

## SECCIÓN I

### EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO

1. Otra vez el tema de la positividad . . . . .	323
2. La Constitución escrita . . . . .	324
3. La ideología histórica de la primera generación de derechos en el constitucionalismo moderno . . . . .	327
4. El origen de las declaraciones de derechos en la normativa constitucional . . . . .	329
5. La modernidad histórica de las declaraciones de derechos . .	334
La universalización de las declaraciones de derechos . . . .	336

## SECCIÓN I

### EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO <sup>1</sup>

#### 1. OTRA VEZ EL TEMA DE LA POSITIVIDAD

Si para nuestro punto de vista lo constitucional va mucho más lejos de lo que está escrito en las normas de la Constitución codificada, porque la Constitución material (o el derecho constitucional material) siempre la excede —aun cuando la Constitución escrita tenga vigencia sociológica— y algunas otras veces la transgrede o se le opone (en cuyo caso los contenidos transgredidos pierden vigencia sociológica, quedando relegados a la normatividad escrita del texto constitucional), el primer comentario que nos toca hacer dentro del derecho constitucional es el siguiente: los derechos humanos no son derecho positivo por el mero hecho de estar acaso consignados en las normas de la Constitución formal o codificada; lo son cuando, con o sin esa consignación escrita, tienen vigencia sociológica.

Ya dijimos, pero debemos reiterarlo nuevamente ahora que abordamos los aspectos constitucionales, que la recepción de los derechos humanos en la positividad se produce con aquella vigencia, y no con la normativa escrita, porque si ésta no alcanza la eficacia y aplicación que definen a la misma vigencia sociológica, es “letra muerta” cuya pura vigencia normológica no alcanza para aseverar que “hay” derechos humanos en la positividad. No abundaremos más en este aspecto porque ya fue explicado. Si acaso se dice que la normación constitucional escrita —que es característica del constitucionalismo moderno o clásico— implica la positivización de los derechos, o su ingreso al

<sup>1</sup> Las remisiones bibliográficas serían muy extensas, y seguramente obvias, porque nadie ignora que puede acudir a las obras de derecho constitucional, historia constitucional, historia de las ideas políticas, etcétera, entre las que hay muchas clásicas. Nos limitamos a: Sáchica, Luis Carlos, *Exposición y glosa del constitucionalismo moderno*, Bogotá, 1976. Puede verse, para un esbozo del ambiente doctrinario, la *Historia de las ideas políticas* de Marcel Prelot, Buenos Aires, 1971, el cap. XLI del libro sexto, sobre “la vulgata demoliberal”.

derecho positivo, es porque se piensa que aquella normación coincide con la vigencia sociológica, cosa que en muchos casos es así, pero en otros no. Y cuando no lo es, no hay positividad porque falta la eficacia: la normativa constitucional escrita sobre derechos del hombre no funciona.

## 2. LA CONSTITUCIÓN ESCRITA

Cuando hace irrupción el constitucionalismo moderno a fines del siglo XVIII con la primera codificación constitucional en Estados Unidos, es de observar que su texto originario no contenía una declaración de derechos. La tradición de las colonias inglesas, sin embargo, la daba por presupuesta e implícita. Poco después, las diez primeras enmiendas suplieron el vacío normativo.

Hecho este recuerdo histórico, vale coincidir en que a partir de entonces, lo medular de las constituciones escritas tuvo expresión en la Declaración de Derechos,<sup>2</sup> la que en esa hora primitiva tradujo los derechos civiles, o libertades civiles, que ahora se dan en llamar derechos de la primera generación, porque fueron los que primero nacieron escriturariamente en la inscripción constitucional.

En ese momento, fueron vistos como derechos del hombre frente al Estado, o sea, en una relación de derecho público en la que el Estado se situó como sujeto pasivo, gravado con una obligación de abstención u omisión, que consistía en dejar libre al titular en el ejercicio de su derecho, en no crearle impedimentos, en no turbarlo. No se olvide que, a esa misma época, cundía la imagen liberal del Estado abstencionista —o Estado mínimo, o guardián, o policía— y que se lo consideraba limitado y retraído en función de asegurar al hombre la expresión de su libertad en una esfera exenta de injerencias estatales.

