

## CAPÍTULO SEGUNDO

### PROBLEMAS QUE UNA NOTA ESENCIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS CONTINÚA PLANTEANDO A LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

#### I. PLANTEAMIENTO<sup>84</sup>

Javier Hervada fue canonista, filósofo del derecho, y un estudioso de los derechos humanos, en este orden. Su interés por la filosofía del derecho se hallaba ya presente en varios de sus trabajos de derecho canónico que publicó desde 1957, y se incrementó desde su nombramiento como decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, en 1973. Como se sostuvo en uno de los artículos publicados en el homenaje que le dedicó la revista *Persona y Derecho*, ese nuevo rumbo no fue una ruptura, ni fue “la expresión de un cambio brusco en sus intereses intelectuales, sino más bien la transformación de lo que hasta entonces era subjetivamente un interés indirecto en el objeto principal de su trabajo”.<sup>85</sup> Paralelamente fueron incrementándose sus publicaciones en el área de los derechos humanos. En uno y otro campo sus aportaciones contienen ideas e intuiciones de enorme atractivo. Entre lo que escribió en relación con los derechos sobresalen, por la cantidad de citas reunidas, dos trabajos: “Libertad de conciencia y error sobre la moralidad de una terapéutica”,<sup>86</sup> publicado en 1984, y “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho”,<sup>87</sup> publicado en 1982. En este último artículo me concentraré a continuación.

La exposición se dividirá en dos partes: en primer lugar, sintetizaré lo que escribió Hervada poniendo de relieve la vigencia de sus ideas; en segundo lugar, buscaré extender el argumento central que vertebra su trabajo

<sup>84</sup> Una versión anterior de este capítulo fue publicada en *Persona y Derecho*, 75, 2017, 83-91.

<sup>85</sup> Serna, 1999: XXVII-LVIII, XXXIII. Camila Herrera Pardo ha enfatizado recientemente que los aportes de Hervada a la filosofía jurídica se entienden sólo desde el contexto que aportan sus escritos canónicos. *Cfr.* Herrera Pardo, 2014: 74-94, 581 y 582.

<sup>86</sup> Hervada, 1984: 13-54.

<sup>87</sup> Hervada, 1982: 243-256.

desde la teoría del derecho hacia la teoría general de los derechos humanos. El propio Hervada sugería en el artículo que esto último puede tener sentido, pero no llegó a desarrollar la idea.<sup>88</sup>

## II. EL ARGUMENTO DE HERVADA: LOS DERECHOS HUMANOS SON “RECONOCIDOS” O “DECLARADOS” Y NO “CREADOS” POR LAS LEYES

Comencemos entonces por lo primero. El punto de partida del trabajo de Hervada es una observación lingüística: en una larga serie de normas nacionales e internacionales sobre derechos humanos que el autor recorre de manera puntillosa se afirma que los derechos son “reconocidos”. Esto supone admitir, sostiene Hervada, su carácter “preexistente”. En los textos, afirma, “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”.<sup>89</sup>

Esta sencilla observación genera para la filosofía del derecho dos desafíos. El primero consiste en conjugar esa preexistencia con la afirmación sostenida por algunos autores del origen exclusivamente positivo de todo el derecho. La dificultad de lograr esa conjugación o encaje ha conducido a esos autores a negar que los derechos humanos sean *en serio* derechos. Sin embargo, según Hervada, “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 derechos humanos hayan sido tomados en consideración”.<sup>90</sup>

Por lo tanto, si se adopta un punto de partida más amplio, que no excluya elementos que la cultura jurídica considera que forman parte del derecho, y por lo tanto se toma en consideración —entre otras cosas— a los derechos y a su carácter preexistente, parece necesario preguntarse si el fenómeno jurídico es natural o cultural. Si sólo fuese cultural, los derechos humanos —como son preexistentes— no serían, estrictamente, derechos, sino sólo

<sup>88</sup> Refiriéndose a “Problemas que una nota esencial...” dijo en 2009 el propio Javier Hervada lo siguiente: “una cosa a tener en cuenta es que este artículo plantea problemas, como indica su título, y su objeto no es presentar soluciones, sino señalar las aporías e inconsecuencias en las que se incurre si no se aceptan los derechos humanos como lo que son: derechos inherentes a la persona humana, preexistentes a las leyes positivas”. *Cfr.* Escrivá Ivars, 2009: 811.

<sup>89</sup> Hervada, 1982: 246.

