

APUNTES PARA EMPEZAR A DESCIFRAR AL DESTINATARIO DE LOS DERECHOS HUMANOS *

por José Ramón Narváez Hernández **

Humanidad del derecho: El derecho...ha nacido con el hombre
y para el hombre, está irrescindiblemente ligado
a la cuestión humana en el espacio y en el tiempo.
(Paolo Grossi, *Prima Lezione di diritto*, 2003)

Premisas.

La simple enunciación de la palabra “derechos humanos” nos hace pensar que existe un problema semántico, Cotta lo define como “la aventura semántica” cuando trata de buscar los orígenes de la concepción filosófica de persona; y es que entre el derecho, su enunciación y la realidad existen contradicciones respecto a la concepción de un “ente” que por excelencia debería ser tutelado por el derecho, el ser humano. No obstante, en materia de derechos fundamentales, tendemos a utilizar el término ‘humano’ y no ‘persona’ como en el derecho privado, quizá influenciados en el binomio “human rights” del inglés.

Algunos teóricos como Norberto Bobbio han hecho notar que el derecho es siempre humano. Como sea, el término ha adquirido una connotación bien precisa, ya no derechos de los humanos o derecho del ser humano, sino una rama del derecho con un conjunto de

* Recibido el 14 de diciembre de 2004. Publicado el 15 de mayo de 2005.

** Profesor de las Universidades Anáhuac del Sur e Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, ambas instituciones en Ciudad de México. Doctor en Teoría e Historia del derecho por la Universidad de Florencia, Italia.

bienes a tutelar. Derecho público tal vez, pero más conocido por sus elaboraciones de derecho administrativo y por su importancia política que seguramente le viene de la necesidad de justificar una materia que era un tiempo sólo “declarativa” en las cartas fundamentales.

No más “derechos del hombre” porque excluye a la mujer, aunque como bien aseguraban nuestros antiguos diccionarios de jurisprudencia como podría ser el viejo y útil Escriche: “En la palabra hombre se entiende incluida también la mujer e igual para el derecho en todo lo que no se excluya”. A veces, distinguir significa marginar. El mismo Cotta nos dice que en tiempos del derecho clásico (incluido el común) el concepto persona no comprendía al esclavo y ahora no comprende al *nasciturus*. Antes del código mexicano de 1928, para efectos positivos la mujer no era ‘persona’ (cuestión que puede extenderse a otros códigos en otras épocas y latitudes, pues el código es un producto con características homogeneizantes y hasta cierto punto misóginas¹). Al día de hoy están excluidos: los menores, la persona por nacer, los interdictos; y sí ahondáramos en el concepto planteado por el código no estarían tampoco: ni los indigentes, ni el indígena.

Los Derechos Humanos deben aspirar ser una materia científica que vaya por delante de las demás ramas del derecho, marcando los excesos en la aplicación de éste pero también proponiéndole una terminología y una manera de enunciarse sea legislativamente, jurisprudencialmente y en la misma doctrina.

Este debía ser el protocolo de una investigación que por ahora no se ha realizado, pero que por el momento se abre paso para manifestar la necesidad de trabajar sobre el tema a fondo, sin caer

en *huequismos* de palabras como dignidad o libertad, sino con una conciencia firme y crítica; ¿cómo responder a la frase de Herbert Klaus "desde que se inventaron los derechos humanos los hombres viven como perros"² derivada de aquél progresismo de derechos que no lograba explicar los totalitarismos europeos de los años 40's en el siglo XX?³ Es tarea difícil la que tienen los derechos humanos como ciencia pues deben demostrar su verdadera aplicabilidad como ha pretendido el llamado neoconstitucionalismo⁴, pero además deben demostrar que van más allá de un simple derecho enunciativo, aparente que sólo 'declara' derechos y justifica gobiernos y gobernantes, ir más allá de la cláusula en los contratos internacionales que exige a los países subdesarrollados 'justificar la aplicación de un Estado de derecho'. La investigación en este punto y las aportaciones doctrinales son muy necesarias en este ámbito en el que la praxis internacional ha rebasado las expectativas de un derecho nacional.

A) La Persona y sus Derechos.

