

Los Derechos del Hombre en 1789

Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa

Por GREGORIO PECES-BARBA MARTINEZ

Madrid

I. INTRODUCCIÓN

Rememorar el acontecimiento que culminó en agosto de 1789, con la aprobación de la que se llamó «Declaration des droits de l'homme et du citoyen», en el marco más amplio de la Revolución Francesa, es reflexionar también para el presente y para el futuro. No es una mera evocación de un hecho pasado, es la cristalización de un primer alumbrar del paradigma de los derechos humanos, que ha seguido evolucionando y matizándose hasta hoy y que permite pensar, sin llegar a hacer historia profética, líneas de proyección prospectiva para el horizonte del año dos mil.

En otros lugares he señalado que los derechos humanos son un concepto histórico y que no se pueden entender plenamente prescindiendo de los materiales que la historia nos proporciona¹, y este estudio más sosegado con motivo del segundo centenario de la Declaración Francesa, viene, creo, a confirmar ese punto de vista, que ya había sostenido al estudiar los albores de la aparición del concepto en la cultura jurídica y política moderna².

La declaración de 1789, como los textos de las Colonias Inglesas que se separan de la metrópoli, Declaración de Independencia de 4 de julio de 1776, Declaración del Buen Pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776, y más tarde las diez primeras enmiendas a la Constitución Federal de 1787, que se aprueban en 1791, son el último eslabón de una primera generación de los derechos humanos, que arrancan del siglo XVI en el marco de una

1. Vid. mi trabajo «Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales» en mi libro «Escritos de Derechos Fundamentales», Eudema, Madrid, 1988.

2. Vid. asimismo «Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales» en Mezquita-Alhambra. Madrid, 1982, y mis trabajos sobre la Tolerancia en Francia, en los Países Bajos, en Gran Bretaña y en las Colonias Americanas, reproducidos en «Escritos de Derechos Fundamentales» ya citado, y finalmente mi estudio sobre la filosofía de los límites del poder, en los siglos XVI y XVII, en mi libro «Libertad, Poder, Socialismo», Civitas, Madrid, 1978.

preocupación de la burguesía por limitar el poder del moderno Estado Absoluto³.

La desconfianza ante ese poder absoluto y ante alguna de sus consecuencias, como la intervención de la fuerza estatal en el ámbito religioso y de las conciencias, o la dependencia de los tribunales del monarca y la arbitrariedad de las penas y de los procedimientos, irán creando progresivamente un consenso, a partir de ese disenso previo sobre la necesidad de garantizar al individuo frente al poder. Será por consiguiente en torno a la protección de la conciencia cuando empiezan a surgir, primero en Europa y luego en las colonias inglesas de Norteamérica, las primeras reflexiones teóricas plasmadas más tarde en los primeros derechos a la tolerancia y a la libertad de conciencia⁴.

En esos mismos años surgirán las propuestas de los monarcómacos —Hotman, Du Plessis Mornay o Buchanan— para limitar al poder, o la lúcida crítica de Ettiene de la Boetie, contra la tiranía y en defensa de la libertad del individuo, y con Montaigne los primeros atisbos de reacción frente a la barbarie del Derecho Penal y Procesal de la Monarquía absoluta. La declaración aprobada por la Asamblea Nacional el 26 de agosto de 1789, se sitúa en este camino iniciado dos siglos antes. De aquella tolerancia anhelada inicialmente se llega a la libertad de pensamiento y de opinión, de la lucha por limitar el poder se llega a la afirmación general de que los derechos humanos son esa barrera en defensa de la libertad individual, y la meta de toda asociación política, de que la soberanía reside en la Nación y no en el derecho divino del Rey, de que el poder debe estar dividido, y que la ley, expresión de la voluntad general, se forma con la participación de los ciudadanos. De la preocupación por superar la arbitrariedad en el Derecho Penal y Procesal surgen las garantías procesales. El protagonismo de la burguesía que pasa del terreno económico al político, explica también desde el principio la relevancia de la propiedad y su consideración como derecho fundamental, aunque será en el siglo XVII cuando se construirá su justificación con Locke y más tarde, en el XVIII, con los fisiócratas.

3. Vid. para estos textos «Derecho positivo de los derechos humanos», edición preparada en colaboración con Liborio Hierro, Santiago Iñiguez de Onzoño y Angel Llamas. Debate, Madrid, 1987.

4. Se puede coincidir con Jellinek en que los primeros balbuceos de los derechos humanos se producen en torno al problema de la tolerancia, aunque no con su fijación espacial, temporal y personal, que lo sitúa en Providence, en lo que hoy es Rhode Island, en la primera mitad del siglo XVII, en la obra de Roger Williams, porque ya en el siglo XVI, en Francia y en Holanda principalmente, encontramos ese debate, como intento demostrar en mis trabajos sobre la tolerancia, citados en nota dos. Para la obra de Jellinek, la polémica respuesta de Boutmy, y otra posición interesante, la de Doumergue, se puede consultar la edición castellana preparada por González Amuchastegui «Orígenes de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano», Editora Nacional, Madrid, 1984.

Esta polémica se insertará en momentos de tensión Franco-Alemana después de 1870, que alcanzará incluso a la reflexión científica y filosófica. Para confirmar esta tesis hay que señalar que Funck-Brentano sostuvo por aquellas mismas fechas la falta de originalidad de Rousseau, de Barbeyrac o de Vattel, influidos por Wolff, hasta el punto de que para él, aunque la forma del alemán es más pesada y menos clara, las ideas son las mismas y Rousseau es Wolff puro (en Bulletin de la Société Internationale d'Etudes Pratiques d'Economie Politique, Tomo VI, pp. 107 y ss. París, 1789).

La primera generación de los derechos humanos, impulsada por el pensamiento liberal constará de los derechos individuales, de los derechos de participación política, de las garantías procesales y del derecho de propiedad, y se forma a través de un recorrido histórico que dura dos siglos hasta 1789, pero desde el principio, aunque sea de una manera germinal, apuntan todas sus dimensiones.

No se puede entender la Declaración de 1789 sin reconstruir ese itinerario formado por diversas aportaciones doctrinales, no siempre coherentes e incluso a veces contradictorias, pero que forman un depósito que cristalizará con ella.

Tampoco se puede entender todo el problema sin intentar distinguirla del modelo inglés de los textos que aparecen en el siglo XVII, y de los que emergen con la independencia americana. Por eso se debe desconfiar de explicaciones simplistas como la que se plantea con la polémica entre Jellinek y Boutmy a finales del siglo XIX y principios del XX, o de presentaciones racionalistas y ahistóricas que prescinden de todo ese largo proceso temporal. Por eso también es excesivo y no responde a la verdad pensar que la «Declaration des droits de l'homme et du citoyen» es un hecho excepcional y sin precedente. Paine decía que «la declaration des droits de l'homme toute entière à plus de valeur pour le monde et lui fera plus de bien que toutes les lois et tous les statuts qui ont été promulgués jusqu'à présent»⁵. Es una muestra de esa opinión desorbitada que olvida todo el largo proceso de producción y las influencias plurales que la han hecho posible aunque es cierto que en la cultura jurídica y política posterior será un modelo a imitar.

Bacon decía que «la verdad es hija de la historia», y este estudio me ha confirmado en la dificultad de pretender manipular desde una razón abstracta el tema de los derechos humanos. Siempre me ha parecido arbitrario ese método de cerrar de una vez para siempre con una explicación total el fundamento y el concepto de los derechos, porque cada uno de esos intentos se ha planteado en un momento concreto, con el iusnaturalismo racionalista y con su catálogo de derechos naturales, y hoy con los que pretenden una operación parecida con el surgir poderoso de la idea de derechos morales⁶. Cada vez que uno de esos proyectos se concluye, la

5. Cita tomada de OWEN ALDRIDGE, A.: «The rights of Man» de Thomas Paine «symbole des siècle des lumières et leur influence en France» en la obra colectiva «Utopie et institutions au XVIIIeme siècle. Le pragmatisme des Lumières», Mouton Paris. La Haye, 1968, p. 282.

6. Esa es, me parece, la principal objeción que se puede hacer al trabajo del Prof. LAPORTA: «Sobre el Concepto de Derechos Humanos», Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, 1987, pp. 23 a 46. Cuando habla de nómina o de catálogo de los derechos, o cuando los refiere a necesidades básicas, o expresión de bienes de particular relevancia para los seres humanos, o cuando se incomoda porque se puedan ampliar excesivamente y pierdan valor y fuerza, los fija definitivamente, sin posibilidad de modificación. Se tiene la impresión, cuando se estudia la historia de los derechos humanos, que ese planteamiento no es capaz de comprender el fenómeno con todos sus matices y que lo seca y lo anquilosa con su rígido racionalismo. Otras concepciones de los derechos morales como las de Eusebio Fernández o Pérez Luño me parecen más atentas al tiempo histórico. Las acotaciones al trabajo de Laporta que Pérez Luño publica en el mismo número de Doxa, son una prueba de esa mayor sensibilidad (Vid. «Concepto y Concepción de los Derechos Humanos», pp. 47 a 66).

historia no se para y en su devenir posterior se introducen nuevos matices que los intentos de explicación cerrada y completa no pudieron ni siquiera intuir. ¿Estaremos a finales del siglo XX en situación de concluir la comprensión de los derechos humanos con una explicación definitiva? No lo creo. A los intentos de construir un sistema cerrado en esta materia, sea partiendo de los principios, sea partiendo de los hechos para llegar a los principios, podríamos hacerles el reproche que hace Fontenelle a Descartes y a Newton: «...Les principes évidents de Descartes ne le conduissent pas toujours aux phénomènes tel qu'ils sont, les phénomènes ne conduisent pas toujours Newton á des principes assez évidents...»⁷. También se puede llegar para mantener la coherencia y la perfección del sistema racional a separarse de la realidad, cuando los hechos se separan de la idea que uno se ha hecho de ellos. Y puede ocurrir lo que cuenta Cerutti, que le pasó a Mably con su idea de que el sistema británico no duraría diez años y que por el contrario el Senado de Suecia sería eterno: «L'ouvrage dans lequel il faisait cette belle prophétie n'était pas encore achevé d'imprimer, que le Sénat de Suède n'existait plus. On l'avertit; il répondit 'Le Roi de Suède peut changer son pays, mais non mom livre'...»⁸.

Tengo la impresión que seguir la evolución histórica que conduce a 1789, en el ámbito del pensamiento filosófico moral y en el de la positivación de los derechos es fructífero, y por otra parte, una aproximación abstracta sería aquí un sinsentido, puesto que tratamos de comprender un texto situado en el tiempo. Una comparación de aquella Declaración, con la situación actual de los derechos y con algunas líneas de tendencia que se pueden identificar hacia el futuro permitirá también llegar a algunas conclusiones con las que cerraremos el trabajo. Es evidente que no vamos a renunciar a un intento de comprensión racional ni a un esfuerzo de sistematización, pero será en todo caso contando con los materiales y con las reflexiones que nos proporcione el análisis diacrónico.

II. EL MODELO ANGLOSAJÓN Y EL MODELO AMERICANO

Aunque este trabajo no tiene el carácter exhaustivo de una historia de los derechos humanos, puede resultar conveniente distinguir el modelo de la declaración francesa, de las cristalizaciones en Gran Bretaña y en las Colonias inglesas de la costa Atlántica, que más tarde, al alcanzar su independencia, serán los Estados Unidos de América. Esta acotación de los rasgos diferenciadores y también identificadores de los tres modelos se justifica plenamente por las dimensiones, a veces un poco pueriles y superadas, sobre la influencia de los textos americanos en «La Declaration de droits de l'homme et du citoyen» y porque algunos autores franceses como

7. En FONTENELLE: «Eloge de Newton». Oeuvres de Fontenelle. Edición de 1818, tomo VII, p. 276.

8. CERUTTI: «Mémoire pour le Peuple Français». 2.ª Ed., 1788, p. 58. Citado en la edición crítica de «Des droits et des devoirs du citoyen» de Mably, realizada por Jean Louis Lecercle. Marcel Didier. París 1972. Nota 1, p. 32.

Montesquieu y Voltaire se reconocen expresamente deudores del sistema político inglés⁹.

Para ello debemos partir de la afirmación básica de que los tres se sitúan en el ámbito de la cultura política y jurídica en la misma preocupación que motiva la aparición de esta primera etapa histórica de los derechos: la necesidad de la limitación del poder político del Estado Absoluto moderno, y de que existe una interinfluencia genérica evidente, tanto en la reflexión filosófico-moral que los justifica, como en los modelos de Derecho positivo en que cristalizan, sobre todo en los sistemas americano y francés. No se puede tampoco olvidar el carácter previo de los textos ingleses que son del siglo XVII, un siglo o más anteriores, si contamos desde la «Petition of rights» de 1628.

A) *El modelo inglés*

Se podría situar al modelo inglés vinculado a una lucha histórica, partiendo de los derechos del Parlamento y del Common Law, para limitar la prerrogativa regia, con el viejo y buen Derecho de los ingleses. Frente a los intentos de Jacobo I, Carlos I, Carlos II y Jacobo II por instaurar un régimen absoluto, la resistencia del Parlamento y de los jueces, que se puede encarnar en la figura del juez Coke, va estableciendo la supremacía de los dos pilares del sistema político británico, el Parlamento y el Common Law, el Derecho judicial basado en el precedente. Se puede decir que hay una evolución desde la Carta Magna a los textos del siglo XVII, que se apoyan en la tradición anterior, y no una ruptura o un sistema político radicalmente diferente, como en el caso francés en 1789. Si con la

9. Vid. MONTESQUIEU: «Notes sur l'Angleterre» en «Voyages en Europe», donde da cuenta de su viaje a partir de octubre de 1729, en compañía de Lord Chesterfield, y donde admirará la libertad política y el sistema parlamentario. Se publicaron sólo a finales del siglo XIX —1894-96— por su descendiente el Barón Alberto de Montesquieu. En *Oeuvres Complètes. Du Seuil, L'intégrale*. Paris, 1964, pp. 331 a 334. Asimismo «Considerations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence» capítulo VIII. «Le gouvernement d'Angleterre est plus sage parce qu'il y a un corps qui l'examine continuellement et qui s'examine continuellement lui même... En un mot un gouvernement libre, c'est à dire toujours agité, ne saurait se maintenir s'il n'est par ses propres lois, capable de correction». Edición citada p. 452. Finalmente en «De l'Esprit des Lois». Vid. primera parte. Capítulo XI-6. «De la Constitution d'Angleterre». Edición citada pp. 586 a 590.

Vid. VOLTAIRE especialmente: «Lettres Philosophiques» y entre ellas la octava «Sur le Parlement» y la novena «Sur le gouvernement». Obras completas, el volumen «Mélanges». Gallimard. Paris, 1961, pp. 20 a 27. Especialmente este texto: «...La Nation anglaise est la seule de la terre qui soit parvenue à régler le pouvoir des rois en leur résistant, et qui d'efforts en efforts ait enfin établi ce gouvernement sage, où le prince, tout puissant pour faire du bien, à les mains liées pour faire le mal, où les seigneurs sont grands, sans insolence et sans vassaux, et où le peuple partage le gouvernement sans confusion» (p. 21). En su reciente obra sobre Voltaire, Ayer, dedica el segundo capítulo a la influencia inglesa y dice textualmente: «...hasta este punto, en cada uno de los temas que había examinado en sus cartas, en las esferas de la religión, la política, la medicina, la filosofía y la ciencia, Voltaire había defendido la superioridad de Inglaterra sobre Francia...», versión castellana en *Crítica*. Barcelona, 1988, p. 57, de Miguel Candel, sobre el original inglés publicado por Widenfeld and Nicolson. Londres, 1986.

Estos dos autores que, como se ve, admiran al sistema británico, tendrán una influencia importante en los fundamentos ideológicos de la Revolución Francesa, y en concreto de la «Déclaration...» que sólo se explica a través del proceso de construcción y de racionalización abstracta de los datos ingleses en su pensamiento.

Carta Magna más que de derechos se debe hablar de privilegios estamentales otorgados, en una especie de pacto entre el Rey, los señores, los Obispos y los estamentos, y desde la perspectiva de la limitación del poder, será el restablecimiento de esos límites y de esos privilegios adaptándolos al nuevo tiempo, lo que motivará la *Petition of Rights* de 2 de junio de 1628. Se recuerda a Carlos I, no sólo la Carta Magna, sino el «*Statutum de Tallagio non Concedendo*», de Eduardo I, en relación con el pago de los tributos, recordado ya por el Parlamento durante el reinado de Eduardo III. La misma vuelta a prácticas procesales anteriores justificará el Acta de *Habeas Corpus* de 1679, cuya causa inmediata fue el encarcelamiento al margen de las garantías tradicionales, de unos oponentes a la Corona, por Lord Clarendon, ministro de Carlos II. Entre los antecedentes que se recuerdan y que sirven de base para reafirmar una práctica de defensa de la libertad personal frente a la detención arbitraria, y que se había ido configurando a lo largo de los siglos, figuran los procedimientos «de *hominem replegiando*» o de «*odio et atia*» que vienen de la Carta Magna, la propia *Petition of Rights*, resoluciones de los Tribunales del *Common Law*, como la famosa *Resolution in Anderson* de 1592, o la supresión del Tribunal especial llamado Cámara Estrellada, en 1641. Aún es más claro el carácter pragmático, vinculado a una tradición constitucional y judicial muy antigua, con el *Bill of Rights*, que es una especie de lista de agravios, y de límites al ejercicio del poder real que el Parlamento aprobó en febrero de 1688, y que Guillermo y María tuvieron que aceptar antes de ser proclamados Reyes¹⁰. La descripción de esta aparición de los textos ingleses del XVII que hacen autores como Maitland¹¹ o Bagehot¹², vinculadas a continuas referencias a antecedentes históricos, a casos concretos y a actuaciones del Parlamento, confirman este diagnóstico.

En resumen, el modelo inglés es producto de una evolución, se apoya en la experiencia histórica, parte de la limitación del poder y no al revés, y carece de construcciones doctrinales racionales y abstractas como substrato ideológico. Como veremos, por el contrario, la Declaración de 1789 escoge un camino diferente y supone, de entrada, una ruptura con el sistema constitucional que había organizado la Monarquía francesa desde los orígenes de la modernidad. Los autores ingleses que tuvieron una influencia importante en la formación de la filosofía de los derechos humanos como Locke, de manera muy singular, no incidieron con sus construcciones teóricas, en estos textos de la Revolución inglesa del XVII, sino en

10. Sobre el origen del *Common Law* vid. VAN CAENEGEM: «*The Birth of the English Common Law*», Cambridge University Press, 1973.

11. «*The Constitutional History of England*». Cambridge University Press, 1.ª edición 1908, aunque la versión consultada es la reimpresión de 1974 (que hace la número diecisiete). Maitland plantea siempre la historia constitucional desde el estudio de la organización de los poderes y de sus límites y no desde los derechos humanos, que son una consecuencia de la limitación del poder.

12. Consultada la versión francesa «*La Constitution Anglaise*». Baillière. París 1864. También Bagehot estudia la Constitución desde el punto de vista de la organización de los poderes y no dedica ningún capítulo al estudio de los derechos, que se desprenden igualmente de los límites del poder. La edición original inglesa es de 1867, y la actualmente disponible es la de Fontana de 1963, cuya décima reimpresión es de agosto de 1973, con un estudio introductorio del prof. Crossman.

la americana y en la francesa del XVIII. Por el contrario reacciones contra la Declaración de 1789, como la de Burke, se explican en gran parte por la defensa de la tradición inglesa¹³. Sus propias palabras, críticas con la Declaración de 1789, se basan en la misma.

«... Podríais... haber aprovechado nuestro ejemplo y haber dado a vuestra recobrada libertad una dignidad correspondiente. Vuestros privilegios, aunque hayan perdido continuidad, no han dejado de estar presentes en vuestra memoria... Podríais haber reparado esos muros y haber edificado sobre esos viejos cimientos...»¹⁴.

A esa crítica de la ruptura, con la defensa de la evolución como el mejor cauce para regular el gobierno de los pueblos, añadirá una crítica específica al ejemplo más claro para aplicarla: los derechos del hombre.

«...El gobierno no se crea en virtud de derechos naturales, que pueden existir y existen, totalmente independientes de él y con mucha mayor claridad y un grado mucho mayor de perfección abstracta; pero su perfección abstracta es su defecto práctico... Ésos derechos metafísicos que entran en la vida común como rayos de luz que penetran a través de un medio denso, son, por lo general refractados. Es más en la grande y complicada masa de pasiones y preocupaciones humanas, los derechos primitivos de los hombres sufren una variedad tal de refracciones y reflexiones que resulta absurdo hablar de ellos como si mantuvieran la simplicidad de su dirección original...»¹⁵.

En esta caracterización del sistema inglés en comparación con el que se desprende de «la Declaration», aparece una dialéctica que va a estar presente en la cultura de los derechos humanos hasta hoy, especialmente en la reflexión teórica sobre ellos; aunque claro está con repercusión en su organización jurídico-positiva: razón e historia como fundamento y raíz de los derechos. Los textos ingleses y sus teóricos se plantean desde la historia y ésa es su gran diferencia con el texto de 1789 que se justifica desde la razón.

B) *El modelo americano*

El modelo americano se encuentra a medio camino entre el inglés y el francés, y para iniciar su caracterización podríamos decir que comienza

13. En la introducción a los Textos Políticos de Burke (entre ellos las «Reflexiones sobre la Revolución francesa» Vicente Herrero dirá: «...Burke defendió toda la vida la causa de la libertad, es cierto, pero la defendió con un criterio conservador. Lo que defendía era la libertad a la manera inglesa de acuerdo con los principios de la 'gloriosa Revolución de 1688'. Fondo de Cultura Económica, 1942, 1.ª reimpresión 1984 p. 21. Uno de los recientes estudiosos ingleses de Burke, O'Gounan sostendrá en el mismo sentido: «...Rights to political power were not natural such rights were acquired not through the contract but through experience (i.e. history) and according to circumstances. Rights do not exist apart from society. They evolved through time with customary obligation, traditional morality, and established institutions. Burke had no time for those theorists who were for ever stressing the rights of the individual at the expense of the power of the state. Natural rights could only exist in society; they are not anterior to it. For Edmund Burke, then, rights were no legal or personal matters, but the residue of experience and time, enshrined in the institutional apparatus of society...». Edmund Burke. His political philosophy. Allen and Unwin. Londres 1973 pp. 116, 117.

14. Reflexiones sobre la Revolución Francesa, en edición citada p. 70.

15. *Ob. cit.*, p. 94.

con apoyo en la historia y en la tradición inglesa, con algunos de los documentos de las Colonias y que se perfila, en los textos de la época de la independencia con un fundamento predominantemente racional.

Muchos de los padres fundadores proceden de Inglaterra, y muchas de las Colonias surgen como concesiones de la Corona y trasladan a ellas, los principios del derecho inglés. Así la Carta otorgada por Carlos I en 1629 a los primeros colonos procedentes del *Mayflower*, que se instalan en Massachusetts. Después de un complejo proceso se desembocó en el texto denominado «Cuerpo de Libertades de la Bahía de Massachusetts» de diciembre de 1641, el primer texto de derechos y libertad en aquellas tierras, con influencia de la Carta Magna y en general del *Common Law*, pero ya también con aportaciones de la teología puritana, lo que matizará el historicismo y dará un tono particular a su racionalismo que le distinguirá también del que fundamenta al modelo francés¹⁶. Otros textos posteriores como las Normas Fundamentales de Carolina (1669-1670) o las Concesiones y Acuerdos de West New Jersey (1667)¹⁷, combinan la influencia del Derecho inglés, desde la Magna Carta en adelante, con influencias doctrinales de Locke, autor con Lord Ashley del proyecto, en el primer caso, y con el pensamiento religioso de los cuáqueros en el segundo. Los textos del siglo XVIII, incluso los anteriores a la independencia como la Carta de Privilegios de Pennsylvania acentúan la dimensión racional y la influencia religiosa, en este caso de los cuáqueros, junto con menonistas y pietistas alemanes¹⁸.

No se puede olvidar que durante la etapa colonial y hasta la independencia en 1776, el vínculo entre Gran Bretaña y las colonias se establecía con estas Cartas, Concesiones o Cuerpos de Libertades, que suponía un contrato implícito, en virtud del cual la protección de la Corona y la concesión de aquellos territorios tenía como contrapartida un estatuto comercial particular en las relaciones con Inglaterra el pago de los «quit rents», y una sumisión a las Leyes del Reino, lo que implicaba sumisión a la Corona y al Parlamento, y titularidad de los derechos y libertades concedidos por las Leyes y por el *Common Law*. Será precisamente sobre la base de las libertades y prerrogativas de los ingleses sobre las que se basarán importantes razones para negarse a pagar tasas, para lamentar el olvido del Parlamento a sus derechos, y en definitiva para reclamar la independencia. El panfleto de James Otis, «*The rights of the British colonies asserted and Proved*»¹⁹ es un ejemplo de este tipo de argumentación. En una combinación entre la existencia de los derechos y libertades de los ingleses aplicables a los colonos de América, y la constatación de su violación por la Corona y el Parlamento, y un abstracto derecho de resistencia a la opresión, se justificará la independencia. Es una curiosa mezcla de argumentos históricos como punto de partida y de argumentos racionales

16. Vid. «Derecho Positivo de los derechos humanos» ya citado pp. 66 y ss.

17. Vid. «Derecho Positivo...» citado pp. 75 a 83.

18. Vid. «Derecho Positivo...» citado pp. 99 y ss.

19. Vid. la edición de BAILYN «*the sentiments of a British American*»: Pamphlets of the American Revolution. Harvard University Press. Cambridge. Massachusetts 1965. Vid. I, pp. 419-482.

como punto de llegada, muy característica de un sistema mixto como es el americano desde este punto de vista²⁰.

Si seguimos el interesante estudio que hizo Fletcher Wright, en los años treinta, veremos cómo en las mismas repercusiones de las controversias producidas en las Colonias durante la Revolución Inglesa del XVII se plantean fundamentalmente desde los «legal and constitutional rights of Englishmen» y sólo a principios del XVIII y de ahí hasta la independencia en 1776 empieza a hablarse de «natural law» y de «natural rights», aunque a veces se produzcan intentos de síntesis, que son significativos de esta caracterización mixta de los textos americanos.

Muy relevante de ese punto de vista con pretensión integradora, es la formulación que encontramos ocasionalmente en Pennsylvania en 1755: «natural rights of freeborn Englishmen»²¹. La referencia a las libertades, privilegios, franquicias e inmunidades conservadas y poseídas por el pueblo de Gran Bretaña, a que se refieren las Virginia Stamp Act Resolutions de 1765, las resoluciones del Primer Congreso Continental de 1776, donde leyes inmutables de la naturaleza, principios de la Constitución Inglesa y Common Law se combinan, expresan también esa vía media característica de los textos americanos²².

El viejo y buen derecho de los ingleses se combina con el iusnaturalismo racionalista. Frente al caso inglés y al francés en el modelo americano reforma y ruptura, continuidad e innovación no se plantean como alternativas incompatibles, sino como dimensiones compatibles, aunque en una progresiva potenciación del punto de vista rupturista racional y abstracto, necesario para justificar la interrupción de los lazos con la metrópoli. La Declaración de Independencia supondrá la máxima cota en esa perspectiva racionalista. Locke, Pufendorf, Montesquieu, Vattel, Beccaria, Burlamaqui, Voltaire, están presentes y su influencia explica las dimensiones de conexión entre los textos americanos y los franceses, más por esta común paternidad que por una influencia decisiva de los segundos²³.

