

Los Derechos en la Declaración de 1789

Por FRANCISCO PUY

Santiago de Compostela

0. INTRODUCCIÓN

0.1. ¿Qué significa la expresión *derechos* en la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, aprobada en Versalles el 26 de agosto de 1789 por la Asamblea Nacional de Francia y refrendada por el rey Luis XVI el 5 de octubre del mismo año? ¿Qué *derechos* son los derechos que declara el histórico texto cuyo bicentenario andamos a rememorar en 1989? ¿Qué queda vigente de esa declaración de derechos dos siglos después de su formulación?

En este ensayo quisiera responder a estas preguntas, que no son sino algunas de las muchas (Sandweg, 1972, Einl.) que puede suscitar la curiosidad histórica, desde la problemática actual de la materia dikea referente a tomarse en serio los derechos humanos desde el mismo instante de la intelección del tópico.

0.2. La simple lectura del breve documento enseña que los derechos a que se refieren sus redactores se caracterizan por referencia a unas pocas fórmulas¹. Una reordenación lógica de las mismas arroja la siguiente definición descriptiva del tópico dikeo diseñado por los iluminados de Versalles:

1. Los principales tópicos empleados son: 1.º *Los derechos del hombre, cuya ignorancia, olvido o desprecio son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos* (DDHC, pr.). 2.º *Los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre* (DDHC, pr.). 3.º *Los derechos y deberes de todos los miembros del cuerpo social* (DDHC, pr.). 4.º *Los derechos que la Asamblea Nacional (de los representantes del pueblo francés) reconoce y declara en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo* (DDHC, pr.). 5.º *Los derechos del hombre y del ciudadano* (DDHC, pr. & art. 12.º). 6.º *Los derechos respecto a los cuales los hombres nacen y permanecen iguales* (DDHC, art. 1.º). 7.º *Los derechos naturales e imprescriptibles del hombre* (DDHC, art. 2.º). 8.º Los derechos formados por una lista de cuatro: *Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia* (DDHC, art. 2.º); que se incrementa después expresamente con otros dos: *la libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre* (DDHC, art. 11.º), y *los ciudadanos tienen derecho a comprobar por sí mismos, o por sus representantes, la necesidad de la contribución pública, a consentir en ella libremente, a vigilar su empleo, y a determinar su cuota, su base, su recaudación y su duración* (DDHC, art. 14.º); e indirectamente, todavía, con otros cinco más, a saber: la igualdad (DDHC, art. 1.º, 6.º & 13.º), la parti-

Los derechos declarados en 1789 son:

- 1) Los derechos y deberes (*pr.*), (1.1) naturales *pr. & arts. 2.º & 4.º*,, (1.2) sagrados (*pr. & art. 17.º*), (1.3) inalienables (*pr.*), (1.4) imprescriptibles (*art. 2.º*), (1.5) inviolables (*art. 17.º*), (1.6) y más preciosos (*art. 11.º*),
- 2) cuyos titulares son (2.1) el hombre y el ciudadano (*pr. & art. 12.º*), (2.2) o sea, cada hombre (*art. 4.º*), (2.3) y todos los miembros del cuerpo social (*pr.*),
- 3) cuales (3.1) la libertad (*arts. 1.º, 2.º & 4.º*), (3.2) la propiedad (*arts. 2.º & 17.º*), (3.3) la seguridad (*art. 2.º*), (3.4) la resistencia (*arts. 2.º & 7.º*), (3.5) la comunicación (opinión) *arts. 10.º & 11.º*, (3.6) el control (fiscalización) (*art. 14.º*), (3.7) la igualdad (*arts. 1.º 6.º & 13.º*), (3.8) la participación (*art. 6.º*), (3.9) la legalidad (*arts. 6.º, 7.º & 8.º*), (3.10) el orden (público) (*art. 10.º*), y (3.11) la responsabilidad (*arts. 11.º & 15.º*),
- 4) y otros, respecto a cuya efectividad, (4.1) la primera garantía es su incesante recuerdo por medio de una declaración solemne presente constantemente a todos los miembros del cuerpo social (*pr.*), (4.2) la segunda es una fuerza pública, en beneficio de todos (*art. 12.º*) y (4.3) la tercera es la ley (*arts. 4.º, 10.º & 11.º*), (4.4) de modo que su ejercicio no tiene otros límites que los que, siendo determinados sólo por la ley, y siempre a reserva de responder del abuso de esta libertad (*arts. 4.º & 11.º*), garantizan a los demás miembros de la sociedad, (4.5) el goce de estos mismos derechos (*art. 4.º*), y (4.6) que su manifestación no altera el orden público (*art. 10.º*),
- 5) que la Asamblea Nacional de los representantes del pueblo francés (*pr.*), (5.1) en presencia y bajo los auspicios del ser supremo (*pr.*), (5.2) reconoce y declara (*pr.*), (5.3) porque la ignorancia, olvido o desprecio de los derechos son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos (*pr.*) (5.4) y porque toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos no tiene constitución (*art. 16.º*).

