

El complejo origen de la doctrina de los derechos humanos*

Las instituciones humanas, y entre ellas los derechos humanos, no surgen de pronto y de la nada ni tampoco son el resultado de procesos más o menos racionales donde podamos desarrollar una línea que se proyecta desde el pasado hacia el futuro. Por el contrario, normalmente son el fruto de encuentros casuales y de acontecimientos no pocas veces contradictorios. Este trabajo se proyecta, así, como una búsqueda de esas raíces sobre las que se asentó ese nuevo modo de sentir al otro.

Pese a la paradoja que supone, partimos de la base de que el individuo, la idea de individualidad, es también una construcción social. Una construcción laboriosa que se extiende por varios siglos. Un proceso que afectó a todos los marcos del desarrollo humano.

Que es un cambio de paradigma en la contemplación del hombre, y no un mero desarrollo técnico, se aprecia claramente en la obra de los grandes pintores y las distintas posiciones que defendieron como artistas. Miguel Ángel, por ejemplo, se instala todavía en el paradigma antiguo, por eso discrepa con los nuevos pintores que, tanto en Italia como en el ducado de Borgoña, nos proponen ya una consideración distinta del cuerpo humano. De esta manera, la pintura flamenca, pese a su primitivismo en aspectos tales como la perspectiva y el uso del color, se adelanta, sin embargo, al genio florentino por su insistencia en la apreciación de una individualidad que la convierte en algo mucho más cercano a nuestra época.

Ahí nace el concepto de retrato y con él las técnicas para identificar la imagen reflejada en el cuadro con los rasgos propios del sujeto retratado. El deseo que refleja el encargo por parte del mecenas de turno no se conforma, como nos propone Miguel Ángel y el clasicismo anterior, con alcanzar el ideal de belleza. Frente a esa belleza abstracta de un cuerpo presentado como

Fernando Oliván es profesor de Derecho Constitucional en la URJC y director del Observatorio Euromediterráneo de Espacio Público y Democracia

* Este texto es un extracto del próximo libro del autor *Dialéctica de los Derechos Humanos*.

arquetipo de la condición humana, van Eyck, van der Weyden, o ya en Italia, della Francesca, por mencionar algunos ejemplos, optan por apropiarse, incluso, de los defectos de su modelo para individualizar su obra. Es la singularidad de esos rasgos que se desvían del canon de un rostro perfecto lo que dota de viveza esa mirada que nos increpa desde sus lienzos. Una individualidad acorde con esa nueva realidad que crece a lo largo de ese período que llamamos Renacimiento. Los nuevos mecenas resultan así sujetos orgullosos de su propia historia personal, por eso quieren verse retratados tal y como son, sin ninguna necesidad de sentirse arquetipos de nada. Burgueses enriquecidos, extraños a la abstracción histórica de un linaje –esos grandes apellidos que definen a la nobleza–, y que se basaban a sí mismos para sentirse plenos protagonistas de su época.

El nacimiento del individuo

El proceso, como es lógico, tiene profundas raíces que nos llevan incluso hasta la Edad Media. Nos referimos, claro está, a la famosa controversia de los universales y a sus dos posiciones específicas: nominalistas y realistas. Para estos últimos, muy influidos por el pensamiento platónico, lo real, lo que verdaderamente existe –o lo que verdaderamente importa– son las esencias, las categorías abstractas, la idea. Las cosas que palpamos no son más que el accidente de esa idea cuyo rango conceptual es, por lo tanto, superior. Para los nominalistas, en cambio, lo único que existe realmente son los individuos, las cosas concretas. Las categorías abstractas no son más que nombres, puro reflejo de la acumulación de esa individualidad. Es este nominalismo el que triunfa con el nuevo siglo.

Como se puede apreciar, el desarrollo de esas dos propuestas filosóficas tiene también su implicación en la vida política. Es aquí cuando nace el sujeto como hemos apuntado anteriormente, pero sobre todo nace una preocupación específica por el propio yo. Es ese yo individual el que se convierte en el centro de la atención filosófica y teológica. Esto lo apreciamos magistralmente en esa literatura que vendrá a desarrollarse a lo largo de los siglos XIV y XV y que profundizará en esa identidad de la materia. Nos referimos a obras como la famosa “Imitación de Cristo” de Tomás de Kempis, una propuesta editorial que alcanzará cifras verdaderamente astronómicas. Kempis no duda en proclamar esa individualidad como la esencia misma de la persona: «No existe criatura tan pequeña y tan vil, nos dice, que no ofrezca alguna imagen de la bondad de Dios». De nuevo, como decimos, es la búsqueda del detalle, incluso los mismos defectos de cada uno, esa pequeñez y vileza de la que nos habla, terminan siendo algo querido por el Creador y, por lo tanto, con la dignidad de una obra divina. Los pintores pronto tomarán el testigo: hasta el rasgo más feo tiene así su belleza.