1. Problemática.

La privilegiada posición del tema de los Derechos Humanos en el sector del Derecho Público ha originado una sectorización de la disciplina que permanece anquilosada como una especialidad de Derecho Administrativo siendo que en su nacimiento en mucho se relacionó con el Derecho Privado gracias al Título Preliminar del

¹ Ver nuestro trabajo: *Cuando la mujer no existía. La mujer mexicana y la codificación*, en: *Quaderni Fiorentini per il pensiero giuridico moderno*, no. XXIX, Milano, Giuffrè, 2000.

² Cfr. KLAUSS, Herbert y LANGE, Joachim, *Die Gesellschaft des burgerlichen Rechts*, Ludwigshafen, Kiehl, 1975.

³ Problema afrontada en la década pasada por Celso Lafer, *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991. Nos plantea una disolución de paradigmas en torno a los derechos humanos y su base iusnaturalística.

Código Civil. Desarrollado en el *Code* de Napoleón y trascendido en casi todos los Códigos Civiles modernos y sus actualizaciones, el Título Preliminar es visto por algunos como un gajo de Derecho Constitucional⁵. No obstante, entre el Código Civil y la Constitución media un abismo, la Constitución ha desfasado la antigua relación sobre todo en la concepción de persona.

La protección de la persona se creía encomendada al Código Civil en donde se mencionaban los atributos y la teoría de los derechos, pero el Código permaneció o permanece mudo frente a personas específicas como los menores, la mujer, el indígena. Pareciera que la única persona con la que contaba el Código Civil era el comerciante, por eso es que los proyectos más novedosos de Códigos Civiles como el Peruano o el Argentino proponen una revisión sobre el concepto de persona, es más, de persona humana⁶.

Sobre la noción de derechos individuales o derechos de la persona nació la rama de los derechos humanos que por su desarrollo técnico no ha logrado su elaboración científica aún a pesar de provenir históricamente de importantes corrientes como el iusnaturalismo y el humanismo jurídico. A veces parece que se hablara de derechos "humanos" sin saber exactamente de quién son esos derechos o que implica el término "humano" un ejemplo clásico es la falta de legislación sobre el derecho a la vida o el derecho del concebido debido a que ambos se consideran, de algún modo, implícitos en el Código Civil.

⁴ Cfr. CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

⁵ Teoría sostenida sobre todo por CLAVERO, Bartolomé, *Ama Llunku, Abya Yala: Constituyencia indígena y Código Ladino por América*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000., o en Italia por GIULIANI, Alessandro, *Le preleggi*, UTET, Turín, 1999. TOMAS y VALIENTE, Francisco, *Códigos y Constituciones*, en: *Obras Completas*, tomo III, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997 y BARCELLONA, Pietro *Diritto Privato e Società Moderna*, Jovene, Nápoles, 1996.

⁶ Proyecto de Código Civil para Argentina 2002.

Una fundamentación correcta de los derechos humanos, necesariamente deberá estar integrada por una base científica acerca del desarrollo histórico del "derecho de las personas".

Este estudio es solamente aproximativo y quisiera servir como mecha para la explosión de nuevos estudios y la investigación de nuevos derechos o deberes de la persona que ahora no son tan claros como los derivados de la bioética, el aborto, la eutanasia, la pena de muerte, la donación y transplante de órganos; u otros no derivados de la vida como el honor, la intimidad, la imagen, derechos intelectuales y el daño subjetivo.

2. Hipótesis de una investigación posible.

Dice Luigi Lombardi Vallauri que ciencia jurídica es "la enunciación del mejor derecho posible"⁷ en este sentido debe buscar el científico la solución que en conciencia le parece la más justa y adecuada pero además este modo de concebir la ciencia jurídica amplía las *posibilidades* es decir, una pluralidad de soluciones, de teorías, ya no más el dogmatismo cerrado de la ciencia moderna. Así, nosotros hemos intentado dar 'nuestra mejor posible solución al caso' de la conflictividad terminológica acerca de los Derechos Humanos y la persona.

Comenzamos identificando un vacío entre la creación de figuras jurídicas que den solución a algunos problemas de los Derechos Humanos y las instituciones que los tutelan, es decir, que se está llegando a los efectos pero no a las causas, falta el trabajo de los

⁷ LOMBARDI VALLURI, L. , *Corso di filosofia del diritto*, Padova, CEDAM, 1981, p. 179.

juristas en este sector que parece más bien asignado a las políticas gubernamentales.

