

EL PROBLEMA DE LA FUNDAMENTACION HISTORICA Y FILOSOFICA DE LOS DERECHOS HUMANOS (*)

*Orlando Pugliese
Berlín/Buenos Aires*

Finalidad de la presente ponencia es analizar el problema de la fundamentación, de la legitimación científica de los Derechos humanos (DH) (o sea el problema de la universalidad incondicionada e ilimitada de su "valor de verdad"). La finalidad de esta ponencia *no* es historiográfica: los amplios excursos (de historia política, jurídica y de las ideas) en ella se requieren para mostrar el proceso real de la formación de la teoría y de la "positivización" de los DH. Así como toda teoría de la ciencia carece de contenido si no se complementa con la historia de la ciencia, el problema de la fundamentación, de lo que podríamos llamar una teoría de los DH, debe plantearse primeramente en términos históricos, en relación con el proceso histórico real. De esta manera se tornará de inmediato evidente que el origen histórico de la paulatina formulación y sobre todo de la "positivización" de los DH coincide con las tentativas de elaborar su teoría.

Historiográficamente el tratamiento de esta temática suele partir, por razones obvias, de la situación pertinente a mediados del siglo XVIII y del proceso que conduce a las primeras cuatro "positivizaciones" de DH: la "Declaration of Rights" de Virginia en junio de 1776, la "Constitución" norteamericana de 1786, la "Déclaration des droits de l'homme et du citoyen" de la Francia revolucionaria en agosto de 1789, cuyos 17 artículos fueron incorporados ya a la primera constitución francesa en 1791, y finalmente los importantes "amendments" agregados en 1791 a la Consti-

tución norteamericana. También sería posible partir, como lo hacen algunos tratadistas, de la "Bill of Rights" inglesa de 1689, del Acta sobre el "habeas corpus" de 1679, de la Magna Charta Libertatum impuesta a Juan sin Tierra en 1215 y aun de ciertas garantías personales del antiguo Derecho romano. Sin embargo, en algunos casos se torna difícil diferenciar, en el sentido de prioridades, el proceso histórico de "positivización" y el proceso de teoretización o fundamentación racional-doctrinaria. De todos modos, estos aspectos históricos son de secundaria importancia para el análisis del problema de los DH que se intenta realizar aquí (no se trata, en efecto, del "problema histórico y filosófico de la fundamentación", sino del "problema de la fundamentación histórica y filosófica").

Por otra parte, pudiendo suponer que estos aspectos históricos son suficientemente conocidos y pudiendo sobre todo dejar de lado la cuestión de las complejas relaciones entre esos documentos, no siempre susceptibles de ser resueltas en términos de "influencia", la presente ponencia prefiere detenerse a considerar una serie de episodios y tratados decisivos tanto para la historia de la explicitación de DH inmediatamente antes de las revoluciones norteamericana y francesa como para su teoría. De acuerdo con la reflexión metodológica hecha al comienzo, se trata de hallar, en efecto, el momento de convergencia del proceso histórico real de formulación explícita de DH con el de su fundamentación teórica. Estos momentos decisivos para la historia y la teoría de los DH a que aludíamos son, por un lado, las campañas que el ya anciano Voltaire inicia en 1762 contra una serie de procesos y condenaciones a muerte escan-

(*) Ponencia en el X Congreso Interamericano de Filosofía, Florida State University/Tallahassee, 1981.