Pero esta breve descripción, que para nadie puede ya ser novedosa, sólo tiene aquí el propósito de acentuar el valor de la inserción de los derechos en la Constitución escrita. Pensamos que tal valor puede hoy ser ponderado así: más allá del o de los fundamentos suprapositivos que cada quien reconozca a los derechos, su formulación escrita en la normativa constitucional los sustrae de toda discusión; el hecho de quedar contenidos en una declaración dentro de la Constitución les confiere la máxima jerarquía en el orden normativo, porque esa Cons-

<sup>2</sup> Ver: Battaglia, F., "Declaraciones de derechos", en su obra *Estudios de teoría del Estado*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1966.

titución es suprema y encabeza el sistema, dejando en relación obligatoria de subordinación al resto de la normativa infraconstitucional. El argumento de la supremacía y de la rigidez de la Constitución escrita perfilará debidamente esa imagen, y Marshall lo hará funcionar en el célebre caso "Marbury c/Madison" muy pronto —en 1803— para dar curso a la *judicial review*, o control de constitucionalidad. La declaración de inconstitucionalidad de normas infraconstitucionales violatorias de la Constitución escrita servirá, desde entonces, para descalificar toda lesión a uno o más derechos contenidos en la Constitución o, dicho de otro modo, para decidir que es contraria a la Constitución cualquier norma inferior que se opone a la norma constitucional que reconoce un derecho.

Cuando más tarde la doctrina alemana elabore la figura de los derechos públicos subjetivos, tales derechos serán los derechos del hombre una vez que hayan tenido recepción en las normas de la Constitución escrita, de forma que la declaración de aquéllos en éstas los convierte en derechos del hombre como sujeto políticamente situado en un sistema de relaciones jurídicas de carácter público, tan público que es el derecho constitucional el que las regula. Y tan verdad es esto, que la fuerza de los derechos humanos como derechos públicos subjetivos proviene del reconocimiento que les depara el sistema normativo estatal en su máxima formulación, que es la constitucional.<sup>3</sup> Se podrá decir, a la vez, y sin cambio del sentido, pese a la diferencia de denominación, que los derechos del hombre una vez trasvasados a la normativa constitucional, se convierten en derechos fundamentales.<sup>4</sup> Cuando los franceses hablen, con otro léxico jurídico, de libertades públicas, la idea subsistirá, porque tales libertades definirán el sector de los derechos civiles constitucionalmente declarados, por oposición a los derechos civiles privados; las libertades públicas habrán de ser derechos civiles públicos, con lo que reenviamos a la noción de los derechos públicos subjetivos.

Dentro del clasicismo normativo, habrá entonces un "derecho objetivo" (de nivel constitucional) que será la dimensión normativa objetivada en la Constitución escrita, que reconoce o declara los derechos, y un "derecho subjetivo" que, a raíz del primero, y por supuesto con idéntico nivel constitucional, será atributo o facultad que titulariza el hombre de acuerdo a la Constitución.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Ver: De Castro Cid, *El reconocimiento de los derechos humanos*, cit., p. 24.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 22.

Puede quedar fuera de duda que en ninguna de ambas dimensiones el constitucionalismo clásico pudo ser originariamente interpretado como otorgando o concediendo derechos a los hombres, sino únicamente como reconociéndolos o contrastándolos. La inscripción constitucional es una constancia jurídica solemnizada en la Constitución a favor de derechos humanos que no son un regalo que ella hace, no obstante lo cual no se pierde el sentido de que, en el sistema normativo estatal, son derechos públicos subjetivos porque el Estado los reconoce en su Constitución.

Del precedente párrafo se desprende que permanece nítidamente destacada una dualidad imposible de confundir o identificar: por un lado, las normas formuladas en la Constitución escrita que reconocen los derechos, y por el otro, los derechos que constan en esas normas. Norma declarativa, y derecho declarado, no son lo mismo: los derechos declarados son derechos "en" las normas de la Constitución, y las normas declarativas son normas "de" la Constitución que se refieren a derechos.

La misma locución clásica "declaración de derechos" (que bien puede convertirse en esta otra: "normas declarativas de derecho") hace bien patente que la declaración —o el reconocimiento declarativo— se formula por escrito en la Constitución para definir a los derechos como derechos del hombre en el Estado. Gráficamente, diríamos que en el constitucionalismo clásico esa declaración normativa en la Constitución es como una fotografía de los derechos humanos, que cuando quedan impresos en ella se vienen a llamar derechos públicos subjetivos o derechos fundamentales. El derecho público (constitucional) les ha puesto su sello identificador para evitar dudas.

Con otro lenguaje que no modifica la perspectiva, resulta acertado afirmar que este fenómeno merece el rótulo de constitucionalización de los derechos del hombre.<sup>6</sup> Los derechos gozan o se impregnan de constitucionalidad porque están reconocidos en una declaración normativa que forma parte de la Constitución formal o escrita.

