

LA CRISIS DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SIGLO XIX

Juan Antonio CRUZ PARCERO

INTRODUCCIÓN

Existe un intenso debate entre los especialistas sobre el origen de la idea de que los seres humanos tenemos derechos. Para algunos historiadores del Derecho, esa idea es moderna y rechazan que en el mundo antiguo griego, el romano o, incluso, durante la Edad Media se hubiera concebido una noción semejante. El *dikaion* (*dikaion*) griego y *ius* romano tuvieron un significado distinto a la noción moderna de “derechos del hombre” o de “derecho subjetivo”. Sin embargo, para otros historiadores¹ el concepto ya estaba presente en el Derecho romano y posteriormente durante toda la Edad Media, sólo que dicha idea no se encontraba en el término *ius*, sino que estuvo originariamente asociada con la idea de *dominium*, cosa que permitió que se pudiera concebir la idea de derechos de propiedad (el *dominium* como *ius*). Otra tesis que ha generado bastantes discusiones es la del francés Michell Villey (1975), quien sostuvo que el origen de la noción se encuentra en la obra de William Ockham (1300-1349) *Opus nonaginta dierum* (1332), que es una respuesta a una bula del papa Nicolás III, que pretendía oponerse a la doctrina de la pobreza apostólica de los franciscanos, cuyas consecuencias repercutían en el modo de entender las relaciones de propiedad. En esta obra —sostiene Villey—, Ockham usurpa el término *ius* para designar el poder del individuo, esto es, redefine el término *ius* como un poder que no es concedido por una ley positiva. Durante el siglo XVI para los pensadores españoles de la Escuela de Salamanca, el nuevo concepto se

¹ Cesarini Sforza Widar, “Diritto soggettivo”, en *Enciclopedia del Diritto*. Italia, Giuffrè Editore, 1964, t. XII, pp. 659-694; Richard Tuck, *Natural Rights Theories. Their origin and development*. Cambridge University Press, 1979.

convirtió en una “*moralis facultas*”. Por ejemplo, Vitoria planteaba que “un hijo tiene el *ius* a ser alimentado si el padre se niega, aunque no tenga el *dominium* porque no es el *dominus* de su padre”.²

Sin duda alguna, fuera de todas las discusiones sobre el origen de la noción de derechos, todos reconocen que fue Hugo Grocio (1583-1645), en el capítulo primero de *De iure Belli ac Pacis*, el primero en haber ofrecido con toda claridad tres definiciones de la noción de *ius*, que serían retomadas por todo el pensamiento jurídico y político de su época y por el iusnaturalismo racionalista. Una de estas nociones de *ius* se identifica con la concepción clásica de justicia (*iustitia*), otra con la de ley (*lex*) y la que para Grocio es el sentido estricto del término *ius* se identifica con la *facultas*, que es entendida como la cualidad moral perfecta de la persona en virtud de la cual puede hacer o tener algo lícitamente; este *ius* o esta *facultas* compete sólo a las personas aunque a veces se predique de las cosas (derechos reales); esta *facultas* comprende la *libertas* que es la potestad sobre uno mismo.

Thomas Hobbes (1588-1679) fue un precursor de la idea de los derechos naturales innatos; el derecho a la autopreservación fue considerado el principal derecho natural: “that wich is not against reason, men call right, or jus, or blameless liberty of using our own power and ability. It is therefore a right of nature: that every man may preserve his own life and limbs, with all power he hath”.³

Posteriormente, Hobbes define los *rights* en el *Leviathan* (1651) como la libertad que posee cada ser humano para usar su poder para preservar su vida y para actuar conforme a su propio juicio, a saber:

The right of nature, wich writers commonly call jus naturale, is the liberty each man hath, to use is own power, as he will himself, for the preservation of his own nature; that is to say, of his own life; and consequently, of doing any thing in his own judgement, and reason, he shall conceit to be the aptest means there unto.⁴

Aunque ya Hobbes había formulado la idea básica del contractualismo, será John Locke (1632-1704) quien sostendrá que el hombre posee dere-

² Citado por R. Tuck, *Natural RightsTheories. Their origin and development*, p. 46.