0.3. Las anteriores connotaciones señalan:

- 1) La calificación de los derechos.
- 2) La titularidad de los derechos.
- 3) La enumeración de los derechos.
- 4) La efectividad de los derechos.
- 5) Y la fundamentación de los derechos.

¿Qué queda vigente de esa concepción de los derechos dos siglos después de su formulación?

Veámoslo repasando los cinco puntos por separado.

cipación (DDHC, art. 6.º), la legalidad (DDHC, arts. 6.º 7.º & 8.º), el orden (DDHC, art. 10.º), y la responsabilidad (DDHC, art. 15.º). 9.º *Los derechos naturales de cada hombre, cuyo ejercicio no tiene otros límites que los que, determinados sólo por la ley, garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos* (DDHC, art. 4.º). 10.º *Los derechos más preciosos del hombre* (DDHC, art. 11.º). 11.º *Los derechos del hombre y del ciudadano, cuya garantía hace necesaria una fuerza pública* (DDHC, art. 12.º). 12.º *Los derechos cuya garantía legitima la constitución, pues toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos, no tiene constitución* (DDHC, art. 16.º). Y 13.º *Los derechos inviolables y sagrados* (DDHC, 1789, art. 17).

1. LA CALIFICACIÓN DE LOS DERECHOS

En cuanto a las calificaciones, lo primero a notar es que se habla de *derechos y deberes*.

El contrapunto de los *deberes* tiende, en la actualidad, a ser ignorado. Con toda la razón, puesto que, en el discurso declarativo, los llamados deberes: o son la mera expresión de la otra cara —la sinalagmática— de derechos ya mencionados, en cuyo caso sobra la reiteración; o son limitaciones de derechos ya mencionados, en cuyo caso están mejor formulados como derechos propiamente dichos.

Hay que advertir, además, que con frecuencia se reprocha a la DDHC por definir sólo unos derechos «absolutos» o «ilimitados» (Hervada, 1978, 45) e «individuales». El texto no usa tales calificativos ni los da a entender, puesto que habla de ellos como limitados razonablemente por la ley, y como razonablemente limitadores del poder. Y en cuanto al reproche de que «se ciñe a los llamados derechos individuales» (Hervada, 1978, 40), no es rigurosamente exacto, pues incluye —y no sólo «muy tímidamente»— derechos económicos (propiedad, igualdad fiscal, participación según capacidad)...². Pero miremos a lo que sí dice la DDHC.

1.1. El adjetivo *naturales* ha sufrido la implacable persecución de todo el positivismo: del historicista (Burke), del formalista (Jellinek), del tradicionalista (Maistre), del iluminista (Hume), del crítico (Kant), del utilitario (Bentham), del puro (Kelsen) y del lógico (Wittgenstein). En realidad, sólo lo emplean por hábito los juristas francófonos. Por paradoja, es sin embargo el término que configura la expresión que mejor designa los derechos proclamados por la DDHC (Del Vecchio, 1903, cp. 5.º), que es la de *derechos naturales* (Amuchastegui, 1984, 10).

1.2. El adjetivo *sagrados* ha sido abrasado por la corriente secularizadora o desacralizadora (Díaz, 1968, 40) impulsada alocadamente por los románticos. Pero persiste.

1.3. El adjetivo *inalienables* mantiene su prestancia, aunque tiende a contaminación con *innegociables*, lo que choca con la experiencia cotidiana.

1.4. El calificativo *imprescriptibles* prefieren ignorarlo todos los que discuten la vigencia de alguno de los derechos anteriormente consagrados, para su presente o su futuro próximo. Pero no los deroga ni el desuso ni el abuso.