Estamos, por lo tanto, ante una construcción que, con un origen netamente cultural, alcanza los fundamentos de la sensibilidad moderna. Va a ser justamente en este marco de

los sentimientos, ahí donde la sensibilidad alcanza la superficie de la piel, donde el modelo propuesto va a alcanzar sus mayores cimas. Es cierto que la controversia teológica que desencadena la reforma protestante deja de lado todo este conjunto de aspectos de la experiencia sensible, sin embargo, en un punto marginal, pero que a la postre tendrá consecuencias gigantescas, se va a desarrollar el fundamento del nuevo orden en el que todavía nos movemos. Nos referimos a esos precursores de la Ilustración, ese libertinismo que, gracias a su ansia de libertad, terminará rompiendo las amarras del pensamiento cristiano y de su ética. En cierto grado podemos entender este movimiento, verdaderamente contracultural en su época, como los cimientos más profundos sobre los que, ya en los siglos XVII y XVIII, se levantará el gigantesco edificio de la Ilustración sobre el que gravita la teoría de eso que llamamos los derechos humanos.

El *libertinismo*, con la carga peyorativa que le dieron los autores con los que entró en controversia, supondrá la primera brecha, ya verdaderamente social y no solo intelectual, que se abre sobre el pensamiento cristiano. Sus consecuencias, como decimos, serán la Ilustración y, sobre todo, su correlato en el liberalismo político. Posicionamiento ideológico heredero de ese libertinismo en muchos más aspectos que en su mera denominación etimológica.

Ya en los siglos XVII y XVIII, se levantará el gigantesco edificio de la Ilustración sobre el que gravita la teoría de eso que llamamos los derechos humanos

Si seguimos la etapa de este viaje del espíritu, la siguiente etapa sobre la que se detiene nuestra atención, se alcanza a finales del siglo XVIII. Diderot llegará a consagrar un concepto fundamental para el moderno análisis de la persona: el «soi même», ese “sí mismo” sobre el que gravita la reflexión moderna: «que es lo que yo soy en mí mismo», la mismidad de la conciencia de sí. El sujeto, nos dirá, ya no es un alma adherida a un cuerpo que solo funciona como una mera carcasa más o menos desechable. El cuerpo es parte sustancial de esa identidad que da razón de ser a lo que soy en mí mismo. En *El sueño de d’Alambert* Diderot va a profundizar, con un atrevimiento que ya nos acerca al psicoanálisis, a la psique más profunda. Ahora bien, como luego sucederá en el psicoanálisis freudiano, esa psique ya no está en otra parte que en el mismo cuerpo. En *L’Encyclopédie* el cuerpo alcanza una definición que ya es plenamente moderna: «Ese objeto particular (el cuerpo) no solo alcanza a ser para cada uno de nosotros el centro del universo y el punto desde el que medimos todas las distancias, nos acostumbramos además a mirarlo como nuestro ser propio». Poco antes, Montaigne, otro adelantado, decía: «Así, lector, yo soy yo mismo la materia de mi libro». Cuerpo y alma se funden en una única realidad, destrozando una distinción, aún más, una separación, fundamental para la conciencia cristiana.

Con esto queremos llegar a un punto concreto. Algo que cambia los criterios de análisis y de contemplación de la realidad y que pronto se extenderá a toda la cultura de influencia occidental. El cuerpo es, por lo tanto, el que goza y sufre, el que siente hambre y dolor, el que ama y el que vive. No estamos ante algo despreciable que, como buenos cristianos, debemos rechazar entre asco y odio. Frente a la proclama de un papa como Inocencio III, que proclama sin bochorno: «Tu, hombre, andas investigando hierbas y árboles, pero estos producen flores, hojas y frutos y tú produces liendres, piojos y gusanos; de ellos brota aceite, vino y bálsamo y de tu cuerpo esputos, orina y excrementos». Frente a esto, decimos, la Ilustración nos propone un cuerpo que acumula en sí mismo toda la dignidad de la creación divina o, sencillamente, toda la dignidad de la condición humana.