³ *Elements of Law*, 1640, I. 14.6.

⁴ *Leviathan*, 1651, cap. I, XIV.

chos en el estado de naturaleza (a la vida, la libertad y la propiedad), derechos “innatos” y cosustanciales al hombre. La sociedad civil surge para garantizar estos derechos y en el contrato se cede sólo una parte de los derechos naturales, ya que son “inalienables”. Los derechos naturales en el Estado civil, se transforman en derechos contra el poder del Estado y se configuran como un límite a su poder. Si el Estado no respeta estos derechos cabe el derecho de ofrecerle resistencia por incumplir el pacto. Locke subrayó la importancia tanto de la libertad como de la propiedad. La libertad es esencial porque es el fundamento de los acuerdos y la legitimidad del poder surge del consentimiento libre. Locke se convirtió en el apóstol de los derechos y fue su concepción de los derechos la que se convirtió en un componente esencial del iusnaturalismo del siglo XVIII. En la declaración de independencia de Estados Unidos, Jefferson dejó ver con claridad la influencia de Locke: “Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad”.⁵

Por su parte, la declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 es reflejo de las ideas racionalistas y iusnaturalistas, en concreto de la idea de los derechos de Locke y de la teoría del contrato social de Rousseau, sin olvidar la influencia de otros grandes pensadores como Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Diderot, etcétera. En esta declaración se menciona que la meta de la asociación política es la conservación de los derechos del hombre, entre los que se encuentran la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. También se menciona que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”. La libertad es entendida como el poder de hacer todo lo que no daña a los demás.

⁵ *Declaración de Independencia de los Estados Unidos, 1776*, citada en Gregorio Peces Barba et al., *Derecho positivo de los derechos humanos*. Madrid, Debate, 1987.

LA CRISIS DE LOS DERECHOS NATURALES EN EL SIGLO XIX

La idea de los derechos del hombre significó una idea que revolucionó la sociedad, sus instituciones y la manera de pensar los problemas éticos, políticos y jurídicos. Sin embargo, ya desde fines del siglo XVIII algunos pensadores como Hume se habían convertido en críticos del iusnaturalismo racionalista y de la idea de los derechos del hombre. Durante el siglo XIX la idea de los derechos naturales del hombre y su fundamentación va a ser atacada desde distintas posiciones teóricas. En este trabajo me referiré a tres importantes críticos: Savigny, Bentham y Marx.

LA ESCUELA HISTÓRICA DE SAVIGNY

En el ámbito jurídico el siglo XIX comienza con la consolidación del positivismo y el formalismo jurídicos. La escuela francesa de la exégesis ve reflejado en el Código de Napoleón los ideales racionalistas, la razón se corresponde con la Ley; el derecho natural postulado por el racionalismo ha sido reconocido al fin por la voluntad del soberano, de modo que a partir de ese momento la ley positiva y la razón coinciden.

Frente a la escuela de la exégesis surge la Escuela Histórica encabezada por Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), contraria a la codificación y defensora de las costumbres. Se opone fuertemente a las tesis iusnaturalistas que pretenden derivar un supuesto derecho a partir de la razón; el derecho para él es producto de cada pueblo, se forma a través del pasado de un pueblo, no es algo que arbitrariamente pueda cambiarse, a fin de cuentas depende de lo que Savigny llamó el “espíritu del pueblo” (*volksgeist*). La Historia aparece envuelta en una atmósfera de fatalismo en la que el individuo cree poseer libertad, cuando de hecho se encuentra inexorablemente abocado a fines predeterminados. Es inútil rebelarse contra las leyes del devenir histórico. Con estas tesis la Escuela Histórica se oponía a la influencia del Código de Napoleón que algunos juristas trataron de adoptar en Alemania.⁶

Esta escuela abre paso a una revalorización de lo individual y lo concreto; de lo histórico frente al gusto por la sistematización abstracta, eterna,

⁶ Antonio Enrique, Pérez Luño, “Aproximación a la Escuela Histórica del derecho”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 14. Madrid, UNED, 1999, pp. 15-43.

universalista que había predominado al pensamiento jurídico ilustrado. De ahora en adelante ya no se buscará la norma más justa bajo los auspicios de la razón, sino que se dirigirá a la sistematización y explicación de un material empírico: el derecho positivo a través de sus modos en que se ha determinado históricamente.