<sup>6</sup> "Constitucionalización de los derechos humanos y de su declaración" es el título del capítulo segundo de nuestro libro *Los derechos del hombre*, cit. Para las tesis que niegan el valor positivo de las declaraciones de derechos y de los preámbulos de las constituciones, así como para las que lo reconocen y afirman, ver: Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit., pp. 71 y ss. Asimismo, ver: Morange, G., "Valeur juridique des principes contenus dans les déclarations des droits", en *Revue de Droit Public*, 1945; Jèze, G., "Valeur juridique des déclarations des droits et des garanties des droits", en *Revue de Droit Public*, 1913.

Así vemos que la fuente normativa de constancia vino a ser la misma Constitución que preside y encabeza —como vértice o cúspide— al sistema normativo. Todo lo que pueda estar por encima de ella, está fuera de la positividad.

El esquema coincide con el diseño que después nos trazaría Jellinek en torno del *status* político del hombre en el Estado, o sea, de la situación jurídicamente constitucional con que se lo instala y en la que se lo instala.

En síntesis, la visión que trazamos del constitucionalismo moderno queda normativamente atrapada y cercada, porque son las normas de la Constitución escrita las que formulan los derechos a través de un simbolismo solemne y de elevado rango: su reconocimiento en una declaración. Esta declaración tiene forma normativa, y consta por escrito. Estamos, entonces, en la normativa constitucional inscrita en un texto codificado que define el estatuto jurídico de la persona como sujeto de derecho frente al Estado, en relación de derecho público. Y su situación jurídica es una situación jurídica subjetiva que consiste en la libertad dentro de, y frente a, un Estado limitado en virtud de esa misma situación, y de la Constitución que la proclama, la consagra, y la garantiza.

Ese Estado que queda así rodeado de un perímetro limitado es el Estado que se dio en llamar después Estado “de derecho”, con una acepción a la que ya hemos criticado. Al tiempo de surgir el constitucionalismo clásico, cuando todavía tal locución no había cobrado curso, ese “derecho” no podía tener cualquier contenido; tenía que ser un derecho “objetivo” que contuviera los derechos ‘subjetivos’ (públicos) del hombre.

### 3. LA IDEOLOGÍA HISTÓRICA DE LA PRIMERA GENERACIÓN DE DERECHOS EN EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Es inevitable incurrir en ciertas repeticiones, pero se nos hacen necesarias al abordar los aspectos constitucionales de los derechos humanos.

El liberalismo individualista que le presta base ideológica daba por axioma político —que el constitucionalismo moderno recoge y plasma en sus constituciones— que los hombres y la sociedad que ellos forman tienen que realizar por sí su propio destino mediante el despliegue de su libertad y de su iniciativa privada; allí no corresponde intervenir

ción alguna del Estado, ni siquiera de tipo supletorio o auxiliar; en consecuencia, ese Estado —que ya calificamos como abstencionista o mínimo— tiene como lema el *laissez faire*, y como papel limitado cuidar, vigilar, y garantizar la libre competencia y el juego armónico de los derechos, resguardando el orden y la seguridad. Esta idea de armonía espontánea en la convivencia sociopolítica pone en íntima relación a la constitucionalización de los derechos personales y a la estructura constitucional del poder; los primeros representan —en la normativa constitucional— una de las más vigorosas garantías de limitación y control del poder, dentro de un Estado que, para merecer el rótulo de Estado “constitucional”, ha de diseñar su fisonomía jurídica con dos rasgos imprescindibles: la declaración de derechos, y la división de poderes (al modo como lo enunciaba la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en la Revolución francesa de 1789).<sup>7</sup>

En esa etapa, los derechos del hombre —o las libertades del léxico francés— aparecían, según nos comenta André Hauriou, sobre todo como posibilidades, como virtualidades, como rutas abiertas ante la independencia y la iniciativa de los individuos.<sup>8</sup> Por eso, la igualdad que era correspondiente a la libertad no excedía de una estricta y formal igualdad de derecho, y para nada asomaba en ella la idea (posterior, y actual) de una razonable igualdad de hecho, o de una igualdad de oportunidades. La dogmática afirmación de la Declaración francesa de 1789 acerca de que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos” exhibe, así, un rigorismo formal, y hasta ficticio, que no se hace realidad por su sola inscripción constitucional y que se desbarata ante múltiples obstáculos cuando el Estado no se ocupa de removerlos en favor de los hombres que por su propio esfuerzo no pueden superarlos. Pero queda una idea; esa idea, útil a la época inicial del constitucionalismo moderno, es esta: la normativa constitucional debe consignar expresamente que no se admitirán desigualdades que menoscaben la libertad propia de todo ser humano, y debe garantizar que esa paridad se respete. Eso sí: si con la misma libertad y la misma igualdad formales se producen desigualdades de hecho, o surgen indisponibilidades en el goce de la libertad para algunos hombres, tales situaciones fácticas no han de ser atendidas por el Estado abstencionista. Es como si éste les dijera a los hombres: aquí tenéis en la

<sup>7</sup> Ver: Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, cit., p. 20.

