

SOBRE LA NATURALEZA DE LA TEORIA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO

Profesor titular de Derecho Romano
Facultad de Derecho - Universidad de Chile

1. Es común afirmar que los bienes éticos subyacentes en los más importantes de los derechos del hombre han resultado ser una conquista de la época moderna, bien en su formulación teórica por los juristas, políticos y filósofos de la escuela del derecho natural racionalista, bien en su formulación a través de declaraciones positivas de tales derechos; todo ello, empero, con antecedentes importantes en la edad media y con fundamento último en textos del Antiguo y del Nuevo Testamento. En todo caso, lo más relevante es, se dice, el reconocimiento paulatino de estos bienes que han venido siendo como descubiertos poco a poco, en una suerte de progreso de la conciencia ética de la humanidad¹.

A mí esta visión me parece simplificadora y distorsionadora de la realidad histórica. Es cierto que la formulación de ciertos bienes éticos como derechos subjetivos, en primer lugar, y como derechos subjetivos inherentes al ser humano en cuanto tal, es moderna². Eso, sin embargo, porque la idea misma de derecho subjetivo es moderna³ y, en consecuencia, moderna la idea de que pueda haber tales

¹Una primera versión de este trabajo, con el título de *Aspectos históricos de la teoría de los derechos del hombre* fue presentada al V Congreso de Derecho Natural celebrado en la Pontificia Universidad Católica de Chile en enero de 1987. La ofrezco ahora revisada, ampliada y con notas.

²Por todos: Hübner, Jorge Iván, *Panorama de los derechos humanos* (Santiago, 1973), 31 ss.

³Villev, Michel, *Le droit et les droits de l'homme* (París, 1983), 131 ss.

⁴Villev, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo* (Valparaíso 1976); también, *Tora-Dikdion* I-II, en *Critique de la pensée juridique moderne* (París, 1976), 19 ss. v 35 ss., Guzmán, Alejandro *Para la historia del derecho subjetivo*, en *Revista Chilena de Derecho* 2 (1975) 1-2, 55 ss.

derechos en la naturaleza humana. Este tema es de alto interés, pero no debe ser tratado aquí porque corresponde al más general del origen de la noción de derecho subjetivo como idea técnica, y del individualismo y subjetivismo jurídicos como sustratos de esa noción.

Mi tesis es que el derecho, desde siempre, ha reconocido y protegido, por vías distintas, los bienes éticos que subyacen en los más importantes de los que hoy llamamos derechos humanos; y de que, en alguna medida, la formulación moderna de éstos constituye una recepción por el derecho de concepciones ideológicas que no pierden su carácter de tal, pese al armazón jurídico con que se las ha revestido.

2. Comienzo por el primer aspecto de esta tesis y para ello me valdré de algunos ejemplos de relieve que la ilustran.

a) El derecho a la vida, sin duda, se presenta como el más fundamental de los derechos humanos⁴. Pero es claro que hasta hace algunos siglos ningún derecho ni ningún jurista hablaban de un derecho a la vida inherente a todo hombre, por la razón antes indicada de que la noción de derecho subjetivo era desconocida. Sin embargo no puedo recordar ningún ejemplo de derecho antiguo o posterior en el cual la vida humana no haya estado protegida, esto es, en que no se haya sancionado el homicidio. Los ejemplos más bien son contrarios, pues en esta materia la historia jurídica nos muestra en las épocas más arcaicas una tendencia a morigerar la pena del homicidio y de las lesiones corporales: la llamada "ley del talión", por ejemplo, es un claro progreso en tal sentido, ya que representa la introducción de una cierta proporcionalidad entre delito y sanción, frente a una actitud de reacción desmesurada o exagerada de la víctima o de los parientes de la víctima, por la lesión o muerte de ésta. Ni siquiera el mundo antiguo, que conoció la esclavitud en forma más extendida y amplia que la edad media y las épocas moderna y contemporánea, aceptaba el homicidio de esclavos.

En efecto, que se hubiera reconocido el poder del amo de dar muerte a un siervo no significaba una autorización para proceder arbitrariamente, pues se trataba del reconocimiento al amo de

⁴*Declaración universal de los derechos del hombre*, art. 3; *Declaración americana sobre derechos humanos*, art. 4 N° 1; *Convención de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales*, art. 2.

una potestad de orden político⁵; ésta, por lo demás, se extendía a todo el grupo familiar (derecho de vida y muerte: *ius vitae ac necisque*), y no sólo a los esclavos. Dicha potestad contenía una facultad punitiva respecto de las faltas cometidas por los miembros del grupo, que podía llegar hasta la imposición de la muerte, tal cual sucede hoy en el orden de los estados respecto de los habitantes de su territorio. Ahora bien, el ejercicio de ese poder punitivo de naturaleza política, igual que ahora, estaba entonces sometido a regulaciones de carácter consuetudinario (o sea jurídico) social, moral y hasta religioso, que limitaban la arbitrariedad⁶. De este modo, no es correcto afirmar que un amo podía matar a su esclavo: lo propio es decir que un amo estaba autorizado para imponer la pena capital a sus esclavos, en el marco del carácter político de la potestad sobre los siervos. Es verdad que la esclavitud dentro del mundo antiguo, en los últimos dos siglos antes de Cristo, llegó a límites de inhumanidad apenas sobrepasados por los extremos que tocó la esclavitud negra en el siglo XIX. Fue aquel un fenómeno de degeneración del sentido que tenía la esclavitud en sus orígenes, en parte motivado por el exceso de siervos como consecuencia de la conquista romana, que puso término al contacto cotidiano y familiar entre amo y esclavo.

