Por otra parte, e independientemente de la filosofía jurídica que se siga, aplicar a la vida jurídica el principio de que «es persona ante las leyes de un Estado determinado, aquel a quien la ley positiva de ese Estado reconozca como tal» constituye un notorio quebrantamiento del art. 6 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y, en el ámbito de los países que han firmado el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (1966), una contravención de su art. 16¹⁶.

5. *El ser humano como sujeto de derechos innatos*

Aunque son varios más los problemas que los derechos humanos plantean a la filosofía del derecho, me parecen suficientes los que he tratado de enunciar para mostrar cuál sea el sustrato común a todos ellos: si hay un núcleo jurídico inherente a la persona humana, ¿cómo reducir el derecho a la ley positiva?

La cuestión reside en que negar ese núcleo jurídico inherente al ser humano equivale a negar la existencia misma de los derechos humanos. Por eso no se trata simplemente de un tema erudito sobre

15. El art. 6 dice textualmente en su versión inglesa: «Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law». Traduzco esta versión, porque me parece más clara que la original castellana: «Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica» (HZ, 239).

16. Recoge literalmente el art. 6 de la *Declaración Universal*: cfr. HZ, 1424.

el derecho, sino, a la vez, de un punto clave de la teoría de los derechos humanos.

Entiendo que los filósofos del derecho —y en general los juristas— deben enfrentarse decididamente con esta cuestión: ¿posee el hombre derechos innatos o, al menos, es portador de bienes jurídicos inherentes a su ser? Y hay que enfrentarse a ella conscientes de su trascendencia: contestar afirmativamente equivale a negar que únicamente sea derecho la ley positiva; a su vez, sostener que sólo la ley positiva es derecho significa negar que existan los derechos humanos —tal como aparecen en las declaraciones y en los pactos— y su sustitución —en su caso— por otra cosa distinta. No hace falta, creo, insistir en la razón: si algo parece claro respecto de los derechos humanos es que una nota esencial suya es la de que no provienen de una concesión de los poderes sociales ni del consenso general, sino del propio ser humano.

Así, pues, este es el reto que se plantea a los juristas y a los filósofos del derecho: ¿existen o no existen los derechos humanos? Cuanto dicen las declaraciones, antiguas y modernas, y los pactos internacionales sobre derechos inherentes, derechos esenciales, derechos fundados en los atributos o en la dignidad de la persona humana, ¿es vana palabrería, una idea equivocada que se traduce en un lenguaje lleno de impropiedades? o, por el contrario, ¿expresa una sencilla verdad: el ser humano es portador de un núcleo innato de derecho? Me parece fundamental plantearse la cuestión con toda claridad y sin prejuicios. Sin resolverla, cuanto se diga sobre los derechos humanos será un bello edificio sin cimientos, pues siempre quedará en pie la pregunta fundamental: ¿existen o no existen los derechos humanos?

6. *Conclusión*

Habiendo planteado las cuestiones que anunciaba al principio, creo haber cumplido el propósito de esta comunicación. Pero no quisiera terminar sin apuntar lo que, a mi juicio, puede ser el camino más correcto de responder a la cuestión planteada. Entiendo que las declaraciones y los pactos internacionales sobre derechos humanos expresan una profunda realidad humana y aquella idea sobre los derechos humanos que responde a su genuina naturaleza: derechos inherentes a todo ser humano, fundados en su dignidad de persona. Por eso entiendo que la teoría de los derechos humanos debe asentarse en estos postulados: a) los derechos humanos son verdaderos derechos; b) estos derechos son preexistentes —y, en consecuencia,

independientes— de la ley positiva y del consenso social; c) estos derechos se fundan en el hecho de que el hombre es persona, entendiendo por persona un ser dotado de dignidad, dueño de sí y, en consecuencia, portador de unos bienes que son derechos suyos.

Los derechos humanos son una realidad —no una ideología—, y por lo tanto corresponde a la filosofía del derecho dar una noción de derecho que se acomode a esa realidad. No a la inversa.