dalos, hasta obtener, en algunos casos, una total rehabilitación confirmada luego por el rey Luis XV (principalmente "affaire Calas", "affaire Chevalier de la Barre", "affaire Sirven"). En estos procesos y otros similares estaban en cuestión no tanto libertades primarias como las de opinión y culto, sino antes que nada la prioridad de la dignidad de la persona ante normas positivas transpersonales. Por otro lado, consideraremos como otro momento decisivo para el mismo proceso la aparición, en 1764, del revolucionario tratado de Cesare Beccaria *Dei delitti e delle pene*, una teoría del Derecho penal y procesal en lo penal que está en relación con aquellas campañas no sólo, ni siquiera en primer lugar, por el famoso comentario de Voltaire a la misma, sino por el aparato teórico conducente al cuestionamiento de normas y procedimientos tenidos por incontrovertibles. Pero conviene reiterar aquí que la finalidad de esta noble referencia a Voltaire y Beccaria no es historiográfica (por ejemplo el tratamiento de la historia del Derecho penal y procesal en lo que afecta a los DH), ni tampoco destilar "influencias" entre autores o "positivizaciones" específicas. Se trata de fundar en el doble aspecto histórico y teórico el proceso de explicitación de DH y de su incorporación a las praxis política y jurídica o, dicho en general, de la integración de la historia del Derecho en la teoría del Derecho, de la explicitación histórica de DH en una teoría de los mismos. No se trata aquí, en resumen, de la historia de los DH, ni de la historia de su teoría, sino, por así decir, de la teoría de su historia, en tanto la historia de los DH es el contenido de su teoría.

Sobre la base de la constatación de que la historia de la formulación explícita de DH específicos, como en las citadas grandes "positivizaciones" del siglo XVIII, es paralela a la historia de los esfuerzos por la elaboración de una teoría científica y universal de los DH, el presente análisis se rige por la siguiente hipótesis de trabajo. Aquel doble proceso (por un lado explicitación paulatina de un catálogo de DH radicales con los también paulatinos intentos de "positivización" y, por otro, los esfuerzos por una fundamentación científica, no metafísica, de ellos, es decir por la universalización abstracta de su "valor de verdad"), este doble proceso sólo se torna posible y tiene efectivamente lugar

a) cuando surge y se desarrolla, a partir de principios del siglo XVII, la ciencia moderna

de la naturaleza con su universalidad y racionalidad abstractas, obtenidas por vías matemáticas o empíricas y no metafísicas;

b) cuando la historiografía científica sustituye a la escatología relativizando con ello no sólo los sistemas normativos, sino también los sistemas culturales, lo que ocurre en gran medida precisamente con Voltaire. (Es lo que se ha llamado proceso de "secularización" de la escatología).

A la formulación explícita de DH y a su fundamentación se llega sobre la base de la abstracción, de la universalización abstracta del carácter racional de la realidad (racionalidad como atributo de las cosas reales, no sólo como facultad de los hombres que potencialmente pueden ejercerla), y sobre la base del carácter puramente fenomenológico, no escatológico, del proceso histórico real. No es casual que Voltaire haya sido primeramente, en la década del 30, el divulgador de la ciencia de Newton en el continente europeo. Por supuesto, el ejemplo más ilustrativo al respecto, sobre todo en lo que hace a la libertad de opinión, a los límites de la racionalidad científica, a la relación de ciencia y conciencia, sería el análisis de los materiales y de las actas de los procesos a Galileo.

En la historia y la teoría de los DH se puede constatar muy claramente ya desde la Charta Magna Libertatum de 1215 este proceso de paulatina abstracción de las condiciones concretas de humanidad, un proceso evidentemente casi paralelo al proceso de abstracción matematizante en la ciencia natural, especialmente la física. (Ya S. Pufendorf, por ejemplo, había definido a fines del siglo XVII, en su famoso tratado *De jure naturae et gentium*, un cierto carácter universal y abstracto de la "condición humana": Per stantum hominis naturalem non intellegimus heic illam conditionem, quam velut perfectissimum, & homini quam maxime congruentem natura ultimo intendit: sed in qua homo per ipsam nativitatem constitutus concipitur, prout abstracta intelligitur inventa...) Y en el caso de Rousseau no hay que partir del consabido "estado natural", sino del complejo concepto de "dénaturation" "conforme à la raison").