⁵El carácter político de la potestad sobre los siervos es subrayado por Aristóteles, *Polít.* I, 1 y 2.

⁶No se discute para el más antiguo derecho romano la existencia de un llamado juicio doméstico (*iudicium domesticum*) del padre de familia asesorado por sus parientes y amigos más cercanos, respecto de las faltas cometidas por los descendientes sometidos a la patria potestad y la mujer bajo potestad marital. Más discutida es la extensión de tal juicio a los esclavos. En favor de la tesis afirmativa tenemos a Plutarco, *Cato maior* 21: "Cuando algunos (esclavos) ejecutaban una acción que se tuviese por merecedora de muerte, si por tal la juzgaban todos los demás esclavos, (Catón) determinaba que aquél muriese". Evidentemente no es que la costumbre prescribiese la formación de esta especie de tribunal de esclavos; la jurisdicción capital pertenecía al amo y la especialidad introducida por Catón consistió en esa suerte de delegación en los demás esclavos. Por lo demás, el amo estaba sometido a la vigilancia del censor, custodio de la moral y las buenas costumbres; según nos informa Dión, *Ant. rom.* 20. 13.3: "No creyendo ellos (los censores) que conviniera que el amo fuese cruel en infligir castigos a sus siervos..." Sobre todo esto Polay, Elemér, *Das regimen morum des Zensors und die sogenannte Hausgerichtsbarkeit*, en *Studi in onore di Edoardo Volterra* (Milano: 1969) III, 263, ss. En la época imperial el esclavo podía quejarse ante el *praefectus urbi*, como nos lo explica Digesto I, 12, 1, 8.

vo y despersonalizó la relación de servidumbre. La reacción no se hizo esperar y ya desde la época de los primeros emperadores comenzó un movimiento de protección legislativa en favor de aquellos infelices⁷, de manera que a mediados del siglo II d.C. el jurista Gayo podía escribir casi con un cierto orgullo las siguientes solemnes palabras: "*En este tiempo, empero, no es lícito a los ciudadanos romanos ni a ninguno de los demás hombres que se encucntran bajo el imperio del pueblo romano ensañarse inmoderadamente y sin causa contra sus siervos...*"⁸.

En realidad, ninguna sociedad, ningún derecho pueden crearse y mantenerse sin el supuesto de la vida humana. El reconocimiento de ésta como bien fundamental y su protección no ha sido conquista de nadie: es, yo diría, la base de la sociedad humana de todos los tiempos, que es sociedad de vivos y no de muertos.

b) Lo que vale para la vida vale para otros de los modernos derechos humanos. Pero podría intentarse ofrecer ejemplos clamorosos en sentido contrario y nuevamente se nos presenta la esclavitud, que tan atentatoria parece frente a uno de los derechos del hombre más importantes: la libertad.

La esclavitud antigua es un tema que exige el más delicado tratamiento histórico, por el riesgo de mal entenderla. Desde luego se presenta como un hecho social en un mundo que desconoce la máquina⁹, que posee una economía primaria y que practica la gue-

⁷Así: una *lex Petronia* (de la época de Augusto o Tiberio) prohibió exponer al propio siervo a las fieras, y en caso de ser ello necesario como castigo, sólo con previo conocimiento de causa del magistrado; el emperador Claudio dispuso que el esclavo enfermo abandonado por su amo adquiriera la libertad; un senadoconsulto del año 83 d.C., confirmado después por Adriano, prohibió la castración de siervos; los juristas en el siglo II d.C. interpretaron la *ley Cornelia de sicariis*, que castigaba el homicidio, en el sentido de que también se refería al de esclavos ajenos, porque su texto no hacía distinción entre libres y esclavos; Antonino Pío castigó como homicidio la muerte injustificada del siervo propio y dispuso que debía venderse el esclavo tratado por su amo con intolerable sevicia; el mismo emperador prohibió la prostitución de las esclavas. Para todo vid; Robleda, Olis, *Il diritto degli schiavi nell'antica Roma* (Roma, 1976), 83 ss.

⁸Gaius I, 53.

⁹Cfr. Arist., *Polít.* I, 2: "... si todo instrumento pudiera realizar su propio trabajo, cuando se le ordenara o porque viera por adelantado qué es lo que habla que hacer, ... si las lanzaderas tejieran y las púas tocaran

rra como modo normal de dirimir los conflictos entre pueblos. La captura bélica era la fuente principal de la esclavitud y resultaba inevitable que la ausencia de máquinas y la incipiencia económica tuvieran por consecuencia el uso de los prisioneros de guerra como mano de obra gratuita a cambio del perdón de sus vidas. Este es el hecho social escuetamente descrito.