Savigny criticó el “dogma del universalismo de la naturaleza humana”, que no era sino una fantasía de mentes ociosas. Los derechos naturales del hombre no eran pues sino una fantasía. Savigny, como casi todos sus seguidores, defendieron en el terreno valorativo la primacía de la ética cristiana.

Con mucha razón, Marx reprocha a la Escuela Histórica su actitud determinista, que implica una legitimación absoluta de lo existente: “una escuela que legitima la ignominia de ayer, una Escuela que condena como rebelde el grito del siervo contra el látigo, si éste es un látigo antiguo, hereditario, histórico [...] tal Escuela, la Escuela Histórica del derecho habría inventado la historia alemana, si ella misma no fuera una invención de la historia alemana”.⁷

LA CRÍTICA DE BENTHAM A LOS DERECHOS HUMANOS

Uno de los principales opositores a los derechos humanos fue Jeremy Bentham (1748-1832), su afirmación de que los derechos humanos son “nonsense upon stilts” o contradicciones en sus términos como “round squares” o “incorporeal bodies”, han colaborado a rechazar las tesis iusnaturalistas que pretenden fundamentarlos. Para Bentham los derechos naturales (derechos del hombre) son entidades fabulosas ya que no existe nada que sea un derecho natural. Tampoco existe nada que sea una norma de derecho natural que confiera derechos a las personas. Para Bentham “el derecho real es la criatura de la ley: las leyes reales alumbran derechos reales [...] El derecho, en el otro sentido (derecho natural), es la quimérica criatura de una ley imaginaria, una pretendida ley de la naturaleza [...]”

“Los derechos en sentido propio son criaturas del Derecho positivo, alumbran derechos reales. Los derechos naturales son criaturas del Derecho natural, una metáfora que deriva su origen de otra metáfora”.⁸

⁷ Citado en *ibid.*, p. 41.

⁸ Moreso, José Juan, *La teoría del derecho de Bentham*. Barcelona, PPU, 1992, p. 108.

Para Bentham, los derechos naturales son entidades ficticias. A diferencia de estos, los derechos jurídicos son derivados (son parafraseados) con la ayuda de las disposiciones legales, de las normas jurídicas; en cambio, los derechos naturales son entidades ficticias que sólo pueden ser parafraseadas a partir de entidades fabulosas como las normas del Derecho natural. “Un derecho natural —decía Bentham— es un hijo que nunca tiene padre”. Es por ello que las expresiones que afirman la existencia de derechos naturales son vacías de significado o manifiestamente falsas.

Sólo habría una forma en que una expresión sobre derechos naturales podría tener sentido para Bentham, cuando una expresión como “z tiene un derecho natural a hacer A”, se traduce como “z debe tener un derecho político a hacer A”, o como “Yo opino que z debe tener un derecho político a hacer A”. Pero una opinión sobre que z debe tener un derecho a A, no es un derecho (ni natural ni jurídico). Más elocuente no podría ser Bentham cuando afirma en sus *Anarchichal Fallacies*: “El hambre no es pan”.

Las críticas de Bentham a las declaraciones de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y las declaraciones de Derechos de los Estados Americanos se derivan de esta posición que acabamos de exponer. De modo que tales declaraciones, en la medida en que afirman la existencia de derechos naturales son falsas, no hay derechos naturales, inalienables y sagrados, no han tenido nunca existencia. Si fueran sólo opiniones de que tales derechos deberían existir, eso no significa que sean derechos, una opinión no es un derecho.

Otra línea de ataque a los derechos humanos es la siguiente: podríamos entender los derechos incluidos en las declaraciones de la siguiente forma: “Existe una ley que declara nula toda ley que impida a z hacer A”; “Toda ley privando a un hombre del disfrute de la vida o de la libertad es nula”.