<sup>90</sup> *Ibidem*, 248 y 249.

aspiraciones morales o expresiones de buenas intenciones. La superación de este problema requiere una recuperación de la analogía, la disolución de la falsa disyunción moderna entre naturaleza y razón. Hervada sostiene que el derecho es cultural, pero afirma de inmediato: “entiendo que el fenómeno jurídico es, en su base, un fenómeno natural —hay realidades jurídicas naturales—, una de cuyas expresiones son los derechos humanos”.<sup>91</sup>

El segundo desafío se refiere a la noción de “persona”. Afirma Hervada que

...existen dos caracteres o notas del concepto de persona que están presentes en el uso del concepto de persona que —en muchas ocasiones sólo implícitamente— hacen la doctrina científica y los jueces y tribunales: 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.<sup>92</sup>

Este uso del concepto de persona, muy habitual en la teoría del derecho y en la teoría y práctica del derecho civil, no es compatible con el carácter preexistente de los derechos humanos, puesto que: a) en primer lugar, los “derechos no deben su origen a la condición o rol de la persona”<sup>93</sup> —“las declaraciones y pactos internacionales sobre esos derechos insisten reiteradamente en que los posee todo hombre *con independencia de cualquier condición*”—,<sup>94</sup> y b), en segundo lugar, si

...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.<sup>95</sup>

Una de las conclusiones posibles que deja uno y otro desafío es que “el tema de la fundamentación de los derechos humanos resulta ser una tram-

---

<sup>91</sup> *Ibidem*, 251.

<sup>92</sup> *Idem*.

<sup>93</sup> *Ibidem*, 252.

<sup>94</sup> *Ibidem*, 252 y 253.

<sup>95</sup> *Ibidem*, 253.

pa con pocas alternativas para el positivismo”.<sup>96</sup> Hervada lo expresa de un modo rotundo: “esta es la gran tragedia y contradicción de los positivistas. Para su teoría de los derechos humanos, prescinden —contra lo que postula su teoría del derecho y su método— de los textos, y a la postre los interpretan *contra litteram*, pues es innegable el lenguaje iusnaturalista de los textos”.<sup>97</sup>

### III. UN ENSAYO DE EXTENSIÓN DEL ARGUMENTO

Pasemos ahora a la segunda parte de la exposición. La idea que intentaré esbozar es esta: el argumento central de Hervada puede aplicarse también a la teoría general de los derechos humanos. Como mencioné precedentemente, el propio autor lo reconoce así. Llega a esta convicción luego de detectar el siguiente sustrato común a los dos desafíos que acabamos de exponer: “si hay un núcleo jurídico inherente a la persona humana, ¿cómo reducir el derecho a la ley positiva?”.<sup>98</sup> Según Hervada, “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 el derecho, sino, a la vez, de un punto clave de la teoría de los derechos humanos”.<sup>99</sup>

En mi opinión, el carácter preexistente de los derechos repercute sobre cuatro de los temas clave que toda teoría que tenga pretensiones de generalidad u omnicomprensividad debería abordar: el fundamento, el concepto, el catálogo y la interpretación de los derechos. Estos cuatro temas o elementos se relacionan entre sí, y por eso es muy probable que el impacto de la preexistencia sobre uno de ellos tenga consecuencias sobre los restantes. Veamos.

En primer lugar, la preexistencia impacta sobre el fundamento. Si las leyes admiten el carácter previo de los derechos, entonces los derechos no pueden fundarse en ellas, ni en condiciones puestas por ellas. La teoría general de los derechos humanos es consciente de esta limitación, y por eso correctamente afirma que los derechos se fundan en la dignidad humana (que las leyes deben en todo caso reconocer). Ahora bien, ¿cuál es el fundamento de esa dignidad? Esta pregunta no puede responderse si no se apela a una antropología, a una metafísica de la persona.<sup>100</sup> Sin embargo, quienes proponen fundamentar la

<sup>96</sup> Chávez-Fernández Postigo, 2013: 104.

<sup>97</sup> Hervada, 1993: 665.

<sup>98</sup> Hervada, 1982: 254.

<sup>99</sup> *Ibidem*, 254 y 255.

<sup>100</sup> Zambrano y Sacristán, 2012: 715-759, 754 y 755

dignidad en caracteres tales como la capacidad verbal efectiva (o, en sentido algo más amplio, la autonomía) suelen comenzar su argumentación sosteniendo que eludirán toda consideración filosófica. Por dar sólo un ejemplo, es lo que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Artavia Murillo y otros* (“fecundación in vitro”) vs. *Costa Rica*.<sup>101</sup> Se trata de un caso en el que se discutió si resultaba o no contrario a la Convención Americana que Costa Rica prohibiera las técnicas de fecundación asistida, basada en que implican el descarte de embriones. Para llegar a una resolución, la Corte debía pronunciarse acerca de si los embriones son o no personas dentro del sistema interamericano de derechos humanos. Su respuesta negativa a esta pregunta partió de constatar la existencia de opiniones variadas sobre el tema, y de descartar todas las opiniones que reconocen el derecho a la vida desde la concepción por estar generalmente asociadas

...a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten.<sup>102</sup>

Intentos como éste son totalmente infructuosos: tras la afirmación de que se es digno desde la fecundación, como se hace en *Artavia*, se esconde una visión metafísica del ser humano, puesto que la ciencia empírica no proporciona herramienta alguna que permita reducir o extender la condición de digno a uno u otro referente.