Ahora bien, los antiguos sabían que la esclavitud era una institución contraria a la naturaleza. En el siglo IV a. C. el sofista Alcidas había proclamado que "la divinidad ha hecho libres a todos: a ninguno ha hecho esclavo"²⁰. Aristóteles recuerda que había quienes pensaban ser contra natura que un hombre fuera señor de otro y que la relación amo-esclavo era el producto de una convencción²¹. En el siglo I a.C. Cicerón proclamó la igualdad de todos los hombres en términos vigorosos: "Nada hay tan semejante, tan igual a otra cosa como todos los hombres entre nosotros mismos"²², aunque no extrajo de tal principio la consecuencia de la antinaturalidad de la esclavitud; ello, sin embargo, no le impedía recomendar que se guardara la justicia incluso con los siervos²³.

En términos menos concisos y más discursivos, pero también más insinuantes aceptó Séneca en el siglo I d.C. el mismo principio del cual, en iguales términos, obtuvo como conclusión el carácter puramente humano, externo y jurídico de la esclavitud y su carencia de base natural, lo mismo que el tratamiento benigno que debía darse a los siervos²⁴. Hay que observar, además, que en Séneca se encuentra una expresa condenación de la servidumbre como institución odiosa y pesada²⁵.

También los juristas romanos llegaron a concebir los mismos principios en los siglos II y III d.C.: Florentino afirmaba que la servidumbre era una institución del derecho de gentes, esto es, no de

el arpa por sí mismas, los artesanos no necesitarían ayudantes ni los amos necesitarían esclavos": hay aquí una suerte de preconcepción de las máquinas movidas por fuerza no-humana.

²⁰En un escolio a Aristóteles, *Retór.* I, 13.

²¹Aristóteles, *Polít.* I, 2.

²²Cicerón, *De legibus* I, 10, 28.

²³Cicerón, *De officiis* I, 13, 41.

²⁴Séneca. *De beneficiis* III, 18; 19; 20; 28; *Epistolae* V, 6; *De clementia* I, 18.

²⁵Séneca, *De benef.* III, 19.

derecho natural, según la cual "alguien es sometido al dominio contra la naturaleza"¹⁶; Trifonino contraponía la libertad, que es de derecho natural, a la dominación servil, que fue introducida por el derecho de gentes¹⁷; y en el mismo sentido Ulpiano verificaba que, según el derecho natural, todos nacen libres y que en algún momento la esclavitud fue desconocida hasta que el derecho de gentes la introdujo¹⁸. En Ulpiano aparece tajantemente sentado, además, el principio de que todos los hombres son iguales desde el punto de vista del derecho natural¹⁹.

De todos modos, el mundo antiguo no llegó a concebir la abolición de la esclavitud, la cual empero, se dulcificó progresivamente a impulsos del pensamiento humanitario generalizado, que hemos visto manifestarse en intelectuales como Cicerón y Séneca y en juristas como los antes recordados.

c) Este pensamiento recibió un refuerzo proveniente de la consideración con que el cristianismo miró a la esclavitud.

Para Jesús fue aquélla del todo indiferente: en el Evangelio, en efecto, no se encuentra ninguna alusión condenatoria ni aprobatoria de la institución, como tampoco algún miramiento especial respecto de los esclavos, en consecuencia del carácter espiritual y puramente religioso de Su predicación, del todo ajena al enjuiciamiento de la institucionalidad humana y tan sólo preocupada del interior del hombre, sus intenciones y motivaciones. Desde tal perspectiva todos los hombres indistintamente eran hijos de Dios y todos estaban por igual llamados a la salvación, independientemente de la condición humana de cada cual. Esta postura explica la indiferencia evangélica ante la esclavitud.

Un desarrollo de aquélla interesó particularmente a San Pablo: "*Todos, pues, sois hijos de Dios por la fe en Cristo Jesús... No hay ya... siervo o libre...*"²⁰; del mismo modo: "*Porque también todos nosotros hemos sido bautizados en un solo espíritu, para constituir un solo cuerpo, y todos... ya siervos, ya libres, hemos bebido del mismo espíritu*"²¹; igualmente: "...*Creador, en quien no*

¹⁶Digesto I, 5, 4.

¹⁷Dig. XII, 6, 65.

¹⁸Dig. I, 1, 4.

¹⁹Dig. I, 17, 32.

²⁰Gal. III, 26; 28.

²¹I Cor. XII, 13.

hay... siervo o libre, porque Cristo lo es todo en todos"²⁸. Evidentemente estas palabras no significan ni remotamente una declamación contra la esclavitud, sino la afirmación neta de la igualdad espiritual de los hombres, fueran libres o siervos. Desde esta última condición, un ser humano podía aspirar a la perfección: *Cada uno permanezca en el estado en que fue llamado. ¿Fuieste llamado en la servidumbre? Pues el que siervo fue llamado por el Señor, es liberto del Señor, e igualmente el que, libre, fue llamado, es siervo de Cristo. Habéis sido comprados a precio; no os hagáis siervos de los hombres. Hermanos: perseverare cada uno ante Dios en la condición en que por Él fue llamado*²⁹. Contrapartida de esta aceptación de la servidumbre era el deber de benignidad por parte de los amos: *"Y vosotros amos, haced lo mismo con ellos (los esclavos), dejándoos de amenazas, considerando que en los cielos está su Señor (de los esclavos) y el vuestro y que no hay en Él acepción de personas"*³⁰; también: *"Amos, proveed a vuestros siervos de lo que es justo y equitativo, mirando a que también vosotros tenéis Amo en los cielos"*³¹.