20. Algunos textos como el de Richard Bland «An Enquiry into the Rights of the British Colonies», publicado en «Williamsburg en 1769 y recogido en «A Collection of Tracts on the subject of Taxing the British Colonies in America», 4 vol. Londres, 1773, sostienen que cuando los súbditos se ven privados de sus derechos o no están conformes con el lugar que ocupan en la comunidad, tienen un derecho natural a abandonar esa sociedad y a formar, en acuerdo con los demás, una nueva sociedad política soberana.

No se puede tampoco olvidar que algunos textos coloniales con influencia del Derecho Inglés, como los de Rhode Island y Connecticut, coexistieron con las declaraciones, mucho más racionalistas, producidas en el momento de la independencia, y se mantuvieron hasta el siglo XIX.

21. Vid. WRIGHT: «American Interpretation of Natural Law. A Study in the History of Political Thought». Harvard University Press. Cambridge. Massachusetts 1931, en el capítulo III, Colonial importations (p. 36 a 61). Se puede consultar también CHINARD, G.: «Les Réfugiés Huguenots en Amérique». Les Belles Lettres. París, 1925, y la clásica obra de BARTON PERRY, R.: «Puritanism and Democracy», en la edición francesa de MEAULNES, F.: «Puritanisme et Démocratie». Laffont. París, 1952.

22. Para esos textos vid. COMUNAGER: «Documents of American History». Appleton. Nueva York, 4.ª Ed. 1948.

23. Vid. en ese sentido BAILYN: «The Ideological origins of the American Revolution». Harvard University Press. Cambridge. Massachusetts, 1967. En el mismo sentido MATTEUCCI: «La Rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale». Il Mulino. Bolonia, 1987.

La tensión entre los derechos históricos y la fundamentación racional se encuentra en uno de los ensayos de Hamilton, en apoyo de la Constitución Federal publicados con Madison y Jay en tres periódicos

Hay otro rasgo significativo de las diferencias entre el modelo americano y el modelo francés que dificultan interpretaciones como la de Jellinek, a la que hemos reiteradamente aludido, y que llevan a pensar más bien que las coincidencias derivan de influencias comunes. En efecto, si a la influencia de los textos americanos sobre «la Declaration» de 1789, hubiera sido tan firme, se hubiera transmitido la ideología religiosa que proyectaron en ellos algunas sectas minoritarias, cuáqueros, puritanos, socinianos, independentistas, etc.

Tengo más bien la impresión de que esa influencia ético-religiosa no es tan importante en 1789. Las dos grandes vertientes que como consecuencia de la ruptura del edificio ético-católico, la habían identificado el humanismo protestante y el humanismo laico, respectivamente serán protagonistas del sistema americano y del francés, aunque no se pueda tampoco negar las interinfluencias producidas.

En el texto de Otis después de la «Revenue Act», en 1764, citado anteriormente, aparecen en muchas ocasiones referencias que identifican el uso de los términos Naturaleza y Dios, y John Adams, en su trabajo «Dissertation on Canon and Feudal Law», se refiere a los «rights derived from the great Legislator of the Universe»²⁴. La influencia de autores del racionalismo protestante como Grocio, Pufendorf, Vattel, Burlamaqui, Locke o Blackstone, que ya aportan muchos de ellos esa referencia religiosa de las sectas protestantes, se verá completada, y en muchos casos precedida por una progresiva coexistencia entre el viejo y buen Derecho de los ingleses, con identificaciones de la Ley Natural con la Ley Divina, y con la idea central de aplicar las enseñanzas de la biblia a la vida política.

Como dice Fletcher: «...For the most part these men believed that god ordained a class system of social organisation, and the direction of the state by the orthodox church members...»²⁵. Y añadirá para remachar esa idea que «Pufendorf and Locke as well as the Bible, Luther and Calvin, helped to shape the political thought of the New Englanders of this period...»²⁶.

El reflejo de esos puntos de vista en los textos de derechos humanos de la independencia reflejarán influencias del factor religioso. Así el artículo XVI de la Declaración del Buen Pueblo de Virginia:

«...Que la religión, o los deberes que tenemos para con nuestro Creador, y la manera de suplirlos, sólo pueden seguirse por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; en consecuencia, todos los hom-

de Nueva York, y titulados «El Federalista», desde la primera vez que se publicaron como libro. Vid. ese artículo en la edición castellana del Fondo de Cultura Económica. México, 1943. 3.ª reimpresión 1982, pp. 365 y siguientes. La influencia de Pufendorf se ejercerá directamente, sobre todo a través de la obra de WISE, R.: «A vindication of the government of New England churches», donde afirma que se propone «...tomar al Barón Pufendorf como guía y portavoz principal...». Citado por W. Volkomer en su antología del «Pensamiento Liberal en los Estados Unidos». Editores Asociados, México, 1972 p. 33 (Ed. original «The liberal tradition on liberal thought Putnam and sons. Nueva York, 1969).

24. Citado por FLETCHER: *Ob. cit.*, p. 74.

25. *Ob. cit.*, p. 328.

26. *Ob. cit.*, p. 328.

bres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión, de acuerdo con el dictamen de su conciencia, y que es deber recíproco de todos el practicar la paciencia, el amor y la caridad cristiana para con el prójimo...»²⁷.

La declaración de 1789, tendrá como veremos junto a influencias ideológicas comunes, otras situadas en lo que Maritain llama la ética de la libertad, frente a la ética de la gracia²⁸. La influencia de los que llama Goyard-Fabre los precursores franceses de las luces, especialmente Bayle, Gassendi Naudé o Fontenelle²⁹ y también de Saint-Evremond, D'Holbach, Vauvenargues, Voltaire, Marmontel o Condillac entre otros, será, me parece, una influencia propia más laica que la que está en el origen de los textos americanos.

Probablemente también esta diferencia del factor religioso esté conectada con el mayor individualismo del texto francés. Como dice Bobbio «... mentre 'l'utilità comune' è invocata dal documento francese unicamente per giustificare eventuali 'distinzioni sociali' le carte americane fanno quasi tutte un riferimento diretto allo scopo dell'associazione politica che è quello del 'common benefit' (Virginia) del 'good of the whole' (Maryland) o del 'common good' (Massachusetts). I costituenti americani avevano collegato i diritti dell'individuo con il bene comune della società. I costituenti francesi intendono affermare primamente ed esclusivamente i diritti degli individui...»³⁰.

En todo caso la comparación con el artículo 10, que vincula el elemento religioso con la libertad de opinión, marca esa distancia laica que no encontramos en la revolución americana.

«Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, en tanto que su manifestación no altere el orden público establecido por la Ley...».

Creo que con mucha agudeza Doumergue se inclina por esta misma opinión cuando afirma que «...el Bill americano proclamaba la libertad de conciencia y como consecuencia la tolerancia, mientras que la Declaración francesa después de haber rechazado la libertad de conciencia reclamada por Rabaud Saint-Etienne en su famoso discurso, se limitaba a afirmar

27. Vid. «Derecho positivo de los derechos humanos» citado p. 105. En el mismo sentido, por ejemplo, artículos 2 y 3 de la «Declaración de Derechos y Normas Fundamentales de Delaware» (11 de septiembre de 1776) p. 110.

28. Vid. «Humanisme Intégral», Aubier Montaigne. París 1936, reeditado en 1946 y 1968. Especialmente Capítulo Primero II «L'Humanisme classique et le double problème de l'homme et de la liberté».

29. Vid. «La Philosophie des Lumières en France». Klincksieck, París 1972, capítulo primero pp. 41 y ss. Vid. asimismo HAZARD, P.: «La crise de la conscience européenne». Gallimard, París. Edición castellana de Julián Marías. Ediciones Pegaso 3.ª ed. Madrid 1975.

30. Vid. «La Rivoluzione Francese e i Diritti dell'uomo» que refleja una conferencia pronunciada el 14 de diciembre de 1988 en la Salle delle Capriote de la Cámara de diputados italiana. De todas formas Bobbio no subraya el factor religioso que me parece la raíz de la preocupación por el bien común de los textos americanos, y se centra en la continuidad entre las dos revoluciones porque «identici erano i principi ispiratori e il loro fondamento, il diritto naturale: identico il loro sboco, il governo fondato sul contratto sociale, la repubblica come governo che respinge per sempre la legge de l'heredità, la democrazia come governo di tutti...». Camera dei Deputati. Servizio informazione parlamentare e relazioni esterne. Roma 1988. Las citas son, respectivamente de las páginas 17 y 14.

débilmente la tolerancia...»³¹. Un signo de la posición dual del modelo americano es la distinta acogida que le dispensan la izquierda y la derecha de la Asamblea Nacional al enfrentarse con la redacción de la «Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen». Evidentemente, de sus debates se desprende que los textos americanos eran conocidos y tenidos en cuenta, aunque para unos la referencia historicista y pragmática del modelo inglés les haría desconfiar de sus virtualidades revolucionarias, y a otros su dimensión racionalista y abstracta le alejaba de su ideal de un reformismo que modernizase las instituciones y los privilegios del sistema francés como habían hecho los ingleses. Para unos eran textos demasiado ingleses y para otros demasiado poco, para unos demasiado racionalista y para otros demasiado poco.

El modelo inglés verá los derechos del hombre desde el problema y el modelo francés lo verá desde el sistema; el modelo americano intentará combinar ambos. La Ley y las decisiones judiciales representan las dos formas puras de entender la positivación de los derechos humanos, y la evolución histórica desde entonces se ha encargado de diluir esos rasgos diferenciadores, sobre todo con la reciente y tardía incorporación plena al sistema francés del control de Constitucionalidad por medio del Conseil Constitutionnel, teniendo en cuenta el preámbulo de las Constituciones de 1946 y de 1958. Habermas coincidirá con estos criterios de diferenciación, y también con la existencia de elementos comunes, en un razonamiento interesante que añade algún nuevo matiz «...sin lugar a dudas, americanos y franceses aluden en la misma medida a principios del Derecho Natural moderno... Pero precisamente estas Declaraciones tienen un sentido específicamente distinto, a pesar de su coincidencia material. Los colonos americanos quieren legitimar con el recurso a los derechos humanos su independencia del Imperio Británico; los franceses una subversión del Ancien Régime...»³².

Con estos matices que acabamos de señalar, y desde la dialéctica coincidencia-diferencia que hemos intentado esclarecer, para superar simplificaciones y reduccionismos en el origen histórico y en los fundamentos ideológicos de la Declaración de 1789, podemos abordar su estudio directo, las influencias intelectuales que contribuyen a su formación, su proceso de producción y consiguientemente las influencias más directas y más inmediatas y el análisis del texto y de su significado en la cultura jurídica y política.

Estamos ante fundamentos plurales y que arrancan en el tiempo desde muy atrás, probablemente a partir de la consolidación del Estado Absoluto en el siglo XVI y podemos estar de acuerdo, en esto sí, con Jellinek cuando en su contestación a Boutmy dice que «en la limitación de la arbitrariedad del Estado es donde residen todas las libertades y todos los derechos

31. En «Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano», edición de González Amuchastegui, ya citada p. 205.

32. Vid. el apartado «El Sentido de Declaración en las Declaraciones francesas y americanas de Derechos del Hombre» en el Capítulo 2.º. «Derecho Natural y Revolución» de «Teoría y Praxis. Estudios de Filosofía Social». Versión castellana revisada por Jacobo Muñoz. Tecnos. Madrid 1987, pp. 91 y 92.

de los pueblos modernos»³³, al menos en esta primera etapa que comentamos. Hoy tendría tanta importancia, a mi juicio, el problema en las relaciones entre particulares.

En mayor o menor medida las declaraciones inglesas, y sobre todo americanas, no sólo eran conocidas sino que tanto ellas mismas, como sus orígenes intelectuales influyeron en la Declaración de 1789, porque la ideología de los derechos humanos o de los derechos naturales era una forma de pensar común que se respiraba en el siglo XVIII, en las corrientes ilustradas de toda Europa y de América. Algunos autores como Locke, Pufendorf o Vattel y Tomasio, o Montesquieu, son compartidos por los constituyentes americanos y franceses mientras que otros, quizás la corriente que va de los libertinos a Voltaire, en esa línea que he llamado del humanismo laico, y también los fisiócratas y Rousseau tienen una influencia predominante en la Revolución Francesa, sin que eso suponga desconocimiento por los constituyentes americanos. En sentido inverso, y sin perjuicio de su importancia inicial para llamar la atención sobre los límites del poder, a finales del siglo XVI y en el siglo XVII, las corrientes vinculadas al pensamiento protestante, como Calvino, Beze, Hotmann, Duplessis-Mornay, Jurieu, Knox, Goodman, Buchanan, Roger Williams y los puritanos u otras sectas minoritarias tendrán más impacto en la revolución americana.

En ese sentido no es, a mi juicio, correcto el análisis de Doumergue, que mezcla a este pensamiento religioso con el iusnaturalismo racionalista y con Locke. Dirá «...Hemos contado la historia de dos teorías. Una dice que hay derechos naturales del hombre, que para asegurarlos, cuando el pueblo se constituye en Gobierno, realiza un contrato, situando esos derechos lejos del alcance de la autoridad, y que en el caso en que, a pesar de todo, esos derechos naturales, sagrados, imprescriptibles, sean violados, la resistencia es legítima...»³⁴.

Para él será esta teoría, y no la otra que atribuye a Hobbes y Rousseau, donde los derechos lo son sólo plenamente con el Derecho positivo, lo que estará en la base de 1789.

El iusnaturalismo racionalista, y el propio Locke, llevarán una contradicción interna en su pensamiento al afirmar, al tiempo, los derechos naturales e innatos y la necesidad del poder —a través del contrato— y de su Derecho para su eficacia social, aunque Locke reconozca el derecho de resistencia. La Declaración de 1789 heredará esa tradición, y la doctrina francesa durante todo el siglo XIX y hasta bien entrado el XX, no consideró en general a la Declaración como un texto jurídico. Sólo a partir de 1958, con la Constitución de la V República, el problema empezó a cambiar³⁵.

33. *Ob. cit.*, en nota 30, p. 164.

34. Vid. su artículo «Los orígenes históricos de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano» en la edición de González Amuchastegui, ya citada. «Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano», p. 222.

35. Vid. LUCHAIRE: «La Protection Constitutionnelle des Droits et des Libertés». Económica. París 1987. En España vid. el trabajo de LLAMAS, A.: «Los Principios fundamentales reconocidos en las Leyes de la República» en Revista de las Cortes Generales, n.º 15. Madrid 1988, pp. 59 a 111.

Todavía debemos referirnos a la influencia inmediata, a la de los redactores de la Declaración, que es plural y compleja, porque el texto, aunque del Preámbulo parezca deducirse otra cosa, se construye con muchas aportaciones distintas, y es expresión, por consiguiente, de muchas, y como veremos, incluso contradictorias posiciones doctrinales. El estudio de la producción normativa en julio y agosto de 1789, será por consiguiente imprescindible para no movernos sólo en conceptos generales. Aquí también una aportación que se presenta como universal, general y abstracta, simple Declaración de unos derechos innatos, es como aparece, en lo que será un paradigma que cierra la etapa inicial de la historia de esos derechos, más bien expresión de luchas, de propuestas opuestas, que vencen o son vencidas por los votos. Una discusión distinta y unas votaciones diferentes hubieran hecho que los derechos innatos, fueran otros, dentro claro está, de los límites de la idea de dignidad humana. Es una buena experiencia para disminuir la arrogancia de la razón, y para confirmar que la denominación de derechos racionales o morales está poco justificada³⁶. Muchas veces el grado de abstracción de esos estudios es más producto de una visión de conjunto que no desciende al análisis de los detalles, y que no parte de ellos para hacer la síntesis. Es una dignificación de la superficialidad camuflada de reducción racional. Hay que desconfiar siempre de una síntesis que no ha sido previamente un análisis, o dicho de otra manera, de una razón no fundada en la historia. Algunas afirmaciones tajantes, y cuanto más tajantes es más evidente, sólo tienen detrás el desconocimiento de los hechos.

III. LOS FUNDAMENTOS IDEOLÓGICOS MEDIATOS

Con las precisiones anteriores y siendo conscientes que no abarcamos todas las posibles aportaciones que concurren, vamos a estudiar en este apartado varios grupos de influencias que nos parecen las más importantes, para comprender la «Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen»: El iusnaturalismo racionalista, Locke, el humanismo laico desde los libertinos a Voltaire, la Enciclopedia y su entorno ilustrado, Montesquieu, los fisiócratas y Rousseau. En el ámbito de este artículo y de las posibilidades que encierra, se trata de una referencia sucinta que subraye los elementos de cada una de esas posiciones doctrinales que encontramos reflejados en el texto de la Declaración, y que suponen una influencia de las mismas. Con todas las mediaciones con que éstas se han producido no es fácil encontrarlas en estado puro, e incluso podemos señalar algunas contrapuestas. Un clima cultural genérico, racionalista, contractualista, iusnaturalista, individualista, y con un proceso de secularización avanzado, donde inciden estos autores es el medio del que se nutrirán los autores inmediatos de la Declaración.

36. Sin duda se responderá que los derechos de la Declaración son una concreción histórica y que mi observación no es objeción para los derechos racionales, aunque me resulta difícil aceptar que cualquier formulación de esos llamados derechos racionales o morales, no sea igualmente histórica, salvo que aceptemos que la formula un superhombre o un hércules, y aunque estimo personal e intelectualmente a quienes los defienden, no hasta el punto de pensar que se puedan situar en ese nivel.

Las influencias las podemos encontrar tanto en el fundamento de los Derechos, como en el papel que se reserva al Derecho positivo en este tema, y finalmente en su mismo contenido.

1. *El iusnaturalismo racionalista*

La importancia, en los siglos XVII y XVIII, del pensamiento iusnaturalista protestante aparece en el tema de los derechos en la fundamentación de los mismos, tanto desde la secularización de la dimensión moral de la persona humana, aunque no desaparezca en ellos una última referencia a Dios, como desde la consideración de los derechos como derechos innatos o naturales, como a través de la relación de su explicación contractualista del origen de la sociedad, con esos derechos. También se apuntan algunas influencias en el ámbito de los contenidos.

Así la idea de los «entia moralia» en Pufendorf, precedente de la moderna idea de los valores, como dice Fassó³⁷, supone un acentuación del humanismo antropocéntrico, y una separación de la Teología moral. Para él éstos son creación del hombre y los define como «...certains modes, que les être intelligents attachent aux choses naturelles ou aux mouvements physiques, en vue de diriger et de restreindre la liberté des actions volontaires de l'homme, pour mettre quelque ordre, quelque convenence et quelque bonté, dans la vie humaine...»³⁸. El individualismo y la secularización, condiciones necesarias para explicar la Declaración, arrancan de posiciones como ésta. La afirmación de la igualdad natural de todos los hombres que encontramos asimismo desde el artículo 1, y en la Declaración de independencia americana, es también central. El Capítulo II del Libro III del «Ius Naturae et gentium» que Pufendorf titula «De l'Obligation, on sont tous les hommes de se regarder les uns les autres comme naturellement égaux», contiene afirmaciones vinculadas a la idea de dignidad humana, como la de que «...chacun doit estimer et traiter les autres comme lui étant naturellement égaux», y de esa consideración de la igualdad natural deduce que «...sert encore à decouvrir de quelle manière on doit s'y prendre dans le règlement des droits entre plusieurs personnes, c'est de les traiter comme égales, et de n'ajuger rien à l'une plus qu'à l'autre, tant qu'aucune d'elles n'a point acquis le droit particulier qui lui donne quelque avantage...»³⁹. Y de esos principios deducía Pufendorf una concreción tan importante en el tema de los derechos humanos como el rechazo de las posiciones que defendían «...ces anciens grecs qui pretenaient qu'il y des hommes naturellement esclaves...»⁴⁰.

En una misma dimensión la distinción entre Derecho y Moral que encontramos en Tomasio, supone un límite a la acción del Estado y también un fundamento adecuado a los derechos del hombre. Por esa razón me parece conceptualmente confusa la terminología de los derechos mora-

37. Vid. «Storia della Filosofia del Diritto». Il Mulino. Bologna, 2.^a Ed. 1972. Tomo II, p. 175.

38. Vid. la traducción francesa de Barbeyrac «Le Droit de la Nature et des gens». Veuve de Pierre de Loup. Amsterdam, 5.^a Ed. 1734, Tomo I, p. 3.

39. Vid. en *Ob. cit.* Tomo I, pp. 357 a 363

40. *Ob. cit.*, p. 366.

les como un paso atrás que vuelve a la legalización de la moral propia de los momentos anteriores a la tesis de Tomasio, y cauce, sin duda no querido, de volver a un fundamentalismo ético, con vocación de positivación jurídica. Centrándonos en nuestro tema, la distinción de nuestro autor estará en el origen de la libertad de conciencia, puesto que supone salvaguardar de la acción del Derecho todo el ámbito ético religioso. Como dice Battaglia «...nella formulazione empirica quasi naturalistica, negativa di Tomasio si asconde l'esigenza a fondare veri e propri diritti pubblici subiettivi, i cosiddetti diritti di libertà, il più alto patrimonio dell'anima moderna...»⁴¹. Es decir, con la libertad de conciencia, la libertad científica y de pensamiento, es uno de los tres grupos de derechos que encontramos en 1789.

Junto a estos conceptos generales, el iusnaturalismo racionalista incorporará a la cultura jurídica y política moderna, una contradicción que se arrastrará desde entonces en la historia de los derechos humanos, vinculada al contractualismo y a la dialéctica Derecho natural, Derecho positivo. Como veremos la Declaración de 1789 será un modelo de esas contradicciones.

El contractualismo, como explicación del paso del Estado de naturaleza al de sociedad es común en esta escuela⁴², y como consecuencia la dialéctica derechos naturales, los «iura connata», de que habla Tomasio, y derechos positivos. Los derechos del hombre participarán en este punto de vista de ambas condiciones, y de ahí deriva ya la contradicción que encontramos en la Declaración, entre su consideración de «derechos naturales» en el Preámbulo y en los artículos 2.º y 4.º, y la necesidad que ese mismo artículo 4.º establece de que los derechos se limiten por Ley, que es una norma del Derecho positivo.

En Burlamaqui, por ejemplo, se parte de la insuficiencia del Estado de Naturaleza en una argumentación común a una mayoría de autores de esta escuela.

«...Tels étaient les inconvenients qui accompagnaient l'état de Nature. La grande liberté et indépendance dont les hommes jouissaient, les jetaient dans un trouble perpetuel, la nécessité les a donc forcés à sortir de cette indépendance et à chercher un remède contre les maux qu'elles leur causait et c'est ce qu'ils ont reconstruit dans l'établissement de la société civile et d'une souveraine autorité...»⁴³. Esta insuficiencia se plasma en nuestro supuesto en la de la libertad o los derechos naturales, y por consiguiente en la superioridad de la libertad civil. Y en este sentido Burlamaqui añadirá:

41. Vid. «Cristiano Tomasio. Filosofo e Giurista». Società Ed. del «Foro Italico». Roma 1936, reimpresión de Clueb. Bolonia 1982, p. 372.

42. Vid. en PUFENDORF: «Le Droit de la Nature et des gens», citado Libro II, Cap. II, pp. 168 y siguientes; Libro VII, Cap. I. Tomo II de la edición pp. 262 y ss. Asimismo en «Les Devoirs d'Homme et du Citoyen» traducción francesa de Barbeyrac. Edición de 1722, reimpresa en 1984 por el Centro de Filosofía Política y Jurídica de la Universidad de Caen. Tomo II. Libro II, Capítulo V, pp. 50 y ss. Asimismo BURLAMAQUI: «Principes du Droit Naturel». Barrillot et fils. Ginebra 1747. Capítulo IV, p. 47 y «Principes du Droit Politique». Barrillot et fils. Ginebra 1754. Capítulos II, III y IV, p. 6 a 25.

43. «Principes du Droit Politique», citada p. 11.

«...S'il est donc vrai que l'Etat Civil donne une nouvelle force aux Lois Naturelles, s'il est vrai que l'établissement d'un souverain dans la société pourvoit d'une manière plus efficace à leur observation, il faudra conclure que la liberté dont l'homme jouit dans cet état, est beaucoup plus parfaite, plus assurée et plus propre à prouver son bonheur, que celle dont il jouissait dans l'Etat de Nature...»⁴⁴. Es verdad que, en esos autores, el fin de la sociedad civil será, como en Locke, la defensa de la libertad natural, convertida por la existencia del poder soberano en libertad civil, y que en ese sentido aparece ya la idea de que esa libertad civil es un límite al poder⁴⁵, lo que se refleja, tanto en el Preámbulo como en el artículo 2.º de la Declaración, pero no cabe duda que esa influencia de los derechos naturales, aumentada más tarde por la influencia de Rousseau, estará en la base de ese debate permanente en la fundamentación de los derechos humanos, de su carácter previo o no, al Poder y al Derecho, es decir, de si podemos hablar con propiedad de derechos humanos antes de su incorporación al Derecho positivo.

Respecto al contenido en los tres grandes bloques de derechos que esa primera generación recoge, y también ese paradigma último de la misma que es el texto francés, en el iusnaturalismo racionalista propiamente encontramos rasgos de los derechos individuales, como la libertad de conciencia o de pensamiento, y de las garantías procesales, no tanto en Pufendorf como en Tomasio o en Burlamaqui. Ya hemos visto, con Battaglia, que de la distinción de Tomasio entre Derecho y Moral, arrancan derechos individuales a la conciencia y al pensamiento⁴⁶. En los «Principes du Droit Politique» del profesor de Ginebra se encuentra una defensa de la libertad científica y de opinión⁴⁷, aunque limitada en el marco, que aún no se discute, del despotismo ilustrado del Estado absoluto e igualmente de la libertad religiosa⁴⁸. En cuanto a las garantías procesales y de las penas en Tomasio, algunos escritos suyos tuvieron en su época una repercusión, similar a la que más tarde tuvieron los de Voltaire o de Beccaria⁴⁹. Se opuso a la tortura y defendió la reforma, frente al sistema penal de su tiempo, frente al proceso inquisitorio, y defendió el principio de publicidad y el de contradicción en los procesos⁵⁰. En cuanto a Burlamaqui, se

44. *Ob. cit.*, p. 14.

45. Burlamaqui afirmará que la libertad civil tiene ventajas de las que carece la libertad natural entre ellas: «...le droit d'exiger de son souverain qu'il use bien de son autorité et conformément aux vues pour lesquelles, elle lui a été confiée...» (p. 15).

46. Así «An haeresis sit crimen» y «De iure principis circa haereticos» (vid. las referencias en BATTAGLIA: «Cristiano Tomasio. Filosofo e Giurista» ya citado, p. 99).

47. «...L'avancement des Sciences, les progrès de la vérité demandent que l'on accorde une honnête liberté à tous ceux que s'y appliquent et que l'on ne condamne pas comme criminel un homme, par cela seul qu'il a sur certaines choses des idées différentes de celles qui sont reçues communément. Il y a plus: la différente manière de penser sur les mêmes sujets, la diversité d'idées et d'opinions, bien loin de traverser les progrès de la Vérité, lui est au contraire en elle-même avantageuse...». *Ob. cit.*, p. 137.

48. «...Le Souvenir ne saurait s'attribuer légitimement l'Empire sur les consciences, comme s'il était en son pouvoir d'imposer la nécessité de croire tel ou tel article en matière de Religion...». *Ob. cit.*, p. 142.

49. Vid. «De crimine magiae»; «De tortura e foris christianis proscibenda»; «De originibus processus inquisitorii contra sagas»; «An poenae viventium eos infamantes sint absurdae et abrogandae?».