<sup>8</sup> *Derecho constitucional e instituciones políticas*, cit., p. 210.

Constitución una declaración de derechos a favor vuestro, con una libertad y una igualdad que pongo a vuestra disposición; usad de ese conjunto de facultades, ejercedlas y gozadlas; yo garantizo que no sufriréis violaciones, o que éstas serán reparadas; más allá de eso, no os garantizo nada.

Con esta visión, las declaraciones de derechos de la primera generación, acuñadas al calor de la ideología histórica que adopta el constitucionalismo finisecular dieciochesco, transforman a las anteriores libertades "privilegios" en libertades "derechos públicos subjetivos" generalizados igualitariamente para todos los hombres que son parte del Estado al que la Constitución escrita circunda, estructura y limita.

El liberalismo individualista había alcanzado a recorrer constitucionalmente el primer trayecto. Sobre él no cabe volver atrás, pero sí cabe proseguirlo en tramos subsiguientes. Y en ellos, el liberalismo —que será siendo tal por su fidelidad a la libertad— habrá de ser "un" liberalismo readaptado a las nuevas circunstancias históricas posteriores.

#### 4. EL ORIGEN DE LAS DECLARACIONES DE DERECHOS EN LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL

Este tema es de vieja data, y en la polémica<sup>9</sup> desatada sobre él ha pesado mucho el nacionalismo francés y, en pos de éste, los "afrancesamientos" culturales.

En 1895 Jellinek publicó *La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*,<sup>10</sup> cuya traducción al francés dio lugar a la réplica de Boutmy,<sup>11</sup> y ésta, a su vez, a la recíproca de Jellinek. Las tesis contrapuestas<sup>12</sup> han permitido a los estudiosos posteriores alinearse en un sentido o en otro. Pero quizás la discrepancia entre el punto de vista de Jellinek y el de Boutmy provenga de que el primero se refería a una cuestión estrictamente jurídica o constitucional —la de la "inscripción" de la declaración de derechos— y el segundo a otra de filo-

<sup>9</sup> Ver: Robles, G., "El origen histórico de los derechos humanos: Comentarios de una polémica", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 1979, núm. 57.

<sup>10</sup> Traducida con ese título por Adolfo Posada, Madrid, 1908.

<sup>11</sup> "La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek", *Annales de Science Politique*, julio de 1902.

<sup>12</sup> Ver: Posada, Adolfo, "El origen de la 'Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano', una discusión interesante", *Revista Jurídica de Cataluña*, t. IV, p. 1903.

sofía sociopolítica —a la de la fuente inspiradora del contenido de esa declaración—.

Ese deslinde es imperioso. A Jellinek le interesaba averiguar —lo confiesa él mismo— cómo las exigencias abstractas impuestas al Estado se convirtieron en leyes para el mismo Estado, o sea, cómo entraron al reconocimiento constitucional escrito. Otro es, por cierto, el problema de la fuente o el valor histórico, filosófico o social de lo que ese reconocimiento constitucional (la Declaración de Derechos) contiene como doctrina asumida en la juridicidad normativa.

Jellinek rechaza al rousseauianismo, y a nuestro entender tiene toda razón. De Rousseau no ha surgido nada fecundo para los derechos humanos ni para su declaración constitucional (aun cuando hay puntos de vista diametralmente opuestos). "Los principios del contrato social —dice Jellinek— son por tanto absolutamente contrarios a una declaración de derechos". También supone incorrecta la tesis de que la declaración de la independencia americana hizo de modelo para la Declaración francesa de los derechos en 1789. Tal modelo fue dado por las declaraciones de derechos o *bill of rights* de los estados particulares de Norteamérica; no hay ningún derecho especial de libertad que los franceses hayan añadido a la enumeración americana, afirma Jellinek.<sup>13</sup>

En la búsqueda de ingredientes formales y materiales, Jellinek cree que los *bills* ingleses tampoco son antecedentes de los *bills* americanos, porque éstos consagran derechos individuales y aquéllos —más bien— deberes del gobernante o derechos anteriores, sin ninguna pretensión de limitar al legislador ordinario.<sup>14</sup> Y con sagacidad estima que los *bills* norteamericanos dieron, como novedad, a las declaraciones de derechos la jerarquía de la Constitución superior a la ley, por distinción entre un poder constituyente, y un poder constituido (legislativo) subordinado a él. Si ésta puede ser la razón que explica la novedad de inscribir los derechos en un texto (o sea, para darles el rango supre-

<sup>13</sup> Biscaretti comparte la tesis de que si la Declaración francesa de 1789 fue resultado directo del movimiento filosófico-político determinado por el iusnaturalismo europeo (que ya había actuado, por otro lado, sobre los constituyentes estadounidenses), se promulgó teniendo presente a las declaraciones norteamericanas, poco anteriores (*Derecho constitucional*, Madrid, 1965, p. 668).