2. Es cierto, sin embargo que, aunque no los niega, tampoco declara la DDHC el derecho a la supervivencia, ni a la sindicación, ni al trabajo... Pero también sería injusto olvidar que estos derechos se declararon de inmediato: primero en el Título I de la Constitución Francesa de 3-9-1791 (que dice: *Se creará y organizará un establecimiento general de socorros públicos para recoger a los niños abandonados, aliviar a los enfermos pobres y proporcionar trabajo a los pobres útiles que no se lo puedan procurar*) (DEL VECCHIO, 1903, apend.) y después en el art. 21 de la edición corregida de la DDHC, o sea, de la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, aprobada por la Convención Nacional el 23-6-1793 y puesta a la cabeza de la Constitución Francesa de 24-6-1793 (que dice: *Los socorros públicos son una exigencia sagrada. La sociedad debe la subsistencia a los ciudadanos desgraciados, sea procurándoles trabajo, sea asegurando los medios de vivir a los que no se hallan en estado de trabajar*) (DEL VECCHIO, 1903, cp. 3.º). No entiendo por qué se atribuye al «socialismo» ese avance que está ya explícito en los orígenes.

1.5. El calificativo *inviolables* sigue manteniendo su vigor en cuanto pretensión moral, y en él se apoya todo el discurso de denuncia de las violaciones de cada uno de los derechos, en cada uno de los ámbitos espacio-temporales de experiencia y referencia.

1.6. En fin, el calificativo de *preciosos o apreciables* no se usa apenas en el lenguaje jurídico actual; sin embargo, está en franquía la realidad que connota, en términos generales (y, sobre todo, para el derecho a la información del que en concreto se predica).

2. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS

2.1./3. La DDHC expresa el sujeto de la imputación de los derechos con tres fórmulas distintas y bien conocidas: «el hombre y el ciudadano», «cada hombre», y «todos los miembros del cuerpo social». En realidad, la primera dice lo mismo que la suma de las otras dos, si como parece, los ciudadanos tienen que identificarse con todos los miembros del cuerpo social. Ninguna de esas fórmulas nos parece satisfactoria hoy en día.

Ese *hombre (homme)* o esos *hombres (hommes)* que tanto se repiten en la DDHC no eran precisamente las mujeres, si como es cierto, ya desde el siglo XVI Francia se había caracterizado por su legislación prohibitiva de la libertad económica y cultural de la mujer (excluyéndola de las magistraturas y de la universidad en general).

El *ciudadano (citoyen)*, si no se identifica con el ser humano, sólo se lo puede entender como una clase privilegiada de seres humanos, cuya simple existencia contradice la pretensión nuclear de los derechos, que es la del principio de igualdad. Y, como indicó Hegel (Hegel, 1821, pf. 190) estos derechos no se pensaron para todos los seres humanos, sino sólo para el ciudadano (*der Bürger*) estrictamente entendido, o sea, como burgués (*als bourgeois*). Realmente, la atribución de los derechos a los ciudadanos constituyó un error de los redactores de la DDHC, cuya única disculpa es la borrachera que produjo la sustitución del status de «súbdito» (*sujet*) por el status de «ciudadano» (*citoyen*).

Así pues, la rúbrica «derechos del hombre y del ciudadano» ha quedado obsoleta para la sensibilidad jurídica, política y moral de nuestra época. Hoy día parece más oportuno hablar de derechos humanos que de derechos del hombre y del ciudadano. Es decir, que ahora preferimos pensar como sujeto de imputación de los derechos a «todos los seres humanos» —o bien, a «todos», o bien, a los «humanos»—. Lo reclama así, ante todo, la simplificación expresiva. Lo reclama también la primacía del principio de igualdad. Y lo reclama en fin, la necesidad de evitar la discriminación de la mujer hasta en lo más sutil.

3. LA ENUMERACIÓN DE LOS DERECHOS

La enumeración de los derechos de la DDHC es parca pero suficiente. Lo que en todo caso no se le puede reprochar es que omita los que omite. Ya es bastante con que dijera lo que dijo.

En general, todos los derechos que la DDHC estableció permanecen —y es de prever que seguirán apareciendo por mucho tiempo— en las declaraciones y constituciones posteriores. Es más, las propias fórmulas empleadas se han convertido en tópicos con tal sabor de clasicismo que se hacen difícilmente reemplazables. Se constata con un repaso somero.

3.1. El «derecho a la libertad» es un derecho y un principio; pero no sólo un principio que origina diversos derechos (Hervada, 1978, 43). Por tanto, las libertades son más que concreciones de la libertad (Díaz, 1968, 41). Es un error, por tanto, ver ahí sólo casuística, y no derechos plenos.

3.2. El «derecho a la propiedad» ha sido uno de los más debatidos, en cuanto a su vigencia en etapas posteriores, por la evidente «presión del movimiento obrero» y por su supuesto «imposible contenido igualitario» (Peces-Barba, 1989, 3). Es de advertir, sin embargo, que la fórmula de la DDHC es normativa, y no descriptiva, y que no tiene el mismo valor descriptivo que normativo. Descriptivamente, en efecto, ningún derecho es igualitario —tampoco la libertad, ni la seguridad, ni la resistencia—. Y normativamente lo son todos, pues todos soportan la lógica práctica de la aspiración y las técnicas jurídicas que permiten avanzar en el efectivo logro de la correspondiente aspiración. Por eso sigue figurando y debe seguir figurando en los instrumentos y las constituciones.