Es verdad que desde Aristóteles y en la tradición escolástica el hombre se define por la racionalidad; pero hay petición de principio en ello

(o se trata sólo del "círculo hermenéutico"?), pues si bien la racionalidad define la humanidad (tsoon logon ejon), la condición contemplativa de la humanidad libre, no materialmente productiva, es la conditio sine qua non del ejercicio de la racionalidad en sus más altos grados. Es decir, un determinado concepto de humanidad define, a su vez, la racionalidad...

La hipótesis de trabajo formulada difusamente más arriba se concretiza finalmente en la tesis de que los DH, independientemente de su "positivización" o no "positivización" en contenidos de sistemas normativos concretos (por ejemplo constituciones y códigos), se van "constituyendo" paulatinamente en principios y como principios universales, tendencialmente previos a toda normatividad y, por tanto, racionalmente condicionantes del sentido de todo sistema concreto de normas. La historia de los DH muestra paradójicamente el esfuerzo por libertarlos tanto del condicionamiento histórico y empírico como del metafísico-teológico. Fue precisamente el pasaje de la historia escatológica a la historiografía científica lo que permite, con la relativización de sistemas normativos, un radical avance en la abstracción y universalización de DH.

Una teoría de los DH deja de tener así por finalidad la fundación o fundamentación de normas; ella tiene por objeto establecer y determinar la validez universal o necesidad lógico-racional de principios abstractos, no condicionados por instancias ajenas a ellos mismos y ajenas, por tanto, a la humanidad en cuanto tal. El problema de los DH no es, en cuanto a los fundamentos históricos y teóricos, un problema de normas, sino un problema de principios.

Los DH tienen, como la ciencia, una historia fenoménica, fáctica, por ejemplo la de las alternativas de su defensa o violación en un país o en un período determinados. En cambio, en su carácter de principios, su contenido universal y su sentido se basan en la abstracción de todos los factores concretos, históricos o geográficos, reales o deliberadamente ilusorios (por ejemplo el supuesto "estilo de vida" etc.). Las dificultades del pasaje del carácter de principios universales, abstractos, al carácter de norma, de los DH, de la cientificidad y conciencia (Bewußtsein≠Gewissen!) a la positividad, habían sido señaladas por Voltaire en el marco de la praxis fundada en el uso injustificado e injustificable. En medio de la campaña por la reivindicación de Jean Galas escribe desde Ferney a

su amigo, el ministro D'Argental en París: "Que demandons-nous? Rien autre chose que la justice ne soit pas muette comme elle est aveugle. Qu'elle parle, qu'elle dise pourquoi elle a condamné Calas. Quelle horreur qu'un jugement secret, une condamnation sans motif! Y a-t-il une plus exécration tyrannie que de verser le sang a son gré sans en rendre la moindre raison? 'Ce n'est pas l'usage!, disent les juges. Eh! monstres, il faut que cela devienne l'usage. Vous devez compte aux hommes du sang des hommes".

Del carácter de principios de los DH se deriva su extrema debilidad política y jurídica, es decir la posibilidad de su violación o postergación en función de normas positivas. El aparato normativo tiene, en efecto, frente a los principios, la fuerza de la positividad histórica: es siempre "de facto" y, por tanto, operante. Aun la violación de una norma positiva es un modo extremo de "realizarla". Toda violación de un principio de humanidad, toda violación de DH es, en cambio, un coeficiente de aniquilación de la humanidad en cuanto tal, aunque ocurra con vistas a los más altos intereses del individuo, del grupo y hasta de la nación misma. El ejercicio de toda jurisprudencia respecto de los DH tiene lugar siempre en el marco de la normatividad positiva y no puede recurrir, en el mejor de los casos, sino a través de ella, es decir mediatamente, al carácter de "principios" de los DH. Hasta el "espíritu de las leyes" (gen. obj.) no es un condicionante sino un condicionado, como se explica en el famoso tratado con ese título. La criminalización de la opinión divergente por la sola divergencia, la criminalización del exilio voluntario o involuntario y otras formas de inhumanidad se derivan precisamente del predominio de la norma sobre el principio, de lo concreto sobre lo abstracto. Es evidente, por ejemplo, que tanto la "Bill of Rights" de 1776 como la "Déclaration" de 1789 significan la imposición de principios universales abstractos contra la normatividad legal concreta vigente. Sobre todo esta última, que rompe estructuras tradicionales o, mejor dicho, que restaura formas del Derecho romano contra tradiciones feudales francas (sea dicho al margen de toda "teoría" acerca de la Edad Media y del surgimiento de las "nacionalidades").