La investigación que se requiere en el campo de los Derechos Humanos debe ser una investigación innovadora porque la idea de 'derechos' implica un nuevo concepto sobre el cuál apenas se está discutiendo seriamente, sin demagogia, bastaría pensar en el sin fin de frases hechas y lugares comunes que presentan a los 'derechos' como un conjunto indefinido de prerrogativas a hacer valer en caso de no obtener un beneficio particular, que podría ser enunciado como la paradoja 'de las dos personas y la silla' cada una de estas personas pensará que tiene más 'derechos' en relación de la otra para ocupar la silla.

Indudablemente vivimos una sociedad que ha llegado a concebir derechos como un patrimonio instrumentalizable en caso de emergencia lo que ha llevado a desencarnar, despersonalizar y desarraigar el Derecho (con mayúscula) de su naturaleza dialéctica, porque del otro lado hay siempre una obligación, esta cultura ha llevado a una especie de *voracidad jurídica* en donde sólo se demandan 'derechos' y no se piensa en el compromiso o la responsabilidad (puntuación que están haciendo arduamente los teóricos sociales) esta especie de *mercadeo* de derechos en la sociedad de consumo llevan a pensar a la gente que una vez obtenidos ciertos derechos tendrá la posibilidad de utilizarlos como mejor le parezca y posteriormente podrá acceder a nuevos niveles de derechos conocidos como 'generaciones'.

Por tanto es urgente una revisión teórica del término 'derechos humanos' para poder proponer un contrafuerte también teórico que haga disminuir la *voracidad jurídica* y permita la cabal comprensión de la naturaleza de los 'derechos'. Así mismo se podrá intuir que

proponemos la creación de una 'cultura de la responsabilidad' que relacione Derecho con derechos como manifestación inmediata de la espontánea necesidad de organizarnos.

3. Silogismo científico para plantear el problema.

Algunos han apuntado que la falta de valores específicos en el ordenamiento jurídico, (tal es el caso de Sartori) - y entre estos valores nosotros inscribiríamos a la persona - ha originado que la ley, que hasta ahora ha sido la única manifestación válida del derecho, deja de algún modo de tener contenido social. Así, el individuo común y corriente (o empírico como gustaría a algunos) pierde toda conexión con el derecho positivo, de hecho da al sistema jurídico una connotación negativa y siente aversión hacia él, en tanto que lo identifica sólo con el derecho coactivo del Estado que lo obliga a cumplir una serie de cuestiones formales, burocráticas o más aún que lo sanciona y persigue. Siendo que el derecho no es sólo esa parte, aún más, es una ciencia abocada a hacerle la vida en sociedad más sencilla y ayudarle a alcanzar su bien particular.

Esta etapa de disociación material del derecho es vista por algunos como un anuncio del posmodernismo jurídico⁸, en donde del concepto "persona" se partirá para elaborar las nuevas caras del derecho, ya se habla de un "derecho de las generaciones futuras" en el sentido de la salvaguarda de algunos bienes jurídicos para nuestros descendientes, en este caso ni siquiera sujeto de derecho indivisible

⁸ Parece ser que J.F. Lyotard introduce a una discusión un poco más seria: "La condition postmoderne" París, 1979; En el campo del derecho: ROMANO, Bruno, *Soggettività diritto e postmodernismo. Un'interpretazione con Heidegger e Lacan*, Roma, Bulzoni, 1988; AMATO, Salvatore, *Il soggetto e il soggetto di diritto*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1990 y GALASSO, Guisepe, *Il diritto privato nella prospettiva post-moderna* en: *Temas de la Cultura jurídica contemporanea. Prospettive sul diritto privato, il tramonto del Codice Civile, il giurista nella società industriale* Padova, Cedam, 1981.

tenemos y ya ni hablar del problema metodológico que han planteado las generaciones de derechos. Por eso no es difícil hablar de "derechos de la persona sin persona". Y en este desorden académico cada vez es más común ver estudios de derecho sin sujeto, tal es el caso del novedosísimo (pero errado) derecho de los animales⁹.