50. «De origine processus inquisitorii» o «De vera origine natura progressum et interitu iudiciorum westphalicorum», en BATTAGLIA: *Ob. cit.*, p. 424.

ocupará también de la proporcionalidad e igualdad de la pena, aunque su preocupación será menor que la de Tomasio⁵¹.

La influencia de Wolff, 1679-1754, sobre la Enciclopedia, y su esfuerzo por construir a partir de una base psicológica las necesidades esenciales de todo ser humano, los derechos inherentes a la esencia humana (*angeborene Rechte, iura connata*), serán también interesantes como intento de establecer una teoría científica de los derechos. Esos derechos, para Wolff serán la igualdad ante la Ley, la libertad política, el derecho a la seguridad, el derecho de legítima defensa y el derecho a castigar, y supondrán además la norma básica material de su sistema, a partir de la cual se deduce, con una lógica silogística todo el Derecho. Su obra será conocida en Francia a través de Vattel y de Burlamaqui, y a través de Formey (1711-1797) un pastor reformado que traducirá, entre otras obras las «*Institutiones Iuris Naturae*» en 1758. En la Enciclopedia incidirá sobre todo en los temas que nos interesan a través de Boucher d'Argis y de Jaucourt que son los redactores de muchas de las voces políticas y jurídicas. Probablemente por el conocimiento directo de los redactores de la Declaración o por medio de la Enciclopedia, su influencia alcanzará al texto de 1789. No se puede olvidar tampoco la hostilidad que Voltaire tendrá por Wolff y que plasma en su carta a Maupertuis donde le llama «...charlatán germánico... que no ha tenido el honor de inventar esas necedades... introduce en Alemania todos los horrores de la escolástica y todas las absurdas ideas que Leibnitz ha alumbrado por vanidad y que los alemanes estudian porque son alemanes...»⁵².

El iusnaturalismo racionalista es una especie de cultura común y por eso, como ya hemos indicado, influye en el pensamiento de las colonias inglesas, en la independencia, en las primeras Declaraciones e incluso a lo largo del siglo XIX⁵³, y también es el precedente y supone la preparación del iluminismo jurídico, por lo que no se puede olvidar al señalar el am-

51. Vid. en «*Principes du Droit Politique*» citado tercera parte, cap. IV. «*Du pouvoir du souverain sur la vie et les biens de ses sujets...*», p. 147 y ss.

52. Vid. THOMANN, M.: «*Influence du Philosophe allemand Christian Wolff (1679-1754) sur l'Encyclopédie et la pensée politique et juridique du XVIIIème siècle français*», en *Archives de Philosophie du Droit*. Tomo XIII, Sirey, París, 1968, pp. 233 y ss., que hemos seguido en estos datos sobre Wolff. Del mismo autor en Tomo XIX, 1974, «*Histoire de l'idéologie juridique au XVIIème siècle ou le Droit prisonnier des mots*», pp. 127 y ss., y el Tomo XXIII, «*...Un Modèle de rationalité idéologique: le rationalisme des lumières*», pp. 131 y ss. El texto de Voltaire contra Wolff está recogido por Rials «*La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*», citada, p. 454 (traducción del autor). En la correspondencia de Voltaire hemos encontrado una carta dirigida a Wolff y muy laudatoria para él, lo que en su caso o en otro, probablemente en este último, pone de relieve una evidente simulación de Voltaire. Refiriéndose al primer volumen de la «*Philosophía Moralis sive ethica*», de Wolff le dirá «...Instruyes a todos los hombres, corrigiendo las costumbres de tu patria; apareces digno de Federico el Grande y tu libro es digno de ti. He leído la mayor parte y si esta obra pudiera añadir algo a la admiración que te tengo, te admiraría aún más. Te doy mil gracias como admirador de tu persona y de tus obras», VOLTAIRE: «*Correspondence*», III, Gallimard, París, 1975, pp. 271. Original latino. Traducción francesa en nota, p. 1.220 (traducción del autor).

53. Vid. WRIGHT: «*American interpretations of Natural Law*» citado, pp. 7, 44, 50, 51, 58, 60, 67, 89, 237 ó 281.

biente intelectual en que se inserta la Revolución Francesa y la Declaración 1789⁵⁴.

2. John Locke

Probablemente si tuviéramos que señalar la influencia intelectual más generalizada de un autor sobre las Declaraciones liberales de derechos, ésta sea la de Locke, y de ahí sin duda deriva también el intento de señalar influencias de unas —la americana— sobre otros —la francesa—, cuando en realidad lo que hay es una común paternidad genérica del autor inglés, que en alguno de los autores directos como Sièyes, Rabaut o Saint-Etienne, incluso Mirabeau, y desde luego en la mayoría de diputados de la Asamblea Nacional, aparece con frecuencia, igual que anteriormente en alguno de los Cahiers de Doleánces como el del Tiers Etat de Nîmes o el de la nobleza de Rouen.

Uno de los recientes estudiosos de la Declaración, Stéphane Rials, lo sostiene reiteradamente en su trabajo «La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen»⁵⁵. En el umbral del mismo dirá que «l'économie de la Déclaration —comme sa dynamique— puisqu'il s'agit bien de cela ne sont pas celles du Contrat Social. Elles empreuntent infiniment plus a Locke qu'à Jean Jacques, mais leur lockianisme très général est tel qu'un siècle de travail de la pensée Britannique à pu le modeler, singulièrement dans le climat français...»⁵⁶. Coincide con el punto de vista que aquí hemos venido sosteniendo: influencia lockiana difusa y general, mediada por todo un siglo transcurrido y por las influencias específicas del siglo de las luces en el pensamiento francés. También la reacción contra Locke de tradicionalistas y contrarrevolucionarios acusándole de la responsabilidad intelectual máxima en el derrumbamiento del antiguo régimen sería, a sensu contrario, una prueba de esa influencia. Es conocida la idea de De Maistre de que el desprecio de Locke es el principio de la sabiduría⁵⁷. Un contrarrevolucionario inglés, William Jones, expresará justamente esta idea en una obra de 1798 «A letter to the Church of England».

«...While the age abounds with affected declamations against human authority, there never was a time when men so meanly submitted their understandings to be led away by one another. It is an honour to submit our faculties to god who gave them, but it is base and servile to submit to the usurpations of man in things pertaining to God. And... I ask... whether

54. Vid. en este sentido las excelentes reflexiones de TARELLO: en «Storia della Cultura Giuridica Moderna. Vol. I. Assolutismo e Codificazione del Diritto», especialmente pp. 15 a 189. También el número monográfico de «Cahiers de Philosophie Politique et Juridique», n.º 11. Université de Caen, 1988. «Des Théories du Droit Naturel».

55. Hachette colección Pluriel, París, 1988.

56. *Ob. cit.*, pp. 13 y 14. Reiterará esta posición en otras partes de su estudio como en las pp. 115, 125, 160, 165, 166, 207, 249, 377, 383, 394, entre otras muchas. Asimismo lo reiterará en la introducción, al número de la Revista «Droits» dedicado a la «Déclaration de 1789» (Droits, P. U. F.: *Revue Française de Théorie Juridique*), París, octubre 1988, n.º 8, pp. 3 y ss. Matizando la influencia y señalando la necesaria complejidad de los precedentes históricos e incluso lo incierto de la paternidad lockiana, vid. DUNN, JOHN: «The Political Thought of John Locke», Cambridge University Press, 1969.

57. Vid. «Las Veladas de San Petesburgo», Espasa Calpe, Buenos Aires, 1946, y también «Consideraciones sobre Francia», Rialp, Madrid, 1955.

the doctrines of Mr. Locke, whom the world is gone after, will prepare any young man for preaching the doctrine of Jesus Christ, when he was the oracle to those who began and conducted the American Rebellion, which led to the French Revolution; which will lead (unless god in his mercy interfere) to the total overthrow of Religion and Government in this Kingdom, perhaps in the whole christian World: the prime favourite and grand instrument with that mischievous infidel Voltaire, who knew what he was about when he came forward to destroy Christianity as he had threatened, with Mr. Locke in his hand...»⁵⁸.

Algunas de las dimensiones que Locke, sobre todo, en su «Ensayo sobre el Gobierno Civil» fija definitivamente en la tradición del iusnaturalismo racionalista o que incorpora originalmente, serán aspectos que encontramos en el texto de la Declaración. Al menos podemos señalar las siguientes:

a) *Conocimiento de los derechos naturales*

Locke afirma la posibilidad de conocer esos derechos naturales a través de la razón a partir de la experiencia sensible. Como dice «...la Ley Natural es clara e inteligible para todas las criaturas racionales...»⁵⁹. La razón como orden en los hechos coincidirá con la referida ley natural porque «enseña a cuantos seres humanos quieren consultarla, que siendo iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones...»⁶⁰. Polin en su obra «La politique Morale de John Locke», afirmará en ese mismo sentido, con carácter general:

«...Le comun, la vérité initiale que toute connaissance présuppose est fourni par l'expérience sensible et pleine de sens que découvre la lumière de la raison et dont elle assemble les objets conformément à l'ordre naturel qu'elle révèle. Ce qu'il y a d'essentiel dans la raison, c'est d'une part, l'ordre dans l'argumentation, et, d'autre part, l'ordre constaté entre les choses. La raison ne prouve ni ne découvre les donnés unitiaux: c'est elle qui ordonne, notre connaissance à partir d'eux...»⁶¹.

Esa mentalidad frente a la posición negativa de Hobbes por una parte, y a la positiva y optimista del iusnaturalismo que afirma la posibilidad de deducir lógicamente de una norma básica natural hasta las últimas conclusiones, será la que expresen los constituyentes, sobre todo en el Preámbulo de la Declaración.

b) *Antropocentrismo*

En Locke se encuentra una idea de la naturaleza humana desvinculada del orden divino, que configura un tratamiento antropocéntrico y seculari-

58. Citado por STEVENS, WILLIAM: «Life of the Rev William Jones, The Theological Philosophical and Miscellaneous Works of Rev. William Jones» (Londres, vol. I, 1801).

59. «Ensayo sobre el Gobierno civil», cap. IX, art. 124, Edición Castellana Amando Lázaro Ros, con introducción de Luis Rodríguez Aranda, Aguilar, Madrid, 1969, p. 94.

60. «Ensayo sobre el Gobierno Civil», *Ob. cit.*, cap. II, art. 6, p. 6.

61. Presses Universitaires de France, París, 1960, p. 116. Vid. también en ese sentido EUCHNER, WALTER: «Naturrecht und Politik bei John Locke». Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt am Main, 1969 consultada en versión italiana. «La Filosofia politica di Locke», Laterza, Bari, 1976.

zando del tema de los derechos. Aunque no hay en su obra una doctrina de la naturaleza humana expresamente estudiada, los temas que le preocupan, la libertad, la igualdad, la razón, que permite al hombre ordenar sus actos de acuerdo con su naturaleza, suponen una idea normativa de ésta, como sostiene Polin⁶². La Ley natural otorga al hombre el poder ser razonable y sociable, pero esa naturaleza normativa supone que no estamos ante un dato sino ante un quehacer, ante una posibilidad que la razón permite llevar a cabo.

Frente a las concepciones metafísicas del siglo XVII en ese propio siglo «...sans recourir ni à la Bible ni à Dieu, Locke pose les premiers jalons d'une science positive de la nature humaine...»⁶³. Ya no será necesario apelar a Dios para explicar al hombre. Se pasará de la referencia teológica, del enraizamiento de la naturaleza en las verdades eternas, a buscarla en la cultura y en la historia.

Su influencia, directa, o a través de Voltaire de Vauvenargues, de Hume o de Condillac, alentarán una idea secularizada de la naturaleza humana que será autónomamente el punto de referencia de los valores que inspirarán la Declaración.

c) *Contractualismo y legalidad*

Quizás la influencia más directa de Locke se encuentre en la fundamentación contractualista de la Declaración, concretada con la idea de que la meta de la asociación política surgida del Contrato es «...la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre...» (art. 2.º), y que estos derechos son el límite de los actos del poder legislativo y del ejecutivo (Preámbulo). Todo el «Ensayo sobre el gobierno civil» pretende justificar el paso del Estado de Naturaleza al de Sociedad, por un convenio para «...juntarse e integrarse en una comunidad destinada a permitirles una vida cómoda, segura y pacífica de unos con otros, en el disfrute tranquilo de sus bienes propios, y una salvaguardia mayor contra cualquiera que no pertenezca a esa comunidad...»⁶⁴, es decir, para «...salvaguardarse mejor en sus personas, libertad y propiedades...»⁶⁵. Este objeto del contrato será al mismo tiempo el límite de la acción del poder que se instituye y se justifica por ese pacto. Por eso la obediencia es consecuencia del cumplimiento del pacto. De él, junto al deber de Gobierno, cumplir los fines del contrato, surge el deber de obediencia que pierde justificación cuando los gobernantes infringen ese deber de gobierno: «...Siempre que los legisladores intentan arrebatar o suprimir la propiedad del pueblo, o reducir a los miembros de éste a la esclavitud de un poder arbitrario se colocan en estado de guerra con el pueblo, y éste queda libre de seguir obedeciéndole, no quedándole entonces a este pueblo sino el recurso

62. *Ob. cit.*, p. 23.

63. GOYARD FABRE, SIMONE: «La Philosophie des Lumières en France», *cit.*, p. 185.

64. Cap. VIII, «Del comienzo de las sociedades políticas», art. 95 (edición citada, p. 73). La justificación de las razones del contrato se encuentran en cap. IX «De las finalidades de la Sociedad Política y del Gobierno», art. 123 (p. 93).

65. *Ob. cit.*, p. 96.

común que Dios otorgó a todos los hombres contra la fuerza y la violencia...»⁶⁶. Hablará directamente de derecho a la resistencia como consecuencia de la quiebra del deber de obediencia ante la desviación del deber de Gobierno, y vincula a este deber con el gobierno de las leyes.

«...Allí donde acaba la Ley empieza la tiranía, si se falta a la Ley en daño de otro. Quien ejerciendo autoridad se excede del poder que le fue otorgado por la Ley, y se sirve de la fuerza que tiene al mando suyo para cargar sobre sus súbditos obligaciones que la ley no establece, deja por ello mismo de ser un magistrado y se le puede ofrecer resistencia lo mismo que a cualquiera que atropella por la fuerza el derecho de otro...»⁶⁷.

La idea del gobierno de las leyes deriva también del contrato, y es como la forma propia de desarrollar la acción del poder político en la sociedad que Locke concibe, y además como la forma más adecuada para hacer en la sociedad posible la libertad natural.

«...Por esa razón quien tiene en sus manos el poder legislativo o supremo de un Estado, hállase en la obligación de gobernar mediante leyes fijas y establecidas, promulgadas y conocidas por el pueblo...»⁶⁸. Esas leyes, en todos los ámbitos regidos por una normatividad y también en la sociedad regida por el Derecho, son imprescindibles para la libertad del hombre».

«...La finalidad de la Ley no es suprimir o restringir la libertad, sino todo lo contrario, protegerla y ampliarla... De lo que se trata es de que cada cual tenga libertad para disponer como bien le parezca, de su persona, de sus actos, de sus bienes y de todo cuanto le pertenece, sometiéndose a lo que ordenan las leyes, bajo las cuales vive, para no verse sometido de ese modo a la voluntad arbitraria de otro, y poder seguir libremente la suya propia...»⁶⁹.

La obediencia está condicionada a que los gobernantes actúen de acuerdo con el deber de gobierno que se concreta por medio de la Ley, cauce para la libertad. La resistencia es la otra cara del deber de obediencia cuando el gobernante incumple, como hemos visto, su compromiso en el pacto. Este núcleo del pensamiento lockiano está recogida en la Declaración, vinculado a la idea ya señalada de la meta de la asociación política, aunque por supuesto, mediado por el siglo de distancia que existe entre su obra y el acontecimiento de la Revolución de 1789, y por otras aportaciones doctrinales, que inciden especialmente en el papel central de la idea de Ley en la Declaración, como las de Montesquieu o Rousseau.

La vinculación de la Ley con la libertad y con sus límites (arts. 4.º y 5.º) y la idea de la Ley como garantía ante la detención, acusación y encarcelamiento (arts. 7.º y 9.º), como condición para la pena (principio de la legalidad, art. 8), como concreción del orden público y límite de los derechos (arts. 10 y 11), y por fin, como garantía de la propiedad (art. 17), son de ese «rule of Law» que Locke subraya. Concretamente el último inciso

66. *Ob. cit.*, p. 167.

67. *Ob. cit.*, p. 154.

68. *Ob. cit.*, p. 96.

69. *Ob. cit.*, p. 43.

del artículo 5.º, como vinculación de la obediencia a la Ley y como razón de la resistencia, es uno de los signos más aparentes de esa influencia: «... Todo lo que no es prohibido por la Ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ésta no ordena...», sin olvidar que la resistencia a la opresión se configura como un derecho natural e imprescriptible del hombre (art. 2).

d) *Libertad, igualdad y propiedad*

Si entramos en el contenido de los derechos, y dejando aparte el tema de la resistencia a la opresión⁷⁰, las ideas del artículo primero, «los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos», y del artículo segundo al considerar entre los derechos naturales a la libertad y a la propiedad, desarrollados después en el artículo 4.º y 17.º, respectivamente, son originariamente lockianos. Por otra parte, el concepto de seguridad que se configura también como un derecho natural en ese artículo segundo de la Declaración, es el fin primordial del contrato en el pensamiento del autor del «Ensayo sobre el Gobierno Civil». En el Capítulo I «Del Estado Natural» parte Locke de la idea de que los hombres son libres e iguales en derechos⁷¹ y ésta es una idea que encontramos en otras partes de su obra como un argumento central para explicar el sentido del Contrato en la sociedad política, como «mutua salvaguardia de sus vidas, libertades y tierras» con el «único objeto de conseguir la paz, la seguridad y el bien de la población...»⁷².

En cuanto a la propiedad, aunque no es única, puesto que la de los fisiócratas, más cercana en el tiempo, debe ser muy tenida en cuenta, también la influencia de Locke es destacada. El capítulo V del «Ensayo sobre el Gobierno Civil» se ocupa de la propiedad, con una argumentación que la funda inicialmente en el trabajo, pero que «...el crecimiento de la población y de los recursos, mediante el empleo del dinero hicieron que la tierra escasease y adquiriese cierto valor» y, consiguientemente que se regulase por medio de leyes, ya en el estado de sociedad, las propiedades de los individuos... Así fue cómo el acuerdo y consenso mutuos establecieron definitivamente la propiedad que el trabajo y la industriosisidad ha-

70. En la evolución histórica de los derechos humanos, con el proceso de positivación se ha ido produciendo, por un lado una institucionalización de la resistencia a través de algunos derechos, como la libertad de expresión y de prensa, el derecho de reunión o de manifestación o el derecho a la jurisdicción (por ejemplo en España a través del instrumento del amparo) y también a través del reconocimiento jurídico de algunas posiciones de disidencia como la objeción de conciencia. También se puede decir que incluso en dimensiones menos estrictamente jurídicas se ha pasado de ese derecho de resistencia a la idea más moderna, y también más integrada en el sistema de la desobediencia civil.

71. Obra citada p. 5. Esta idea de la libertad y de la igualdad se repite en otras partes de la obra. Así en el Capítulo VII «De la sociedad política o civil» artículo 87 (pp. 63 y 64), en el Capítulo VIII «Del comienzo de las sociedades políticas» artículo 95 (p. 73) o en el Capítulo IX «De las Finalidades de la Sociedad política y del Gobierno» artículo 123 (p. 93) y 131 (p. 96).

72. Capítulo IX art. 123 (p. 93) y 131 (p. 97). Vid. igualmente la idea en el Capítulo XI «Del Alcance del Poder Legislativo» de que es «la alta finalidad de los hombres al entrar en sociedad el disfrute de sus propiedades en paz y seguridad» (p. 100).

bían iniciado...⁷³. No es la propiedad un derecho natural sino civil, y serán los fisiócratas los que aporten la justificación vinculándole como el derecho principal y casi único del estado de Naturaleza, aunque si en Locke existe el derecho natural a defender la propiedad..., es decir, «su vida, su libertad y sus bienes...»⁷⁴.

Finalmente también de Locke se desprenderá, igual que hemos visto con el iusnaturalismo racionalista, esa ambigüedad de unos derechos naturales que sin embargo necesitan del poder en la sociedad civil para ser eficaces, vinculando, como hemos visto, esa libertad a la Ley que aprueba el poder legislativo a través del juego del principio de las mayorías, como procedimiento para fijar la voluntad jurídica, aunque con el límite de esos derechos naturales⁷⁵. En esa tensión moralidad positividad se moverán desde entonces los derechos naturales que no lo son plenamente si no se positivizan, y a esa problemática paradójica responderá también el artículo 16 de la Declaración: «...Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución».

Rials expresará toda la influencia de Locke, con los matices que hemos querido introducir de una manera muy certera.

«...La tétralogie lockienne Liberté-Propriété-Résistance à l'oppression se retrouve au coeur de la Déclaration dont la dynamique d'ensemble n'est pas étragère pas ailleurs à celle de la démarche de Locke. Cela ne permet pas d'affirmer que la Déclaration ait été subjectivement lockienne, mais invite à s'interroger sur les vicissitudes de sa rédaction qui rendent compte, en dépit de la variété des convictions des constituants, de la fécondité d'une grille de lecture lockienne...»⁷⁶.

3. *El humanismo laico y la Enciclopedia*

Como ya hemos dicho, una de las influencias más claras de los elementos diferenciadores de la Declaración francesa sea ésta, que arranca de una corriente despojada del modelo ético, católico medieval, y que identificamos como la ética de la libertad, la ética de un humanismo laico que empieza a formarse, a partir de Erasmo, de Montaigne o de Charron, que se apoya también en todos los heterodoxos religiosos, que comienzan por criticar a las Iglesias y acaban criticando a las mismas raíces de la fe. Desde los libertinos del XVII como Naudél. La Mothe Le Vayer, Ninon

73. Obra citada pp. 35 y 36. De esta manera justifica Locke lo que al principio del Capítulo V pretendía: «...trataré de demostrar de qué manera pueden los hombres tener acceso a la propiedad en varias parcelas de lo que Dios entregó en común al género humano y eso sin necesidad de que exista un acuerdo expreso de todos cuantos concurren a esa posesión común...» (p. 22).

74. *Ob. cit.*, p. 64. Vid. PHERSON, MAC: «The political theory of Possesive individualism». Oxford. University Press 1962.

75. «...La libertad del hombre en sociedad consiste en no estar sometido a otro poder legislativo que al que se establece por consentimiento dentro del Estado, ni al dominio de voluntad alguna, ni a las limitaciones de Ley alguna, fuera de las que ese poder legislativo dicte de acuerdo con la comisión que le ha sido confiada...» (p. 19).

76. En su trabajo «La Déclaration de 1789» en «Droits», ya citado p. 16.

de Lenclos, Gassendi o Saint Evremond⁷⁷, a Voltaire y a los autores de la Enciclopedia pasando por Bayle o por Fontenelle, el escepticismo, la sátira y el epicureísmo expresarán la identidad de ese pensamiento, que contribuye a descargar a los derechos del hombre de 1789, de muchas connotaciones religiosas que se conservaron y que influyeron en los textos americanos. No se puede olvidar tampoco la influencia de Spinoza, a través del «Tratado Teológico-Político», a partir de 1670, con sus ideas heterodoxas, sobre la tolerancia y el régimen de libertad, la defensa de un régimen político basado en la razón, la historia crítica de los textos del antiguo testamento, la crítica de las supersticiones y de los prejuicios, la independencia de la filosofía respecto de la teología, y la imposibilidad de proporcionar a la religión un fundamento natural⁷⁸. Tierno Galván en la introducción a su traducción del «Tratado Teológico-Político» y del «Tratado Político», afirmará en este sentido, que frente a Hobbes «...da que pensar que... Spinoza haya sido fuente de pensamientos rebeldes e innovadores...»⁷⁹.

La libertad de conciencia, de pensamiento y de expresión, además de ese escepticismo genérico ya señalado, en materia religiosa, compatible con una defensa encendida de las prescripciones de la razón en la vida social y del individualismo, deberán mucho al filósofo de Amsterdam⁸⁰. No encontramos entre las fuentes de los derechos humanos en Inglaterra ni en América, esta corriente socavadora de las raíces religiosas, antiaristotélica y antiescolástica, escéptica sobre la razón divina, pero usando la razón natural como sustitución y como arma crítica, epicúrea y preocupada por la autonomía de la ciencia, defensora de la libertad, o al menos no de una manera significativa⁸¹.

Una expresión, deliciosa de leer, de esos libertinos será un opúsculo de Saint Evremond, que anuncia ya a Voltaire «Conversation du Marechal de Hoquincourt avec le père Canaye»⁸², pero serán sobre todo Bayle y Fontenelle los autores que prepararán más directamente el espíritu de las

77. Vid HAZARD, P. en su obra fundamental: «La Crise de la Conscience Européenne». Gallimard. París, 1975. Edición castellana «La Crisis de la Conciencia Europea». Pegaso 3.ª Edición. Madrid, 1975.

78. Vid FABRE, G.: «La Philosophie des Lumières en France» citada p. 49. También para la influencia intelectual del escepticismo en general en toda esa época, vid. el interesante estudio de POPKIN, R. H.: «The history of scenticism from Erasmus to Spinoza». University of California Press. Berkeley, 1979. (Versión castellana de Juan José Utrilla. F.C.E. México, 1983).

79. Tecnos. Madrid, 1966 p. XXI. Hay otra edición castellana posterior del Tratado Teológico Político, íntegra, precedida de la Etica en Porrúa. México 1977, que es completa y más cuidada.

80. Vid. especialmente los Capítulos XVI a XX del Tratado Teológico político en la edición de Porrúa. Además del último capítulo donde se fundamenta la libertad de pensar y expresar libremente el pensamiento, en el capítulo XVI afirmará su fe en la razón. «...La República más libre es aquella cuyas leyes se fundan en la sana razón, porque cada cual puede leer en ella, ser libre, es decir, seguir en su conducta las leyes de la equidad...» (p. 361). Mientras en el capítulo XVII un texto, entre otros muchos, expresará su individualismo: «...La naturaleza no crea naciones, sino individuos, que sólo se distinguen en las diferentes naciones por el lenguaje, las leyes y las costumbres...» (p. 377).

81. No podemos olvidar en Inglaterra a John Tolland y a Arthur Collins que estarán a caballo entre los siglos XVII y XVIII, en esta misma línea, pero que no influyeron en la cultura jurídica anglosajona, ni desde luego más concretamente en el tema de los derechos humanos.

82. Vid. una selección en «Extraits des Philosophes du XVIII Siècle». Classiques Hachette. París, 1933 pp. 34 a 40.

Luces y la obra de Voltaire y la Enciclopedia. Influido por Spinoza y por Malebranche, pasando del protestantismo al catolicismo, para volver a la religión reformada, Bayle es un heterodoxo religioso, que tiene que exiliarse a los Países Bajos, y que emprenderá una polémica contra la Iglesia Católica con una crítica muy radical de su fe. Socavará los argumentos de autoridad con una forma de razonar, que le llevará a la tolerancia y a una idea del conocimiento relativo e histórico que supone la decadencia de lo absoluto, una filosofía que, como señala Gayard Fabre: «...se detournant de la pure spéculation, s'applique à la réalité et tout particulièrement à la réalité humaine; qui, donc, laissant le ciel des essences explore le monde des existences...»⁸³. Un Fontenelle, científico, escéptico ante todo lo que es tradicional, y defensor del progreso, relativista, descubridor de la dimensión histórica, tan importante para comprender los derechos humanos, inicia con «L'histoire des Oracles», lo que Benichou llama «la demolición del héroe», en su crítica al cristianismo⁸⁴. El proceso de desmitificación que conducirá al descubrimiento de la subjetividad y a los derechos humanos con base secularizada, tendrá en el Señor de Fontenelle un perfil, que con Bayle, nos conduce a Voltaire.