Hemos hablado de cambio de paradigma, lo será completamente en la contemplación de temas tan inmediatos como la tortura y el proceso penal. La ejecución de Damiens tras el atentado contra Luis XV, pese a la brutalidad de la que dan cuenta las crónicas de la época, no mueve en absoluto al rechazo de la tortura, por el contrario, la terrible ejecución de este desgraciado todavía se vive como un acto de purificación y de exaltación de la monarquía. Al poco tiempo, otro caso también va a resolverse con la tortura del encausado, es el conocido como Caso Calas. Sin embargo, aquí, la opinión pública cambia radicalmente. El *Tratado de la tolerancia* de Voltaire nos lo explica magistralmente.

El trabajo propagandístico de la novela

Lo que nos interesa ahora es ese cambio en la conciencia social, de la sensibilidad ante este hecho, pues es ahí donde tenemos que ubicar el nacimiento de nuestra disciplina. Con pocas décadas de diferencia la respuesta entre un caso y el otro va ser radicalmente distinta: de pronto la tortura se vuelve inasumible y repugnante. La causa no es otra que esa conciencia del cuerpo que la sociedad ha incorporado definitivamente a su conciencia. ¿Qué ha pasado? Una nueva subjetividad alcanza de pronto a toda la sociedad en su conjunto. Las raíces de este cambio resultan relativamente fáciles de detectar en esas construcciones filosóficas que rompen con la idea de alma, y que recuperan el cuerpo como centro mismo de la persona. El problema está en cómo, desde esta filosofía tan minoritaria, se pudo alcanzar la generalidad de una sociedad ya compleja y compuesta de grandes números. Nuestra tesis es que para llegar a este punto fue preciso un gigantesco aparato de propaganda capaz de trasladar esa razón filosófica a la mecánica sentimental de las masas. La realidad es que sí hubo este poderoso instrumento propagandístico, todo un aparato que alcanzó a reconstruir el sentimiento –o mejor dicho, el sentimentalismo– de las gentes y abrirlo a la nueva sensibilidad de lo material. Este instrumento no fue otro que un género literario que supo ganarse el favor de los lectores. Nos referimos justamente al género de la novela.

La novela, como género literario, alcanzó, a lo largo de ese siglo XVIII, dimensiones de verdadero instrumento de comunicación social. Frente a los moldes de los géneros anteriores, repletos de héroes y caballeros andantes, su apuesta, desde el Barroco, se centró en el individuo. Un individualismo que pronto se presentó en sus perfiles más personales y ocultos. La locura de Don Quijote, la desvergüenza de un Lazarillo, o de un Buscón solo son comprensibles desde esta óptica de lo individual. Soldados rasos, vagabundos, prostitutas y truhanes serán los nuevos protagonistas en cientos de miles de obritas que se leían en todos los rincones. Sin embargo, la novela como instrumento de propaganda, alcanzará su cenit en la segunda mitad del siglo XVIII a través del surgimiento de un subgénero específico: la novela epistolar. Hay que ser conscientes de la profundísima influencia que alcanzará este género, sobre todo en medio de esa naciente clase burguesa que encuentra ahí la única forma de estar y contemplar el mundo.

Frente a toda lógica jurídica, esta es la gran apuesta de la Modernidad, la persona se sitúa en el centro del ordenamiento jurídico. Las consecuencias van a ser inmensas. Se abre una dinámica que arrasará con los moldes clásicos del ordenamiento jurídico

Esto será especialmente aplicable a las mujeres, a las mujeres burguesas, a las que pronto se dirige este tipo de obras. La pasividad de la vida femenina y la limitación de movimiento a la que se ve sometida, siempre vinculada a la casa y con pocas salidas al mundo exterior, convertía la labor epistolar, esas cartas que se envían a amigos y parientes, en la forma más poderosa de comunicación y conexión con el mundo. De ahí su propio interés por este género de novela epistolar que alimenta, a su vez, su pasión por escribir cartas. Como esas damas burguesas a las que se dirigen, Pamela, Clarissa, Shamela, Julie, en las obras de Richardson, Fielding o Rousseau, como numerosos otros personajes de Jane Austin o de Defoe, se pasan la vida escribiendo cartas. Cartas en las que el modelo de cortesía, esa importancia de las formas y del reconocimiento del otro, facilitaba de una forma extraordinaria la apertura de los corazones y la expresión más o menos sincera del sentimiento. Expresiones que hoy nos parecen cursis, pero que permitían volcar tanto los sentimientos como las pasiones.