Esta nueva consideración de las relaciones entre amo y esclavo estaba llamada a producir finalmente la dulcificación de tales relaciones, en virtud de la superposición al vínculo jurídico del vínculo de caridad y hermandad espiritual como el mismo San Pablo tuvo ocasión de explicar en el caso del esclavo cristiano Onésimo, fugado de su amo Filemón, también cristiano, y devuelto por el Apóstol a este último con la recomendación de recibirlo como hermano y con la insinuación velada de manumitirlo³². De ese modo San Pablo demostraba su respeto por el derecho del amo, pero al mismo tiempo confiaba en que la actitud interior de aquél habría de evitar las posibles duras consecuencias de la falta cometida por el siervo al fugarse.

Los Padres de la Iglesia, manteniendo la doctrina evangélica-co-apostólica de la igualdad del género humano y de la indistinción natural entre libres y esclavos, pero aceptando también la realidad de la institución servil, profundizaron en sus causas, que encontra-

²⁸Col. iii, 11.

²⁹1 Cor. vii, 20-24. Vid. también: Ef. vi, 59; Col. iii, 22; 1 Tim. vi, 1-2; Tit. ii, 9-10. Semejante postura puede observarse en San Pedro: 1a., ii, 18.

³⁰Ef. vi, 9.

³¹Col. iv, 1.

³²Fil. 1-25.

ban en el pecado. Como ejemplo destacado citemos aquí a San Agustín (Siglo IV/V): "Y quiso Dios que el hombre racional, hecho a su imagen, dominara únicamente a los irracionales, no el hombre al hombre sino el hombre a la bestia... Por eso en las Escrituras no vemos empleada la palabra 'siervo' antes de que el justo Noé castigara con ese nombre el pecado de su hijo. Este nombre lo ha merecido, pues, la culpa, no la naturaleza. La palabra 'siervo', en la etimología latina, designa los prisioneros, a quienes los vencedores conservaban la vida, aunque podían matarlos por derecho de guerra. Y se hacían siervos, palabra derivada de 'servir'. Esto también merecimiento del pecado. Pues aunque se libre una guerra justa, la parte contraria guerreaba por el pecado. Y toda victoria, aún la conseguida por los malos, humilla a los vencidos, por juicio divino, o corrigiendo los pecados, o castigándolos... La primera causa de la servidumbre es, pues, el pecado, que somete un hombre a otro con el vínculo de la condición servil. Esto es efecto del juicio de Dios, que es incapaz de injusticia y sabe imponer penas según los merecimientos de los delincuentes"²⁷. La esclavitud, por lo tanto, se presentaba como una suerte de pena medicinal para el pecado: por lo mismo traía aparejada la consecuencia de que el siervo debía ser tratado como todo pecador, a saber, como un hermano descarriado al cual había que salvar. En la práctica la Iglesia antigua, sin abogar por la abolición de la esclavitud, favoreció la bondad en el tratamiento de los siervos y promovió otras formas de manumisión (p. ej. la *manumissio in ecclesia*) hasta que, con el correr del tiempo, la institución hubo de desaparecer por la fuerza de esta nueva actitud interior.

Así, pues, la existencia de una situación social contraria a ciertos bienes éticos necesarios, lo mismo que la ausencia de una protesta contra tal situación no son indicios seguros de un desconocimiento de esos bienes. La breve historia intelectual relativa a la esclavitud antigua precedentemente expuesta nos muestra cómo el paganismo estuvo consciente de la antinaturalidad de esa institución social, aunque no pudo ir más lejos que hasta alivianar legislativamente sus abusos; y cómo el cristianismo, sin hacer ninguna protesta en contra de dicha institución prosiguió aquel camino por la vía religiosa hasta lograr su desaparecimiento.

²⁷Agustín, *De civ. Dei* XIX, 15.

d) Si pasamos ahora al tema de la seguridad personal en sentido amplio; derecho a no ser detenido arbitrariamente, derecho a un justo proceso penal, etc., todo eso son viejas concepciones de la antigüedad en general y del derecho romano en especial. El recurso de amparo, que suele atribuirse a la inglesa *Habeas Corpus Act* de 1679, ya existía en el derecho aragonés desde el siglo XIV como "manifestación"²⁸; y con mucha anterioridad era un muy simple y expedito instrumento procesal del edicto del pretor romano: el interdicto *de homine libero exhibendo*, según el cual, ante la denuncia de cualquiera, el pretor ordenaba traer a su presencia al retenido (esto es, exhibirlo), que no podía continuar siendo retenido a no ser de probarse causa jurídica²⁹.

Si vamos a la defensa del honor, también en el derecho romano encontramos la muy eficaz *actio iniuriarum*, protectora de la esfera moral de las personas, lo mismo que de su integridad corporal³⁰; y en realidad podríamos continuar largamente nuestro examen, que preferimos dar por terminado para resumir esta primera conclusión.