3.3. El «derecho a la seguridad» es un derecho, como establece con acierto la DDHC, y un principio, pero no sólo lo segundo, como a veces se pretende (Hervada, 1978, 43). Y, en realidad, bajo esta fórmula lo que los empelucados y sanculotes de Versalles han querido expresar es el derecho a la vida, visto desde el ángulo de la integridad física y la prevención de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

3.4. Uno de los innegables méritos de la DDHC ha sido la incorporación —siguiendo al art. 4.º de la *Declaración de Maryland* de 11-11-1776— del «derecho a la resistencia» en el art. 2.º. La vuelta sobre el mismo en el art. 7.º no constituye ninguna contradicción (Hervada, 1978, 49). Por el contrario la segunda referencia simplemente afirma los límites racionales de este derecho. La resistencia es justa contra la norma opresiva, y no contra la norma razonable. Otra cosa es la discusión sobre la calificación de opresora o razonable que pueda merecer una norma o un ordenamiento en su conjunto.

3.5. El «derecho a la comunicación» o «derecho a la expresión» es algo más que el cesto en que se apilaban «las libertades más caras al liberalismo» (Hervada, 1978, 51). Es el conjunto de derechos que cubren la satisfacción de necesidades humanas básicas como la de pensar, buscar, curiosear, hablar, enseñar, aprender, predicar, creer, evangelizar, filosofar... y en especial la libertad religiosa (Jellinek, 1904, cp. 7.º). Y, además, es un instrumento para limitar al poder —cuando sus funcionarios (seculares) llegan a temer más la sanción citra-mundana de la opinión, que la sanción ultra-mundana de la divinidad—.

3.6. El «derecho al control» de la administración que realizan los funcionarios de las contribuciones recaudadas como impuestos a todos, es un dikeo, a pesar de que se le niegue tal carácter por quienes piensan que solamente constituye «una regla de organización política muy conveniente»

exclusiva de la ideología liberal (Hervada, 1978, 52). Será reglamento supletorio el método concreto de control pero no el mismo control. Un poder incontrolado en el gasto es precisamente el poder patrimonial privado —y aun eso sólo vale hasta el límite del daño de terceros—.

3.7. La afirmación del «derecho a la igualdad» es otra de las conquistas del texto que comentamos (Díaz, 1968, 41). Pero pasa frecuentemente desapercibido el hecho de que la DDHC ha establecido el derecho a la igualdad junto al derecho a la libertad, y no sólo éste. A mi entender, ello es patente como revela la simple lectura de las pertinentes expresiones de los artículos 1.º, 6.º y 13.º. Y ello representa «sin duda, una apreciada conquista de la civilización» (Hervada, 1978, 48). Otra cosa es que la igualdad pueda pervertirse en igualitarismo —como la libertad se puede pudrir en libertinaje—.

3.8. El «derecho a la participación» en los cargos que conducen o ejercen poder público, aplicando las reglas del juego y estableciéndolas, constituye un dikeo real, al que yo gusto llamar, por un lado «derecho a la democracia», y por otro lado «derecho a la gobernación». Y no es sólo una forma teórica de gobierno, dependiente de una determinada fundamentación filosófica (Hervada, 1978, 48). Todo ser humano puede sentir, en un momento u otro, el deseo de gobernar cualquiera de los grupos sociales en que se inserta. La exigencia de satisfacer racionalmente esa necesidad genérica constituye el fundamento de este derecho.

3.9. La «legalidad» es, en sí misma, una limitación polifacética de todos los derechos, puesto que lo que se reglamenta, siempre se afianza al precio de reducirlo o limitarlo. La legalidad es también un principio jurídico fundamental. Pero es, en tercer lugar, un dikeo³.

Como dikeo, la DDHC le diseña los trazos más indelebles con que sigue apareciendo en las constituciones e instrumentos internacionales. Pues lo fundamenta en los campos más comprometidos para la vida y la dignidad humana, que son el penal (DDHC, art. 8.º) y el procesal (DDHC, art. 7.º). Y, sobre todo, porque lo formaliza respecto a una «ley» que es «expresión de la voluntad general» (DDHC, art. 6.º), y no otra. Pues con esa ley es con la que el legislador perverso (que quiera hacer como que ignora u olvida los derechos, para mejor despreciarlos y violarlos a costa de otros) puede tipificar o deslegalizar a su capricho, o penalizar o premiar a su antojo. Es sin duda uno de los méritos de la DDHC haber declarado este dikeo.