Por otro lado, más allá de la observación anterior, la visión metafísica que subyace a posiciones como la de la Corte Interamericana contraría el carácter de “reconocidos” que tienen los derechos. Si los derechos son “reconocidos”, la decisión respecto de su titularidad no puede quedar en manos de nadie. Dicho con otras palabras, dotar al Estado o a un tribunal de competencia para decidir si un ser humano es o no titular de derechos humanos equivale a conferirle competencia para violar no uno u otro derecho, sino todos en su conjunto.<sup>103</sup> La alternativa es clara, y aparece en textos

<sup>101</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Artavia Murillo y otros* (“fecundación in vitro”) vs. *Costa Rica*, sentencia del 28 de noviembre de 2012. Cfr. Altieri, 2015: 379-439. Otro ejemplo puede encontrarse en el caso *Roe v. Wade*, resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos en 1973 (410 U.S. 113).

<sup>102</sup> *Ibidem*, 185.

<sup>103</sup> Es el argumento que se sigue con facilidad de lo expuesto en el epígrafe precedente. Cfr., asimismo, Serna Bermúdez, 1998: 44 y 45, con remisión a Spaemann, 1991: 65 y 66.

como el artículo 6o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. El fundamento de la dignidad parece ser, entonces, la mera condición de ser humano. Con ello habría coherencia entre el carácter de “reconocidos” de los derechos y la posición que se adopta frente a la pregunta por su titularidad. Cabría, sin embargo, profundizar un poco más: ¿por qué la mera condición de ser humano bastaría para fundamentar la dignidad? Según Pedro Serna,

La exigencia incondicionada de respeto no puede ser derivada de un análisis científico. En rigor, no puede serlo a partir de ninguna propiedad que pueda descubrirse en el ser humano. Tales propiedades son... solamente un indicio de la dignidad, pero no su causa. Desde el sujeto humano, o desde alguna de sus cualidades, la dignidad que resulta accesible es sólo una dignidad relativa, una eminencia relativa del humano respecto de otros seres del universo. Es correcto afirmar que el hombre, en virtud de su naturaleza racional, se encuentra situado en un orden del ser radicalmente distinto del nivel animal, y no sólo con una diferencia de grado. Pero ello no es suficiente para fundar esa exigencia de respeto incondicionado, ese carácter de *res sacra* que se pretende postular cuando se habla de dignidad... Sólo en la relación del hombre con el Absoluto puede fundarse una dignidad absoluta. Por eso la idea de dignidad no tiene sentido fuera de un pensamiento metafísico y, más concretamente, fuera de una metafísica de la creación.<sup>104</sup>

En segundo lugar, que todo ser humano por el hecho de serlo sea titular de derechos humanos, y que por tanto los derechos sean preexistentes, impacta fuertemente en su concepto. Por un lado, de allí se deriva que en el caso de los derechos humanos, no sea posible distinguir entre su título y su fundamento. En el pensamiento de Hervada, el título de un derecho es aquello que lo proporciona, que lo otorga, y su fundamento es lo que hace que alguien sea capaz de tener títulos. En los derechos humanos la dignidad opera simultáneamente como fundamento y como título, es a la vez lo que otorga el derecho y lo que hace capaz de ser titular de ese derecho. Aunque a primera vista esto no sirva de mucho, su aplicación al estudio del catálogo de los derechos puede dar frutos interesantes: los derechos humanos tienen como título preponderante la condición de ser humano, y se encuentran por tanto en cabeza de todos aquellos entes que, tal como se decía en la co-

---

Otra línea de crítica posible a esta sentencia es la inexistencia de un estándar internacional sobre la materia. Cfr. sobre una perspectiva general en Von Bogdandy, 2017, *passim*.

<sup>104</sup> Serna Bermúdez, 1998: 65.

dificación decimonónica, presentan “signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes”.<sup>105</sup> Los derechos que, en cambio, sujeten su titularidad a “cualidades o accidentes” deberían encontrarse fuera del catálogo. Asimismo, la afirmación de la identidad entre título y fundamento permite entender la existencia de derechos que tienen una naturaleza doble, de derecho humano o derecho *simpliciter*, en función de lo que se exija jurídicamente para su titularidad. Es el caso, en mi opinión, del derecho de propiedad.