Por esto es urgente encontrar bases sólidas porque si no un día esta estructura metodológica se derrumbará estruendosamente. Es una operación hasta cierto punto sencilla: Para saber los derechos de "A" necesitamos saber quién es "A"; la cuestión se vuelve complicada cuando vemos que el derecho de "A" que sería "X", en "B" no es "X" sino "X1" es decir que es necesario partir ha elaborar el derecho desde "X" pero teniendo en cuenta a "A, B, C..." y todas las demás posibilidades; pero al aplicarlo debemos comenzar de "A o B" para saber si será "X" o "X1". Estamos proponiendo una especie de "desenkelsenización", es decir, no más un sujeto "A" en el que se entiendan las demás letras del abecedario sino realmente atender como juristas cada letra.

Pongamos un ejemplo: Por lo que hemos dicho el Código Civil habla de un sujeto "A" un: hombre, muy probablemente de raza blanca, letrado, con cierta posición económica y social, mayor de edad; para nada identificado con por decir un indígena que sería "I" si yo hiciera una ley "Z" seguramente tendría que pensar en algo parecido a "A" por lo que excluiría a "I". Si hago una ley para "I" corro el riesgo de marginarlo por lo que es mejor ver las necesidades de "I" y pensar un marco parecido a "Z" pero partiendo de "I" y así con cada uno. De hecho me encontraré con que "Z" existe ya de algún modo en la vida de cada grupo y sólo basta ordenar. En el comercio esto es muy sencillo a través de las prácticas y usos

⁹ Nótese que el error sólo es una preposición el "de" por un "para" pero las consecuencias jurídicas son muy serias.

mercantiles, ahora instituciones como el UNIDROIT hacen marcos generales a partir de esos usos y cada país, cada comerciante ve como aplicarlos. Quizá este sea el camino para el reconocimiento de las costumbres de nuestros pueblos indígenas y en el caso europeo de la integración de realidades jurídicas en arribo.

B) Paradojas históricas de los derechos humanos.

Encontramos enunciado este tema en Michelle Carducci¹⁰ y nos pareció muy oportuno y puntilloso el modo en que lo concibió este constitucionalista italiano.

A través de la historia de los Derechos Humanos encontramos ciertas paradojas que nos hacen cuestionarnos acerca de la naturaleza de aquellos, pero además nos permiten una reflexión crítica del asunto, que ya desde Jellinek estaba presente en la famosa disertación sobre el origen de los Derechos Humanos. Ciertamente es un fenómeno moderno, antes de la Revolución francesa¹¹ no se entiende que pueda significar un conjunto de prerrogativas a presentar como escudo ante el exceso de autoridad del gobernante, de hecho nace de la mano la idea de Estado de Derecho.

Los Derechos Humanos así, presentan una forma histórica muy específica, la idea de un catálogo, de un catecismo de derechos, de un enlistado con carácter de fundamentales, primordiales, de la esencia misma del hombre, en una palabra: humanos.

¹⁰ CARDUCCI, Michele, *Tecniche costituzionali di argomentazione, normazione, comparazione*, Lecce, Pensa Multimedia, 2003, p. 38.

¹¹ Así como el Estado moderno encuentra su *contraste* en el Estado jurisdiccional que ha intuido la necesidad de compactarse y tiene ya indicios pero le falta la soberanía, también los Derechos Humanos encuentran su *contraste* en la *Magna Charta Libertatum* que podríamos enunciar como Cartas de Derechos pero le falta aun una cosa la idea que sean universales lo que supone hombres formalmente libres e iguales.

La primera paradoja la denominaremos paradoja del Siervo, y se deduce de la primera etapa histórica en donde existían derechos pero sólo entre iguales (como en la Carta de Juan sin Tierra). Por lo que la paradoja se presentaría más o menos así: derechos sí y sólo sí a quienes se encuentren en la jerarquía específica solicitada por el ordenamiento.