3.10. El «orden» es un principio dikeo, y una causa de limitación de los derechos frecuentemente invocada en la normativa dikea (y así es como

3. Que hoy día se puede definir así: el derecho a la legalidad es el derecho fundamental que tiene toda persona al bienestar resultante de la existencia de una organización general de *rule-of-law* o reglaje de ley o estado de derecho o sistema de legalidad procesal, civil y criminal, en sus diversas especialidades, públicamente conocido, y de acuerdo con cuyo procedimiento, previamente establecido y a exclusión de cualquier otro derecho material o formal, habrá de actuar cualquier órgano de justicia ante el que precise establecer contenciosamente sus derechos, sea por iniciativa propia, como demandante o querellante, sea por iniciativa ajena, como demandado o reo (PUY, 1983, prf. 80-7).

aparece recogido aquí de un modo explícito). Pero también es el orden-público, él mismo, uno de los derechos⁴.

En todo caso, el orden-público es algo más universal que una simple querencia o manía del liberalismo (Hervada, 1978, 51) o el conservatismo. Es tal la necesidad de orden —al razonar, al desear, al actuar, al trabajar, al negociar, al circular... entre los demás miembros del grupo— que cualquier apetito puntual, ocasional o efímero de desorden presupone una permanente instalación en un orden de aquel que lo siente, al modo como la disonancia requiere la continuidad de la armonía, contra la cual se destaca.

3.11. La «responsabilidad» de todos los miembros del grupo social por los actos propios que afecten a cualquier de los consocios —a cada uno o a todos ellos—, y especialmente de los consocios elevados al podio o fuste (forgiano) del poder, es una limitación de los derechos y un principio dikeo. Pero también es la responsabilidad (de todos, y en especial de los funcionarios del poder) un dikeo de cada consocio (especialmente de los más débiles y por eso más vulnerables a los abusos de aquéllos⁵).

4. LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS

En cuanto a la efectividad de los derechos la DDHC ha consagrado fórmulas de garantía que ya nunca han sido abandonadas: en primer lugar la *declaración* solemne; en segundo lugar, la *ley*; y en tercer lugar, la *fuera* pública capaz de sancionar sus violaciones a posteriori, para así prevenir las mismas por disuasión a priori.

4.1. La positivación de los derechos, haciéndolos pasar de los libros de jurisprudencia, a los de colecciones de leyes y de sentencias (después), comenzó por el camino de las declaraciones y las constituciones. La DDHC no fue el primer texto, pues los de los estados, después unidos, de Norteamérica la precedieron y la inspiraron (Jellinek, 1904, cp. 3). Pero sin duda que la DDHC contribuyó eficazmente a consolidar el procedimiento. Un procedimiento absolutamente decisivo para garantizar los derechos, a pesar de todas las críticas que se le quieran dirigir.

4. Este derecho al orden puede entenderse hoy día como el derecho fundamental que tiene toda persona humana a que el poder y los consocios —éstos si preciso fuere obligados o coaccionados por aquél— le proporcionen el específico bienestar político dimanante de la permanencia en una situación de paz caracterizada por el normal funcionamiento de las instituciones públicas, el mantenimiento de la quietud interior y de la tranquilidad ciudadana, y la normalidad de las actividades generales de carácter económico, social, cultural, civil, político y jurídico, todo ello con las mínimas perturbaciones del juego de cambios y movimientos materiales externos, incluso cuando ello limita coyuntural o puntualmente los derechos, fundamentales o no, de algunos consocios (PUY, 1983, prf. 84.1).

5. La definición puede establecerse hoy día así: el derecho a la responsabilidad es el derecho fundamental que tiene todo ser humano a la personalización individualizada de todo débito, deber, deuda u obligación; a la disposición de un cauce jurídico a través del cual poderse extrañar o librar de los perjuicios subsiguientes al incumplimiento de cualquier obligación ajena y poder exigir el cumplimiento de las promesas o el pago de las deudas a los individuos que las han prometido o contraído, o que las han originado con acciones u omisiones individualizadas; y todo ello, en especial, cuando las personas reclamantes o deudoras de aquélla son el Estado mismo, o sus órganos de poder, o cualquiera de sus representantes, funcionarios u oficiales (PUY, 1983, prf. 38.1).