<sup>14</sup> Dice al contrario Biscaretti di Ruffia que en las declaraciones británicas de derechos y deberes no se encuentra proclamación alguna de alcance filosófico y universal; se trata siempre de confirmaciones contingentes de antiguas costumbres y de preexistentes institutos jurídicos capaces de tutelar al individuo frente a las intermitentes amenazas de la autoridad regia (*Derecho constitucional*, cit., p. 667).

mo de la Constitución que incorpora esa declaración escrita), otra es la fuente del contenido, que Jellinek descubre en la libertad religiosa de origen protestante; es un derecho natural o superior al Estado —que éste no puede vulnerar— el que confiere al hombre el derecho personal, inviolable e inalienable, a su libertad de conciencia y de religión; y es la declaración de derechos la que plasma constitucionalmente, y trasladada a las normas escritas, esa idea filosófica. Pero incorpora, como trasfondo, un aporte germánico, cuando interpreta que la noción de que el Estado no crea ni otorga los derechos individuales, sino que únicamente los reconoce, es oriunda de Alemania, y que incluso Inglaterra la hereda de ella cuando desde la Carta Magna en adelante formaliza limitaciones al poder político.

De Boutmy sólo vamos a colacionar una idea importante: cada uno de los dos documentos —americano y francés— tomó no del espíritu de su propio país sino del espíritu de su tiempo, concepciones similares que expresaban de manera abstracta, a la moda del siglo XVIII; pero aun aceptada la verdad de esa idea, queda en la nebulosa la respuesta a una doble pregunta: a) ¿de dónde surge el “hecho” o la ocurrencia de escribir una declaración que reconoce los derechos del hombre en un texto jurídico de jerarquía eminente?; b) ¿de dónde surge el contenido material que —como derechos del hombre— se formula normativamente en esa declaración?<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Dice Peces-Barba que es en el seno del Estado moderno donde se produce la génesis normativa de los derechos fundamentales; ese será su marco político y jurídico, sobre todo cuando el Estado absoluto se transforma en Estado liberal. Pero —añade— también antes tuvieron influencia en la manera de entenderse y plantearse los derechos los distintos modelos en la forma de aparición del Estado, aunque en los siglos XIX y XX se produce una cierta unificación de esos modelos. Los dos principales fueron, a su entender, el inglés y el continental (Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Madrid, 1982, pp. 33-34). Recuerda más adelante que en Inglaterra la evolución hacia el Estado moderno inserta la formación de los derechos fundamentales, en tanto en el modelo continental el Estado moderno se consolida como Estado absoluto, de modo que esos derechos como formulación global sólo tienen realidad práctica tras la destrucción de ese Estado absoluto (p. 39). Antes nos ha dicho el autor que la filosofía de los derechos humanos es algo nuevo que surge en el tránsito a la modernidad y que alcanza su plenitud en el siglo XVIII, en el que realmente termina la Edad Media y empieza el mundo moderno. “Uno de los fundamentos de esta afirmación es precisamente la filosofía de los derechos fundamentales” (p. 5).

Para el entrecruzamiento y la compenetración recíproca del liberalismo inglés y del continental, que engendran un liberalismo europeo, puede verse la clásica obra de Ruggiero: *Historia del liberalismo europeo*. También: Laski, *El liberalismo europeo*, México, 1969; López Cámara, *Origen y evolución del liberalismo europeo*, México, 1962.

El primer punto es de forma: la escritura o inscripción bajo forma normativa. El segundo es de contenido: la doctrina que valora la existencia de unos derechos humanos. Como puente entre una cosa y otra, el porqué los derechos así valorados y con un contenido preciso, necesitan la constancia escrita en una declaración normativa que hace parte esencial del orden normológico.

En ninguno de esos aspectos creemos reconocer la paternidad a Francia, y menos a la revolucionaria de 1789.<sup>16</sup> Repasando la historia

En Inglaterra, recuerda Peces-Barba, el *common law* hace las veces del derecho natural en su función de límite al poder del Estado, al modo como el derecho natural en Cicerón y Santo Tomás en cuanto ley que expresaba a la razón (y cita a Guido Fassó en su *Storia della filosofia del diritto*) (ver la obra cit. de Peces-Barba, pp. 38-39). Luego recurre al punto de vista de Solari en *La formazione storica e filosofica dello stato moderno* para aseverar que el Estado absoluto —forma continental de aparición del Estado moderno— es un precursor del Estado liberal, y se pregunta: “¿Se podrá hablar, en el continente, de Estado liberal, y de filosofía de los derechos fundamentales, sin presuponer la existencia del Estado, en cuanto tal, que es aquí Estado absoluto? Parece que no... La reacción, la antitesis, necesitan la tesis, el primer planteamiento del Estado, y éste es el Estado absoluto” (pp. 51-52).