Pero si estas expresiones se entienden sin excepciones, entonces dichas expresiones no tienen sentido, porque el derecho, las leyes, consisten en limitaciones a la libertad, de modo que o las entendemos como expresiones sujetas a excepciones o no tienen sentido. Y si la única manera de entenderlas es sujetándolas a excepciones, entonces son poco útiles en la medida en que no sabemos de antemano cuáles son las excepciones a tales expresiones.

Esta observación de Bentham sobre el carácter abstracto de los derechos del hombre es atinada; hoy diríamos que todo derecho humano es un derecho *prima facie* que entra en juego tanto con otros derechos como con otras consideraciones que pueden generar límites o excepciones a tal derecho.

Sin embargo, pese a este carácter “derrotable” de los derechos eso no significa, como pensaba Bentham, que no sean importantes.

LA CRÍTICA DE MARX A LOS DERECHOS HUMANOS

Karl Marx (1818-1883), siendo estudiante en Berlín, fue discípulo de Savigny, el principal representante de la Escuela Histórica del Derecho. Los partidarios de ésta criticaron la idea de los derechos naturales y los derechos del hombre emanados de la Revolución francesa y la declaración de 1789. En distintos escritos (1842 y 1844), Marx se apartó de la Escuela Histórica y, como vimos, la criticó duramente como “una escuela que legitima la infamia de hoy con la infamia de ayer...” (*Contribución a la crítica de la filosofía del Derecho de Hegel*). En su etapa “prejuvenil”, cuando colabora en la *Gaceta Renana* de Colonia, Marx fue un pensador liberal, defensor de los derechos humanos y las libertades.⁹

Es hasta *La cuestión judía* (1844) cuando Marx se muestra crítico de los derechos humanos. En su análisis crítico de las declaraciones de derechos americanas y la francesa, partía de la distinción entre derechos del hombre y derechos del ciudadano: “Los llamados derechos del hombre, los *droits de l’homme* en cuanto distintos a los *droits du citoyen*, no son sino los derechos del miembro de la sociedad burguesa, es decir, del hombre egoísta, del hombre separado del hombre y de la comunidad”. Mientras que los derechos del ciudadano, los derechos políticos, son: “derechos que sólo pueden ejercerse en comunidad con el resto de los hombres. Su contenido es la *participación* en la comunidad, y concretamente en la comunidad *política*, en el Estado”.

La concesión de tales derechos, observaba Marx, no implica la liberación del hombre, sino al contrario, su reducción: por un lado, en cuanto ser real, al individuo egoísta, al miembro de la sociedad burguesa, y, por otro lado, en cuanto hombre verdadero, al ciudadano abstracto y artificial, al hombre en cuanto persona alegórica, moral. A esto Marx oponía la visión de Feuerbach del hombre como *ser genérico* que sólo se realiza plenamente en el momento de la emancipación humana.

En la Declaración francesa los derechos del ciudadano presuponen los derechos del hombre, el *citoyen* se pone, al servicio del *homme*. “La vida política aparece como simple medio, cuyo fin es la vida de la sociedad

⁹ Manuel Atienza, *Marx y los derechos humanos*. Madrid, Mezquita, 1983.

burguesa”, con ello criticaba el artículo 2 de la Declaración de 1791: “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescindibles del hombre”.

Criticó la idea de la libertad y de la propiedad, la primera por referirse a una libertad de un hombre aislado de los demás hombres, una libertad limitada y no basada en la unión del hombre con el hombre; la segunda, por ser el derecho a disfrutar del patrimonio y a disponer de él sin atender a los demás hombres. Tales derechos, la libertad y la propiedad, constituyen el fundamento de la sociedad burguesa, sociedad que hace que el hombre encuentre en los demás no su realización sino la limitación de su libertad.