4.2. Ahora bien, positivizar una exigencia deontológica o axiológica quiere decir transformar una norma meramente moral en norma jurídica. Por tanto, susceptible de ser realizada mediante coacción. Y por tanto, apoyada por una fuerza pública —no privada— que se justifica, precisamente, por la exigencia formal de estar sometida a la ley; y por la exigencia material de concretar la implantación del bien común y del interés general en la realización del respeto de los derechos de todos por parte de todos —agentes del poder y de la misma fuerza pública incluidos—. Esto constituye otro evidente progreso moral a cuyo logro coadyuvó decisivamente la DDHC.

4.3. Por último, la ley aparece como el instrumento más adecuado para garantizar la efectividad de los derechos. Con ello, la DDHC ha continuado avalando otra de las conquistas permanentes de la jurisprudencia.

4.4. Ahora bien, la DDHC, además, ha establecido en este campo cierto hábito expresivo que se mantiene y que es altamente problemático. Me refiero a la idea de *limitación* de los derechos. Los iluminados de Versalles han considerado aceptables cuatro limitaciones de los derechos de cada uno: la (determinación o establecimiento por) ley; la (responsabilidad ante la) justicia; el respeto a los derechos de los demás; y el mantenimiento del orden público. En realidad, los derechos sólo se pueden limitar por otros derechos. Por ende, esos cuatro límites son también derechos: el derecho a la legalidad, el derecho a la responsabilidad, el derecho a la efectividad (estricta) de los derechos fundamentales, y el derecho al orden⁶. Pero la expresión legal entonces acuñada lo esconde, incluso para jueces y profesores agudos, no pocas veces.

4.5/6. Hablando de la efectividad de los derechos declarados por el famoso documento de 1789 no se puede olvidar, en fin, el hecho de que la revolución francesa (y su prolongación, la napoleonada) materializaron el conjunto más espantoso de agresiones a todos los derechos humanos (los declarados, los omitidos y los entonces aún no inventados, todos) que la humanidad había conocido hasta entonces —porque la técnica no los había permitido antes más crueles, inhumanos y degradantes, como luego después llegó a ocurrir— (Horia, 1981, prf. 12). El dato se suele emplear como una acusación contra la DDHC —y en general contra todas las declaraciones dikeas posteriores—. Pienso que así se hace una inferencia

6. Ya nos hemos referido antes en 3.9, 3.11 & 3.10) a tres de esos cuatro dikeos. Por lo que se refiere al cuarto, baste apuntar que, una vez desarrollado a la altura de nuestra época, se puede entender así: el derecho a la efectividad de los derechos humanos es el derecho fundamental que tiene toda persona, miembro de cualquier grupo social, a gozar del bienestar que produce una situación en la cual la práctica de todos los derechos humanos, de todas las personas, encuentra, a nivel interno del Estado, órganos de reconocimiento, respeto y protección en los tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial; y en la esfera supranacional o internacional, y ante los órganos de los mismos tres poderes de ella, una eventual alzada contra los posibles abusos o inoperancias de los anteriores; y en la esfera supraespacial o trans-temporal, y ante los órganos de la opinión pública local, regional, nacional o mundial, una posible apelación contra las inhibiciones o ineficacias de todos los organismos nacionales e internacionales (PUY, 1983, prf. 87.1). La DDHC ha fijado el concepto fundamental, pero no de un modo tan perfilado como el que acabo de indicar, como es lógico.

ciertamente irracional y probablemente fraudulenta. Giorgio Del Vecchio lo demostró *ad nauseam* hace ya casi un siglo (Del Vecchio, 1903, cp. 1)... La cuestión no consiste en qué hizo la revolución con los derechos de todos los seres humanos a los que atropelló, violó y guillotizó. La cuestión consiste en qué habría hecho si no hubiera tenido siquiera el freno que suponía la invocación de los derechos...⁷.

5. LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS

La *fundamentación inmediata* de la DDHC arranca de *la autoridad de unas cortes*: es decir de una asamblea de los representantes de un pueblo avalada por su rey —aunque se suele olvidar, el hecho es que Luis XVI firmó la declaración el 5-10-1789 (Del Vecchio, 1903, cp. 3)—. Y este procedimiento ha quedado establecido para siempre. Sin esos requisitos no hay declaración o constitución posible.

La *fundamentación mediata* se materializa en dos argumentos teleológicos. Los derechos deben garantizarse: afirmativamente, porque su efectividad y garantía limita al poder y produce la felicidad de todos; y negativamente, porque su violación e ineffectividad destruye la constitución, corrompe al gobierno y ocasiona la desgracia pública.