Voltaire, será un relativista, crítico, defensor de la tolerancia y de la libertad de pensamiento, influido por las instituciones británicas, y por su cultura, con una fina ironía que se plasma en sus cuentos como *Candide* o *Zadig*, pero será también un hombre comprometido, lo que hoy llamaríamos un militante por los derechos humanos. Su influencia en el impulso de las garantías procesales fue decisiva a través de las campañas para rehabilitar a Jean Calas, calvinista acusado de matar a su hijo Marco Antonio para evitar que se convirtiera al catolicismo, a los Sirven, también protestantes en Castres, acusados de asesinar a su hija arrojándola a un pozo, o al Caballero de la Barre, de mutilar un crucifijo y ejecutado entre horribles tormentos⁸⁵. «El Diccionario Filosófico», «Las Cartas Filosóficas», «El Tratado sobre la Tolerancia», «El Comentario sobre el libro «De los Delitos y de las Penas», «Las Cartas sobre Rabelais y otros autores acusados de haber hablado mal de la Religión cristiana» o «Las ideas republicanas»⁸⁶ serán entre otros trabajos, especialmente sus Cuentos, el depósito intelectual con que Voltaire contribuirá al modelo francés de derechos humanos. Incluso cuando Voltaire defiende la tolerancia, como cuando lo hacen otros autores, como Vauvenargues, Diderot o D'Alambert, lo hacen

83. Vid. «La Philosophie des Lumières en France» citada p. 62. Vid. también mi trabajo «Notas para la Filosofía de la Tolerancia en Francia en los siglos XVI y XVII» en «Escritos sobre Derechos Fundamentales». Eudema. Madrid, 1988, pp. 119 a 151. Igualmente, con discrepancias sobre el escepticismo de Bayle vid. RODRÍGUEZ PANIAGUA: «Las doctrinas sobre la tolerancia religiosa a fines del siglo XVII y la distinción entre Moral y Derecho a principios del XVIII». Anuario de Derechos Humanos n. 4, pp. 359 a 378.

84. Citada por FABRE, G.: en «La Philosophie des Lumières en France» citada p. 69.

85. Al final de su vida, y parece un símbolo de su vinculación con la Declaración de 1789, conseguirá la rehabilitación de Lally-Tolendal, que como diputado de la Asamblea Nacional, contribuirá a la redacción del texto.

86. Vid. todos esos trabajos en el Volumen «Mélanges» de sus obras completas publicadas en NRF La Pléiade. Ed. Gallimard. París, 1961. Sobre Voltaire vid. el reciente ensayo de Ayer, publicado originalmente por Werdenfeld y Nicholson. Londres, 1986, con traducción castellana de Miguel Candel. Crítica. Barcelona 1988.

con un talante no religioso, aunque Voltaire rechace teóricamente al ateísmo en sus reflexiones sobre el pensamiento de Spinoza⁸⁷. No se sitúa desde una secta o en una Iglesia minoritaria, no es un punto de vista interno sino externo, preocupado, porque no se fuerce la conciencia, por la primacía de la razón. Piensa en filósofo y no en cristiano, y esa ruptura es uno de los signos del humanismo laico de la Ilustración⁸⁸, mientras que los padres fundadores americanos, los autores de sus Declaraciones de derechos, no practicaban esa distinción. Cuando Helvetius, por ejemplo, defiende un naturalismo y un sensualismo o cuando La Methrie aparece como anticristiano, que propugna una ética hedonista, o cuando Diderot afirma que es el colmo de la locura proponer la ruina de las pasiones, están apuntando un mundo de sentimientos que es contradictorio con el racionalismo, y que anuncia el romanticismo, pero están, al mismo tiempo, rompiendo unas amarras con la civilización católica que Voltaire también expresa, y que se extiende como un ideario común en la Francia del siglo XVIII.

La Enciclopedia, como intento de resumir y vulgarizar todo el conocimiento de su tiempo, incorporará también este espíritu, como se desprende del discurso preliminar de D'Alambert, y como señalan Soriano y Porrás en su estudio introductorio a los «Artículos Políticos de la Enciclopedia»⁸⁹. En artículos como Autoridad política⁹⁰, Democracia⁹¹, Estado de Naturaleza⁹²,

87. «L'athéisme ne peut faire aucun bien à la morale, et peut lui faire beaucoup de mal», en la «Lettre sur Spinoza» en el trabajo «Lettres a Mgr. le Prince de... sur Rabelais et sur d'autres auteurs accusés d'avoir mal parlé de la religion chrétienne». Edición citada p. 1275. La misma argumentación en sus «Homélie prononcées à Londres en 1765 dans une Assemblée particulière». Première Homélie. Sur l'Atheisme».

88. Este distanciamiento lo encontramos, por ejemplo, en las «Lettres Philosophiques», en la 25, «Sur les pensées de M. Pascal», cuando dice frente a la afirmación de éste de que «Les défauts de Montaigne sont grands» que «Montaigne parle en philosophe non en chrétien» (p. 122). También en las «Idées républicaines par un membre d'un corps» cuando dice «...Le plus absurde des despotismes, le plus humiliant pour la nature humaine, le plus contradictoire, le plus funeste est celui des prêtres; et de tous les empires sacerdotaux le plus criminel est sans contredit celui des prêtres; de la religion chrétienne» (p. 504).

89. Tecnos. Madrid, 1986, pp. XV y ss.

90. «Ningún hombre ha recibido de la naturaleza el derecho de mandar sobre los otros. La libertad es un regalo del cielo, y cada individuo de la misma especie tiene el derecho de gozar de ella de la misma manera que goza de la razón... El poder que viene del consentimiento de los pueblos supone necesariamente condiciones que hagan legítimo su ejercicio, útil a la sociedad, beneficioso para la república y que lo concreten y reduzcan a determinados límites...» (pp. 6 y 7).

91. «Las leyes que establecen el derecho de sufragio son, por tanto, fundamentales en este gobierno... Es finalmente una ley de la Democracia que el pueblo sea legislador...» (pp. 25 y 27).

92. «Este estado de naturaleza es un estado de completa libertad, un estado en el que, sin dependencias respecto a la voluntad de nadie, los hombres, pueden hacer lo que les plazca, disponer de ellos y de sus posesiones como juzguen conveniente, siempre que se atenga a los límites de la Ley Natural. Este estado es también un estado de igualdad, de forma que todo poder y jurisdicción son recíprocos, pues es evidente que seres de una misma especie y de un mismo orden, que participan de los mismos beneficios de la naturaleza y que poseen las mismas facultades, deben también ser iguales, sin ninguna subordinación; este estado de igualdad es el fundamento de los deberes de la humanidad...» (p. 54).

Filósofo⁹³, Gobierno⁹⁴, Ley⁹⁵, Libertad Natural⁹⁶, Libertad⁹⁷, Libertad política⁹⁸, Poder⁹⁹, Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial (Gobierno Político)¹⁰⁰, Prensa¹⁰¹, Representantes¹⁰², aparecen ideas que encontraremos en el Preámbulo y en el articulado de la Declaración, por ejemplo en los artículos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, decimoprimer o decimosexto, y de manera más difusa en todo el resto. A su vez en estas voces, la influencia de Locke, de Voltaire, de Montesquieu y naturalmente de sus propios autores más estables como Diderot y Jacourt, es evidente, pero me parece que el esfuerzo de todos los que colaboraron fue más que expresar planteamientos muy originales recoger el humus común de la cultura de su tiempo, en este caso de la jurídico política. Incluso Rousseau colaboró, aunque su pensamiento no se reflejó sino en la voz «Economía Política» que él redactó, mientras que otros temas, como por ejemplo el

93. «...Otros en quienes la libertad de pensar se ha posesionado del razonamiento, son contemplados como los únicos verdaderos filósofos, porque se han atrevido a traspasar los límites sagrados de la religión, y han roto las trabas en que la fe encerraba a la razón. Confiados en estar libres de los prejuicios de la educación en materia religiosa, miran con desprecio a los demás como a almas despreciables, naturalezas serviles, espíritus pusilánimes, que se aterroran de las consecuencias que entraña la religión y que no atreviéndose ni un instante a salir del círculo de las verdades establecidas, ni a caminar por nuevas rutas, se adormecen bajo el yugo de la superstición...» (pp. 59 y 60).

94. «...Todo poder soberano legítimo debe emanar del consentimiento libre de los pueblos...» (p. 70) «...la libertad es al cuerpo del Estado lo que la salud es a cada individuo, sin la salud el hombre no puede disfrutar satisfactoriamente; sin la libertad, la felicidad es desterrada de los Estados. Un gobernante patriota verá, pues, que el derecho de defender y mantener la libertad es el más sagrado de sus deberes...» (p. 77).

95. «...Los que tienen bajo su control las leyes para gobernar a los pueblos deben a su vez dejarse gobernar por las propias leyes. Debe ser la Ley y no el hombre quien reine... Las leyes serán tanto más preciosas para el pueblo si los contempla como una barrera contra el despotismo y como salvaguarda de una justa libertad...» (pp. 89 y 90).

96. «...Derecho que la naturaleza otorga a todos los hombres para disponer de sus personas y bienes de la forma que consideren más conveniente para su bienestar bajo la restricción de que lo hagan en los términos de la ley natural y de que no abusen de ella en perjuicio de los demás...» (p. 117).

97. «...Es la libertad natural, despojada de la parte que constituía la independencia de los particulares y la comunidad de bienes para vivir bajo leyes que proporcionan la seguridad y la propiedad. Esta libertad civil consiste, al mismo tiempo, en no poder ser obligado a hacer una cosa que la ley no ordena... Pero la libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten...» (pp. 118 y 119).

98. «...La libertad política del ciudadano es esa tranquilidad de espíritu que procede de la opinión que cada cual tiene de su propia seguridad y para disponer de esa seguridad es necesario que el gobierno sea de tal manera que un ciudadano no pueda temer de otro...» (p. 120).

99. «...El fundamento del poder es el consentimiento de los hombres reunidos en sociedad. El que se establece sólo por la fuerza no puede subsistir más que por la fuerza; ésta no puede nunca legitimarlo y los pueblos conservan siempre el derecho de reclamar en su contra...» (p. 144).

100. «...La libertad debe extenderse a todos los particulares puesto que disfrutan por igual de la misma naturaleza...» (p. 146).

101. Se cuestiona si la libertad de prensa es positiva o perjudicial para un Estado... Es de la mayor importancia conservar este uso en todos los Estados basados en la libertad: es más, los inconvenientes de esta libertad son tan poco relevantes en relación con sus ventajas, que debería ser el derecho común del universo y es adecuado autorizarla a todos los Estados... (p. 156).

102. «...Los representantes de una nación son ciudadanos elegidos que en un gobierno moderado son encargados por la sociedad de hablar en su nombre, defender sus intereses, impedir que se les oprima y colaborar en la administración...» (p. 172) «...Los gobiernos... basados inicialmente en la fuerza, no pueden mantenerse, sin embargo, sino a través de leyes justas que aseguren las propiedades y los derechos de cada ciudadano, y que lo protejan de la opresión...» (p. 178) «...Para mantener la armonía que debe siempre existir entre los soberanos y sus pueblos, para poner a unos y a otros a cubierto de los atentados de los malos ciudadanos, nada sería más conveniente que una Constitución que permitiera a cada sector de ciudadanos hacerse representar, hablar en las asambleas, cuyo objeto es el bien general...» (p. 180).

dedicado a la representación, se situaban en las antípodas de sus puntos de vista¹⁰³.

Es interesante también ver cómo tanto Hobbes como Spinoza son criticados en la voz «Derecho Natural o Derecho de la Naturaleza», por su «...pernicioso sistema... cuyos errores se perciben fácilmente...»¹⁰⁴, mientras que son alabados Pufendorf, Barbeyrac y Burlamaqui, lo que confirma la idea de la importancia del iusnaturalismo racionalista ya señalado.

Es indudable que los redactores de los Cahiers de doléances y de las propuestas de declaraciones de derechos que se discutieron en la Asamblea en 1789, y los redactores del texto, conocieron la Enciclopedia, probablemente incluso algunos como fuente principal de sus conocimientos.

Diderot será quizás la expresión individual más representativa del espíritu de la Enciclopedia, aunque su obra trascienda las dimensiones de aquel momento con las publicaciones posteriores a su muerte, de obras como «La religieuse», «Jacques le fataliste et son maître», «Le Neveu de Rameau» o «Entretien entre D'Alambert et Diderot»¹⁰⁵. Participa por su relación con Catalina II, a la que ayuda en su afán renovador, en aquel espíritu del despotismo ilustrado que la Zarina plasmará en unas instrucciones, un memorándum que incorporaba todos los principios de las futuras reformas legislativas. Sin embargo, cuando Diderot conoce el «Nazak», reflejo de las contradicciones del despotismo ilustrado, que aunque se moderniza con la filosofía de la Ilustración sigue siendo expresión de un monarca absoluto, será tajante en su crítica.

«...Il n'y a point de vrai Souverain que la Nation il ne peut y avoir de vrai législateur que le peuple; il les respectera, il y obeira, il les défendra comme son propre ouvrage, s'il en est lui même l'auteur»¹⁰⁶. Quizás este cambio en la postura de Diderot sea también expresivo de las dos caras de la Enciclopedia que se concibió para contribuir a reformar la monarquía francesa, en sus voces políticas y jurídicas, y que acabó contribuyendo a la Revolución y, en lo que nos importa aquí, a nutrir la ideología que está en el origen de la «Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen».

4. Montesquieu

La compleja interpretación de la obra de Montesquieu escapa de la intención de este estudio¹⁰⁷, donde nos interesa resaltar su influencia sobre

103. Vid. la versión de José E. Candela, con estudio preliminar y bibliografía en Tecnos. Madrid, 1985.

104. Vid. edición citada, p. 47.

105. Vid. las obras de Diderot «Mémoires pour Catherine II», «Oeuvres Esthétiques», «Oeuvres Philosophiques», «Oeuvres Politiques» y «Oeuvres Romanesques» en Classiques Garnier. París, 1964.

106. «Observations sur le Nakaz» en «Oeuvres Politiques», citadas p. 343.

107. En España vid. el excelente trabajo de IGLESIAS, M. del C.: «El pensamiento de Montesquieu». Alianza Universidad. Madrid, 1984, que ofrece una panorámica general y sintética de mucha utilidad. Vid también GOYARD FABRE, S.: «La Philosophie du Droit de Montesquieu». Klincksieck. París, 1983. Sobre la influencia inglesa en Montesquieu vid. el clásico de DEDIEU, J.: «Montesquieu et la tradition politique anglaise en France: les sources anglaises de L'Esprit des Lois», reimpresión en Slartkine. Ginebra 1971 (edición original 1909). Me parece interesante también el intento de interpretación conjunta de la vida y

la filosofía de los derechos humanos y en particular sobre la Declaración de 1789, y también, con carácter previo, poner de relieve cómo inicia una epistemología y una metodología donde razón e historia no se contraponen sino que intentan integrarse.

Así comenzará su obra central «L'Esprit des Lois» con su famosa definición de las leyes: «Les lois dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui derivent de la nature des choses...» lo que parece afirmar la existencia de una razón normativa que sin embargo parece contradecirse después con todo el desarrollo de la obra donde el análisis de los hechos y de las diversas situaciones para construir las tipologías del poder, de las leyes o de las formas de gobierno, parecen propios de una aproximación histórica y sociológica¹⁰⁸.

No se niega la racionalidad porque «...ceux qu'ont dit qu'une fatalité aveugle a produit tous les effets que nous voyons dans le monde ont dit une grande absurdité car quelle plus grande absurdité qu'une fatalité aveugle qui aurait produit des êtres intelligents?»¹⁰⁹. Sin embargo, su construcción se hace a través del estudio de los diversos modelos históricos y sociales, de las diversas formas empíricas, no con la reflexión de un hércules racional que es capaz de abarcar en su razonamiento toda la realidad racional, sino a partir de la multiplicidad de las formas concretas en que se plasma. Parte de los fenómenos para llegar a los principios, no mutila ni la razón ni la historia, sino que las armoniza. La razón no se puede comprender en sí, sino a través de sus manifestaciones en la vida social a través del tiempo. Por eso el caso inglés que tanto alaba en el famoso número seis del Libro XI de «L'Esprit des Lois» no es sino un ejemplo histórico, y no un modelo racional:

«...Je ne pretends point par là, ravalier les autres gouvernements, ni dire que cette liberté politique extrême doive mortifier à ceux qui n'ont qu'une modérée. Comment dirai-je cela moi qui crois que l'exces même de la raison n'est pas toujours desirable, et que les hommes s'accommodent presque toujours mieux des milieux que des extrémités»¹¹⁰.

Como dice Cassirer: «...Este don y este amor por lo particular le ha librado de todo doctrinarismo unilateral hasta en sus construcciones teóricas puras. Ha resistido victoriosamente al peligro de la exposición esquemática y de la reducción de las formas múltiples a un patrón rígido»¹¹¹.

de la obra de Montesquieu en BANEKASSA.: «Montesquieu, la liberté et l'histoire». Le livre de poche. Librairie générale Française. París 1987. Finalmente vid. ALTHUSSER.: «Montesquieu, la Politique et l'Histoire». P.U.F. París 1959.

108. Las citas de la obra de Montesquieu proceden de «Oeuvres Complètes», «L'Intégrale». Du Seuil. París, 1964, y en concreto la que inicia «L'Esprit des Lois» se encuentra en la p. 530.

109. Obra y Edición citada. Libro I número primero, citadas, p. 530.

110. Obra y edición citadas. Libro I número sexto, p. 590.

111. «Filosofía de la Ilustración» citada p. 241.

Tiene razón pues Mainecke cuando sintetiza el sentido de la aportación de Montesquieu afirmando que en él «...se asocian las dos grandes corrientes de los últimos siglos, la racional iusnaturalista y la empírico-realista...»¹¹², o como dice Mauzi, supone «la manifestación de lo absoluto a través de lo relativo»¹¹³.

Creo que es un buen punto de vista para comprender también el fenómeno de los derechos humanos, que he intentado justificar en otro trabajo¹¹⁴, y que sirve para explicar el sentido de la Declaración de 1789. La misma obra de Montesquieu es la mejor prueba de esa dialéctica razón-historia, puesto que influye en un documento jurídico a través de algunas dimensiones concretas, que se pueden, no obstante, organizar con criterios racionales. En ese sentido me parece que la influencia se sitúa con el ámbito de la filosofía de los límites del poder, y que la preocupación por esa búsqueda de barreras es la clave de su comprensión, o si se quiere, el origen de su racionalidad interna. La separación de poderes, el puesto de la Ley y su relación con la libertad, la definición de ésta y algunas dimensiones de contenido sobre garantías procesales o el papel de las fuerzas armadas, constituyen su aportación principal. Por el contrario hay que señalar que para Montesquieu, a diferencia de la mayoría del pensamiento del XVII y del XVIII, la salida del Estado de Naturaleza y el origen de la sociedad y del poder no está en el pacto: «...le desir de vivre en société est une quatrième loi naturelle...»¹¹⁵.

El Libro II de la primera parte contiene las consideraciones más influyentes, no sólo sobre la Declaración, sino sobre toda la idea posterior de Constitución. La formulará Montesquieu en la distinción que hace de la libertad política en su relación con la Constitución y en su relación con el ciudadano, que en la terminología que prefiero utilizar, supone la distinción entre principios de organización de los poderes y derechos humanos.

«...Je distingue les lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la Constitution, d'avec celles qui la forment dans son rapport avec le citoyen...». Esta distinción relativizará otra que se hace y que yo mismo he aceptado, entre norma básica formal y norma básica material, porque los principios de organización no son simplemente formales¹¹⁶, aunque es un tema ajeno al que nos ocupa.

En el primer sentido como principio de organización la libertad política se plantea como un límite al poder, y se vincula con la Ley¹¹⁷, distinguiéndose de la independencia —hacer lo que se quiere—, que vendría a

112. «El historicismo y su génesis». Versión castellana de Mingarro y Muñoz Molina en Fondo de Cultura Económica. México 1943; primera reimpresión en España 1983 (la edición original «Die Entstehung des Historismus» es de 1936).

113. Citado por M. del Carmen Iglesias, p. 381.

114. «Vid. «Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales» en «Escritos sobre derechos fundamentales», citado pp. 227 y ss.

115. Obra y Edición citadas Libro I, número segundo, p. 531.

116. Vid. «Los Valores superiores». Tecnos. Madrid, 1984.

117. «Dans un état, c'est à dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir et à n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir...» (Libro XI número tercero, p. 586).

ser para Montesquieu lo que he llamado «libertad de elección»¹¹⁸. Así la definirá como «...le droit de faire tout ce que les lois permettent...», lo que visto desde su contrario, los límites de la libertad sólo pueden ser determinados por la Ley, es la idea de los artículos 4.º y 5.º, in fine de la Declaración. Bobbio dirá que refleja el modelo liberal: «...Il problema fondamentale per Montesquieu e quello del potere statale: bisogna che certi limiti ci siano, e vi siano mezzi sufficienti per farli osservare. La libertà e il frutto gradito di questi limiti: libero e colui che può fare tutto quello che vuole entro quei limiti...»¹¹⁹. En este mismo trabajo contrapondrá ese modelo con el de Rousseau, que denominará democrático y que coincide, no con la autodeterminación individual, sino con la colectiva, y ese espíritu de Rousseau no será, como veremos, el de la Declaración.

Para Montesquieu el límite del poder político que permite la libertad, supone el imperio de la Ley, el «rule of law», en definitiva, no sólo la libertad por la Ley, sino también el sometimiento de los gobernantes a la Ley, y la separación de poderes que es el único mecanismo para que el poder no abuse.

«...La liberté politique... n'y est que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir mais c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites... Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir il faut que par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir. Une Constitution peut être telle que personne ne sera contraint de faire les choses auxquelles la loi ne l'oblige pas, et à ne point faire celles que la loi lui permet...»¹²⁰.

Se construye así una teoría de los límites en el ejercicio del poder como garantía de la libertad política a través de la legalidad y de la separación de poderes. La libertad política, vista desde la Constitución, no será sólo principio de organización, sino derecho humano a la participación. Ni los principios de organización son sólo norma básica formal, ni los derechos humanos se encuentran sólo en la idea de libertad política en su relación con los ciudadanos. Toda la riqueza de la tradición del Estado parlamentario representativo que encontramos anunciada en el artículo 16 de la Declaración se apunta en este Libro XI.

«...Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución...».

Si Locke apunta la separación de poderes, aunque no será su teórico, y no valorará suficientemente el papel del Poder Judicial, Montesquieu sí reflexionará, sobre sus fundamentos, aunque tampoco preverá la importancia que en los siglos XIX y XX adquirirá el poder judicial. Con la descripción de esa separación de poderes iniciará el número sexto del Libro XI «De la Constitution d'Angleterre».

118. Vid. mi aportación «El fundamento de los derechos humanos», al libro del mismo título, con los trabajos del ponente principal Javier Muguerza y de los comunicantes con ocasión de la Conferencia Tanner, celebrada en Madrid en abril de 1988. Debate. Madrid 1989.

119. En el artículo «Kant e le due libertà» en «Da Hobbes a Marx». Morano. Nápoles, 1.ª ed. 1974 p. 150. Edición castellana en «Estudios de Historia de la Filosofía». Debate. Madrid 1985.

120. Obra y Edición citadas, p. 586.

«...Il y a dans chaque Etat trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance executive des choses qui dépendent du Droit des gens et la puissance executive de celles qui dépendent du Droit Civil. Par la première, le Prince ou le Magistrat fait des lois pour un temps on pour toujours et corrige on abroge celles qui sont faites. Par la seconde il fait la paix on la guerre, envoie on reçoit des ambassadeurs, établit la sureté, previent les invasions. Par la troisième il punit les crimes ou juge les différends des particuliers. Ou appellera cette dernière la puissance de juger et l'autre simplement la puissance executive de l'Etat...»¹²¹. Aunque en la tradición francesa, y probablemente por la idea de Montesquieu de que los jueces son la boca muda que pronuncia las palabras de la Ley, el control judicial de los derechos humanos tardará en aparecer, esta independencia del poder judicial que razona, nuestro autor será la base doctrinal de la garantía de los derechos y consiguientemente de la misma existencia de la Constitución.

En este mismo número sexto apuntará la idea de la libertad política en relación con los ciudadanos, «...cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sureté», que desarrollará en el Libro XII «Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec le citoyen...».

La diferenciará de lo que llama la libertad filosófica que consiste en el ejercicio de la voluntad y que es otra perspectiva de referirse a lo que llama independencia —la libertad de elección— y la identificará con la seguridad o con la opinión que tiene cada uno de su seguridad, con lo que la vinculará con las garantías procesales «...Cette sureté n'est jamais plus attaquée que dans les accusations publiques ou privées. C'est donc de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté du citoyen...»¹²². Es evidente la relación de este principio con los artículos siete, ocho y nueve de la Declaración.

Finalmente hay que señalar que la preocupación sobre la fuerza pública y sobre la contribución común para los gastos de administración de los artículos doce y trece refleja también reflexiones de Montesquieu. En el primero afirma, «...Pour que celui qui execute ne puisse pas opprimer il faut que les armées qu'on lui confie soient peuple et aient le même esprit que le peuple...»¹²³. En el segundo supuesto, el Libro XIII «Des rapports que la levée des tributs et la grandeur des revenus publics ont avec la liberté», su empeño de que en las repúblicas se pueden aumentar los

121. Obra y edición citadas, p. 586. Aclarará Montesquieu, en relación con el primero de los poderes, el legislativo, que debería ser detentado por cada hombre, en un Estado libre, pero descartará esta tesis que será la de Rousseau, como imposible en los grandes Estados, con lo que «...il faut que le peuple fasse par ses représentants tout ce qu'il ne peut faire par lui même» (p. 587). Cuando en el artículo 6.º se habla de representantes, después de afirmar que la Ley es la expresión de la voluntad general, se deja el uso del lenguaje de Rousseau en la pura retórica verbal y se vuelve a la idea de la representación que el filósofo de Ginebra rechaza, y que es propugnada por el Barón de Montesquieu. Es cierto, sin embargo, que el tipo de representación que preconiza es la de los tres brazos de los Estados Generales, y no la integrada de la Asamblea Nacional.

122. Obra y edición citadas, Libro XII, número segundo, p. 598.

123. Obra y edición citadas, Libro XI, número seis, p. 590.

tributos «parce que le citoyen qui croit payer a lui même, a la volonté de les payer, et en a ordinairement le pouvoir par l'effet de la nature du gouvernement...»¹²⁴ coincide también con la idea de la contribución común.

Al principio de este trabajo he señalado como explicación de la génesis de los derechos humanos en el mundo moderno la preocupación de la burguesía por limitar al poder del Estado Absoluto. En el pensamiento esta línea es perceptible desde los monarcómacos, y Montesquieu será quizás su teórico más importante que confirma la continuidad de una perspectiva que arranca del siglo XVI y que se concretará en los textos liberales del XVIII y especialmente en la «Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen...».