El diseño es sugestivo, y lo compartimos en cuanto explica el marco de surgimiento del Estado liberal y de los derechos humanos como lo que llama reacción contra el absolutismo, provocada por éste, y superada por el Estado liberal. Pero, en otro sentido de fuente ideológica, no se puede admitir que el absolutismo haya aportado valoraciones y doctrinas para inspirar a la filosofía de los derechos ni al sistema político que le dio recepción.

Un rasgo que conviene tomar en cuenta, y cuya explicación nos excede en nuestro tema, es el de la paradójica disolución del derecho público en el derecho privado —propia del liberalismo según Legaz y Lacambra— que no parecería brindar apoyo a la inserción de los derechos luego llamados “públicos subjetivos” en el ámbito del derecho público, con lo que habría que sostener que la filosofía de los derechos humanos no cuaja constitucionalmente hasta que la asume el derecho constitucional bien perfilado (que es derecho público). Y, por otra parte, si según Domat el derecho público derivará del privado, y el derecho natural será casi todo privado, habría que negar —cosa a la que nos resistimos rotundamente— la influencia del iusnaturalismo en la formación de la filosofía de los derechos del hombre y en su trasplante al Estado constitucionalmente organizado desde la perspectiva liberal. (Para tan interesante tema, ver Peces-Barba, *op. cit.*, pp. 208 y ss.).

<sup>16</sup> La tan mentada paternidad francesa queda desmentida cuando Tamayo nos recuerda que *les philosophes* (en alusión a la filosofía política de la Ilustración) iban a descubrir que los derechos del hombre, que respondían al modelo racional de su naturaleza, existían realmente en Inglaterra. La Constitución inglesa (en sentido material) tal como la creían ver *les philosophes* —especialmente Voltaire y Montesquieu—, agrega Tamayo, “se convirtió en el modelo constitucional de los racionalistas franceses del siglo XVIII (ver: *Introducción al estudio de la Constitución*, de Rolando Tamayo y Salmorán, México, 1986, p. 82). Y luego alude, con cita de Burdeau, a la influencia norteamericana innegable: hay un aspecto en que el efecto de la revolución de las colonias inglesas de Norteamérica fue considerable: el concepto mismo de Constitución (p. 87). Francia carecía de Consti-

constitucional y dejados de lado los antecedentes remotos que cabe registrar en los fueros y cartas pueblas de España,<sup>17</sup> en la ulterior Carta Magna inglesa, en el Instrument of Government de la única república británica, en la Petición de Derechos y en la "Gloriosa Revolución",<sup>18</sup> las primeras constituciones escritas al estilo moderno fueron las de las colonias americanas del Norte (algunas de las cuales prosiguieron con sus cartas coloniales convertidas en constituciones). Con toda imparcialidad García Pelayo reivindica esta prioridad, destacando que desde América pasa a Europa el concepto racional normativo de Constitución, con su tabla de derechos, su división de poderes, su distinción entre poder constituyente y poder constituido, su división de la Constitución en una parte dogmática y otra parte orgánica, y que son los *bills* de derechos de las constituciones americanas los que inspiran a la Declaración francesa de 1789 y, a través de ella, al derecho constitucional moderno.<sup>19</sup>

No fue Francia la que nos habituó a redactar normativamente un catálogo de derechos humanos con rango constitucional, aparte de que —desde los sangrientos avatares de la revolución del 89, y en las secuelas de su inestable constitucionalismo, trajinado entre monarquías, imperios, y repúblicas— los respetó poco y nada. Formalmente, entonces, el "hecho" o la ocurrencia de inscribir los derechos no es oriundo de Francia, sino de América, y de la América inglesa.

En cuanto al contenido material de la declaración escrita, pensamos que no cabe filiarlo en una fuente doctrinaria exclusiva. Es verdad que ese contenido en las declaraciones americanas tuvo una fuerte inspiración inmediata en reivindicaciones religiosas a favor de la libertad de igual clase, que los colonos de origen protestante reclamaban para sí, y que hasta históricamente se registran antecedentes pactistas

tución en ese sentido, y lo tomó de Estados Unidos. Asimismo, ver: González Amuchástegui, J., "Acerca del origen de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789", *Anuario de Derechos Humanos*, 1983, vol. 2. Acerca de la ficticia filiación iusnaturalista de la Declaración francesa de 1789, ver: Wachsmann, Patrick, "Naturalisme et volontarisme dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789" en *Droits-revue française de théorie juridique*, París, núm. 2, 1985.