La segunda paradoja es la del Patrón: según Locke, quien admitía en su *Segundo Tratado sobre el gobierno* en el capítulo V que “el trabajo es propiedad inconfundible del trabajador” podríamos argumentar que de todos modos el siervo que trabaja la tierra de otro pertenece al propietario de ésta. Por lo que en un sentido *propietarista* está primero el bien común sustentado en una propiedad fuerte y circulante que un ser humano singular, que en este caso debe sujetarse a un derecho estructural que lo cosifica.

La paradoja de la Tolerancia, también deducida de Locke según la opinión de que el Estado debe proteger la libertad religiosa pero “se debe considerar al extremo de una de las más peligrosas especies animales” al ateo¹². En México pasaba un poco así en nuestras constituciones decimonónicas ‘todos son libres de profesar la religión que quieran’ pero mejor si no son judíos o herejes, etc.

La paradoja de los ‘derechos coloreados’ La *Declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 declara que todos los hombres son iguales pero no se abolió la esclavitud hasta 1794, de todos modos fue reestablecida por Napoleón en 1802 a petición de muchos y definitivamente se abolió hasta la segunda mitad del siglo XIX.. Rousseau opinaba que todos los hombres eran iguales pero que necesariamente habría un grado de diversidad dependiendo el clima al que estaba sujeta la ‘raza’. El negro, el indígena, el oriental y el

mestizo fueron durante el siglo XIX considerados por las teorías evolucionistas, inferiores al occidental europeo lo que se tradujo en una serie de 'derechos a la medida del color', cuestión evidente en la criminalística y en los derechos políticos.

En México la paradoja de los 'derechos coloreados' la presenta el indígena que por muchos años ha vivido al margen del sistema legal mexicano y aún si argumentáramos que ésta ha sido una automarginación fruto de la desobediencia' al sistema jurídico mexicano, nos daremos cuenta que subyace un prejuicio racista en la mayoría de juristas del siglo XIX y XX que ven en el indígena todavía un incapaz¹³.

La paradoja de los 'derechos subjetivos', el padre jesuita Luis Molina en su tratado de derecho natural *De Iustitia et Iure* de 1593 proponía la superación de la interpretación dominicana del derecho natural como don inalienable de Dios, para recuperar el concepto de "derecho subjetivo" como facultad, como acto de voluntad; así, se podría justificar la esclavitud de los indígenas, como esclavitud involuntaria.

Parece lejana esta paradoja pero no es así, sólo hace un par de años en el seno del Parlamento del Estado de Tlaxcala el Partido de la Revolución Democrática hizo una propuesta de ley que fue discutida en sesión en el sentido que se debía poner un artículo en la Constitución del Estado que declarara que: queda prohibida en Tlaxcala la esclavitud involuntaria salvo que exista sentencia que

¹² J. LOCKE, *Ensayo sobre la Tolerancia*, t. I.

¹³ Ver lo que hemos escrito al respecto: *Inexistencia indígena, malinchismo crónico. El indígena mexicano y la codificación*, en: *ARS IURIS, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, no. 30, México, 2003, pp. 141-161.

declare lo contrario¹⁴. Lo curioso no es que se presentara la propuesta sino que se discutiera seriamente.

La paradoja de la masculinidad de los derechos humanos: Eleanor Roosevelt declaraba en 1904 que se debiera dejara de hablar de los derechos humanos en general porque estos sólo aplicaban a un sector del género humano. No olvidemos que la mujer hasta hace muy poco comenzó a tener acceso pleno a los derechos humanos y no es aún difundida esta situación en todos los países, discusión álgida ésta que pone en evidencia una lucha ya de algunos siglos entre libertad individual y función social, en dónde es necesario y urgente llegar a un justo medio que bien podría ser enunciado como libertad funcional, es decir, no la libertad irresponsable decimonónica sino aquella que prevé las capacidades de cada persona y las encuadra para su mejor aprovechamiento en la sociedad cuestión que a su vez se refleja en el desarrollo pleno de la persona no como 'cualquiera' sino como ella misma.

La paradoja del sufragio restringido por decisiones universales, es del conocimiento común que el acceso a la vida democrática durante mucho tiempo fue restringidísima al grueso de la sociedad en Francia hasta finales del siglo XIX sólo votaba el 6 % de la población, lo mismo pasó en España e Italia; los medios de control democrático eran la falta de domicilio, el no ser propietario, la incriminación, la calidad de extranjero, el analfabetismo, y un sin fin de pretextos para que las decisiones realmente estuvieran tomadas por una minoría que nos hacía creer que era mayoría a través del principio-mito de la representación.