Los bienes éticos fundamentales del hombre: la vida y la integridad corporal, la libertad, el honor, la propiedad, son de tal modo inherentes a la asociación humana, que no pueden haber sociedad ni derecho que no los reconozcan ni protejan. Tal ha sido la realidad histórica comprobable. No es necerio recurrir a los modernos catálogos de derechos humanos ni a los autores de la escuela del derecho natural racionalista para encontrar hitos. La tradición jurídica desde antiguo ha debido suponer y presuponer la salvaguardía, defensa y protección de esos bienes, pues de lo contrario no hubieran habido ni sociedad ni derecho. Este *a priori* lo confirma la historia.

3. La impresión contraria viene dada por diversos factores. Me limitaré a los principales.

²⁸Fairen, V., *Antecedentes aragoneses del juicio de amparo* (México, 1971).

²⁹Hanisch, Hugo, *La defensa de la libertad en el derecho romano*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Valparaíso) 9 (1984), 13 ss.

³⁰El derecho romano consideraba como *iniuria* a todo atentado al cuerpo o a la dignidad del individuo. Dig. XLVII, 10, 15, 35 extiende la acción de injurias también en favor del siervo.

a) En primer lugar, la confusión entre hechos sociales y realidades históricas, por un lado, y derecho o teorías, por otro, tomándose los primeros por los segundos. Sabemos, por ejemplo, que en ciertas épocas algunos miembros de la clase dirigente romana solían alimentar peces voraces con esclavos²¹. He ahí un hecho del cual se podría concluir que el derecho romano permitía hacer lo que se quisiera con los esclavos, incluso usarlos como alimento de animales. Naturalmente no resulta necesario explicar cómo la realidad no era así; que si conocemos este hecho, es porque fuentes contemporáneas lo transmiten con horror²²; que se trata de una patología y no de una teoría y que, por último, en todas las épocas ha habido incongruencia entre derecho y realidad. No olvidemos, por lo demás, que en la nuestra, tan prolífica en declaraciones de derechos humanos, hemos asistido a la justificación teórica y a la autorización legal de la eliminación de razas completas por el hecho de ser tales razas. Así, pues, debemos cuidarnos en esta materia, como en toda, de distinguir claramente un hecho patológico, de aquello que la conciencia ético-jurídica y el derecho de un pueblo verdaderamente aceptaron en algún momento histórico.

b) Ya antes, al examinar la posición intelectual del mundo antiguo frente a la esclavitud, hemos visto cómo dicha institución social, que podemos considerar atentatoria contra los derechos humanos, en realidad tuvo que enfrentarse con un pensamiento y una conciencia que ponían de manifiesto ese carácter violatorio de la naturaleza, según la terminología de la época. Y por muy triste que haya sido en ciertas épocas la condición de los siervos, lo importante para nuestra tesis es precisamente que haya existido ese pensamiento y esa conciencia; el punto, en efecto, consiste en si el bien ético llamado libertad ha sido reconocido siempre como tal, y no si dentro de algunas épocas históricas se lo ha desconocido en la práctica. Nadie, en efecto, puede pretender que la historia, ni siquiera en el futuro, ofrezca una congruencia perfecta entre ideal y realidad. En otras palabras: los verdaderos atentados contra los bienes éticos son aquellos que provienen de una reflexión que los desconoce o niega, o

²¹Séneca. *De clementia* I, 18.

²²Ibid.: “;Oh hombre (un tal Vedio Polión que cebaba murenas con sus siervos) digno de mil muertes...! Así como los amos crueles son señalados con el dedo por toda la ciudad y son objeto de aversión y odio...”.

que justifica una idea contraria a esos bienes; no tanto de una conducta particular u ocasional que implique privar de dichos bienes a personas determinadas. El asesino común, p. ej., no atenta contra la naturaleza ni contra los derechos humanos, pero sí quien piensa que la exterminación está justificada como medida general para determinados grupos. En este sentido análogo podemos considerar, p. ej., a John Locke (1632-1704), el padre del liberalismo moderno, cuando escribió en justificación de la esclavitud: *"Sin duda alguna que quien ha perdido, por su propia culpa y mediante algún acto merecedor de la pena de muerte, el derecho a su propia vida, puede encontrarse con que aquél que puede disponer de esa vida retrase, por algún tiempo, el quitársela cuando ya lo tiene en poder suyo, sirviéndose de él para su propia conveniencia; y con ello no le causa perjuicio alguno. Tal es la auténtica condición de la esclavitud; ésta no es sino la prolongación de un estado de guerra entre un vencedor legítimo y un cautivo"*²³.