La conclusión que extraía de todo su crítica era que ninguno de los derechos humanos trasciende al hombre egoísta, el hombre como miembro de la sociedad burguesa. Y finalizaba diciendo:

Sólo cuando el hombre individual real incorpore a sí al ciudadano abstracto y se convierta como hombre individual en *ser genérico*, en su trabajo individual y en sus relaciones individuales: sólo cuando el hombre ha reconocido y organizado sus *forces propres* como fuerzas sociales y cuando, por tanto, no desglosa ya de sí la fuerza social bajo la forma de fuerza *política*, sólo entonces se lleva a cabo la emancipación humana”.¹⁰

EPÍLOGO

El siglo XIX para los derechos humanos significó, por un lado, su positivización, esto es, el reconocimiento de los derechos en las constituciones. Sin embargo, las duras críticas contra el iusnaturalismo generaron la idea de que tales derechos sólo son verdaderos derechos en la medida en que sean reconocidos por las leyes, es decir, en tanto sean derechos jurídicos. Su fundamento está pues en la voluntad del Estado y sólo tiene sentido hablar de derechos cuando una norma los reconoce y los protege, tal y como los caracterizó Ihering. Esta visión dominaría hasta la primera mitad del siglo XX. Teorías tan influyentes como la de Hans Kelsen llegarían todavía más lejos al afirmar que los derechos existen sólo cuando existe una acción procesal para hacerlos valer ante las autoridades, hablar de derechos en

¹⁰ *La cuestión judía*, citado por Atienza, *op. cit.*

otro sentido sería superfluo e ilusorio.¹¹ Esta visión positivista de los derechos provocó que en el terreno de la política y la moral se abandonara la preocupación por los derechos; hablar sobre derechos se convirtió en un asunto de juristas y ya no más de filósofos. Esto significó un abandono de los intentos por buscar un fundamento no jurídico de los derechos, mientras que la fundamentación iusnaturalista quedó en entredicho luego de las duras críticas que se lanzaron contra esta teoría. Sería hasta después de la Segunda Guerra Mundial cuando resurge el interés por los derechos humanos, que en un principio estuvo apoyado por un pasajero “renacimiento iusnaturalista”, pero que más adelante, a partir de una intensa discusión teórica sobre su fundamentación, se abrirían nuevas posibilidades de fundamentación, que lejos de resultar discusiones estériles, como Bobbio denunció en un influyente ensayo (1991), al menos algunas de estas elaboraciones teóricas han contribuido a reconceptualizarlos frente a la visión reduccionista del positivismo jurídico.

Actualmente, algunas de las líneas de crítica abiertas por Savigny, Bentham y Marx han sido retomadas por autores comunitaristas, republicanos y feministas.¹² Por mi parte, pienso que es posible rebatir las críticas que se han lanzado y se siguen lanzando contra la idea de los derechos humanos, pero no creo que la vía iusnaturalista pueda dar un fundamento adecuado. Actualmente existen otras alternativas teóricas para fundamentarlos como la pragmática-trascendental propuesta por Habermas y sus seguidores, la basada en las necesidades básicas (Agnes Heller); la constructivista seguida por Dworkin, Rawls, Alexy y Nino, entre muchos otros.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, *Marx y los derechos humanos*, Madrid, Mezquita, 1983.
 BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.
 CRUZ PARCERO, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, México, Fontamara, 1999.

¹¹ Para un estudio detallado, véase Juan Antonio Cruz Parceró, *El concepto de derecho subjetivo*, México, Fontamara, 1999.

¹² Juan Antonio Cruz Parceró, “Las críticas al lenguaje de los derechos”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 18, diciembre. México, UAM/UNED, 2001.

- , “Las críticas al lenguaje de los derechos”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, UAM-UNED, núm. 18, diciembre 2001.
- MORESO, José Juan, *La teoría del derecho de Bentham*, Barcelona, PPU, 1992.
- PECES BARBA, Gregorio *et al.*, *Derecho positivo de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1987.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Aproximación a la Escuela Histórica del derecho”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 14. Madrid, UNED, 1999, pp. 15-43.
- SFORZA WIDAR, Cesarini, “Diritto soggettivo”, en *Enciclopedia del Diritto*. Italia, Giuffré Editore, 1964, t. XII, pp. 659-694.
- TUCK, Richard, *Natural Rights Theories. Their origin and development*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979.
- VILLEY, Michel, *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*, París, Les Editions Montchretien, 1975.