La *fundamentación remota* se pone en la instancia metajurídica que la tradición medieval denominaba *Deus sive Natura*. O sea, en la ley natural o la ley divina, vagamente solapadas en la invocación del *Ser Supremo* y en la calificación de *naturales*, que remite a la naturaleza.

En su conjunto, estas tres fundamentaciones de los derechos humanos siguen estando vigentes, según para qué grupos culturales. Y no se contradicen, más que si se los analiza en una perspectiva teórica y estática. Antes bien, si se juzga desde una perspectiva cetética y dinámica, se ve que las tres fundamentaciones se apoyan, potenciando su mutua eficacia, como he mostrado en otro lugar⁸.

En los autores de la DDHC hay la evidente intención de positivizar el derecho natural, de transformar en ley positiva la ley natural, para asegurar

7. Por lo demás, hay que recordar siempre a los críticos de la técnica dikeia el símil médico. Aunque todos los enfermos acuden a los médicos buscando remedios a sus males, las enfermedades no son obra de los médicos, sino que éstos, y demás sanitarios, con sus medicinas son los que hacen algo por aliviarlas. Igualmente, ni los normadores que redactan declaraciones, constituciones o convenciones regulando los dikeos, ni los tribunales especializados que los aplican, ni la dikeia (teoría de los derechos humanos), ni los dikeólogos (profesores, abogados y, en general, jurisprudentes expertos en derechos humanos) creamos las violaciones contra los derechos. Estas son obra de todos los seres humanos, y nosotros sólo intentamos elaborar técnicas con que aliviar lo peor. Cuando las violaciones de los derechos son escasas y leves, no hacen falta métodos especiales para prevenirlas. Tales métodos son necesarios precisamente cuando las violaciones son muchas y enormes y por eso intolerables. Es lógico, pues, que los grandes monumentos declarativos hayan coincidido con momentos de violación generalizada de los derechos (revolución americana, revolución francesa, revolución soviética, primera guerra mundial, segunda guerra mundial...).

8. Me refiero a dos trabajos míos, ambos pendientes de publicación, a saber: *¿Qué significa fundamentar los derechos humanos?* Ponencia para la Conferencia Tanner celebrada los días 18-19 de abril de 1988 en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid. Y *El tópico «derechos fundamentales» en el Título I de la Constitución*, comunicación para las XII Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, celebradas en Madrid, alrededor del 25-5-1988.

así la observancia de ambas, por los ciudadanos y por los dirigentes. Esto no es positivismo, ni siquiera larvado, como a veces se ha entendido (Hervada, 1978, 46-47). Positivismo es negar el fundamento natural (o divino) de la ley y los derechos, que no simplemente reconocer otros fundamentos simultáneos.

5.1. La referencia al ser supremo, fórmula deísta entonces en uso para designar a la divinidad, avisa que para los asamblearios de 1789 el fundamento de los derechos está donde mismo está el fundamento de todo derecho: en Dios. Si el ser humano tiene derechos (*iura*) es porque Dios se los ha dado. Y así, el no-derecho (*iniuria*) consiste en quitar a alguien lo que es suyo (*ius suum*) porque Dios se lo ha dado. Este fundamento es ahora tan inevitable como entonces (Puy, 1984, prf. 31). Otra cosa es la oportunidad de mencionarlo. La DDHC no ha querido nombrar a Dios sino por una perífrasis. Otros textos posteriores lo han evitado sin más, mientras que otros lo han mantenido (Puy, 1988, 489). La materia dikea es tan fundamental, que reclama, de suyo, la invocación directa del nombre de Dios. La DDHC lo hace y merece aplauso, pese al marxismo (Kossok, 1988, 510), por emplear la fórmula más aceptable para el grupo social para el que se daba.

5.2. Importa señalar también en materia de fundamentación, que la DDHC y tras ella todas las demás declaraciones, no pretenden crear derechos, sino reconocerlos; ni otorgarlos o concederlos, sino simplemente declarar o manifestar los que ya existen. El fundamento de los derechos no es así un acto de voluntad puro, sino un acto de voluntad obligada por un conocimiento racional anterior, o por una evidencia intuitiva previa. Los derechos no se declaran cuando se quiere, sino cuando se puede, porque previamente se los ha conocido y reconocido.