También podría citarse a Charles de Montesquieu (1689-1755), quien expresó lo siguiente a modo de eventuales argumentos en defensa del derecho de los blancos para esclavizar a los negros: *"Esos esclavos son negros de los pies a la cabeza, y tienen la nariz tan aplastada que es casi imposible compadecerlos. No se concibe que Dios, un ser tan sapientísimo, haya puesto un alma en un cuerpo tan negro, y un alma buena es más inconcebible en un cuerpo semejante... La prueba de que los negros no tienen sentido común, es que prefieren un collar de vidrio a uno de oro, cuando el oro es tan estimable en los países cultos. Es imposible suponer que tales seres sean hombres, porque si lo supiéramos, deberíamos creer que nosotros no somos cristianos"*²⁴. Y finalmente el artículo 1 sección 2 inciso 3 de la Constitución de los Estados Unidos (1787): *"los repre-*

²³Locke, John. *Ensayo sobre el gobierno civil* (1690), iv, 22. En xvi, 175-196 configura Locke las condiciones de la conquista que hacen justa la esclavitud.

²⁴Montesquieu, Charles de, *Del espíritu de las leyes* (1748) xv, 5. Confieso, empero, que el tono algo irónico de este texto y los absurdos que contiene hacen pensar en que su autor más quería hacer ver la debilidad del "derecho" de los blancos para haber esclavizado a los negros. En todo caso, esta argumentación, de haber sido seria, está muy por debajo de la célebre teoría de Aristóteles. *Polít.* 1, 2 sobre los esclavos y amos por naturaleza y de las relaciones de amistad (*philya*) que deben unirlos. En el plano especulativo ella es irreprochable, aunque en la práctica difícil si

sentantes y los impuestos directos se prorratearán entre los distintos estados que formen parte de esta unión de acuerdo con su población respectiva, la cual se determinará sumando al número total de personas libres... las tres quintas partes de todas las personas restantes". Las "personas restantes" eran los esclavos negros que, sin derecho a votar, entraban en el censo de población con una humanidad rebajada en dos quintos, para los efectos de calcular el prorrateo de los miembros de la Cámara de representantes y de los impuestos.

Estos tres textos de la época moderna son documentos auténticos de manifestación de pensamientos opuestos a la doctrina de los derechos humanos, en la medida en que en ellos viene desconocida la igualdad y la libertad. Como tal, pues, hay que juzgarlos y considerarlos, sin que puedan ser favorablemente comparados con la terrible realidad de la institución que defienden, en cuanto expresión atentatoria contra tales derechos: el mal existirá siempre, por lo cual es muy importante que se mantenga la conciencia del mismo y que no se expanda su justificación.

c) Enseguida, también suele contribuir a la confusión entre principios y realidad la ausencia de una perspectiva histórica, que nos hace juzgar hechos del pasado con visiones modernas. Pongo como ejemplo el de la tortura. Autorizada jurídicamente por todos los pueblos, con algunas excepciones, hasta el siglo XVIII y practicada hasta nuestros días por todos los pueblos (desde luego en su forma física, pero también psicológica y moral, tal cual sucede, v. gr., con la "incomunicación" procesal-penal), debido a su eficacia como medio indagatorio, aunque reconocidamente peligrosa como medio autoinculpatario, ha sido al mismo tiempo repudiada universalmente como uno de los más salvajes atentados contra los derechos humanos; tal repudio contemporáneo, sin embargo, hace juzgar severamente la situación en el mundo antiguo y en el medieval. Pero también aquí son necesarias algunas prevenciones. Por regla general, en la antigüedad no se podía atormentar a un hombre libre; la excepción venía dada para los casos de lesa majestad, que en términos muy gruesos podemos identificar con la alta traición. Esta situación se mantuvo durante la edad media, en la cual, además, se introdujo la tortura

no imposible saber quién es naturalmente apto para planear y quién naturalmente apto para ejecutar.

para casos de herejía. Dejo a un lado la plena conciencia que había de lo grave y peligroso de este instrumento judicial²⁵ y la minuciosa reglamentación a que estaba sometido²⁶. Más interesa explicar por qué, sin embargo, era aceptada. Entenderlo es entender un hecho histórico en su medio histórico.

Los antiguos y los medievales tenían mayor conciencia que nosotros de lo peligroso del delito político, que atenta contra la sociedad entera y no contra un individuo particular. El asesinato del rey, en una sociedad en que él representa el principio de unidad frente a la permanente amenaza de la disgregación y disolución, era casi una catástrofe. Una sedición podía ser más calamitosa que una plaga o invasión. Y una sociedad cerradamente cristiana como la medieval, miraba la herejía como un atentado social, a la misma altura que el atentado contra el poder público. La conciencia de lo terrible del tormento se sobrepuso, pues, a la gravedad del delito investigado, porque la integridad corporal de un individuo se consideraba por debajo de la integridad del cuerpo social todo. Igual que sucede hoy, cuando aun dentro de las declaraciones de derechos humanos más severas el derecho a la vida admite excepciones en ciertos casos²⁷ como el homicidio común, aunque éste puede ser, por lo demás, socialmente menos grave que un delito político, tal cual ocurre con el cotidiano homicidio de simples particulares.

La legalidad del tormento en la antigüedad y en la edad media, pues, no implicaba un desconocimiento del bien "integridad corporal de las personas"; era la opción entre un bien, al menos para tales épocas, inferior y otro superior: la integridad del cuerpo social. En todo caso la situación actual parece más horrible que antes, porque hoy la tortura se practica sin garantías procesales de ninguna especie; lo cual no se tome, por supuesto, como argumento

²⁵Dig. XLVIII, 18, 1, 23, considera el tormento como una prueba insegura, peligrosa y que puede ocultar la verdad.