<sup>17</sup> Los antecedentes españoles pueden hallarse en el denso libro de Alfonso García Gallo, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, 1964 (2 tomos: el primero, explicativo; el segundo, con las fuentes documentales).

<sup>18</sup> Sobre antecedentes en el derecho inglés ver: Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, cit., pp. 69-70, 77-79, 164-181, 193-220.

<sup>19</sup> *Derecho constitucional comparado*, cit., p. 333. En igual sentido: Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, cit., p. 206.

(ejemplo elocuente de lo cual hallamos en los padres peregrinos y en el Mayflower); pero por detrás de aquella libertad religiosa (no demasiado respetada, por otra parte, en los Estados separados de la Iglesia Romana a raíz de la Reforma luterana y del anglicanismo) se acumulaba una tradición doctrinaria de larga data, muy anterior al protestantismo; y el contractualismo americano no tenía afinidad alguna con las ficciones de Hobbes y de Rousseau, que nada exhibían en favor de ninguna libertad ni de los derechos personales.

Es casi imposible convertir al contenido de las declaraciones de derechos en hijo de una fuente doctrinaria o de una escuela única, porque convergen en pluralidad más de una, y muchas, en cuya serie tampoco la predominante nos parece ser la del racionalismo idealista y abstracto que el siglo de las luces francés desparramó en su hora. Pero no nos convence para nada decir, a la inversa, que deriva de la Reforma protestante,<sup>20</sup> lo que si fuera exacto, tampoco le daría prioridad a Francia. El proceso de formación histórica de la doctrina de los derechos humanos viene de muy lejanos tiempos, se mezclan en él ingredientes filosóficos, religiosos, éticos, políticos, jurídicos, etcétera, y toda esa amalgama histórica —que no admite ser seccionada en partes— aglutina un aporte difuso al que las valoraciones del constitucionalismo recoge<sup>21</sup> cuando resuelve el primer aspecto, que es el de forma: inscribir normativamente una declaración de derechos con ese contenido, ya constitucionalizado.<sup>22</sup>

## 5. LA MODERNIDAD HISTÓRICA DE LAS DECLARACIONES DE DERECHOS

Aun el más desprevenido comprenderá, después de lo dicho en el acápite anterior, que hubo un momento en el tiempo histórico en que adquirió uso ese "hecho" u ocurrencia de inscribir los derechos en una declaración. Antes de ese momento, tal uso no existía, y a partir

<sup>20</sup> Ver el argumento en E. Doumergue, "Los orígenes históricos de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano", *Anuario de Derechos Humanos*, 2, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1983, p. 147. Para la discusión más amplia, de forma y de contenido, ver en el mismo *Anuario* el trabajo de Jesús González Amuchástegui, "Acerca del origen de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789".

<sup>21</sup> Para un interesante aporte, ver: Lucas Verdú, Pablo, "El horizonte iusnaturalista del derecho constitucional occidental", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 19.

<sup>22</sup> Ver: Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, cit., p. 209, donde se refiere a "los orígenes de las declaraciones de derechos".

del mismo momento cobró curso progresivamente universal. Y entonces deberá admitir sin duda alguna que tal fenómeno ha sido histórico, porque apareció históricamente en una fecha suficientemente precisa. El fenómeno no queda desmentido cuando la historia constitucional busca su génesis y descubre antecedentes. Precisamente estos mismos vienen a corroborar como se gestó y cómo culminó el proceso que concluyó en el "hecho histórico" —es decir, temporalmente situado y ambientado— de las declaraciones.

Si la formalidad escrituraria de los derechos en una declaración es netamente histórica y, dentro de esa historicidad, es moderna (aquí moderna quiere decir contemporánea, y no propia de la "edad moderna" que convencionalmente empieza en el siglo xv a tenor de las divisiones de nuestra era histórica posterior a Cristo), también es histórico y moderno su contenido material. El sentido que atribuimos a la historicidad de los derechos ya ha quedado explicado, y para nada se pliega necesariamente a su supuesta relatividad, pero sí apunta a que los hombres vieron y valoraron a los derechos desde y con el prisma óptico de su tiempo, de su circunstancia, de su conjunto cultural. Por eso, el contenido de las declaraciones ha ido variando, ha recibido formulaciones normativas diferentes, ha crecido, ha compartido el ritmo de las representaciones colectivas, ha dado recepción a las pretensiones y necesidades situacionales, ha tenido unos propósitos, unos fines y unas funciones anexos a todo ese cúmulo de variables históricas.<sup>23</sup> Pero, eso sí, ha retenido un eje troncal permanente, condicionado por la tutela de la persona humana y la correlativa limitación del poder. Alrededor de ese eje se ha movilizado históricamente el contenido también histórico de las declaraciones de derechos. Los iusnaturalistas decimos que el hecho demuestra la tantas veces aludida intersección del valor objetivo y trascendente con la historia, con la vida, con la realidad, con el hombre —al cual va dirigida la exigencia de su deber ser ideal o puro—.