5. *Los fisiócratas*

Aun el homo oeconomicus se caracteriza, como dice S. Goyard Fabre, por criterios morales y por reflexiones de moral burguesa con valores de orden y de trabajo, y una idea de propiedad vinculada al orden natural¹²⁵. Con este planteamiento los fisiócratas, buscarán el apoyo de las leyes naturales para la vida económica, reclamando un no intervencionismo del poder en materia económica, que se resume por Turgot, con Dupont de Nemours, en la fórmula «laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même». La relación que los fisiócratas, defensores de que la riqueza se vincula no con el dinero como sostenían los mercantilistas, sino con la propiedad de la tierra, establecen entre orden natural, propiedad y derechos individuales se reflejará en la importancia que la Declaración dará, en el artículo 17 a la propiedad a la que calificará, de manera contundente como derecho inviolable y sagrado. En 1767 Mercier de la Rivière, uno de los más destacados de esta escuela, publicará «L'Ordre Naturel et essentiel des sociétés politiques», que junto con «Le Droit Naturel» de Quesnay y la edición de Dupont de Nemours «La Physiocratie», varios volúmenes que recogen el pensamiento fisiocrático, expresa el pensamiento escuela¹²⁶.

Con el objetivo de conocer el sistema económico, como equiparable a las reglas de funcionamiento de las sociedades, identificarán los derechos individuales con el derecho de propiedad, y a la justicia con la «règle naturelle et souveraine, reconnue para les lumières de la raison qui détermine évidemment ce qui appartient à soi même et à autrui»...¹²⁷.

124. Obra y edición citadas, Libro XIII, número trece, p. 611. En el número doce de ese mismo libro había señalado una regla general que parece cumplirse en la práctica: «On peut lever les tributs plus forts à proportion de la liberté des sujets, est l'on et forcé de les moderer à mesure que la servitude argue...» (p. 610).

125. «La Philosophie des Lumières» citada pp. 227 y ss. Sobre este tema vid. la caracterización del modelo en SOMBART, W.: «El Burgués». Alianza. Universidad. Madrid, 1972.

126. Vid. REBUFFA, G.: «Fisiocrazia, Ordine Naturale, Diritti individuali» en «Materiali per una storia della cultura giuridica». Il Mulino. Bolonia n. 1, 1971 pp. 213 y ss. Vid. asimismo SOLARI: «Filosofia del Diritto Privato». I Individualismo e Diritto Privato. Giappichelli. Turín 1959, pp. 88 y ss.

127. QUESNAY: «Le Droit Naturel», p. 731. Citado por Rebuffa, p. 223.

Con esa idea de justicia como criterio de los bienes, se llega necesariamente a la idea de propiedad¹²⁸, a su adquisición y conservación, con lo que el Derecho Estatal debe garantizarla para todos aquellos que la detentan desde el Estado de naturaleza.

El poder y su Derecho se convierten así en garantes de la propiedad y en represores de aquella que intentan violar las reglas que le protegen. Las clásicas funciones de garantía y de represión del Derecho Liberal aparecen claramente en este planteamiento, así como el ideal de la seguridad como consecuencia de la defensa de la propiedad y del goce pacífico de los bienes por los propietarios. Quesnay dirá que «...la sureté est le fondement essentiel de l'ordre économique de la société...»¹²⁹. La consideración de la propiedad como un derecho natural, derivado del orden natural será consecuencia de esta necesidad de asegurar y estabilizar la situación de los propietarios. Pero la escasez impide que todos sean propietarios; será un derecho de imposible contenido igualitario y también se justificará por el orden natural, que se convierte en un orden de desigualdad: «...Nous y trouverons encore une grande inégalité, relativement à la jouissance du droit naturel des hommes. Cette inégalité n'admette ni juste ni injuste dans son principe. Elle résulte de la combinaison des lois de nature...»¹³⁰.

Propiedad y Seguridad como ideales de la burguesía se incorporan al artículo 2, y la propiedad además se desarrolla en el artículo 17. La propiedad se refuerza, frente al tratamiento lockiano, a través de su consideración de derecho natural, el principal y casi el único, porque la seguridad será una exigencia derivada de la propiedad, y también por la aceptación del origen natural de su desigualdad. Y si como dice Solari «lo Stato nel sistema dei Fisiocrati è l'organo di interpretazione e di applicazione del Diritto Naturale»¹³¹ será el guardián de esa propiedad, y del statu quo de una sociedad de propietarios. Con esta interpolación, expresión de la mentalidad burguesa que los fisiócratas expresan de manera eminente, se incorporará a la Filosofía de los derechos humanos un factor de distorsión, frente al que reaccionará en la misma época Mably¹³² y que estará en el

128. Se llega también a la misma conclusión con la idea de derecho natural, en sentido subjetivo que formula el mismo QUESNAY: «... Le droit que l'homme a aux choses propres à sa jouissance...» «Le Droit Naturel» p. 729, citado por Rebuffa p. 228.

129. En «Maximes fondamentales sur le gouvernement économique», citado por Rebuffa, p. 234.

130. QUESNAY: «L'Ordre Naturel», p. 733. Citado por Rebuffa, p. 242.

131. En «Filosofía del Diritto Privato», citado p. 95.

132. En «Des droits et des devoirs du citoyen» dirá «...en matière de propriété civile les lois de la nature se taisent,... tout depend des conventions que les citoyen ont faites entre eux...». Edición crítica de Jean Louis Leclerc. Lib. Marcel Didier. París 1972, p. 86. Más adelante en un texto que recuerda al que inicia el capítulo de la Justicia de la Encuesta sobre la Moral «de Hume» dirá: «...Jamais je ne lis dans les voyageurs la description de quelque le déserte dont le ciel est serain et les eaux salubres, qu'il ne me prenne envie d'y aller établir une république, où tous égaux, tous riches, tous pauvres, tous libres, tous frères, notre première loi serait de ne rien posséder en propre» (p. 111).

En «Doutes proposées aux philosophes économistes sur l'ordre naturel et essential des sociétés politiques» en la recopilación de sus trabajos titulada «Sur la théorie du pouvoir politique» pp. 152 a 186. Edición de P. Friedmann. Ed. Sociales. París, 1975, dirá dirigiéndose directamente a los fisiócratas «...que je crains que votre ordre naturel ne soit contre nature» (p. 158). Frente a estas críticas se debe señalar la posición de Lord Acton, muy favorable a los fisiócratas en «Los Fundamentos de la Revolución Francesa» publicado en castellano en «Ensayos sobre la libertad y el poder», traducción de Tierno Galván. Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1959, pp. 435 y ss. Las referencias a los fisiócratas a partir de la p. 455.

origen de la crítica de Marx en «Sobre la cuestión judía» y en la desconfianza del marxismo, generalizada a todos los derechos humanos hasta épocas muy recientes, en que precisamente su superación se ha producido con una referencia del Secretario General del Partido Comunista Italiano a la aceptación de los valores de la Declaración de 1789, aunque habrá que entender que sin esta dimensión de la propiedad¹³³. De nuevo aparece, aunque sea con otra intención, la idea de que los derechos naturales son ineficaces sin la existencia del Derecho positivo. En Rousseau el paso se habrá dado y los derechos se entenderán sólo como consecuencia de la voluntad general. No había derechos previos al Soberano y al Derecho.

6. Rousseau

Es difícil, dentro del debate sobre la interpretación del pensamiento de Rousseau, identificar su influencia sobre el texto de la Declaración. Elías Díaz, en un trabajo antiguo cree que hay «...base suficiente para afirmar la influencia de Rousseau sobre el cuadro ideológico que sirve de fundamento a la Declaración del 89; excepto —y es una excepción de peso— en lo relativo a la propiedad...» y añade para curarse en salud, en un estilo consistente en matizar todas sus afirmaciones, que se ha ido acentuando con el tiempo, que «...han sido influencias reales aunque en buena parte frustradas...»¹³⁴. Todavía más tajantes fueron Boutmy y Del Vecchio que en escritos casi contemporáneos, 1902 y 1903 respectivamente, valoran como decisiva la influencia de Rousseau. El primero lo hará refutando las tesis de Jellinek sobre la influencia del modelo americano en el texto francés¹³⁵. Del Vecchio será más directo y más tajante: «...A la doctrina que tuvo en las obras de Rousseau su más elevada expresión sistemática, debe atribuirse lógicamente la génesis de la Declaración de los Derechos. Cada una de las partes de ésta en un principio a un corolario de aquélla...»¹³⁶.

No estoy seguro de que esas opiniones sean del todo acertadas, y pienso más bien que la influencia de Rousseau no es tan extensa, y que algunos aspectos de la Declaración, como la misma idea de «derechos naturales sagrados e inalienables», como derechos previos, o la representación política del artículo sexto, están en las antípodas de sus puntos de vista, lo que permite concluir que la alusión a la voluntad general, inmediatamente anterior al comienzo de ese artículo, puede ser más retórica que real en el

133. Vid. «Anales Franco-Alemanes. Sobre la cuestión judía», en la Edición de los Escritos de Juventud de Marx, de Francisco Rubio Llorente. Instituto de Estudios Políticos. Universidad de Caracas 1965, pp. 55 y ss. Sobre la polémica vid. mi trabajo «El socialismo y la libertad» en «Libertad, Poder y Socialismo». Civitas. Madrid 1978, pp. 133 y ss. Asimismo BOBBIO, N.: «Política e Cultura». Einaudi. Turín 1955. Reimpresión en 1974.

134. «Libertad-Igualdad, en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789», en «Legalidad-Legitimidad en Socialismo Democrático...» Civitas. Madrid, 1978, p. 79.

135. Vid. su trabajo «La Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano y M. Jellinek» en la edición de González Amuchastegui, ya citada «Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano» pp. 123 y ss.

136. Vid. su trabajo «La Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano en la Revolución Francesa...» en la obra «Persona, Estado y Derecho», con prólogo de Fraga Iribarne. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1957, p. 84.

en que lo utiliza el autor del «Contrat Social». Aunque la importancia del concepto de Ley en el artículo sexto, central en ese tema, pero también en los artículos cuatro, cinco, siete, ocho, nueve, diez, once y diecisiete, es evidente, tampoco se puede asegurar que se deba exclusivamente a Rousseau, sino que su influencia se mezcla sobre todo en este tema, con la de Locke y la de Montesquieu, como hemos visto. El pensamiento de Rousseau es demasiado profundo y demasiado complejo para que pese a la influencia que ejerce sobre muchos hombres de su tiempo y desde luego sobre la izquierda de la Asamblea en 1789, sea asumido íntegramente en la elaboración de la Declaración. Fragmentos de sus ideas y de las intuiciones que apunta y que serán decisivas en la evolución de la cultura política de estos dos últimos siglos, se podrán sin embargo encontrar, y sobre todo la idea de que los derechos sólo lo son con su existencia en el Derecho Positivo a través de la Ley, cuando el pueblo es soberano, es decir, cuando el Derecho no se le impone, sino que es creado por el mismo, que es al tiempo origen y destinatario de las normas.

Como dice agudamente Cassirer «...la idea de los derechos inalienables, que en el Derecho natural se encaminaba a delimitar con claridad la esfera individual frente a la esfera del Estado, y a mantenerla con independencia de él, Rousseau la hace valer dentro de la esfera del Estado»¹³⁷. La Declaración se quedará a medio camino, no sacará todas las consecuencias, como Rousseau, del sentido del Poder Político moderno y de su relación con el Derecho en el tema de los derechos humanos, aunque lo apuntará en la noción de Ley, y sobre todo en la formulación del artículo 16. «...Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la reparación de poderes establecida, no tiene Constitución».

Si los derechos forman una determinada moralidad de defensa de la dignidad del hombre, de su libertad y de su igualdad, y si el Derecho es Derecho Estatal en el mundo moderno, sólo la integración de esos dos elementos: moralidad y Derecho, puede dar eficacia social a la dignidad, a la libertad y a la igualdad, o dicho de otra manera, sólo un poder político que asuma esa moralidad como propia, y ése es el poder político democrático, puede impulsar la idea de los derechos humanos. El punto de vista de que los derechos son posibles como previos, con cualquier poder, y que son un límite eficaz socialmente a cualquier poder, ha sido verificado como falso en la historia. Y la construcción de Rousseau con su idea de la voluntad general y con su realización por la Ley, que se apuntan en la

137. En «Filosofía de la Ilustración» citada p. 293. Al reconocer la relación entre la fuerza del poder estatal y la producción del Derecho, Rousseau centrará sus esfuerzos en legitimar esa fuerza, convirtiéndola en la «voluntad general».

«Convenons donc que la force ne fait pas le droit, il qu'on n'est obligé d'obéir qu'aux puissances légitimes» (*Du Contrat Social*. Libro I. Cap. IV), y que su objetivo con ello será mantener la libertad del hombre, en la esfera del Estado como señala Cassirer: «...Renoncer à sa liberté c'est renoncer à sa qualité d'homme aux droits de l'humanité, même à ses devoirs...». (Obra citada Libro I, cap. IV) y ése será el objetivo del Contrato social: «...Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui même et reste aussi libre qu'auparavant...» (obra citada, Libro I, cap. IV). Vid. «Du Contrat Social» en *Oeuvres Complètes*. Tomo III ya citado. Por esta edición citaremos la obra de Rousseau.

Declaración, germinarán en la progresiva toma de conciencia de la vinculación de la moralidad de los derechos humanos con el Derecho de los derechos humanos por la mediación de la voluntad general entendida como soberanía popular democrática. Más que en la Declaración de 1789 donde sólo fragmentos dispersos de ese pensamiento se ofrecen, sin duda, sin conciencia plena de todas sus consecuencias, en la evolución a partir del siglo XIX, se irá tomando progresivamente conciencia de la importancia y del alcance de sus argumentos¹³⁸. Frente a la contradicción interna del iusnaturalismo racionalista de Locke, y de todo el pensamiento anterior a Rousseau que no puede explicar la coherencia entre los derechos naturales y la justificación contractual del poder y su monopolio de la producción normativa, que la Declaración reflejará, Rousseau será coherente y trasladará esa moralidad natural y previa, al poder soberano representado por la voluntad general. Ciertamente que su planteamiento corre el riesgo de conducir a una teoría formalista de la justicia, que algunas interpretaciones poco matizadas, como la de Talmón, vinculan con el origen de la democracia totalitaria¹³⁹, pero es mayor el peligro del mantenimiento del idealismo de los derechos morales, que se separa de la realidad y corre el riesgo de potenciar una vocación de seguridad que la condición humana pretende siempre, y una frustración de las esperanzas de que esos derechos humanos modifiquen eficazmente la calidad de vida de los ciudadanos.

Con estas observaciones generales podemos señalar algunas dimensiones del pensamiento de Rousseau que no coinciden con los fines ni con el contenido de la Declaración de 1789.

a) El Soberano no está sometido a sus leyes, «...Il est contre la nature corps politique que le souverain s'impose une loi qu'il ne puisse enfreindre...»¹⁴⁰.

b) No es necesaria, ante el Soberano, una garantía de los derechos: «...La puissance souveraine n'a nul besoin de garant envers ses sujets

138. Como dice GOYARD FABRE: «... En cette fin du XVIIIème siècle l'histoire va se précipiter, et il est finalement impossible d'en comprendre le cours sans en appeler à l'idée rousseauiste du contrat social, par lequel le peuple est souverain...» («La Philosophie des Lumières en France...» citada p. 300).

Sobre Rousseau vid. «Rousseau et la Philosophie Politique», con trabajos de Arnaud, Barth, Cotta, Derathé, De Jouvenel, Plamenatz, entre otros en *Annales de Philosophie Politique* 3. P.U.F. París 1965; POLIN, R.: «La Politique de la Solitude». Sirey. París 1971; GOLDSMIDT, V.: «Antropologie et politique. Les principes du Système de Rousseau». Vrin. París 1974, 2.ª ed. 1983; KRYGER, E.: «La Notion de Liberté chez Rousseau et ses repercussions sur Kant». Librairie Nizet. París 1979; DERATHÉ, R.: «Jean Jacques Rousseau et la science Politique de son temps». Vrin. París 1979; GROETHUYSEN, B.: «J. J. Rousseau». Gallimard, París 1945, reedición 1983 (Hay versión castellana de A. Garzón del Camino en Fondo de Cultura Económica. México, 1985). PHILONENKO, A.: «Jean Jacques Rousseau et la pensée du malheur». 3 tomos. Vrin París, 1984.

139. Vid. «The origins of totalitarian democracy», Secker and Warburg. Londres 1952. Frente a esa interpretación vid. L. Dumont que sostiene que «... los aspectos totalitarios de los movimientos democráticos no derivan de la teoría de Rousseau, sino del proyecto artificialista del individualismo enfrentado con la experiencia. Es cierto que se encuentran prefigurados en Rousseau, pero es justamente en la medida en que éste era profundamente consciente de la insuficiencia del individualismo puro, y trataba de salvarlo trascendiéndolo...». Ensayos sobre el individualismo. Versión castellana de R. Tusón, Alianza Editorial. Madrid, 1987, p. 99 (Original «Essais sur l'individualisme. Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne». Du Seuil. París 1983).

140. Libro I. Cap. VII (p. 362).

parce qu'il est impossible que le corps veuille nuire à tous ses membres, et... qu'il ne peut nuire à aucun en particulier...»¹⁴¹.

c) No cabe la representación de la soberanía o de la voluntad general: «...la souveraineté, n'étant que l'exercice de la volonté generale ne peut jamais s'aliéner et que le souverain, qui n'est qu'un être collectif ne peut être représenté que par lui même...»¹⁴².

d) No cabe la separación de poderes. «...Mais nos politiques ne pouvant diviser la souveraineté dans son principe, la divisent dans son objet; ils la divisent en force et en volonté, en puissance législative et en puissance executive, en droits de'impôts, de justice et de guerre, en administration intérieure, et en pouvoir de traiter avec l'étranger: tantôt ils confondent toutes ces parties, tantôt il les separent; ils font du souverain un être fantastique et formé de pièces rapportées; c'est comme s'ils composaient l'homme de plusieurs corps dont l'un aurait des yeux, l'autre des bras, l'autre des pieds, et rien de plus...»¹⁴³.

Lo dirá aún más claramente: «...l'autorité souveraine est simple et une, et l'on ne peut la diviser sans la detruire...»¹⁴⁴.

e) Los derechos del hombre son consecuencia de la voluntad general y no anteriores: «...La volonté constante de tous les membres de l'État est la volonté générale; c'est par elle qu'ils sont citoyens et libres...»¹⁴⁵.

f) La propiedad no es un derecho natural.

Más bien Rousseau defiende la propiedad colectiva, y encuentra en la propiedad privada el origen de la desigualdad entre los hombres. El famoso texto con el que se inicia la segunda parte de su «Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes...» es muy representativo de esa posición que está en las antípodas del artículo diecisiete de la Declaración.

«...Le premier qui ayant enclos un terrain, s'avisa de dire, ceci est à moi et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile. Que de crimes, de guerres, de meurtres, que de misères et d'horreurs, n'eut point épargnés au Genre Humain, celui qui arrachant les pieux on comblant le fossé, eut crié à ses semblables: Gardez-vous d'écouter cet imposteur... Vous êtes perdus, si vous oubliez que les fruits sont à tous et que la terre n'est à personne...»¹⁴⁶. Y en «Du Contrat Social» vinculará la propiedad con el Estado, en virtud de ese contrato: «...Car l'État à l'égard de ses membres est maître de tous les biens par le Contrat social, qui dans l'État sert de base a tous les droits...»¹⁴⁷, y añade en un

141. Libro I. Cap. VII (p. 363).

142. Libro II. Cap. I (p. 368). En el mismo sentido el Capítulo XV del Libro III (p. 428 a 431).

143. Libro II. Cap. II (p. 369).

144. Libro III. Cap. XIII (p. 427).

145. Libro IV. Cap. II (p. 441). Vid. asimismo el planteamiento del problema en GOYARD FABRE, S.: «La Déclaration des droits on le devoir d'humanité: une philosophie de l'espérance», en «Droits», ya citada pp. 41 a 54.

146. Vid. el citado discurso en Rousseau «Oeuvres Complètes». Tomo III, ya citado p. 109 y ss. La cita es de la p. 164.

147. Libro I. Cap. IX p. 365.

sentido concreto que matiza la generalidad anterior: «...De quelque manière que se fasse cette acquisition, le droit que chaque particulier a sur son propre fond est toujours subordonné au droit que la communauté a sur tous, sans quoi il n'y aurait ni solidité dans le bien social, ni force réelle dans l'exercice de la Souveraineté...»¹⁴⁸.

Tiene razón Elías Díaz cuando sostiene que el pensamiento de Rousseau sobre la propiedad le aleja de la concepción de la Declaración que es la del individualismo propietario, y en estos textos aparece con evidencia el signo de esa radical discrepancia.

Por el contrario, existen en su complejo pensamiento elementos que, sin duda, formaron parte de la cultura difusa que impulsó la Declaración y que desde la izquierda de la Asamblea, no exclusivamente, pero sí preponderantemente, contribuyeron a su formulación.

a) El valor eminente de la Ley.

Se completa el nacimiento y la existencia del cuerpo político que es consecuencia del pacto social, con la Ley que le proporciona el movimiento y la voluntad.

«...Quand tout le peuple statue sur tout le peuple il ne considère que lui même, et s'il se forme alors un rapport, c'est de l'objet entier sous un point de vue, a l'objet entier sous un autre point de vue, sans aucune division de tout. Alors la matière sur laquelle on statue est générale comme la volonté qui statue. C'est cet acte que j'appelle loi...»¹⁴⁹. La teoría moderna de la Ley, como creada por un sujeto universal, el soberano que expresa la voluntad genera una norma colectiva, con un sujeto pasivo universal, el ciudadano, norma general, y con un objeto universal, norma abstracta, es obra de Rousseau en el Capítulo VI del Libro II, y de él surge también la tentación posterior en la historia de la cultura jurídica, de identificar al Derecho con la Ley, por la dignidad que la confiere. En todo caso, la importancia que la Ley tiene en la Declaración, debe sin duda, una parte al Rousseau de «Du Contrat Social»¹⁵⁰.

b) La relación entre Ley y Libertad.

«...Dans l'Etat de Nature, où tout est commun, je ne dois rien à ceux à qui je n'ai rien promis, je ne reconnais pour être à autrui que ce qui

148. Libro I. Cap. IX p. 367.

149. Libro II. Cap. VI p. 378.

150. El sujeto activo universal se afirma al decir que las leyes son «...des actes de la volonté générale...». El sujeto pasivo universal y el objeto universal aparecen cuando sostiene: «...quand je dis que l'objet des loix et toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière...». Libro II. Cap. VI, p. 379. Sobre este criterio de clasificación de las normas vid. BOBBIO: «Teoría della norma giuridica...». Giappichelli. Turín 1958, Cap. VI. «Classificazione delle norme giuridiche». Hay traducción castellana de Roza Acuña como primera parte de una obra «Teoría General del Derecho», que comprende en la segunda parte la «Teoría dell'Ordinamento Giuridico». Temis. Bogotá, 1987.

Asimismo su artículo «Para una clasificación de Normas Jurídicas» en la edición castellana de A. Ruiz Miguel «Contribución a la Teoría del Derecho», Fernando Torres. Valencia 1980, pp. 293 y ss. El original italiano se publicó originariamente en Scritti Giuridici in memoria di Piero Calamandrei Vol I. Cedam. Padua, 1956, pp. 109 a 122, con el título de «Per una classificazione degli imperativi giuridici» y reproducido posteriormente en «Studi per una Teoria generale del Diritto». Giappichelli. Turín, 1970. El criterio central manejado por Bobbio coincide con las argumentaciones de Rousseau.

m'est inutile. Il n'est pas ainsi dans l'état civil où tous les droits son fixés par la loi...»¹⁵¹.

c) El imperio de la Ley y el Estado de Derecho, criterio de legitimidad del poder.

«...J'appelle donc République tout Etat regi par des loix, sous quelque forme d'administration que ce puisse être: car alors seulement l'intérêt public gouverne, et la chose publique est quelque chose. Tout gouvernement légitime est républicain». Aunque en el texto de la Declaración no aparece literalmente este tipo de fórmula no cabe duda de que se desprende del espíritu. Una de las constantes a partir del disenso sobre el Estado Liberal y más tarde del Social, será la reflexión sobre la racionalización del ejercicio del poder, además de la que se produce sobre su origen y sobre al acceso al mismo. La sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes será la consecuencia de ese proceso que tiene un reflejo considerable en la Declaración de 1789 y que trasciende su consideración como texto de derechos humanos, por esa razón, para ser además una de las bases del constitucionalismo moderno.

d) Los valores de libertad y de igualdad.

Aunque el tema de la libertad y de la igualdad como valores superiores del ordenamiento, en la terminología, que usa el artículo 1-1 de la Constitución Española de 1978, es un tema muy complejo¹⁵², que excede de este trabajo, y Rousseau no utiliza los términos en el sentido más usual en la Ilustración, ni probablemente en la intención de los autores de la Declaración, las expectativas del texto de 1789, actualmente, como paradigma de justicia, es decir, de libertad e igualdad, frente al deterioro de otros paradigmas como la revolución de 1917 y el leninismo, se pueden deber a estos planteamientos rousseauianos. Su fracaso para que esos ideales fueran recogidos entonces, compensa con la lectura que hoy se hace, en la cultura de izquierdas, más próxima a Rousseau, sobre todo en la idea de igualdad. Parece interesante y actual también la vinculación que hace entre esos valores y el sistema de legislación.

«...Si l'on recherche en quoi consiste précisément le plus grand bien de tous, qui doit être la fin de tout système de législation, on trouvera qu'il se réduit à ces deux objets principaux, la liberté et l'égalité. La liberté parce que toute dépendance particulière est autant de force oteé au corps de l'Etat, l'égalite parce que la liberté ne peut subsister sans elle...»¹⁵³. Frente al liberalismo conservador que, desde los doctrinarios hasta Hayek y los Friedman, pretende que los derechos humanos de libertad, son incompatibles con la igualdad, y frente a un modelo de socialismo totalitario que pretende construir la igualdad, prescindiendo de la libertad y de sus consecuencias, los derechos humanos y el Estado Parlamentario

151. Libro II. Cap. VI p. 378.

152. Vid. mi libro «Los valores superiores» citado, mi trabajo «Sobre el Fundamento de los derechos humanos» en la obra colectiva «El Fundamento de los Derechos Humanos». Debate. Madrid, 1989, y la bibliografía que encontramos en esas obras.

153. Libro II. Cap. XI p. 391.

representativo, Rousseau apuesta aquí por la necesaria complementación de libertad e igualdad, y por la extensión de los derechos humanos como ambas raíces...¹⁵⁴.

Se había referido a la libertad civil, en el Capítulo VIII del Libro I como limitada por la voluntad general y a la identificación de la libertad en el Estado civil con la libertad moral «...qui seule rend à l'homme vraiment maître de lui; car l'impulsion du seul appetit est esclavage, et l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté...»¹⁵⁵, y aquí, en el Libro II identificará su sentido de la igualdad.

«... Al'égard de l'égalité il ne faut pas entendre par ce mot que les degrés de puissance et de richesse soient absolument les mêmes, mais que, quant à la puissance elle soit au dessous de toute violence et ne s'exerce jamais qu'en vertu du rang et des lois et quant à la richesse que nul citoyen ne soit assez opulent pour en pousoir acheter un autre, et nul assez pauvre pour être contraint de se vendre...»¹⁵⁶.