5.3. La mención de «la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos» delata como fundamento de los mismos la creencia en la necesidad de limitar el poder de los poderosos. Los (muchísimos) débiles tienen que declarar sus derechos para limitar la fuerza de los (poquísimos) fuertes. Y el discurso de los derechos es, por tanto, un *discurso del esclavo* que le hace cara al señor (Puy, 1987, prf. 15). Creo que este fundamento —quizá pesimista, pero al menos realista— sigue estando presente en los instrumentos hasta nuestros días. La desconfianza en el ser humano capaz de incurrir «en la ignorancia, el olvido, o el desprecio de los derechos» no incluye precisamente una visión optimista de la historia. Por tanto parece que no se entiende muy bien la corriente atribución de una fundamentación de la DDHC «sobre la creencia en la bondad natural del hombre» o «en una filosofía de la sociedad que la historia se ha encargado de arrinconar» (Hervada, 1978, 40).

5.4. Los derechos se consideran, ellos mismos, fundamento de algo tan importante como la legitimación de la constitución, o sea, con sinonimia rigurosa (Díaz, 1968, 41). Esa es otra idea que permanece y está en auge en buena medida por la influencia de la DDHC. La fórmula que emplea la DDHC adolece de un cierto radicalismo al decir que «toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos... *n'a point de constitution*». ¿Acaso no hay constituciones no escritas? ¿Acaso

no hay constituciones carentes de un capítulo formalmente declarativo? (Hervada, 1978, 53). Ciertamente así ocurre. Eso no obstante, sigue siendo cierto que sin aseguramiento efectivo o sin garantización real de los derechos, podrá haber apariencia de constitución: pero no hay constitución técnicamente calificable de tal axiológicamente legitimable como tal.

En conclusión, la DDHC se autolegitima con dos fundamentos eficientes —la asamblea nacional, y el ser supremo— y con dos fundamentos teleológicos —la felicidad de todos y la limitación del poder—. Se trata de las *fundamentaciones eternas* de los derechos humanos, a las cuales sólo cabe añadir matices. Digo *eternas*, y lo subrayo para concluir. Desde el comienzo —pues ya lo dijo Mirabeau el 17-8-1789 (Sandweg, 1972, cp. 4.2)— es ya costumbre encomiar la DDHC por francesa y por revolucionaria (Posada, 1908, cp. 8). Bien, si la DDHC se fundamenta en la asamblea de cada pueblo y en la voluntad de Dios, y si ella misma fundamenta a todo estado y a toda constitución con garantías de conservación y estabilidad no es, precisamente, por ser un instrumento francés y revolucionario; sino a pesar de ello. Dios escribió derecho (y muy derecho) entonces una vez más, con renglones torcidos (y muy torcidos).

BIBLIOGRAFIA CITADA

- AMUCHASTEGUI, J. G. (1984): *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Editora Nacional, Madrid.
- DDHC (1789): *Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, ed. bilingüe y comentada, en Hervada, 1978, 38 ss.
- DEL VECCHIO, G. (1903): *La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en la Revolución Francesa*, trad. esp. en su *Persona, Estado y Derecho*, IEP, Madrid, 1957, 45 ss.
- DÍAZ, E. (1968): *La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en la Revolución Francesa*, «Cuadernos para el Diálogo» 12 extr. (Madrid) 39 ss.
- HEGEL, G. W. F. (1821): *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Nicolaische Buchhandlung, Berlin.
- HERVADA, J. (1978) & ZUMAQUERO, J. M.: *Textos internacionales de derechos humanos*, Eunsa, Pamplona.
- HORIA, V. (1981): *Los derechos humanos y la novela del siglo XX*, Emesa, Madrid.
- JELLINEK, G. (1904): *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, Leipzig. Trad. de A. Posada (Suárez, Madrid, 1908) reed. en Amuchastegui, 1984, 57 ss.
- KOSSOK, M. (1988): 1789: *Epochewende und heroische Illusion*, «Deutsche Zeitschrift für Philosophie» 36 (Ost Berlin) 506 ss.
- PECES-BARBA, G. (1989): *La Declaración de Derechos de 1789*, «ABC» 21-2-1989 (Madrid) 3.
- POSADA, A. (1908): *Estudio preliminar a la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano*, Suárez, Madrid (reed. en Amuchastegui, 1984, 225 ss).

- PUY, F. (1983): *Derechos Humanos*, Paredes, Santiago.
- (1984): *Tópica jurídica*, Paredes, Santiago.
 - (1987): *El tópico «derechos humanos»*, «*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*» 95 (Madrid) 199 ss.
 - (1988): *La invocación de Dios en el actual lenguaje jurídico*, «*Anales de la Cátedra F. Suárez*» 28 (Granada) 487 ss.
- SANDWEG, J. (1972): *Rationales Naturrecht als revolutionäre Praxis. Untersuchungen zur «Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte» von 1789*, Duncker-Humboldt, Berlin.