²⁶P. ej.: Dig. XLVIII, 18; Partidas VII, 30.

²⁷El art. 4 de la Convención americana sobre derechos humanos acepta la pena de muerte para delitos más graves y el art. 2 de la *Convención de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales* también permite la aplicación de dicha pena por sentencia judicial y en casos de defensa de personas, detenciones y represión de insurrecciones o revueltas.

en pro del restablecimiento del tormento. Me limito a dejar constancia de la terrible paradoja de nuestra época⁸⁸.

Tales son las razones más importantes de por qué no siempre suele examinarse la realidad histórica del pasado con la objetividad necesaria para entender que aquellos bienes actualmente protegidos bajo la fórmula de los derechos humanos, también antes lo estuvieron y de manera ciertamente eficaz; o por qué no lo estuvieron de un modo tan absoluto como las modernas cartas de derechos humanos quisieran ampararlos.

4. Pasemos al segundo aspecto de nuestra tesis. Si los bienes fundamentales que hoy día se defienden bajo la forma jurídica de los derechos del hombre han sido reconocidos y protegidos siempre, ¿por qué entonces se los ha explicitado tan claramente recién a partir del siglo XVIII?

a) Sobre esto podría ofrecerse varias razones. Yo me limito a una gran razón, cuya exposición la inicio verificando un hecho: las declaraciones modernas de derechos humanos, que han iniciado el movimiento de positivización de los derechos del hombre, a saber, las declaraciones de algunas de las ex colonias inglesas en Norteamérica, como la de Virginia en 1776, que en realidad es la primera de la serie; y la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de la Asamblea Nacional Constituyente de Francia en 1789, han sido manifiestos de agravios transformados en derechos frente a alguien que supuestamente los desconocía; en el caso de las declaraciones estatales de las ex colonias, la Corona Inglesa; y en el caso de la declaración de la Asamblea Nacional Constituyente, el Rey de Francia. Es claro, por otro lado, si se quiere continuar adelante, que la *Declaración universal de los derechos humanos* de las Naciones Unidas de 1948 y la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*, del mismo año, pueden ser consideradas como manifiestos de oposición a los totalitarismos vencidos en la Segunda Guerra Mundial. Estas declaraciones, pues, han nacido, por lo gene-

⁸⁸En el dilema entre estar seguros de que posiblemente en alguna parte y en algún momento indeterminados se esté atormentando a alguien sin mayores restricciones, y estar seguros de que en tal lugar y momento determinados se hace lo propio (p. ej., porque un juez lo ordenó), con todas las precauciones médicas y legales, nuestra actual sensibilidad y conciencia nos hace preferir la primera alternativa.

ral, en un claro contexto de oposición, cuando no de insurrección o revolución.

Tal hecho obliga a leer esas declaraciones con una especial perspectiva histórica. Esa perspectiva histórica la da el mundo ético-político-jurídico-social al cual se oponían los declarantes, por un lado, y las aspiraciones de éstos por otros. En términos generales, y para referirme tan sólo a las declaraciones de fines del siglo XVIII, ese mundo al cual los declarantes se oponían era el antiguo régimen, y las aspiraciones que aquellos mismos mantenían, el liberalismo económico, político, jurídico y religioso. En otras palabras, estas declaraciones tuvieron un claro carácter ideológico; representaron una concepción general del modo de organizarse la sociedad con vistas a su transformación, de la cual dichas declaraciones eran un condensado. No fue siempre verdadero que la realidad histórica contra la cual aquéllas iban dirigidas, hubiera sido contraria a la que se manifestaba como concepción ideal en tales declaraciones; de hecho históricamente esa realidad fue tan sólo distinta y en ningún caso puede juzgársela como buena o mala a la luz de los criterios de la declaración solamente²⁰. Pero lo importante de verificar es que, en el

²⁰Analícemos brevemente el siguiente ejemplo, según el art. 1 de la declaración francesa de 1789: *"Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden estar fundadas más que en la utilidad común"*. Esta afirmación estaba dirigida contra los restos de la sociedad estamental del antiguo régimen, que distinguía los estados de nobleza, clería y burguesía, cada uno con su estatuto especial, más privilegiados los dos primeros. Históricamente estas distinciones habían nacido como consecuencia de necesidades sociales (*"utilidad común"*) realmente sentidas (la defensa, la oración, el trabajo), cada una con sus cargas compensadas con respectivos privilegios (así, v. gr., la exención de tributos a los nobles era contrapartida de su deber de contribución a la milicia). Resultaba cierto que en el siglo XVIII muchos de estos privilegios ya no tenían razón de ser al haberse extinguido las correspondientes cargas y que una reforma social se hacía indispensable. Para ello, empero, no era menester declarar como derecho *"natural, inalienable y sagrado"* (preámbulo a la declaración) que *"todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos"*, proposición ésta amplia y ostensiblemente ambigua e inservible.