5. *El carácter laico*

Su idea de la religión civil, con la aceptación de la divinidad, de la vida futura, de la felicidad de los justos, del castigo de los malos y de la santidad del Contrato Social y de las leyes, con lo que fundamenta la obediencia al Derecho¹⁵⁷, es compatible con una crítica durísima al cristianismo, con lo que contribuirá también a la fundamentación laica de la Declaración, junto con el humanismo laico de Montaigne a Voltaire y con la Enciclopedia, aunque desde bases distintas.

«...Le christianisme ne prêche que servitude et dépendance. Son esprit est trop favorable à la tyrannie pour qu'elle n'en profite pas toujours. Les vrais chrétiens sont faits pour être esclaves; ils le savent et ne s'en emeuvent quère; cette courte vie à trop peu de prix à leurs yeux...»¹⁵⁸. Es una carga de profundidad contra el carácter liberador de la condición humana del cristianismo, y sin entrar en detalles que excederían de la intención de este trabajo es cierto que la terrible observación de Rousseau se ha verificado en la historia del siglo XIX, con la actitud contraria de la Iglesia Católica, en la que pensaba, sin duda, principalmente el ciudadano de Ginebra, al liberalismo y a la ideología de los derechos humanos, alineándose con las tesis contrarrevolucionarias que se aglutinan en el Congreso de Viena, sobre los sagrados derechos de los príncipes.

En todo caso, esa mentalidad de Rousseau contribuirá a colocar la dimensión religiosa en un segundo plano, de tolerancia, siempre que «... leurs dogmes n'ont rien de contraire au devoir du Citoyen...»¹⁵⁹.

154. Vid. mi trabajo «El socialismo y la libertad» en «Libertad, Poder, Socialismo» citado pp. 133 y ss.

155. Vid. mi trabajo «El socialismo y la libertad» en «Libertad, Poder, Socialismo» citado pp. 133 y ss.

156. Libro II. Cap. XI pp. 391 y 392.

157. Vid. Libro IV. Cap. VIII pp. 460 a 469, que cierra «Du Contrat Social» salvo el brevísimo Cap. IX que hace de conclusión.

158. Vid. Libro IV. Cap. VIII, p. 467.

159. Vid. Libro IV. Cap. VIII, p. 469.

Aunque todo estudio sobre Rousseau será siempre insuficiente, hemos intentado apuntar en este trabajo las influencias positivas de su pensamiento sobre «La Déclaration», pero también hemos puesto de relieve sus contradicciones con ella, que obligan al juicio matizado que se debe desprender de estas líneas.

Otros temas que afectan a la filosofía jurídica, al Derecho Constitucional y al propio estudio de los derechos humanos, como la distinción entre normas primarias y secundarias en el sentido en que la utiliza el Profesor Hart¹⁶⁰, o la defensa de la justicia constitucional, con lo que llama «Tribunat»¹⁶¹, confirman la hondura de Rousseau y su importancia viva que tiene para nuestros temas, yendo mucho más allá que el propio texto de 1789.

IV. LOS FUNDAMENTOS INMEDIATOS: LA PRODUCCIÓN DE LA DECLARACIÓN DE 1789

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen fue aprobada por un cuerpo formado en total por 1.315 diputados, aunque no todos coincidiesen al mismo tiempo en la Asamblea Nacional, denominación que asumieron los Estados Generales, sobre todo a partir del 27 de junio, cuando el Rey cede a las presiones y también a las revueltas populares, e invita a la nobleza y al clero a unirse al Tercer Estado en una única Cámara que decide por votos (têtes) y no por estamentos (ordres). El proceso se consumará el 9 de julio cuando la Asamblea se autoproclama como Constituyente¹⁶².

160. Se apunta esta distinción en el inicio del capítulo V del Libro III.

«...Nous avons ici deux personnes morales très distinctes, savoir, le gouvernement et le souverain, et par conséquent deux volontés générales, l'une par rapport à tous les citoyens, l'autre seulement pour les membres de l'Administration. Aussi bien que le gouvernement puisse régler sa police intérieure comm'il lui plaît, il ne peut jamais parler au peuple qu'au nom du Soverain, c'est à dire au nom du peuple même; ce qu'il ne faut jamais oublier...» (p. 406).

Como se ve no es una pura reflexión de Teoría del Derecho, como en Hart, sino que trasciende con flecos de filosofía política y moral.

161. Se apunta esta referencia en el Libro IV, Capítulo V, que se denomina «Du Tribunat» y que no tiene desperdicio como referencia precursora del sentido y de la finalidad de los Tribunales Constitucionales actuales: «...Quand on peut établir une exacte proportion entre les parties constitutives de l'Etat, au que des causes indestructibles en alterent sans cesse les rapports, alors on institue une magistrature particulière qui ne fait point corps avec les centres, qui replace chaque terme dans son vrai rapport, et qui fait une liaison on un moyen terme soit entre le Prince et le Peuple, soit entre le Prince et le Souverain, soit à la fois des deux cotés, s'il est nécessaire. Ce corps que j'appellerai Tribunal est le conservateur des lois et du pouvoir législatif...». Si se traslada su argumentación de la Ley a la Constitución, la consecuencia es evidente, aunque la tradición francesa ha interpretado literalmente a Rousseau y a este texto, precisamente para oponerse al control de constitucionalidad de las Leyes.

162. Para esta parte, sin perjuicio de otras consultas que señalaremos, hemos seguido el muy documentado capítulo I, «Le travail déclaratoire» de la obra de RIALS, S.: «La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen», ya citada. Sobre la composición de la Asamblea, vid. MURPHY y HIGONNET: «Notes sur la composition de l'Assemblée constituante». Annales historiques de la Révolution française 1974, pp. 321 y ss. Asimismo algunas referencias han sido tomadas directamente de Madival Laurent y Clavel «Archives Parlementaires» 1.^a Serie Tomo VIII, Librería Administrativa Paul Dupont. París, 1875. Asimismo vid. el antiguo trabajo de WALCH, E.: «La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'Assemblée Constituante. Travaux préparatoires». París 1903; muy completa es la edición de los debates en la Asamblea constituyente de DE BAECQUE, A.: «L'an 1 des droits de l'homme». CNRS. París 1988.

Pero ya antes de esa fecha, el 19 de junio, Target entre las propuestas de organización de los trabajos, había sugerido la dedicación «au grand oeuvre de la Déclaration des Droits, arretée par tous les mandats»¹⁶³. El 6 de julio, la Asamblea que se había organizado en treinta Comisiones, formadas por cuarenta miembros, el primer día de ese mismo mes, estableció una especie de Junta de Portavoces, llamada «Comité particulier para preparar la distribución del trabajo» formado por treinta miembros, donde había un representante de cada una de las Comisiones.

La primera propuesta que se presentó el 9 de julio, fue la del moderado Mounier, que suponía afrontar la redacción de cinco declaraciones, previas a la Constitución como preámbulo de la misma, pero que fueran provisionales hasta una formulación definitiva que se establecía concluida la elaboración del texto. Estas serían las siguientes:

- 1) «Droits naturels et imprescriptibles de l'homme»
- 2) «Principes du Gouvernement Monarchique»
- 3) «Droits de la Nation Française»
- 4) «Droits du Roi»
- 5) «Droits des citoyens sous le gouvernement Français».

Desde esa fecha inicial hasta el 26 de agosto transcurre más o menos mes y medio, y en ese corto período de tiempo y con muchas vicisitudes, interferencias y problemas, se termina un texto que servirá de paradigma a toda la humanidad.

A) *Los antecedentes del debate*

Ya en los Cahiers de Doléances está muy presente la idea de los derechos del hombre. En realidad en los Cahiers se condensará toda la problemática que veremos aparecer con la revolución y que acabará con el antiguo régimen. Tocqueville, una vez más con su lucidez habitual, señalará el fenómeno.

«Je lis attentivement les cahiers que dressèrent les trois ordres avant de se reunir en 1789; je dis les trois ordres, ceux de la noblesse et du clergé, aussi bien que celui du tiers. Je vais qu'ici ou demande le changement d'une loi, là d'un usage, et j'en tiens note. Je continue aussi jusqu'au bout cet immense travail, et quand je viens à réunir ensemble tous ces voeux particuliers, je m'aperçois avec une sorte de terreur que ce qu'on reclame est l'abolition simultanée et systématique de toutes les lois et de tous les usages ayant cours dans le pays...»¹⁶⁴.

Con esa mezcla de resignación y de esperanza tan característica de los diagnósticos y de las valoraciones políticas de Tocqueville se pone el dedo en la llaga de la importancia potencial que encierran los «Cahiers...» y también, por supuesto en el tema de los derechos.

Entre las múltiples publicaciones recientes vid. GAUCHET, M.: «La Révolution de droits de l'homme». Gallimard. París. Marzo de 1989 y las Actas del coloquio de Grenoble-Vizille, «Les droits de l'homme et la conquête des libertés», con presentación de Michel Vovelle y síntesis de Jean Imbert, textos reunidos por G. Chianea. Presses Universitaires de Grenoble, 1988.

163. Target formaba parte del cuarenta por ciento de juristas que componían la Asamblea.

164. «L'Ancien Régime et la Révolution» citada p. 235.

Así por ejemplo el del Tercer Estado de Mont-de-Marsans, que anticipa ideas que encontraremos en la Declaración.

«...La Cause de tous les maux qu'a éprouvés le royaume réside principalement dans le défaut de Constitution. Les droits de l'homme, la raison et la justice n'ont jamais été la base sur laquelle on a fondé les différentes institutions de son gouvernement... Il est temps qu'on pose des règles fixes, et qu'on assure à la France une Constitution qui garantisse les droits naturels et imprescriptibles de l'homme...». En la misma línea el Cahier del tercer Estado de Rennes que recomienda que los diputados empiecen su trabajo por «une déclaration détaillée des droits essentiels des citoyens et de la Nation...»¹⁶⁵, aunque no muchos solicitaban explícitamente una declaración, sino que se referían a derechos concretos con la libertad individual, garantías procesales, supresión de las «lettres de cachet» y libertad de pensamiento y de prensa, principalmente. Algunos otros contenían incluso un proyecto de Declaración¹⁶⁶ y otras se referían a términos como «derechos naturales» (los del Tercer Estado de Flandes marítimo o de Folcadier), «derechos que emanan de la naturaleza misma del hombre» (el del tercer Estado de Nivernais), «derechos imprescriptibles de la naturaleza y de la sociedad» (el de la nobleza de Condom) o «Ley fundamental declarativa, enunciativa de los derechos naturales, esenciales e imprescriptibles de la nación» (el de la nobleza de Chatillon sur-Seine). Junto a esa terminología, coherente con la cultura dominante del iusnaturalismo racionalista, encontramos otra que anuncia ya la cultura del positivismo y el proceso de constitucionalización y de legalidad de los derechos. Así se habla de «une lois générale et fondamentale laquelle énonce et déclare positivement les principaux droits» (el del Clero y el de la nobleza de Dijon) de que «en ce qui concerne la liberté des citoyens elle leur demeure constitutionnellement assurée» (el del tercer Estado de Blois) o finalmente que un atentado a las libertades «est illicite et inconstitutionnelle» (el de la nobleza de Chaussent-en-Vexin)¹⁶⁷. Como eso será más tarde uno de los temas de debate y como hemos visto la principal crítica de Burke al carácter abstracto de la Declaración, frente al pragmático e histórico de los derechos de los ingleses, hay algunos Cahiers que se formulan también desde esa perspectiva. Así por ejemplo, el de Font-a-Mousson que pretende que «...la liberté française soit garantie...», el de la nobleza de Bigorre que habla de «...derechos del pueblo francés...», o por fin, el del tercer Estado de la parroquia de Saint-Vaast que se refiere a «...une déclaration des droits de la nation française...»¹⁶⁸. En algún sentido una parecida filo-

165. Citados por RIALS, E., en «La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen» citada p. 116. Para el estudio de los Cahiers de Doléances vid. COURVOISIER, C.: «...Les droits de l'homme dans les cahiers de doléances...» en la obra colectiva «Les droits de l'homme et la conquête des libertés» citada pp. 44 y ss.

166. Así el de tercer Estado de Nemours, redactado por Dupont de Nemours, o el de la nobleza de Mantes y de Meulan, probablemente inspirado por Condorcet aunque no logró ser elegido por Meulan. (Sobre Condorcet recientemente vid. la excelente obra de Elisabeth y Robert Badinter, subtitulada «Un intellectuel en politique». Fayard. París, 1988, especialmente el Capítulo VII «Un Homme d'influence» (1789-1791).

167. La expresión está en femenino porque el término atentado es traducción del femenino «atteinte».

168. Vid. RIALS: «La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen» citada p. 279.

tiene la propuesta de Mounier, el 8 de julio, que ya hemos señalado, donde se habla de «droits de la nation française».

En otros encontramos en su propio título la formulación de derechos humanos, por ejemplo en el Cahier de Beaucaire, y, con una fórmula aproximada, «déclaration de tous les droits naturels et imprescriptibles de l'homme et du citoyen», en el de Uzes. Incluso la relación entre derechos humanos y Constitución que aparecerá en el artículo 16 de la Declaración se encuentra como denominación del Título II del Cahier de Rennes: «Déclaration des droits et Constitution»¹⁶⁹.

Pero no todos los contenidos de los Cahiers están en la línea del pensamiento que alumbró la Declaración, ni siquiera en el de la libertad pragmática y con dimensión histórica de los ingleses. Algunos textos del clero, pero a veces también del tercer Estado, se sitúan en posiciones antimodernas, de las que en el siglo XIX se llamarán contrarrevolucionarias, y que serán, hasta bien entrado el siglo XX, postura oficial de la Iglesia Católica.

El Cahier del clero de Orleans solicitará que el rey defienda a la religión católica «...contre les attaques multiliées de l'impieeté et de la philosophie moderne... que la foi catholique soit la seule permise et autorisée sans mélange d'aucun autre culte public...». El del clero de Blois afirmará que la religión católica «...est, à l'exclusion de toute autre, la religion de la France...» y el del clero de Troyes que debe ser la «...seule enseignée, professée et autorisée publiquement...». Incluso el tercer Estado de Orleans dirá tajantemente en su Cahier que «...la religion catholique doit être gardée et maintenue dans toute sa pureté... seule elle aura l'exercice public dans le royaume...». Frente a esa situación de privilegio se sostendrá, por el contrario, que los no católicos no tendrán «...ni temples, ni assemblées publiques, ni pratiques extérieures...»¹⁷⁰.

Al margen de los Cahiers habían circulado antes de la constitución de los Estados generales, proyectos de Declaraciones de Derechos con o sin formulaciones completas de sus contenidos. Entre ellos podemos señalar la aportación del Duque de Orleans, con su Instrucción, que se difundió mucho y que, sin duda, influyó en algunos Cahiers de Doléances, y desde luego en la opinión pública¹⁷¹.

La Instrucción pretende unificar los criterios de todos los que participan en la elección de los Estados Generales y que dependan de él, y con-

169. Vid. COURVOISIER: «Les droits de l'homme dans les cahiers de doléances» citado pp. 44 y 45.

170. Vid. Courvoisier obra citada p. 45. Incluso exceden estas posiciones de la problemática religiosa y se entra en la crítica de la libertad de expresión y de pensamiento como recoge igualmente Courvoisier. El clero de Angulema describe una Francia «...inondée de livres obscènes, impies et scandaleux, qui deviennent, au préjudice de la religion et des moeurs, le seul code d'instruction d'une jeunesse insensée...», y el de Villemosin y Saint Coutant reclama «...des lois sevéres contre les mauvais livres...», y finalmente, citamos el ejemplo del Clero de Orleans, que protesta contra «...la licence effrénée de la presse...» y pide «...des poursuites rigoureuses contre les auteurs imprimeurs... libraires... et colporteurs...».

171. Su título completo es «Instruction donnée par S.A.S. Mousigneur le Ducque D'Orléans à ses représentants aux bailliages, suivie de Délibérations à prendre dans les Assemblées» y fue redactado por Laclos, aunque se atribuye también a Siéyes que ciertamente redactó, en la segunda parte, las «Délibérations». Data de énero de 1789 (se encuentra en la Biblioteca Nacional de París, tercera edición. B.N. 8.º Lb 39 1380 C).

centra en una serie de derechos y libertades: la libertad individual, la libertad de publicar las opiniones y la libertad de prensa, la inviolabilidad de la correspondencia, el derecho de propiedad, la legalidad fiscal principalmente¹⁷². Las *Délibérations* que suponen, igualmente unas reflexiones para unificar criterios incluyen, entre las necesidades nacionales más urgentes «La Déclaration des Droits» a la que su redactor, Sieyes, atribuye la función de señalar al Legislativo la finalidad para la que ha sido creado, y a la generalidad de los ciudadanos la de imbuirles de los principios de toda asociación humana libre. Así se referirá a la libertad individual, de pensamiento, de expresión, de imprenta, de publicación de los escritos, y señalará en relación con la Ley algo que la «Déclaration» recogerá: «...La loi ne peut à cet égard comme à tous le autres, défendre que ce qui nuit aux droits d'autrui». Y añade más adelante que los límites de los derechos «...sont indiqués par la loi; telle est la fonction et non d'accorder aux uns des privilèges au dépens des autres...». No sólo es un rechazo del sistema jurídico de la Monarquía Absoluta, sino también un anuncio de la doctrina sobre la Ley que recogerá el texto de 1789.

También se pueden tomar en consideración los proyectos de Lafayette, Condorcet o el de Jacques Pierre Brissot.

El texto de Lafayette no se llega a publicar, pero es difundido y contendrá la primera de tres redacciones que consultará con Jefferson, coautor de la Declaración de Independencia Americana de 1776 y entonces Embajador en París¹⁷³. La idea de la igualdad natural, limitada por distinciones que tengan como base y como medida la utilidad general, de la propiedad, la libertad, el honor y la vida, de la igualdad de procedimiento, la soberanía nacional, la libertad de opinión y de pensamiento, la de prensa, la de la industria y del comercio, y también de la libertad religiosa, de donde se desprende la influencia americana, son aspectos que se recogen en su formulación.

Condorcet, por su parte, en el mes de febrero, en pleno período electoral, publicará un folleto que denominará «Déclaration des Droits»¹⁷⁴, en un momento de gran actividad, donde no sólo dará a luz otros seis opúsculos, sino que contribuirá a formar uno de los primeros, si no el primero de los clubs políticos, con Mirabeau, Target, La Cretelle, Roderer o Dupont, un discípulo de Turgot que prepara con Condorcet una apología de las instituciones americanas¹⁷⁵. En la introducción al proyecto que denomina «Avertissement», comienza con una justificación que recuerda al Preámbulo de la Declaración:

«...Un déclaration des droits doit être entendue par tous les citoyens parce qu'il est utile et surtout juste que tous soient instruits de leurs

172. Vid. un amplio extracto en Rials, citado pp. 530 y ss.

173. Recogido por Rials obra citada p. 528, aunque será conocido inicialmente por Jefferson. Vid. «The Papers of Thomas Jefferson». Boyd. Princeton University Press 1958. Tomo 14, pp. 438 y ss. Vid. asimismo CHINARD, G.: «The letter of Lafayette and Jefferson». Johns Hopkins Press. Baltimore y Les Belles Lettres. París 1928.

174. Se encuentra en sus obras completas «Oeuvres» editada por F. Arago y Mine O'Connor-Digot. París 1847-1849. 12 volúmenes, tomo IX, pp. 183 y ss.

175. Vid. Elisabeth y Robert Badinter, «Condorcet», citado p. 246.

droits, qu'ils connaissent les limites naturelles et nécessaires des pouvoirs créés par la société, qu'ils puissent réclamer contre l'abus de ces pouvoirs, qu'ils soient enfin prémunis contre les erreurs où de fausses idées sur la nature et l'étendue de leurs droits pourraient les entraîner...»¹⁷⁶. Y ya en el propio texto que denomina «Déclarations des droits», asimismo, comienza, con un punto de vista lockiano sobre el fin de la sociedad:

«Le but essentiel de la société est d'assurer à tous ceux qui la composent la jouissance entière et paisible des droits mutuels qui dérivent de leur nature et de leurs rapports entre eux». Parece que estamos en la lectura del segundo Tratado de Locke, lo que se acentúa con la afirmación de que la exposición de los derechos supone a la vez el deber y los límites del poder social.

La enumeración de los derechos que sigue en lo que ya es propiamente el contenido de la Declaración se condensa en la seguridad y la libertad de la persona y en la seguridad y la libertad de la propiedad, y en esta última se encuentra esa mala tradición que no vincula los derechos y las libertades únicamente con las personas, sino que las atribuye en algún sentido a bienes materiales. Esta tradición parece que establece como sujeto de la seguridad y de la libertad a la propiedad, aunque el desarrollo en los apartados correspondientes «Pour la sûreté de la propriété» y «Pour la liberté de la propriété»¹⁷⁷, pese a sus denominaciones equívocas, se refiere ya a los derechos de los propietarios y no de la propiedad.

El imposible contenido igualitario de la propiedad, la imposibilidad de que la propiedad sea realmente un derecho de todos y aun así su mantenimiento como derecho fundamental, parte en el texto de Condorcet del hecho de los propietarios que lo son, y cuyos derechos de libertad y seguridad sobre sus bienes son protegidos. Es un derecho fundamental de los propietarios y no un derecho fundamental a la propiedad, que podría llevar a una lectura más revolucionaria, aunque igualmente imposible, por la inexistencia de bienes suficientes para ser extendido a todos. Aquí Condorcet, contribuye a ese gran equívoco de legitimar con el concepto de derecho humano a una institución jurídica como la propiedad, sin duda necesaria para la vida social y para el tráfico jurídico, en el ámbito del Derecho privado, pero que no cabe en un concepto que expresa una expectativa para todos. La Declaración también, con la socialización de la propiedad en el artículo 17, reforzará esa falsa noción, que se incorporará a la cultura de los derechos humanos, en pugna con la realización efectiva de los mismos en lo que llamo el proceso de generalización¹⁷⁸.

El desarrollo del apartado «Pour la sûreté de la personne» se concentra en garantías penales y procesales: principio de la legalidad de los deli-

176. Vid. Dossier n. 19 en Stéphane Rials, obra citada p. 546. La última frase no tiene sentido en francés y parece que debe faltar un «que» entre «idée» y «sur la nature», u otra fórmula que dé significado y que sin duda se debe a un error de imprenta del texto publicado por Rials.

177. Vid. en Dossier n. 19, citado p. 249.

178. Vid. mi trabajo «Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales» citado.

tos y de las penas, tribunales independientes, limitación de la pena de muerte, libertad de defensa, y de asistencia letrada y prohibición de la tortura, de la astucia o de la mentira para averiguar la verdad¹⁷⁹. El apartado «Pour la liberté de la personne» se inicia también por garantías procesales frente a la detención, y frente a la duración de la misma, y continúa con la libertad de residencia y de circulación, con la libertad de profesión con la de cultos, de opinión, de expresión, de imprenta, con los límites en este último caso, y por fin con la prohibición del trabajo forzado¹⁸⁰.

Finalmente Condorcet se refiere a la igualdad, con una terminología moderna, con la excepción, y no es pequeña, de que sitúa a la propiedad como límite a la igualdad. Para él es un derecho, el derecho a la igualdad, porque «...il ne peut exister aucun motif fondé sur la raison pour qu'un autre homme, à l'exception de ceux qui sont la suite nécessaire de ses qualités individuelles on de son droit de propriété»¹⁸¹.

En el desarrollo de éste que es el último apartado de su texto, la denominación será: «Pour le droit d'égalité naturelle» y en él se refiere a la igualdad en la ciudadanía, y como consecuencia de ella, al derecho de ejercer una igual influencia en el establecimiento del poder, en la elaboración de las leyes, en la elección de los representantes, siendo igualmente elegible. Es sorprendente la modernidad de lenguaje que utiliza Condorcet, probablemente uno de los hombres más brillantes y lúcidos de la época. La reivindicación de la igualdad como generalización — todos los ciudadanos destinatarios de las normas —, como acceso a la función pública, la igualdad como diferenciación — relevancia de los ingresos para fijar las contribuciones y los impuestos — son otras dimensiones que Condorcet contempla. Finalmente señalará el sometimiento de los gobernantes a la Ley y las sanciones por las violaciones de los derechos producidos por quienes ostentan algún poder, y la competencia de los ciudadanos y de sus representantes «expressement revetus de ce pouvoir et choisis pour l'exercer» para realizar las leyes y para fijar los impuestos.

Estamos también, como se ve, en un planteamiento coincidente con la mentalidad general de la época que relativiza los esfuerzos de atribución individualizada de influencias en la elaboración de la Declaración.

Brissot de Warville¹⁸², producirá, con fecha primero de mayo de 1789, un texto dirigido a los grandes electores de París titulado «...Précis adressé, à l'Assemblée Générale des électeurs de Paris, pour servir à la rédaction du Cahier de doléances de cette ville». En ese texto, planteará cuatro grandes temas de los que sería urgente ocuparse inmediatamente:

179. Vid. Dossier 19, citado p. 548.

180. Vid. Dossier 19, citado p. 548.

181. Vid. Dossier 19, citado p. 547.

182. Vid. Rials obra citada pp. 562 y ss. Brissot se convertirá más tarde en uno de los jefes girondinos, y fundador de la Sociedad de amigos de los negros y había producido en 1780 un escrito, aparecido como anónimo «Recherches philosophiques sur le droit de propriété considéré dans la nature», donde, desde líneas próximas a las de Mably habrá criticado el concepto de propiedad de los fisiócratas. Sobre este autor vid. «Brissot. La Gironde au pouvoir». Laffort. París 1986.

- 1.º) L'Organisation des Etats Généraux de 1789 et la manière d'y deliberer.
- 2.º) La Déclaration de Droits.
- 3.º) La Constitution.
- 4.º) La consolidation de la dette et les recours provisoires pour la payer.

En uno de los problemas que se discutieron durante la elaboración de la Declaración, si debía ésta abordarse con carácter previo o en el seno de un único debate para la elaboración de la Constitución, Brissot tomará partido por la primera solución, que será además la que prospere.

El punto de partida, resumen y síntesis de toda la Declaración puede, dirá, encerrarse en una fórmula:

«...Tous les hommes sont nés libres et égaux en droits...». Será como la norma básica material de la que se deducen todos los demás derechos, y que recuerda el punto de partida de la Declaración aunque en ésta se añadió el verbo «demeurent» —permanecen— para matizar y completar la libertad y la igualdad innatas, con el mantenimiento de esa situación no sólo en el punto de partida, sino en el camino hacia el punto de llegada.

Los derechos que derivan de esa norma fundamental serán para Brissot los siguientes:

- Todo poder deriva de los hombres.
- No pueden ser detenidos sino en virtud de la Ley.
- Pueden publicar e imprimir sus ideas.
- Pueden reunirse.
- Será necesario su consentimiento para la aprobación de leyes, creación de impuestos o lanzamiento de empréstitos.
- Deciden la asignación y el reparto de los fondos y controlan su empleo.
- Pueden reunirse en Estados Generales, con independencia del ejecutivo.
- Pueden vincular a cualquier poder, y ningún poder puede vincularles.
- Pueden reformar la Constitución.

No es extraño que no incluya entre esos derechos el de propiedad por su posición contraria a la de los fisiócratas y moderadamente próxima a la de Mably, pero parece menos explicable que omita la mayor parte de las garantías procesales, que, sin embargo, sí recogerá la Declaración. Veremos que no hay referencias a la libertad religiosa, con lo que Brissot se situará en esa corriente laica que es uno de los elementos diferenciadores del texto francés respecto a los americanos.