A través de este género, los autores van a ir creando toda una anatomía del sentimentalismo donde sentimientos, pasiones, la misma voluntad y su componente ético se vuelven los verdaderos protagonistas del drama. El dolor físico es vivido como algo inmediato, no es solo un accidente del cuerpo, sino algo que afecta a la integridad plena de la persona. Cuerpo y alma se confunden. Así lo expresan esas mujeres de la ficción y así lo aprenden miles de mujeres a través de su lectura. Aunque el fenómeno se centró en ese público

femenino, también afecta a los hombres. Tristán Sandy, Cándido, Saint-Preux, el tierno amante de Julie, etc. entre la ironía y la emoción, contribuyen a ello. La Julie de Rousseau fue un verdadero cataclismo social. La gente comentaba las pasiones de la heroína como algo real y vivido. Se tradujo a numerosas lenguas y pronto sus ediciones se contaron por decenas. Miles de familias se educaron sentimentalmente con los sufrimientos de la protagonista.

La crisis del derecho

De esta manera se produce un proceso que extiende sus consecuencias mucho más allá del género literario. La empatía con los sentimientos del otro se hace moneda común y una nueva educación sentimental recorrerá las calles de las ciudades. Trasladar ese sentimentalismo a la insostenible sensación de la tortura no debió ser difícil. Cuando Voltaire toma el caso Calas y lo convierte en bandera contra la intolerancia e ignorancia de los jueces, lo hace sobre un terreno abonado que hace de su denuncia una máquina de combate. No será solo en el marco de la penología y el proceso penal donde actuará su discurso, por el contrario, su ironía, su denuncia, llega a la sociedad en su conjunto. Todo el viejo sistema judicial entra, de pronto, en crisis. Beccaria, como tantos otros juristas anónimos, franceses, ingleses, italianos y alemanes, ponen las bases de un nuevo sistema donde el centro de atención converge en la persona del acusado. Se llegará a proponer incluso la supresión de la pena de muerte y se empieza a hablar de la finalidad de rehabilitación como verdadero fin de la pena. El derecho penal moderno, como parte de esa comprensión de los derechos humanos, nace ahí con todas sus consecuencias.

Hay así una línea, tenue pero persistente, sobre la que se sustenta un fuerte discurso que nos habla de la autonomía y valor de la persona. Un discurso, no podemos olvidarlo, que nace y tiene sus genes en esa profunda carga irreligiosa, y sobre todo anticristiana, de la filosofía ilustrada. Nace así, como expresión de esa desvinculación del sujeto, como sujeto sensible, de toda dependencia divina. El hombre aparece como ser autosuficiente y, por lo tanto, digno en sí mismo y repleto de derechos.

El camino ha sido largo y ha tenido múltiples componentes. El profundo desencanto de una comunidad judía convertida en extranjera en todas las tierras; el reconocimiento de ese otro –el indio– como un ser humano pese a su radical extrañeza, la asunción de un aristotelismo nominalista que percibe las cosas en sí, más allá de toda trascendencia; la tradición oculta, pero persistente, de lecturas heterodoxas más allá de la idea de pecado, todo esto, como una lluvia fina, va a ir calando en la conciencia moderna, abonando una opinión cada vez más extendida y que, al terminar ese siglo XVIII, eclosionará como un nuevo derecho.

Quizá ahí estén también parte de las claves, pero también muchas de las nuevas preguntas. Sobre todo el saber por qué esa construcción, que nace en el marco casi íntimo de la psicología, termina eclosionando bajo la forma específica de derecho. La realidad es que eso que llamamos los derechos humanos pudo haber asumido otras formas distintas. Es más, sus inicios están repletos de dudas, su misma transcripción en los inicios del constitucionalismo, adquiere la forma de declaración, un instrumento que se presenta al margen del aparato normativo tanto de las propias leyes como de la misma Constitución. Por eso, la pregunta nos interpela: ¿Estamos, realmente, ante un verdadero derecho?