Los procesos de Nürnberg al término de la Segunda Guerra Mundial (y aun su posterior cuestionamiento en la jurisprudencia de la República Federal de Alemania) constituyen uno de los ejemplos más imponentes de la tensión permanen-

te, del conflicto, entre principio y norma. Un "delito contra la humanidad" no puede "deducirse" (en sentido jurídico) de ninguna norma o sistema de normas, menos aún si es la guerra, la fuerza, la que decide sobre la vigencia definitiva de sistemas de normas. La idea de G. Radbruch de un "Derecho suprallegal" (los DH) y de una "negación legal del Derecho" señala el "quid" de la cuestión. La extraña construcción de "Tribunales de garantías constitucionales" o "Tribunales constitucionales" está mostrando la misma tensión: la normatividad de la constitución, aunque incluya un catálogo de DH no es suficiente para asegurar la universalidad del "valor de verdad" de ciertos principios en todas las instancias, inclusive la suprema.

Una analogía muy ilustrativa para señalar la necesidad de la universalización abstracta y racional para la fundamentación irreductible de los DH está dada por las conocidas discusiones acerca del carácter "nacional" y "racial" de la ciencia (idea de una "física germánica" por ejemplo) ya mucho antes del nacional socialismo y aún después de él, discusiones de las que Einstein fue la víctima más prominente, pero no la única. Es sorprendente verificar que esta discusión nos parece ya imposible en la ciencia actual, mientras que suele aparecer más que legítima en el terreno jurídico.

* * *

Este análisis del problema del fundamento de los DH comenzó señalando que la formulación y fundamentación de éstos están ligadas tanto a la universalización abstracta, esencialmente matemática, de las ciencias como al surgimiento de la historiografía científica, la cual es, por otra parte, una consecuencia del mismo proceso. Parece plausible que la ponencia concluya con un análisis de este último aspecto, es decir del modo como Voltaire pudo llegar a esta preocupación por DH en su ancianidad. Una referencia marginal bastará para determinar, a su vez, el carácter del tratado de Beccaria.

Es corriente interpretar la estancia de Voltaire en Potsdam y Berlín durante casi 3 años (entre 1750 y 1753), en la corte de Federico el Grande, como el comienzo de un proceso de desilusión en la vida y la ideología de Voltaire, sobre todo de desilusión de las posibilidades humanitaristas de una monarquía ilustrada. Los conflictos con Federico y aun con la Academia de

Ciencias presidida por su compatriota Maupertuis pueden dar cabida a esta interpretación, y ello independientemente del significado del *Candide, ou l'optimisme* —1759— como panfleto anti-leibniziano y antirousseauiano (o tal vez "pararousseauiano"). Pero hay elementos que permiten poner en duda este supuesto proceso de desilusión y pesimismo y en general la influencia prusiana en Voltaire, mientras que lo contrario —basta citar al Kant precrítico y crítico— es más que evidente. Tampoco las positivas relaciones con Catalina de Rusia desde 1763, los elogios de las bondades del rey que hace durante su campaña de largos años por los derechos de los Calas y de los Sirven, en el *Traité sur la tolérance* y aun en el comentario de Beccaria, la reconciliación parcial con Federico II después de la Guerra de Siete Años, hacen pensar en desilusión o en proceso subjetivo-sentimental alguno en la vida de Voltaire después de la experiencia prusiana. Como en el sonado asunto del "Antimachiavelli" de 1740 hay en Voltaire antes que nada voluntad de objetividad racional y mucha táctica política para la imposición de principios de humanidad superiores a toda norma específica.