Por otro lado, del carácter preexistente de los derechos se derivan al menos dos consecuencias más respecto del concepto. Se trata de dos preguntas inquietantes que aquí me limitaré sólo a plantear. En primer lugar, si bien el carácter preexistente es a primera vista útil de cara a distinguir los derechos humanos del resto de los derechos, lo cierto es que, paralelamente, genera dificultades a la hora de diferenciar los principios jurídicos en los que los derechos son reconocidos de los principios morales. Dejo el interrogante abierto, y me limito a señalar que Pilar Zambrano, en un trabajo en coautoría que esperamos publicar en breve, sugirió, siguiendo en parte a Finnis, que la respuesta a esta inquietud podría estar en la antigua *determinatio* clásica, y en la asignación de niveles de determinación progresivos desde los principios morales hasta la resolución concreta de los casos ius-fundamentales. La segunda pregunta es en el sentido contrario al que tiene el presupuesto de la pregunta anterior, y exige por eso un poco de aclaración. Si interpreto bien a Hervada, la afirmación del carácter preexistente de los derechos humanos no equivale a negar su naturaleza dual (cultural y natural). Ahora bien, esa naturaleza dual se encuentra también presente en todos los derechos: no hay derecho que sea intrínsecamente razonable *per se*, sin algún modo de positivación *lato sensu*, y tampoco hay un derecho positivo que sea intrínsecamente irrazonable. En el primer caso estaríamos ante un derecho de existencia inverificable; en el segundo, ante un derecho cuya validez dependería de que de algún modo —en algún grado, incluso remoto— fuera razonable. Si esto no se diera al menos en ese grado remoto, entonces no habría derecho (estaríamos ante una “injusticia extrema”, en el lenguaje de Alexy-Radbruch).<sup>106</sup> La pregunta que surge a partir de lo dicho es acerca de cómo diferenciar, entonces, desde la perspectiva precisa de las fuentes a los derechos humanos de los derechos que no lo son. Limitándome nuevamente a un apunte de respuesta, en mi opinión esa diferencia es de grado, no es estructural.

<sup>105</sup> Código Civil argentino, artículo 55. *Cfr.* al respecto, Arias de Ronchietto y Lafferrière, 2012.

<sup>106</sup> *Cfr.* Alexy, 2008: 281-299.

Hemos visto hasta aquí, entonces, algunas implicaciones del carácter preexistente de los derechos humanos sobre su fundamento, catálogo y contenido. Resta sólo mencionar algunas de las consecuencias que ese carácter tiene sobre la interpretación de los derechos. Si los derechos preexisten, entonces son absolutos. La preexistencia se traduce en la exigencia de que ninguna ley ni ejercicio de voluntad viole a los derechos. Son absolutos no porque protejan cualquier conducta, ni siquiera *prima facie*, sino porque aquello que protegen lo hacen con pretensión de intangibilidad. Las consecuencias que tienen estas afirmaciones sobre la interpretación de los derechos son numerosas. Veamos sólo algunas de ellas: en primer lugar, los derechos, desde esta perspectiva, no tienen únicamente límites externos; los límites internos, que exigen delimitación y determinación, son incluso mucho más interesantes de cara a una interpretación razonable, respetuosa del mencionado carácter absoluto, como vieron en su momento Friedrich Müller y, en España, Ignacio de Otto.<sup>107</sup> En segundo lugar, del carácter absoluto se deriva la pretensión de armonización. Se trata de una aspiración de cada derecho a la coexistencia con el resto de los derechos y bienes públicos. Por esto último, una teoría consistente de los derechos no da cabida a una interpretación conflictivista, basada en la teoría de los límites externos. En tercer lugar, la afirmación de la existencia de límites internos y la pretensión de armonización conduce, por un lado, a advertir que si bien la armonización es un punto de partida en el orden de la intención, de lo que el intérprete tiene como meta o desiderátum, en el orden de la realización es sólo el punto de llegada, y, por otro, teniendo en cuenta esto último, a caer en la cuenta de la existencia de una cadena de determinación que parte de principios morales y acaba en la decisión concreta de los casos iusfundamentales. Cada eslabón (sentencia, reglas, principios, conceptos, estándares, principios morales) determina lo que el eslabón anterior deja indeterminado.

En conclusión, en la breve exposición precedente he pretendido poner de manifiesto que el hecho de que en el lenguaje normativo, jurisprudencial y doctrinal se afirme de manera uniforme que los derechos humanos preexisten a las leyes positivas: *a)* continúa teniendo consecuencias fecundas en la filosofía del derecho, tal como anticipó hace treinta y cinco años el profesor Hervada, y que *b)* también impacta de modo relevante en la teoría general de los derechos humanos.

<sup>107</sup> Cfr. Müller, 1990, y Otto y Pardo, 1988.