Y por más abstracción racionalista que haya impregnado a algunas de esas declaraciones —por ejemplo, la francesa— su análisis revela que al renegar de la empirie histórica estaban reconociendo, en su

<sup>23</sup> Ver: Pérez Serrano, N., "La evolución de las declaraciones de derechos", discurso de apertura del curso académico en la Universidad de Madrid, 1950-1951, Publicaciones de la Universidad de Madrid, 1950. Ver: Szabo, I., "Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollos posteriores", en: Karel Vasak (ed.), *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, UNESCO, París-Barcelona, 1984, vol. I.

misma negación, la historicidad de lo que hacían al emitir su declaración y al darle un contenido determinado. Lo hacían como hijos de una época, de una circunstancia, de una reacción histórica, de unos objetivos atrapados en su visión situacional. Y hasta la proclamación racionalista respondía a la influencia próxima de una filosofía histórica —la del siglo XVIII—.

### *La universalización de las declaraciones de derechos*

Estamos ante otro fenómeno histórico y moderno. La práctica de la inscripción de los derechos en una declaración se vuelve contagiosa y se expande progresivamente. En lo cultural habría que reconocer el hecho sociológico de una circulación de los modelos y el recíproco de una ósmosis o permeabilidad para asimilarlos extraterritorialmente y para imitarlos.<sup>24</sup> Pero esto ya sale de nuestro campo. Jurídicamente, ese mismo dato sociocultural muestra fuentes foráneas que influyen en el derecho de cada Estado. Si el espacio donde las primitivas declaraciones funcionaron de esa manera fue limitado, los movimientos independentistas de los siglos XIX y XX lo ampliaron tanto que, hoy, lo podemos extender a prácticamente todo el planeta Tierra. Y el mimetismo se ha vuelto tan marcado —sobre todo después de creada la ONU— que para exhibir un rostro atractivo todos los nuevos Estados se dan constituciones escritas en las que, a su modo, incluyen una declaración de derechos. A veces —muchas— no es más que remedo o farsa, porque no son democracias, pero al menos la ficción vale como testimonio de que en el contexto universal hay un consenso generalizado a favor de los derechos humanos, y de que ningún Estado se atreve a contradecirlo —al menos literariamente en los textos normativos bajo cuya máscara se incorpora a la organización internacional—.

Y la propia forma de declarar "sus" derechos constitucionalmente es otra prueba más de la variabilidad histórica de las declaraciones en cuanto a forma y a contenido. Basta leer la serie de las que en la actual Unión Soviética se han sucedido desde 1918 hasta la Constitución de 1977.

<sup>24</sup> Repárese en la opinión de Beneyto cuando dice que contemplando el fenómeno de la expansión del sistema constitucional realizado con una rapidez que no por preparada por un mundo de ideas puede ser menos sorprendente, viene a la memoria un solo acontecimiento semejante: el de la difusión del derecho romano (*Historia de las doctrinas políticas*, 3ª ed., Madrid, 1958, p. 393).

Por supuesto que cuando aludimos a este fenómeno difusivo de la universalización de las declaraciones de derechos sólo nos limitamos a mostrar que —con excepción de los escasísimos Estados que siguen careciendo de Constitución codificada— los demás, sean o no democráticos, han adoptado la costumbre de formalizar su tabla de derechos en las codificaciones constitucionales. Y hasta en los carentes de Constitución codificada hay un reciente ejemplo muy elocuente en España durante el régimen franquista, que entre las leyes consideradas materialmente constitucionales (cuyo conjunto hacía de Constitución dispersa —o no codificada— y rígida) dictó dos que equivalían formalmente a una declaración de derechos: el fuero de los españoles, y el fuero del trabajo.

Nada de lo dicho contiene opinión sobre la vigencia sociológica porque aquí estamos nada más que ofreciendo el panorama visual de una constante histórica: la de la universalización progresiva de un fenómeno costumbrista en el campo jurídico, cual es el de escribir “unos” derechos así rotulados, en una declaración normativa que se inserta en el cuerpo de la codificación constitucional de los Estados. La eficacia, la valiosidad, el funcionamiento y la forma de cada organización política (democrática o no democrática), quedan en este rubro totalmente apartados de nuestra consideración. El hecho histórico no es la vigencia de los derechos, sino su proclamación escrita.