Pero más importante que los episodios biográficos es para este análisis el hecho de que Voltaire publique precisamente desde Berlín su *Siècle de Louis XIV* y partes considerables de su *Essai sur les moeurs et l'esprit des nations*, agregando y reelaborando en este último toda una serie de capítulos. Se trata de una primera gran tentativa de historiografía científica y totalmente secularizada. Además esta historiografía abandona, por lo menos en la concepción, el carácter eurocéntrico de la exposición y explicación históricas. Cualquier "periferia" puede ser centro y viceversa. Conviene recordar, en este contexto, que no pocas realizaciones en la explicitación y "positivización" de DH provienen de la "periferia": no me refiero en primer lugar al carácter "periférico" de las obras del ginebrino Rousseau, del Beccaria de una nación sujeta a la pesada dominación austríaca, del Voltaire del exilio voluntario, de los "escoceses" (Ferguson y A. Smith) etc., sino antes que nada a los planteos de resistencia frente a poderes centrales excesivos y arbitrarios, con prepotencia "de facto". A. von Humboldt, ese "segundo descubridor de América", parece haber tenido en cuenta, sobre la base de su experiencia americana, este movimiento de la periferia hacia el centro al escribir: "Con el saber surge el pensar, y con el

pensar la seriedad y la fuerza en las masas”.

Voltaire obtiene ciertos principios que bien podríamos llamar “de humanidad” —como él mismo dice— a partir de la reflexión generalizante sobre hechos históricos concretos. El principio de la libertad de culto y de opinión, por ejemplo, surge con necesidad por así decir inductiva de la polihistoriografía de los movimientos reformísticos y antirreformísticos en el siglo XVI con su constante recíproca destrucción. Una especie de descripción fenomenológica de los procesos históricos le permite inducir principios cada vez más generales de humanidad, más vacíos de contenidos concretos y al mismo tiempo de barbarie, si la barbarie —como él parece entenderla— no es sino la incapacidad de relativizar contenidos. Pero su método historiográfico implica también algo así como un proceso de “falsación”: el “valor de verdad” de una idea, de una acción histórica etc. desaparece si de ellas surgen consecuencias negativas de principios de humanidad.

Por su parte, el método de Beccaria en el citado tratado *Dei delitti e delle pene* es análogo al método matemático elemental en cuanto los pocos contenidos que indica no tienen función inductiva, sino sólo ejemplificatoria. Como se refleja hasta en la terminología y en las metáforas, la estructura mental de Beccaria es matematizante. Un siglo antes, por vías de la abstracción y

generalización, se habían hallado los principios de la física matemática clásica. El principio de humanidad que está en la base de las teorías de Beccaria tiene esa misma universalidad incondicionada.

El primero de estos dos grandes precursores de la “positivización” de los DH nos muestra el proceso que hace surgir una ciencia de la humanidad para la humanidad a partir de constataciones, nos muestra el pasaje del conocimiento a la cientificidad universalizante por depuración de los contenidos históricos fenoménicos. El segundo, Beccaria, no es historiador. “Asienta”, por así decir, los principios universales como definitorios de la humanidad y constata así la barbarie, la inhumanidad de normas positivas tradicionales. En uno y otro los principios que fundamentan DH son —por así decir— activos por sí mismos, tienen una validez universal que condiciona necesariamente, o relativiza al papel de mero instrumento, toda norma concreta positiva. Es lo que queda establecido en 1785 en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* de Kant, que populariza el principio incondicionado de la dignidad del hombre, y más especialmente en 1788 —un año antes de la más universal declaración de DH específicos— con el “imperativo categórico” de la *Crítica de la razón práctica*, esa primera y última decisiva fundamentación del derecho de la humanidad por la humanidad del derecho.