B) *La elaboración de la Declaración*

A partir del 9 de julio, con la propuesta de Mounier, empieza la cuenta atrás que llevará a la producción de la «Déclaration des droits de l'homme et du citoyen». La iniciativa no será bien acogida, porque como dice Rials, el centrismo de Mounier no es apreciado ni por la derecha ni por la izquierda, y Lafayette dará paso a una nueva propuesta, el día 11, donde

intentará transmitir su experiencia americana y sin duda alguna las reflexiones de Jefferson. Durante todos los debates, que fueron muy vivos, la presidencia de la Asamblea se desempeñó por diversos diputados, con lo cual no contó tampoco aquel debate, en el que se pueden señalar el inicio del parlamentarismo en Francia, con una presidencia fuerte. En efecto, Lefranc de Pompignan presidió hasta el 18 de julio, el Duque de Liancourt hasta el 3 de agosto, Le Chapelier hasta el 17 de agosto con un breve interregno, con dimisión de Thouret, y a partir de esa fecha, en los momentos decisivos, el Conde de Clermont-Tonnerre. Hay que decir, igualmente, que el reglamento aprobado el 29 de julio, y presentado por Rabaut Saint-Etienne, no fue tampoco seguido y que una cierta anarquía reinó en muchos momentos, ya que el precepto que obligaba a los diputados a inscribirse previamente para intervenir, no se amplía, ni tampoco las mociones que se defendían, obedecían al principio de inscripción previa¹⁸³. Estas condiciones favorecían la confusión que se veía potenciada por la cantidad de propuestas presentada ante los Comités o el Pleno, entre veinte y treinta, según Mirabeau explicó en su informe a la Asamblea el 17 de agosto, y por el gran número de diputados que intervinieron, alrededor de ciento veinte, según el estudio de De Baecque¹⁸⁴.

Hay que decir también que una serie de problemas previos contribuyeron asimismo a la moderación del optimismo inicial que pensaba que la concreción de unas verdades comunes y evidentes por sí mismas no ocuparían largo tiempo a los constituyentes. Mirabeau en su intervención citada del 17 de agosto, para presentar el informe del Comité de los Cinco, expresaba esa creencia ante «...d'axiomes tellement simples, évidents et féconds... qu'il serait impossible de s'en écarter sans être absurde...». El pluralismo de las propuestas y los obstáculos a la misma idea de la Declaración, llevó a Crèrière a preguntarse por la virtualidad de seguir manteniendo que se trataba de un proyecto apoyado con consenso universal: «...Nos droits son invariables, toujours constants, toujours les mêmes, et cependant ils augmentent ou ils diminuent selon l'opinion des auteurs des projets de déclaration des droits...»¹⁸⁵.

Finalmente no puede olvidarse que durante los debates se produjeron acontecimientos dramáticos y violentos el 14 de julio o la noche del 4 de agosto, o lo que se llamó «la grande peur», que sin duda influyeron en la

183. El Capítulo II del Reglamento denominado «Ordre pour la parole» contenía un primer artículo que literalmente establecía que «...aucun membre ne pourra parler qu'après avoir demandé la parole au Président, et quand il l'aura obtenu, il ne pourra parler que debout...». Por su parte, el Capítulo IV «Des Motions», decía en su artículo 2: «...Tout membre qui aura une motion à présenter se fera inscrire au bureau...». Vid. el texto en BAECQUE, W., SCHMALE y VOVELLE, M.: *L'An 1 des droits de l'homme* citado p. 40. Es una obra de gran utilidad, donde, junto a un interesante estudio preliminar del profesor De Baecque, existe una amplia documentación, en algunos casos coincidente y en otros complementaria de la obra de Rials, «*La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*», ya citada.

184. Vid. su trabajo introductorio «...Le choc des opinions. Le débat des droits de l'homme, juillet-août 1789», en «*L'An 1 des droits de l'homme*» citado p. 23.

185. Crèrière fue Diputado del tercer Estado por Vendôme. Fue uno de los escépticos, como se ve por este texto, sobre el sentido y la posibilidad de la «*Déclaration*», con carácter previo y prefería su reenvío a un debate posterior a la aprobación de la Constitución. La referencia en «*L'An 1 des droits de l'homme*» citado, p. 9.

orientación de la producción de la Declaración. Una vez más los hechos históricos desmienten al ingenuo optimismo racionalista.

Con estas observaciones generales podemos examinar el proceso de la elaboración de la Constitución, desde dos puntos de vista: el de los obstáculos previos y el de los pasos que llevaron hasta el 27 de agosto en que se interrumpió indefinidamente, el proyecto con 17 artículos aprobados que se convirtieron, por ello, en el texto definitivo que conocemos, al no reanudarse nunca los debates suspendidos¹⁸⁶.

1. *Los obstáculos previos*

Como un análisis pormenorizado de todos los avatares de éstos que he denominado obstáculos previos, es imposible en este contexto, se pueden caracterizar, agrupándoles en tres modelos de controversia: la elección entre la reforma del viejo Derecho, o la construcción de un nuevo paradigma, la discusión sobre el lugar y el momento de la Declaración, en relación con la Constitución, y la propuesta de incorporar a la Declaración de derechos una de deberes. El objetivo de todas estas alternativas u objeciones es impedir o dificultar la aprobación de la Declaración.

a) *Entre el viejo Derecho y el nuevo paradigma*

Este debate se generará entre los partidarios del modelo inglés, de reforma de la vieja Constitución monárquica frente a las propuestas de una Declaración de Derechos, que exprese los llamados derechos naturales. Ante el impulso imparable del pensamiento de la Ilustración, se opone un planteamiento como el que justificará la posición crítica de Burke.

Tres ejemplos de este planteamiento los encontramos en intervenciones de Mounier, de Lally Tollendal y de Delandine.

Mounier en su discurso ya referido del 9 de julio, adoptará esa postura reformista que tiene en cuenta para construir el futuro la existencia de materiales del pasado: «Sans doute nous ne pouvons pas dire qu'en France nous soyons entièrement depourvus de toutes les lois fondamentales propres à former une constitution...»¹⁸⁷.

Lally Tollendal, reaccionando ante la propuesta de Lafayette del 11 de julio, en la misma línea que Mounier, distinguirá entre el modelo americano «...un peuple raissant qui s'anonce à l'Univers, d'un peuple colonial qui rompt les liens d'un gouvènement éloigné...» y la situación francesa, que aproxima al modelo inglés, «...d'un peuple antique, immense, l'un des

186. Los debates sobre la elaboración de la Declaración no se encuentran completos, y su conocimiento exige una tarea de construcción y de comparación entre diversos textos, empezando por los Archives Parlementaires de Madival y Laurant, ya citados, siguiendo por los periódicos de la época, especialmente «Le journal des Etats généraux», conocido como «Logographe», o los ya citados «Lettres de Mirabeau à ses commentants». Sobre todas estas fuentes, vid. DE BAECQUE, en «L'An 1 des droits de l'homme» citado, la introducción a los textos, pp. 51 a 53.

187. Vid. el discurso de MOUNIER, en «L'An 1 des droits de l'homme» citado, p. 58. Mounier (1758-1806) es anglófilo, y aunque es uno de los hombres decisivos en la elaboración de la Declaración, como diputado del tercer Estado por el Dauphiné, representará al sector moderado y promonárquico, lo que explica su postura en este tema.

premiers du monde, qui depuis quatorze cents ans, s'est donné une forme de gouvènement...»¹⁸⁸.

Delandine, el primero de agosto, intervendrá también, después de un discurso de Malouet¹⁸⁹ que criticaba a las discusiones sobre la Declaración como metafísicas, y lo hará en el mismo sentido:

«...Ce n'est pas des droits naturels fixés au berceau des peuplades naissantes qu'il faut s'occuper; c'est des droits civils, du droit positif propre à un grand peuple, reuni depuis quinze siècles, vieilli au milieu des lois discordantes, mais éclairé en ce moment par l'histoire, qui n'est que l'expérience des faits, par la philosophie et surtout para son intérêt, loi suprême des Etats, comme elle est celle des individus qui les composent...»¹⁹⁰.

Esta objeción a la Declaración, que anunciaban ya algunos Cahiers, como el de Pont-à-Mousson, el de la nobleza de Bigorre o el del tercer Estado de la parroquia de Sant Veast, como hemos visto, se plantea desde los sectores moderados de la Asamblea, monárquicos y anglófilos, y suele coincidir con la segunda de las modalidades de objeciones a la Declaración la que pretende posponerla a la redacción de la Constitución.

b) *La Declaración después de la Constitución*

Aunque era difícil, en la Asamblea, estar directamente contra la Declaración, se intentó a primeros de agosto, impedir el avance del debate con la propuesta de que éste se produjera después de aprobada la Constitución. Como en aquellos días se vivían momentos de agitación, los moderados temían que la Declaración pudiera acentuar hasta el paroxismo las reivindicaciones populares, y preferían que la Constitución fijase las reglas del juego. Escritos y opiniones en la prensa, contribuían a ese clima e incluso lo superaban. Así el panfleto «L'Abus de la liberté», acusaba a esta idea como «...l'idole nouveau, à qui tous sacrifient, à qui tout est sacrifié...»¹⁹¹. Todo ese planteamiento empujaba a los más moderados en la Asamblea a propugnar hacer primero las leyes, empezando con la Constitución. En realidad se trata de un enfrentamiento político entre partidarios y adversarios de la Declaración. Entre estos últimos están el Duque

188. Vid. su discurso en RIALS: «La déclaration des droits de l'homme et du citoyen...», citado, p. 122. Lally Tollendal, (1751-1830), uno de los oradores de la Asamblea más respetados fue elegido como diputado de la nobleza por París. Aunque nunca se pronunció contra la Declaración, adoptó una posición más historicista y más relativista. Había sido condenado durante el régimen absoluto y Voltaire consiguió su rehabilitación.

189. Malquet (1740-1814) era jurista y funcionario de Marina en Toulon. Fue elegido por el tercer Estado de Rion. Será con Lally Tollendal uno de los líderes del futuro partido monárquico, y tomará distancias respecto de la Declaración.

190. Vid. su intervención en «L'An 1 des droits de l'homme», citado, p. 108. Delandine (1756-1820). Fue diputado del tercer Estado de Forez. Abogado en el Parlamento de París, defendió la Monarquía Constitucional, y las prerrogativas tradicionales del Rey, lo que le alejó, como se ve por las palabras transcritas de su discurso de la idea de una Declaración de derechos del hombre y del ciudadano.

191. Se encuentra en la Biblioteca Nacional, Lib. 39, 7792 (B.N.). El texto está citado por DE BAECQUE, en «L'An 1 des droits de l'homme», p. 17. En la misma línea «Secourons la Monarchie, mais par les seules armes de la moderation et de la raison» (Lib. 39, 2.249 [B.N.]) o, «Prenez garde à vous, ou de la liberté et de l'égalité des citoyens» (Lib. 39, 2.136 [B.N.]).

de Levis, del grupo del futuro Luis XVIII¹⁹², aunque éste matizadamente, Champion de Cicé¹⁹³, Malouet y el Obispo de Langrès, La Luzerne¹⁹⁴, entre otros.

El proyecto de Declaración es para estos autores inútil, metafísico, poco práctico, peligroso, porque puede impulsar los desórdenes actuales, y puede desunir a una Asamblea que debe arreglar problemas muy urgentes, hacia discusiones teóricas de filósofos.

En defensa de la Declaración intervendrá arduosamente Montmorency¹⁹⁵, inspirándose en Sieyes y propugnando la discusión y aprobación previa de una Declaración:

«...Pour élever un édifice, il faut poser les fondements; on ne tire pas de conséquences sans avoir posé des principes; et avant de se choisir des moyens et de s'ouvrir une route, il faut s'assurer du but. Il est important de déclarer les droits de l'homme avant le Constitution, parce que la Constitution n'est que la suite, n'est que la fin de cette déclaration...»¹⁹⁶.

Junto a él intervendrán los días 2, 3 y 4 de agosto Desmeuniers¹⁹⁷, Castellane¹⁹⁸, Target¹⁹⁹, Bernave²⁰⁰, Custine²⁰¹, Mounier y el Conde de Virieu²⁰². Aunque los debates serán confusos y a veces tumultuosos, e incluso el Presidente Thouret, se agotará agitando su campanilla, y perderá su voz llamando al orden, llegando a dimitir, muchos indecisos se pasarán al campo de los partidarios de la Declaración, con lo que este argumento se agotó sin que se produjera votación concreta. Dumont, el que más tarde será traductor de Bentham, y que entonces exiliado de Ginebra, trabaja con Mirabeau, comentará esta situación sosteniendo que eran pocos los que consideraban que no fuese imprescindible la Declaración²⁰³. El día 4 de agosto la Asamblea aprobó la abolición de los derechos señoriales y feudales, de las dimas y otros privilegios, y al mismo tiempo trató y en ese caso además votó, sobre el último obstáculo que se oponía a la redacción del texto.

192. El Duque de Levis (1746-1830). Diputado de la nobleza por Sendis.

193. Champion de Cicé (1735-1810). Arzobispo de Burdeos desde 1781. Elegido diputado del clero por esa ciudad.

194. El Duque de La Luzerne (1735-1810). Obispo de Langrès, pronunció la oración fúnebre de Luis XV. Diputado del clero de su diócesis, se sitúa entre el sector más tradicional de la Cámara.

195. El Duque de Montmorency (1767-1826). Amigo de Lafayette fue diputado de la nobleza por Moutfoct-l'Amaury, y es uno de los ejemplos de noble liberal, aunque evolucionará en su madurez hacia posiciones más tradicionales.

196. En «L'An 1 des droits de l'homme», citado, p. 99.

197. Desmeuniers (1751-1814). Diputado del tercer Estado por París. Secretario del Conde de Provenza, fue miembro del Comité de los Cinco, encargado de la redacción de un anteproyecto de Declaración.

198. Castellane (1758-1837). Diputado de la nobleza de Châteauneuf-en-Thymerais.

199. Target (1733-1806). Abogado en el Parlamento de París y diputado del tercer Estado por esa ciudad. Autor de un proyecto de Declaración.

200. Bernave (1761-ejecutado en París en 1793). Abogado en Grenoble, Diputado de los tres Ordenes en el Dauphiné.

201. Custine (1740-ejecutado en París en 1793). Diputado de la nobleza por Metz, combatió en la guerra de independencia americana. Autor de un proyecto de Declaración.

202. Virieu (1754-1793). Diputado de la nobleza por el Dauphiné. Fue uno de los primeros de su orden que se unió al tercer Estado. Miembro del Comité de Constitución.

203. En DUMONT, E.: «Souvenirs sur Mirabeau» Duval Gosselin, 1832, p. 138.

c) *La Declaración de deberes*

Ya antes del día 4 de agosto en que se entró directamente en el tema, flotaba en el aire, sobre todo en los sectores más tradicionales vinculados al clero, la idea de incorporar una Declaración de deberes a la de derechos.

Target, sin duda desde otra perspectiva, puesto que defendía la necesidad de una Declaración de derechos, planteó ya el 1 de agosto, la vinculación de los deberes con los derechos.

«...Ce ne sont point les lumières que l'on doit craindre. La vérité ne peut être dangereuse; elle apprend à l'homme quels sont ses droits, quels sont ses titres; elle lui apprend aussi quels sont ses devoirs.

En apprenant à l'homme quels sont ses droits, il respectera ceux des autres; il sentira qu'il ne peut jouir des siens qu'en n'attaquant pas ceux des autres, et il sentira enfin que la force de son droit est dans le respect qu'il aura pour celui des autres...»²⁰⁴. Para Target el tema se plantea desde una idea del Derecho donde los deberes son correlativos a los derechos, puesto que en una concepción relacional todo el derecho supone un deber correlativo genérico o específico de otra u otras personas identificadas o identificables. Pero la vinculación derecho-deber se planteará con otra mentalidad, por diputados del clero y por otros conservadores, ya desde el mismo día 1 de agosto, aunque sin especial hincapié. Y lo hará Grandin:

«...Une déclaration des droits renferme nécessairement des matières abstraites et sujettes à des discussions; il n'est pas prudent d'exposer les droits sans établir les devoirs...». Ya no son los deberes correlativos, sino que se trata de una declaración paralela, expresión de un tratado de moral. En el fondo es la desconfianza, el temor y la sospecha ante los derechos solemnemente proclamados, y Grandin acabará solicitando que se abandone la idea de la Declaración de derechos²⁰⁵. También en la intervención del Duque de Levis ya citada, se mencionará de pasada la necesidad de asociar los derechos a los deberes, pero será, como hemos dicho, el día cuatro cuando el tema se planteará formalmente a partir de una moción que presenta el diputado Camus²⁰⁶ sobre si se hará o no, conjuntamente, una Declaración de derechos y deberes. La moción fue recibida con grandes aplausos desde los escaños ocupados por el clero.

El Abbé Gregorie pidió la palabra para exponer su opinión sobre la moción de Camus y la apoyó con los siguientes argumentos:

«1.º) Les devoirs ne derivent pas des droits, comme on vient de la soutenir. Ils sont corrélatifs et marchent sur des lignes parallèles. Il est impossible de concevoir des droits actifs sans droits passifs, et ceux-ci sont des devoirs...

204. Vid. el discurso de Target en «L'An 1 des droits de l'homme» citado, p. 101.

205. Vid. el texto de Grandin en «L'An 1 des droits de l'homme» citado p. 103. Grandin (1755-1823). Cura de Ernée. Diputado del clero por Maine.

206. Camus (1740-1804). Diputado del tercer Estado por París.

2.º) La Constitution que vous allez faire sera une conséquence des devoirs comme des droits. La Déclaration qui en sera le préliminaire doit donc poser le fondement des uns et des autres...

3.º) En général, l'homme est plus porté à user de ses droits qu'à remplir ses devoirs... Présentez donc aux citoyens, le préservatif d'un pouvoir qu'il serait tenté de croire illimité. Etablissez le contrepoids des devoirs et des droits: qu'il sache non seulement ce qu'il veut mais encore ce qu'il doit; montre-lui non seulement le cercle qu'il peut parcourir, mais encore la barrière qu'il ne peut franchir...»²⁰⁷.

Esta intervención es un signo del individualismo y de la relativa confusión en que se mueven los debates, porque el Abbé Gregorie es partidario de la Declaración de derechos, y se sitúa en la izquierda de la Cámara, aunque su intervención objetivamente apoyará, y con argumentos más serios, los de los conservadores. También se puede hacer una valoración similar de la figura política de Camus, que plantea la cuestión y que es igualmente situable en el sector progresista de la Asamblea.

Se opondrá a este planteamiento Toulangeon en una intervención que debemos recoger como expresión de la influencia que el recién publicado libro de Mably «Des Droits et des Devoirs du Citoyen», tiene entre los constituyentes, puesto que consideraba que los derechos eran naturales y los deberes, salvo los que se tienen hacia uno mismo, son sociales²⁰⁸. Para Mably en el Estado de naturaleza «...leurs droits étaient aussi étendus que leurs devoirs bornés...». Y añade para perfilar su idea: «...Tout appartenait à chacun d'eux, tout homme était une espèce de monarque qui avait droit à la monarchie universelle. A l'égard des devoirs, j'imagine que personne ne pouvait être coupable; puisque chaque homme ne devait rien encore qu'à lui-même, et qu'il était impossible qu'il n'obéisse pas à la loi imposée par la nature de se rendre heureux.

La naissance de la société produisit une révolution singulière... En s'obligeant de respecter en autrui les droits qu'il voulait respecter en soi, le citoyen a mis sans doute des bornes étroites au pouvoir illimité qu'il avait comme homme...»²⁰⁹.

Toulangeon, con un planteamiento similar, rechazará los argumentos de l'Abbé Gregorie:

«...C'est là une marche irrégulière. Les devoirs seront fixés par la Constitution, autrement ce serait une confusion. Le peuple retrouvera ses droits dans les principes, et ses devoirs dans les conséquences...»²¹⁰.

207. Vid. el texto del discurso en «L'An 1 des droits de l'homme», p. 123. El abbé Gregoire, Conde y cura de Embermenil. Diputado del Clero por Nancy y miembro del club Bretón.

208. «Des Droits et des Devoirs du citoyen», se acababa de publicar a principios de 1789 póstumamente, puesto que Gabriel Bonnet de Mably muere en 1785. Hay una edición actual, crítica, con estudio introductorio y notas de Jean Louis Leclerc en Marcel Didier, París, 1972.

209. Obra y edición citadas, p. 10.

210. Su intervención en «L'An 1 des droits de l'homme» citado, p. 124. Toulangeon (1739-1794). Diputado de la nobleza por Amont, fue uno de los primeros en unirse al tercer Estado.

Después de algunas intervenciones en favor de la moción de Camus, de Rhedon, del Duque de Levis y del Obispo de Chartres, Lubersac, y de una más matizada de Clermont-Lodève, el Presidente pone a votación la moción en voto nominativo, y es rechazada por 570 votos contra 433. Pocos minutos más tarde, y, en esta ocasión, casi por unanimidad, se decide que la Constitución será precedida de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Sin duda la mayor parte de los moderados se unieron a los más progresistas, partidarios de la Declaración, para derrotar al alto clero y a los tradicionalistas, partidarios de poner obstáculos.

Pese a algunas propuestas sorprendentes, como la de Mirabeau el 17 de agosto, no se volverá a poner seriamente en duda la continuación de la elaboración del texto de la Declaración.

2. *La elaboración de la Declaración*

Aunque el debate se interrumpe hasta el 12 de agosto, al final de la votación, que decide que la Declaración siga su curso, el Presidente Le Chapelier anunció que el primer objeto de discusión que sometería, sobre este tema a la Asamblea, sería el de la elección del proyecto que la Cámara prefiriese, o, en su caso, del que resultase de la comparación de varios.

El proyecto de abolición de los privilegios y de los derechos feudales, que se consideró urgente para detener la agitación, ocupará gran parte del trabajo de la Asamblea, y por otra parte el gran número de proyectos presentados dificultó un trabajo rápido.

Algunos de esos proyectos, aunque rechazados como base de la discusión recuperarán su valor, en la última fase de los trabajos cuando se escoge el proyecto de la Comisión sexta. Entre ellos podemos encontrar, además de los presentados con anterioridad como el de Lafayette, los de Thouret²¹¹, Gallot²¹², Sinety²¹³, Bouche²¹⁴, Rabaut²¹⁵, Mounier, Sieyès²¹⁶ o Gourges-Cartou²¹⁷. También se presentará el de la sexta Comisión, que fue elegido como documento base de la discusión más adelante²¹⁸. Ante esta compleja situación, a propuesta de Desmeuniers se decide formar una comisión que actuará como ponencia para facilitar el trabajo del Pleno. Efectuada la votación el 13 de agosto se eligen cinco miembros, Desmeu-

211. Thouret (1746-ejecutado en 1794). Abogado en el Parlamento de Normandía. Elegido por el tercer Estado de Normandía.

212. Gallot. Médico y Diputado del tercer Estado por Poitou.

213. Sinety (1740-1811). Marqués y diputado por la nobleza en Marsella.

214. Bouche (1737-1795). Diputado del tercer Estado por Aix.

215. Rabaut Saint-Etienne (1743-ejecutado en 1793). Abogado y Pastor protestante, amigo de Lafayette, diputado del tercer Estado por Nîmes. Miembro de la Comisión de Constitución.

216. Sieyès (1748-1830). Vicario General de Chartres. Autor de «Où'est-ce que le tiers Etat?». Diputado del tercer Estado por París.

217. Gourges-Cartou. Comerciante en Moissac. Diputado del tercer Estado por Quercy.

218. Vid. comentarios de todos estos proyectos en RIALS, «La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen» ya citada pp. 170 y ss. y los textos en el Dossier a partir de la p. 612.

niers, La Luzerne, Mirabeau²¹⁹, Tronchet²²⁰ y Auvergnat Rhedon²²¹. Esta Comisión, más bien conservadora, cumplió su cometido muy en secreto y no se conocen detalles de sus trabajos, aunque Mirabeau afirmó que estudiaron veinte proyectos y más tarde treinta, según Rials, que también aduce, como testimonio de Dumont, que Mirabeau, el motor de la Comisión, se reunía más con sus colaboradores que con los miembros de ésta²²².

Terminado su encargo, Mirabeau lo expone el 12 de agosto en un largo discurso que no convencerá a la Asamblea, que comenzará la sesión con la elección de Clemont Tonnerre como Presidente, que continuará en esa función hasta la conclusión de los trabajos, el 27 de agosto²²³. Señala la dificultad, la necesidad de establecer verdades simples y comprensibles porque «...la liberté ne fut jamais le fruit d'une doctrine travaillée en déductions philosophiques, mais de l'expérience de tous les jours...». También rechazará los excesos como reacción ante los abusos del despotismo hasta hacer «...moins une déclaration des droits de l'homme qu'une déclaration de guerre aux tyrans...» y añadirá en una fórmula que recuerda mucho a Voltaire, e incluso a Montesquieu, al que no estimaba demasiado, que «le véritable courage de la sagesse consiste à garder, dans le bien même un juste milieu». Posteriormente leerá el proyecto del que importará principalmente el preámbulo que será recogido con pequeñas modificaciones por la redacción definitiva²²⁴.

Acabada su intervención se remite el texto a las Comisiones para la discusión, y se reanuda el debate en el Pleno al siguiente día, es decir, el 18 de agosto.

El discurso y la propuesta de Mirabeau no fueron bien acogidos e intervinieron con objeciones Crenière, Duport²²⁵, el Abbé Gregorie, su propio hermano el Vizconde de Mirabeau²²⁶, Bonnay²²⁷ y con una intervención importante defendiendo el proyecto de Sieyès, Rabaud Saint-Etienne. En general rechazaron el proyecto de Mirabeau, o del comité de

219. El Conde de Mirabeau (1749-1791). Escritor. Fue con Sieyès, Mounier y Lafayette, uno de los más famosos miembros de la Asamblea. Diputado del tercer Estado por Aix. Se comunicaba con sus electores a través de las «Lettres aux Commettants» ya citadas. Se apoyó en un equipo, su «atelier», formado por cuatro ginebrinos exiliados, Clavière, Dumont, conocido más tarde por su difusión de la obra de Bentham, Du Roveray y Reybaz.

220. Tronchet. Abogado de París, anciano y conservador que se opuso a la conversión de los Estados Generales en Asamblea Constituyente.

221. Abogado monárquico más moderado aún que Tronchet.

222. Vid. RIALS: «La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen», citada p. 198.

223. Clermont-Tonnerre (1757-1792). Militar, elegido diputado por la nobleza de París. Formó con Malonet el club monárquico.

224. Vid. el discurso y el texto del proyecto que propone en «L'An 1 des droits de l'homme», pp. 126 a 130.

225. Duport (1759-1798). Diputado de la nobleza por París. Presentó un proyecto, y jugó un papel importante en la discusión final, con influencia en la redacción de varios artículos del texto definitivo.

226. Mirabeau (1754-1792). Hermano pequeño del Conde de Mirabeau. Diputado de la nobleza por Limoges. Defensor de posiciones tradicionales, se opuso a la Declaración e hizo habitualmente la contra a su hermano.

227. Bonnay (1750-1825). Diputado suplente de la nobleza por Nivernais, se incorporó como titular a la Asamblea el 21 de julio de 1789.

los cinco, presentado por Mirabeau, para ser formalmente más exactos, y propusieron que se escogiese otro, en algún caso como el de Rabaud ofreciendo una alternativa. El Marqués de Bonnay depositaría una moción para que la Asamblea Nacional, reunida en Comisiones, vote para escoger un proyecto de Declaración, y que el que resulte elegido sea discutido artículo por artículo.