Es claro que todos los hombres somos esencialmente iguales desde el momento en que de hombres se trata; pero esta verificación antropológica carece de consecuencias jurídicas, que son las que interesarían cuando tal igualdad esencial aparece elevada a la categoría de principio de derecho; en efecto, las desigualdades accidentales entre los hombres se superponen

sentir de los declarantes, esa realidad sí era contraria a la concepción que ellos declaraban, es decir, era mala. De ahí también su carácter ideológico, pues estas declaraciones vinieron a ser una suerte de actas de acusación de la realidad de su tiempo y un juicio a la sociedad; sólo que a una realidad y sociedad tal cual se la imaginaban los declarantes y no a algo efectivamente existente.

a esa igualdad esencial y determinan al derecho a tomarlas en consideración; para éste son más relevantes las desigualdades accidentales que la igualdad de esencia entre los seres humanos. A lo más se podría aceptar una consecuencia jurídica negativa: que en la medida en que se tome en cuenta tan sólo la humanidad no es posible establecer ninguna diferencia, pero en la práctica son raros los casos en que el derecho parte tan sólo de la humanidad sin más especificaciones. Incluso en la tipificación del homicidio: "El que matare a otro", aunque aparentemente se considere en ella a la mera humanidad, la legislación distingue tipos de "otro" (de víctimas): el no-nacido (aborto), el nacido y no mayor de 48 horas ligado por cierto parentesco con el autor (infanticidio), el mayor de 48 horas también ligado con determinado parentesco con el autor (parricidio), la víctima constituida en autoridad política (magnicidio), etc.: no se tipifica, pues, "el homicidio" sino varios tipos de homicidio según la "clase" de víctima.

También es claro que todos los hombres posemos libertad interna (si abstraemos de las condiciones externas que inconscientemente puedan limitarla), consistente en la facultad de pensar y decidir hacer lo que queremos; pero esta libertad interna no puede exteriorizarse siempre en el plano de las relaciones sociales, porque ante el derecho no debemos siempre hacer lo que quisiéramos, por prohibirlo algunas de sus normas y debemos hacer cosas que no quisiéramos, por prescribirlo otras; nuestra actuación está insertada en una red de normas jurídicas (también morales y sociales) que la limitan ampliamente, de tal modo que no somos externamente del todo libres y permanecemos con sólo una cuota de libertad en ese orden: aquella que nos deja el campo de lo permitido y de lo no-prohibido. Carece, pues, de relevancia jurídica el que internamente continuemos poseyendo la libertad de hacer lo que queramos respecto de las normas, esto es, la libertad de optar entre acatarlas o no acatarlas (aunque sí tenga relevancia el no haber poseído libertad interna al transgredirlas), porque ante dichas normas no posemos tal libertad, lo cual se manifiesta en la sanción.

En la frase de la declaración francesa que comentamos se encuentra, por lo tanto, el axioma fundamental del anarquismo (hacer lo que se quiera también externamente, esto es, sin prohibiciones o mandatos), aunque en los primeros años de su historia se limitara a amparar el despotismo del Comité de Salud Pública (el Terror) y posteriormente el liberalismo, para en seguida servir de base al socialismo; éste, con la finalidad de dar a todos los mismos e iguales derechos, debe rebajar al mínimo la cantidad de bienes materiales y morales de tales derechos.

b) Reconocemos, así, el verdadero carácter de estas primeras declaraciones de derechos del hombre: en una situación insurreccional, son el manifiesto ideológico de los insurrectos; como tales, nada de necesariamente verdadero o falso dicen acerca de la sociedad anterior; ésta bien pudo haber estado montada sobre exactamente los mismos bienes éticos que en esos manifiestos o declaraciones se proclama, como históricamente sucedía por lo ordinario, aun cuando tal hecho haya sido de intento preterido, precisamente por el carácter revolucionario y transformador que poseen aquellas declaraciones, y por su naturaleza explícita o implícitamente negadora.

Estos manifiestos fueron presentados bajo la forma de derechos naturales. Tal fue la consecuencia de dos siglos de especulación yusnaturalista. El yusnaturalismo racionalista fue la filosofía del derecho de la época moderna, que en su vertiente ideológica estuvo representada por el liberalismo jurídico, político, económico y religioso; en su vertiente técnica, por el axiomatismo de las formulaciones jurídico-literarias; y en su vertiente filosófica, por el subjetivismo y el naturalismo. Todo ello aparece admirablemente reflejado en ese instrumento ideológico por excelencia que es el texto breve y conciso, apto para ser entendido por el común, como resultaron estas declaraciones modernas de derechos del hombre y del ciudadano.

El precedente análisis histórico conduce a negar el carácter jurídico de la teoría de los derechos del hombre: éstos son manifestaciones ideológicas, destinadas a generar una verdadera o aparente reforma social total. Mas, para un jurista, que como tal no es un reformador social, lo importante es examinar científicamente la materia de su ciencia: mi respuesta como jurista es que la teoría de los derechos del hombre no es una teoría jurídica sino un programa de aspiraciones de reforma social en sentido amplio. Claro ello, podemos utilizar para el derecho lo que de ahí sea conciliable con su método y fines. Pero el jurista debe antes reconocer la verdadera naturaleza de las cosas.