La paradoja de la autodeterminación o la infancia política.

¹⁴ Esta anécdota se la hemos escuchado en diversas ocasiones al doctor Salvador Cárdenas que la expone para explicar la incongruencia en la que se puede caer en

Según la declaración de los Derechos de 1948, los pueblos son libres de buscar su autodeterminación pero en la práctica se les sujeta a una serie de mecanismos por considerarlos inmaduros.

En México la enunciación de tal paradoja corrió por parte del fray Servando Teresa de Mier que en una de las sesiones del Constituyente de 1823 opinó que México debía vivir un 'federalismo compacto' en la medida en que maduraran las localidades se iría dotándolas de derechos y otorgándoles libertades. Actualmente en la reforma de los años 90's la Constitución mexicana declara que el Estado mexicano es multicultural y que cada pueblo indígena (comunidad) podrá buscar su propia autodeterminación, a nivel positivo esto es imposible hoy por hoy, el derecho indígena es no-derecho.

La paradoja de la libertad sin fundamento. Alguna vez le oímos decir a Agnes Heller que el hombre moderno es lanzado a la vida desnudo sin otra cosa que su libertad pero nadie le dice como utilizarla, la nación mexicana ve la luz basada en una frase de Iturbide: "Mexicanos: Ya sabéis el modo de ser libres; a vosotros toca señalar el de ser felices."¹⁵ En teoría todos somos potencialmente felices porque somos libres según el silogismo y el que no lo realicemos es sólo culpa nuestra.

Las paradojas demuestran el peligro que significaría el confiar la actualización de la justicia sólo a la enunciación de un deber ser, sin buscar la efectiva vivencia de la misma, cuestión que se ha desarrollado a partir de la premisa hegeliana de que la ley es razonable por ser ley, tal idealismo jurídico ha originado aquello que llamaríamos *derecho aparente*, es decir, la conformación de sistemas

la elaboración de leyes desligadas de la realidad.

jurídicos solamente declarativos que agotan el proceso de constitución del orden jurídico en la 'declaración de derechos' sin tener el más mínimo interés por el derecho que se origina naturalmente en la sociedad y que encausado podría llevar a un derecho menos artificial, tan evidente es tal situación en algunos países como México, que se aspira no a un orden más justo sino a la legalidad por la legalidad, a veces con la incongruencia implícita que implica el que el mismo sistema prevea un mecanismo para determinar la existencia de leyes injustas.

C) Las posibles posibilidades de unas conclusiones

Conclusiones no las hay todavía, sólo prevenciones e invitaciones al diálogo y la reflexión. Por un lado tenemos una gama de teorías y aportaciones que no debemos descartar, pero por otro la ciencia jurídica cuenta con instrumentos bien precisos y con un lenguaje común que permiten el desarrollo de 'posibles mejores derechos' también aquí la prudencia y el trabajo constante harán que los Derechos Humanos tengan una configuración teórica estable que permita su estudio, discusión y desarrollo, en este punto es importantísima la historia del derecho como conciencia crítica que permite observar el árbol y el bosque.

El peligro más serio lo representa la *apariencia constitucional* es decir el vivir bajo declaraciones de derecho, bajo constitución pero no bajo un régimen constitucional de operatividad de derechos, se escriben pero no se cumplen.

Derechos en plural necesitaremos siempre pero ojalá que antes de humanizarlos podamos contar con el sustrato más perfecto que la

¹⁵ DEL ARENAL FENOCHIO, J., *Un modo de ser libres, independencia y constitución en México: 1816-1822*, Zamora (Michoacán), 2002 pp. 35 y 119.

ciencia jurídica ha elaborado apoyada en la filosofía, la persona que es el ser humano capaz de representar una función en la sociedad, mejor derechos que libertades, porque estas son entendidas como espacio de irresponsabilidad individual mientras no exista otro espacio igual delante de mí.

En este avance la mejor posible conclusión sería la de crear una cultura de derechos junto a una cultura de responsabilidad hacia el *Otro*.