La autonomía de la persona y su exigencia de soberanía, dotará de combustible ideológico al proceso revolucionario. Ahí se anuncian las primeras consecuencias. El romanticismo las vivirá en primera línea

No podemos olvidar que el derecho, y en aquel momento ya es un instrumento enormemente técnico, responde a necesidades y formas radicalmente distintas. Frente a un orden heredado del viejo derecho romano y construido sobre fundamentos vinculados a la idea de comunidad se va alzando, a lo largo de ese siglo que abarca *in extenso* la centuria de 1800, todo un nuevo modo de entender las relaciones jurídicas, algo que se va a vivir como una profunda revolución jurídica. El proceso no será sencillo ni faltarán los experimentos y propuestas intelectuales, algo que se extiende casi a los dos siglos anteriores. La literatura, del teatro a la poesía, pasando nuevamente por la novela, darán cabida a muchos de estos ensayos. La reflexión final de Shakespeare en *La tempestad* y ese gesto de Próspero, el protagonista de la obra, reconociendo la dignidad de persona al aborrecible Calibán al que tiene esclavizado, nos señala el camino a recorrer.

Atención, el nombre de Calibán no está exento de guiños, difícil no reconocer ahí alguna de las formas de recepción en la lengua inglesa de la palabra Caribe, referencia explícita a esos nuevos seres, desnudos y abominables, con los que se topan los viajeros en las islas americanas. O ese otro magistral experimento de Daniel Defoe en su mítico Robinson. El escritor aquí nos viene a decir que su héroe, pese a disponer en su isla de los mil instrumentos que salva del naufragio, carece sin embargo de lo más importante, la plenitud como persona. No será la civilización, ni la presencia de Dios, garantizados por ese calendario y esa Biblia que componen su ajuar, lo que le convierte en persona, al final lo que le salva es la presencia de un otro, aunque sea un salvaje, al que poder tratar como un igual. En definitiva, es ese otro el que le convierte en persona. «*Persona est homo iuris communionem habens*» dirá Althusius, uno de los grandes juristas de la época. Persona es el hombre en cuanto copartícipe del derecho. Sin alguien con quien compartir el mundo no hay ordenamiento jurídico, no hay personalidad. En definitiva, sin la presencia del otro, no nos diferenciamos de las bestias.

No es Dios quien nos hace hombres; para serlo no será suficiente el texto sagrado (Robinson lo salva del naufragio), sin embargo, nos basta un otro, aunque sea un simple salvaje, para convertirnos en seres plenos para el derecho. Ahora bien, ¿quién es esa persona –ese concepto de persona– que, de forma tan sorprendente aparece, así, de pronto, en medio de la Modernidad? Esta es, quizá, una de las claves más importantes para llegar a conocer la materia más íntima del derecho moderno.

Queda, así, abierta la incógnita de esa apuesta por la forma específica de derecho. Frente a toda lógica jurídica, esta es la gran apuesta de la Modernidad, la persona se sitúa en el centro del ordenamiento jurídico. Las consecuencias van a ser inmensas. Se abre una dinámica que arrasará con los moldes clásicos del ordenamiento jurídico. La autonomía del derecho hará el resto. El hambre de competencias de la nueva figura –la persona como sujeto de derecho– pronto entrará en colisión con el viejo principio de soberanía sobre el que se basó la construcción del Estado. Una paradoja va a recorrer toda la teoría moderna del derecho y que, en cierto grado, pronto anunciará la crisis del mismo sistema. La autonomía de la persona y su exigencia de soberanía, dotará de combustible ideológico al proceso revolucionario. Ahí se anuncian las primeras consecuencias. El romanticismo las vivirá en primera línea. Como en la explosión de una bomba, la onda expansiva del *Sturm und Drang* (literalmente: “tormenta e ímpetu”) alimentará tanto el individualismo más radical como el colectivismo (nacionalista) más absoluto. En breve, entre Rousseau y Fichte, se construye así todo el universo conceptual del derecho moderno.

El correlato entre la doctrina de los derechos humanos y el romanticismo decimonónico está todavía por escribirse. Sin embargo, nombres como Savigny, Gierke e incluso, los grandes administrativistas franceses, resultan incomprensibles sin ese cataclismo que sacudió tan profundamente el mundo jurídico.