Mirabeau, que siguió el debate con creciente irritación y que pretendió intervenir fuera del turno de palabra, lo que no consiguió, defendió tras todas esas intervenciones, con poca convicción, con distanciamiento su proyecto, para el que repitió los calificativos de débil, aunque adecuado para el esfuerzo de síntesis que se les había solicitado. No aceptó la opinión favorable que sobre el texto de Sieyès se había expresado, y lo hizo en la línea del modelo inglés, porque un pueblo viejo no puede acomodarse a los principios filosóficos en toda su pureza. Se opuso también a la propuesta de reenvío del problema a la Comisiones, y a la elección de un nuevo proyecto por votación. Una reducción concreta es difícil de hacer por votación y en Comités. Construyendo paradójicamente su pensamiento, dirá que ése es un supuesto donde se justifica el despotismo:

«...De toutes les choses humaines, je n'en connais qu'une où le despotisme soit non seulement bon mais nécessaire: c'est la rédaction; et ces mots 'comité' et 'rédaction' burlant d'effroi de se voir accouplés...»²²⁸.

En una posterior intervención, tras la propuesta de la moción de Bonnay²²⁹, Mirabeau llegará a proponer como individuo y no como miembro del Comité de los cinco, la conocida tesis de que se reenvíe la discusión a la más general que tenga lugar para aprobar la Constitución.

Los Anales Parlamentarios relatan que los aplausos y los murmullos se confunden en lo que Rials llama «le faux pas de Mirabeau...»²³⁰.

Las consecuencias del paso en falso es la devolución del proyecto de la Comisión por iniciativa de Le Chapelier. El día 19, después de una discusión donde Lally Tollendal defiende el modelo inglés, y propone como más próximos a él, que se tomen como base de discusión los textos de Mirabeau, de Lafayette y de Mounier, y si eso no es posible aceptar la última propuesta de Mirabeau y volver a iniciar el camino por la Constitución, se decide votar en el Pleno de la Asamblea el proyecto que será tomado como base de la redacción de la Declaración. Por 620 votos es elegido el de la sexta Comisión, frente a 240 obtenidos por el de Sieyès y 45 por el de Lafayette. Probablemente el amplio acuerdo que unirá a sectores no homogéneos de la Cámara se debe a la valoración positiva que hacen los diputados del trabajo de una Comisión que ha logrado llegar a

228. El texto y todo el debate del 18 de agosto, recogido de los Archivos Parlamentarios en «L'An 1 des droits de l'homme», citado pp. 130 y ss. El texto se encuentra concretamente en la p. 140.

229. Rials atribuirá esta moción al Marqués de Maulette, probablemente recogiendo ese nombre de la obra de WALCH: «La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'Assemblée constituante. Travaux préparatoires», ya citada, p. 134 (Vid. RIALS: «La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen» citada, p. 208).

230. *Ob. cit.*, p. 203.

su fin, y a que en su composición no están diputados que susciten o entusiasmo o rechazo de un sector de la Cámara. Target explicó el 20 de agosto aquella decisión inesperada: «...Cette déclaration ne contient pas des principes contestés; elle est courte, simple et exacte, mais elle manque d'énergie et d'expression. On doit la regarder non pas comme un modèle de Déclaration, mais comme l'ébauche du travail que nous avons à faire, comme l'occasion de la discussion que nous allons entreprendre...»²³¹. En su comentario introductorio, De Baecque coincidirá con esta opinión, con una fórmula sucinta: «...Un texte obscur est donc choisi, et sans doute cette 'qualité' a-t-elle grandement contribué à l'élection; l'Assemblée a voulu la perfectibilité plutôt que la perfection...»²³².

La sexta Comisión estaba presidida por el obispo de Nancy, De la Fare, y formada por diputados de tres procedencias heterogéneas. Un grupo de nobles liberales, encabezados por el Conde de Montmorency, un grupo moderado formado por los diputados del tercer Estado, entre los que destaca Anson²³³, y finalmente una importante minoría conservadora dirigida por el propio presidente de la Comisión. Su proyecto será resultado de ese cruce de influencias. Con prudencia y con voluntad de conciliación, como afirma De Baecque, se llega a un compromiso²³⁴.

Si aceptamos la hipótesis de este autor, habrían tomado como base de sus reflexiones el texto de Sieyès, del que sacarán una versión «...modérée et purgée de ses audaces comme de ses abstractions...»²³⁵. El texto de 24 artículos del que sólo perdurarán en el texto definitivo los artículos 12 a 16, fue redactado principalmente por Anson, aunque intervino también el obispo de Nancy.

La cronología que condujo a la «Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen», será la siguiente:

— El día 20 de agosto se aprobó el preámbulo, que fue el del proyecto de los cinco, es decir, el de Mirabeau, al que se añadirá como novedad significativa, al final, en el último párrafo, a propuesta de Demeuniers, la fórmula «...en présence et sous les auspices de l'Être Suprême...». Asimismo se aprobaron los tres primeros artículos a propuesta de Mounier, que no procedía tampoco del texto de la sexta Comisión.

Art. 1.º «Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune»²³⁶.

Art. 2.º «Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont: la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression...».

231. El texto en «L'An 1 des droits de l'homme», citado p. 149.

232. «L'An 1 des droits de l'homme», citado p. 28.

233. (Anson 1744-1810). Diputado del tercer Estado por París. Financiero y miembro del Comité de Constitución. De tendencia moderada y redactor en la sexta Comisión del proyecto de Constitución.

234. En *Ob. cit.*, p. 29.

235. *Ob. cit.*, p. 29.

236. Vid. la traducción castellana de la Declaración en «Derecho positivo de los derechos humanos», citado pp. 112 y ss.

Art. 3.º «Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressement».

Los Archivos Parlamentarios dirán, lacónicamente, «Les articles sont adoptés». Sin embargo no fue exactamente así, sino que antes de la aprobación se produjeron apasionados debates. En concreto la propuesta inicial de Mounier al artículo primero, establecía sólo que los hombres *nacían* libres e iguales. La expresión *y permanecen*, «demeurent», se añadió en un debate con Lanjuinais²³⁷ y Petion²³⁸, diputados de la izquierda, según Rials, de acuerdo con narraciones de la prensa de la época y del propio Mounier²³⁹.

— El día 21 de agosto se empezó a discutir el artículo 7.º de la Declaración de la sexta Comisión, puesto que los tres artículos aprobados se decidió que sustituyesen a los seis primeros del texto elegido.

Sin embargo, el diputado De Lameth²⁴⁰ propuso dos artículos con nueva redacción para sustituir a los 7, 8, 9 y 10 del texto base. Mounier apoyó la precisión de la nueva redacción, y tras algunas intervenciones proponiendo modificaciones de detalle, se pasó a votar la propuesta de Lameth y las enmiendas, quedando en su redacción definitiva de los artículos, que serían el 4.º y el 5.º, la siguiente:

Art. 4.º «...La liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui; l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société, la jouissance de ces mêmes droits. Les bornes ne peuvent être déterminées que par la loi...».

Art. 5.º «...La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tous ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut, être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas...».

En este debate es interesante la intervención de un diputado cuyo nombre no se ha retenido en los archivos parlamentarios, y que sin embargo plantea un problema sobre la definición de libertad del texto, recordando la máxima de que «Libertas est non solum quod liceat, sed etiam quod honestum sit...» que evoca la distinción entre libertad de elección y libertad moral²⁴¹.

El mismo día continuará la discusión sobre el artículo 11 del texto de la sexta Comisión, aunque pronto sólo Le Chapelier defenderá su redacción. Talleyrand²⁴², después de un amplio y confuso debate, propondrá un

237. Lanjuinais (1753-1827). Jurista y ensayista, fue elegido diputado del tercer Estado por Rennes. Fue miembro activo del Club Bretón.

238. Petion de Villeneuve (1756-1744). Abogado y autor de escritos para la acción política, fue diputado del tercer Estado por Chartres, y uno de los oradores de izquierdas más respetados en la Asamblea.

239. Vid. «La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen», citada, pp. 222 y 223.

240. Lameth Alexandre-Theodore (1760-1829). Combatió en la independencia americana. Diputado por la nobleza en Péronne. Se situó a la izquierda, con el tercer Estado, igual que su hermano Carlos.

241. Vid. mi trabajo sobre «El fundamento de los derechos humanos», en la otra colectiva «El fundamento de los derechos humanos», citada pp. 270 y ss.

242. Talleyrand-Périgord (1736-1821). Obispo de Autun, elegido diputado del Clero por esa misma ciudad.

texto que se convertirá en el artículo 6.º, que sustituirá no sólo al artículo 11 sino a los dos siguientes, 12 y 13. El texto definitivo verá dos adiciones *in fine*, «selon leur capacité», propuesta por Mounier; ya incluso antes de la intervención del obispo de Autun, y apoyado por otros diputados moderados, y para matizar el sentido moderado que prefiguraba la democracia censitaria, ante el tumulto producido desde la izquierda, «sans autre distinction que celle de leurs talents et de leurs vertus...» propuesta curiosamente por Lally Tollendal, amigo de Mounier. La redacción así resultante fue aprobada por unanimidad.

Art. 6.º «...La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont le droit de concourir, personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs talents et de leurs vertus...».

— El día 22 de agosto se inicia la discusión del artículo 14 del texto de la sexta Comisión, que será rápidamente sustituido por una propuesta de dos artículos de Target, y por otra, asimismo, de dos artículos de Duport, que se integrarán matizados con una intervención de Malouet, que pretende incorporar una propuesta del primer proyecto de Sieyès: «...Tout citoyen appelé ou saisi au nom de la loi, doit obéir à l'instant. Il se rend coupable par la résistance...». Se aceptará esta adición pero no se incluirá en los artículos propuestos por Duport, que serán el 8 y el 9, sino el que resultará 7 propuesto por Target.

Art. 7.º «...Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu, que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis; mais tout citoyen, appelé ou saisi en vertu de la loi, doit obéir à l'instant: il se rend coupable par la résistance...».

Art. 8.º «...La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée...».

Art. 9.º «...Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi...».

A continuación se inicia la discusión sobre los artículos 16, 17 y 18 del texto de la sexta Comisión, referentes a la libertad religiosa y de cultos. Si los artículos anteriores del proyecto no habían sido finalmente mantenidos, parecía difícil que éstos fueran a romper la tendencia. En efecto eran unos proyectos que no podían agrandar a la izquierda de la Asamblea y a la corriente anticlerical, e incluso irreligiosa de sectores influidos por ese gran sector intelectual que hemos estudiado, que desde los escépticos y los libertinos llega hasta la Enciclopedia y Voltaire, y que marca la diferencia del modelo francés con el americano. El artículo 16 señalaba a la religión como garantía de la moral que los ciudadanos debían respetar, mientras que el 17 señalaba como indispensable el respeto por su culto

público, y el 18 se refería a un culto establecido, es decir, a una especie de religión de Estado. La defensa inicial de estos textos por el obispo de Clermont, Bonnal, desde una perspectiva muy conservadora contribuyó a agravar la situación. Intervenciones de Castellane, de Laborde²⁴³, se oponen a la redacción propuesta y Mirabeu defenderá la libertad de cultos, aunque el debate se tiene que aplazar al día siguiente domingo, ante el tumulto producido y la imposibilidad que tiene Camus, que está en el uso de la palabra, para hacerse oír.

— El 23 de agosto continúa un debate confuso y apasionado, y pronto la Asamblea aceptará una sugerencia de Talleyrand, presentada formalmente por Petio, de discutir en parte esos temas en la Constitución, puesto que no se trata de materia declaratoria sino constitucional, distinción difícil de entender sobre todo desde la perspectiva del artículo 16, que se aprobará más tarde. Se quiere sin duda evitar la confrontación, que no obstante se produce en torno al artículo 18, que se mantiene para el debate, retirándose los artículos 16 y 17.

El tema se centra sobre el reconocimiento de la libertad de cultos, que ya había propugnado Mirabeau, y que Castellane mantenía en su moción. Pero ante la resistencia de los adversarios de la libertad de cultos retiró esa parte de su propuesta, que dejó en la escueta fórmula «Nul ne doit être inquiété par ses opinions religieuses...». Después de varias enmiendas y enmiendas a las enmiendas, en el clima de confusión que provocó en varias ocasiones la desesperación del Presidente por la falta de respeto a su autoridad, y que incluso le llevó a amenazar con dimitir, se aprobó un texto que sería el artículo décimo:

Art. 10. «Nul ne peut être inquiété dans ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi...».

Un estudio pormenorizado de este debate²⁴⁴ lleva sin duda a la conclusión de que muchas posiciones ideológicas y muchas políticas en la Asamblea francesa, están muy separadas de las de los padres fundadores de la nación americana.

— El día 24 la sesión comienza a las once de la mañana, excusándose el Presidente por el retraso a causa de la fatiga que le produjeron las sesiones del día anterior, y se inicia el debate del artículo 19 del proyecto de la Sexta Comisión, que será pronto descartado. El duque de la Rochefoucault defenderá la libertad de prensa, y propondrá un texto que con pequeñas modificaciones se convertirá en el artículo 11. El derecho de hablar, de escribir y de imprimir libremente, son la mejor barrera contra el fanatismo y el despotismo, dirá, aunque en el mismo debate aparecerán esos fantasmas. Así el obispo de Palmy²⁴⁵, recuerda los horrores de la libertad de prensa que ataca a la religión, a la santidad de las costumbres

243. Laborde (1737-muerto en fecha desconocida). Cura de Cormeillan, diputado del Clero por Condom.

244. Vid. desarrollo íntegro en «L'An 1 des droits de l'homme», citado, pp. 164 a 181.

245. Vid. el debate de ese día 24 en «L'An 1 des droits de l'homme», pp. 182 a 188.

y al «honnête homme» que se verá muchas veces calumniado. En la misma línea, el obispo de Amieus, Machault, que teme por la religión, con la libertad de prensa, e incluso un cura de Metz, cuyo nombre no se recoge, pide el mantenimiento de la censura real. Mirabeau, con una lúcida intervención precursora de los modernos planteamientos, defiende que la actuación ante abuso de los derechos humanos debe ser «a posteriori» o represiva, y nunca «a priori» o preventiva.

«On vous laisse un écritoire pour écrire une lettre calomnieuse, une presse pour un libelle; il faut que vous soyez puni quant le délit est consommé, or ceci est répression et non restriction; c'est le délit que l'on punit et l'on ne doit pas gêner la liberté des hommes? son prétexte qu'ils veulent commettre des délits...». Es una respuesta a la teoría de los enemigos de la libertad que expresa, por ejemplo Recasens, como expresión de la cultura jurídica que reacciona ante los totalitarismos nazi, fascista o stalinista con una desmesura que Mirabeau dos siglos antes rechaza²⁴⁶.

Finalmente se aprobará un artículo 11, con la casi literalidad de la propuesta de Rochefoucault.

Art. 11. «La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme. Tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi...».

Inmediatamente se entra en el debate del artículo 20 del texto de la sexta Comisión, y los diputados Gouy d'Arcy²⁴⁷, Broglie²⁴⁸, Target, Laborde, Biauzat, Mounier, entre otros proponen otras fórmulas alternativas lo que produce dudas en la Asamblea. Madier²⁴⁹ y Lally Tollendal cierran esa situación al afirmar que el único defecto del artículo 20 es haber sido redactado por la sexta Comisión. Se aprobará finalmente este artículo 20, el primero del texto inicialmente elegido, y lo será como artículo 12:

Art. 12. «La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique; cette force est donc instituée pour l'avantage de tous et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée...».

En las mismas condiciones y sin debate conocido se aprobará el artículo 21 como 13 de la Declaración.

Art. 13. «Pour l'entretien de la force publique et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable: elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés...».

246. Vid. RECASÉN SICHES: «Tratado General de Filosofía del Derecho». Porrúa, México, 1970, Capítulo XX, n.º 17, «No debe haber libertad contra libertad», pp. 598 y ss.

247. Gouy d'Arcy (1753-ejecutado en París en 1794). Militar Diputado por la Colonia de Santo Domingo.

248. El Príncipe de Broglie (1756-ejecutado en París en 1794). Diputado de la Nobleza por Colmars. Militar.

249. Madier (1755-1860). Alcalde de Bourg Saint-Audeol. Diputado del tercer Estado por Villeneuve-de-Berg.

— El 25 de agosto, día de San Luis, la Asamblea suspenderá sus trabajos y enviará una delegación de sesenta miembros al Rey, con un mensaje en el que le denominan el gran «Regenerador del Reino», y le ofrecen la Declaración que estaba redactándose como prenda de sumisión y de felicidad, aunque como es sabido, Luis XVI no la recibirá con entusiasmo. El día 26, continuará el trabajo, aunque probablemente sin saber que sería el último día en esta materia.

Se empieza con el artículo 22 del proyecto de la sexta Comisión que, con algunas modificaciones, se aprobará como artículo 14.

Art. 14. «...Chaque citoyen a le droit, par lui même ou par ses représentants, de constater la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en détermine la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée...».

Posteriormente, como veremos, el 5 de octubre, cuando se propone al Rey la aprobación del texto definitivo, se inicia el artículo en plural: «...Les citoyens». Más tarde, en 1791, al aprobarse la Constitución se formulará, tal como aparece hoy en día: «...Tous les citoyens...».

El artículo 23 de la propuesta de la sexta Comisión se aprobará también, tal cual venía como artículo 15.

Art. 15. «...La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration...».

Asimismo se aprobará el artículo 24, con intervenciones de Lally Tollendal, de Le Chapelier, entre otros, como artículo 16, siendo significativa la falta de debate con un artículo tan importante para el futuro de la cultura política y jurídica moderna.

Art. 16. «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de Constitution...».

Con este artículo se acaba el proyecto de la sexta Comisión, y aunque por Montmorency, se pretende incluir, en la línea de los proyectos de Lafayette y Sieyès, un artículo sobre el derecho a reformar la Constitución, al final sólo se retendrá una propuesta de Duport para considerar a la propiedad como un derecho fundamental, recogiendo la tradición que desde Locke a los fisiócratas buscaban la máxima legitimación para el dominio. Evidentemente en este tema la declaración no sería muy rousseauiana.

Sin ninguna modificación y tras un corto debate, se aprueba el artículo que será el último de la Declaración.

Art. 17. «La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige, évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité...».

El día 27, tras la propuesta de otros artículos adicionales, más vinculados a lo que será la protección propia del Estado social²⁵⁰ que no se

250. Así por ejemplo el siguiente: «...Tous les membres de la société, s'ils sont indigents ou infirmes, ont droit aux secours gratuits de leurs con citoyens...». El debate del día 27 se encuentra en «L'An 1 des droits de l'homme», pp. 195 y ss.

aceptan, quizás porque son anteriores a su tiempo, unos derechos morales históricos, se aceptará una moción de Mougins de Roquefort²⁵¹, apoyada por Bouche para cerrar con el artículo 17 la Declaración e iniciar el debate de la Constitución, aunque deja abierta la posibilidad de añadir después de la aprobación de ésta, los artículos que la Asamblea creyera necesarios para completar el texto. Mirabeau, en su publicación «Le Courrier de Provence», expresando su despegue del trabajo de aquellos días, y también una veta de pensamiento arraigada en la cultura política y jurídica de desconfianza en el valor como Derecho de los derechos humanos, escribirá lo siguiente:

«...L'Assemblée nationale est enfin sortie de la vaste région des abstractions du monde intellectuel dont elle traçait, si péniblement la législation métaphisique; elle est revenue au monde réel, et s'est mise a régler tout simplement la Constitution de la France...»²⁵².

El primero de octubre, a propuesta de Mirabeau, la Asamblea decidirá presentar a la aceptación del rey la Declaración de Derechos, así como los primeros artículos de la Constitución. El término «aceptación» elegido por la Asamblea pretende evitar el más preciso de «sanción», como si el Rey tuviera una corresponsabilidad constituyente. Se intenta con esa cuidada decisión tomar posición contra el mantenimiento de la prerrogativa regia, que existía en el régimen constitucional inglés, con la fórmula del Rey en el Parlamento, y por supuesto contra la teoría tradicional de la soberanía en la Monarquía Francesa de Bodino en adelante²⁵³. También el Rey elegirá con toda intención los términos de su respuesta que se produce el 5 de octubre, aunque precisará que una Constitución sólo puede ser juzgada en su conjunto. Utilizará para su aceptación matizada el término *accession*, añadiendo que si da su «*accession*», «...aux différents articles que vous n'avez fait présenter, ce n'est pas qu'ils me présentent tous indistinctement l'idée de la perfection...»²⁵⁴.

Puede entenderse el término como la afirmación de un dualismo en el poder constituyente o como una aceptación ambigua, en los términos propios del lenguaje diplomático. Esta respuesta será recibida con distintos sentimientos en la Asamblea la noche del 5 de octubre, cuando fue leída por el Presidente Mounier, y será criticada por Robespierre, Bouche y Prieur²⁵⁵, y defendida por el hermano de Mirabeau y el Abate de Aliécourt, que incluso propuso que se agradeciese al Rey su respuesta. Tras el debate la Asamblea aprobó una moción en virtud de la cual ordenó que su

251. Mougins de Roquefort (1730-1793). Cura de Grasse fue elegido diputado del Clero por Oragnan.

252. Le Courrier de Provence n.º XXXIII (26-27 de agosto de 1789), citado por RIALS: «La Déclaration de droits de l'homme et du citoyen», p. 256.

253. Vid. por ejemplo, CARRÉ DE MALBERG: «Contribution à la Théorie Générale de l'Etat». Tomo I. «Centre National de la Recherche Scientifique», reimpresión de la edición de Sirey. París, 1920, pp. 76 a 79.

254. Vid. estos textos en RIALS: «La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen», citada, pp. 258 y ss.

255. Prieur (1756-1827). Abogado en Châlons-sur-Marne. Diputado del tercer Estado por esa misma ciudad.

Presidente encabezase una delegación que suplicase al Rey que diera su «acceptation pure et simple» a los artículos de la Declaración de derechos, y a los del proyecto de Constitución que le habían sido presentados. Ante la presión popular, incluso la Asamblea había sido invadida por ciudadanos de París, el rey entregará por escrito a Mounier un texto:

«...J'accepte purement et simplement les articles de la Constitution et de la Déclaration des droits de l'homme que l'Assemblée nationale m'a présentés...». El Rey promulgará el texto de la Declaración el 3 de noviembre, aunque el texto que ha llegado a nuestros días es el que aceptó el Rey en 1791 con la Constitución²⁵⁶.

No es, como se ve por esta narración, que sea tan relevante la fecha del 26 de agosto, si no se completa por la del 5 de octubre y la del 3 de noviembre de 1789, aunque ciertamente la discusión parlamentaria se cerró el 26 de agosto, quizás sin que los parlamentarios fueran plenamente conscientes de que habían aprobado un texto que sería paradigma de la racionalidad de los derechos humanos.

V. CONCLUSIÓN

Otro artículo podría empezar donde éste va a concluir, con el estudio de las repercusiones y de las influencias que surgen ya desde la aprobación del texto, a finales de 1789, e incluso en el período de su elaboración, con críticas²⁵⁷, con elogios a veces enforvorizados²⁵⁸, o en otros países como en Alemania²⁵⁹, con los rechazos de Möser o de Jacobi, en Italia, con las contribuciones de Alejandro Manzoni, con Mazzini, o más recientemente con C. Rosselli²⁶⁰, o en Inglaterra con la obra de Burke, o más tarde con

256. Estas modificaciones muy poco importantes fueron cinco:

1) En el artículo 4.º en vez de «...la liberté consiste à faire...», se dirá: «...la liberté consiste à *pouvoir* faire...».

2) En el artículo 6.º frente a versiones en que se habla en plural de «...sans autres distinctions...» se utilizará el singular «sans autre distinction...».

3) El artículo 12 se aprobó con la expresión «...de ceux auxquels» que fue reemplazada por «... ceux à qui...».

4) El artículo 14 verá su comienzo «chaque citoyen» sustituido por «Tous les citoyens».

5) En el artículo 17, el plural «les propriétés», será sustituido por el singular «la propriété» (vid. RIALS: *Ob. cit.*, pp. 266 y ss.).

257. Vid. CONDORCET: «Lettre à M. Le Comte Matthieu de Montmorency» (Lb. 39-2.272 [BN]), y algunos panfletos de la época como «Le coup de grâce des Aristocrates» (Lb. 39-2.493 [BN]).

258. Vid. MOREL DE VINDE: «Déclaration des droits de l'homme mise à la portée de tout le monde» (Lb. 39-2893 [BN]), o los catecismos con preguntas y respuestas como «Catéchisme patriotique à l'usage de tous les citoyens français» (Lb. 39-7.609 [BN]) o el «Dialogue entre un père et un fils, sur la révolution, les droits de l'homme et les principes de la Constitution» (Lb. 39-7.797 [BN]).

259. Vid. ALAIN RENAULT: «Rationalisme et historicisme juridiques. La première réception de la déclaration de 1789 en Allemagne» en «Droits» n.º 8, citado, pp. 143 y ss.

260. La contribución de MANZONI: «La Rivoluzione francese del 1789 e la Rivoluzione italiana de 1859». En la edición de las obras completas «Tutte le opere di Alessandro Manzoni». Barbera, Florencia, 1928. Sobre Mazzini vid.: «Dell'iniziativa rivoluzionaria in Europa» en «Scritti editi e inediti». Milán, 1863. V. pp. 67 y ss. Sobre Roselli vid.: «Socialismo liberale» en Einaudi. Turín, 1973, p. 436. Hay una edición castellana de Diego Abad de Santillán, en Editores Mexicanos Unidos, S. A. México, 1977.

la de Bentham²⁶¹, o con la defensa entusiasta de Paine, o las críticas del Marx de «Sobre la Cuestión Judía». También la repercusión actual del paradigma de 1789, con la crisis del leninismo, del marxismo y del modelo de la revolución rusa, y el desprestigio intelectual de las críticas contrarrevolucionarias, podría ser motivo de un análisis pormenorizado. Finalmente una reflexión racional que partiendo de este modelo histórico pretendiese una conceptualización abstracta que, en ese caso sería legítima porque partiría de los hechos, podría ser también un punto de vista plausible para hablar de la Declaración de 1789. Me ha parecido menos habitual y menos conocida en España la aproximación de la génesis histórica que sería el punto de partida de cualquier otra investigación y por eso lo he preferido, aunque soy consciente de que queda la reflexión cortada en su mitad. En mi descargo sólo puedo alegar que hubiera sido más arbitrario haber empezado por el final, y desde luego, menos justificado que no acabar. En esta especie de conclusión he preferido apuntar algunas vías de reflexión que serían necesarias para hacer un trabajo completo y que dejo para otro momento, o para que puedan servir a cualquiera que pretenda abordarlo. Me voy a referir a los enunciados del paradigma de los derechos humanos, tal como podría aparecer a finales del siglo XX, pero no como una construcción arbitraria, pretendidamente sin raíces históricas, sino teniendo en cuenta precisamente todo el esfuerzo de este trabajo para situar a la Declaración de 1789 en la cultura jurídica y política de su tiempo y para explicar su génesis.

1) *La nueva legitimidad*. Quizás el significado más radical de la Declaración francesa, que es también una diferencia seria con los modelos ingleses sobre todo, pero también con el americano, es que supone la sustitución de la vieja legitimidad histórica y tradicional del antiguo régimen, por una nueva que expresa la fundamentación del naciente Estado liberal. Responde a las preguntas ¿quién manda?, sustituyendo al monarca por la soberanía nacional; ¿cómo se manda?, estableciendo el imperio de la Ley, a la Ley como garantía de la libertad (arts. 5 y 6) y a ¿qué se manda?, señalando unos contenidos materiales que son los derechos que el hombre de aquel tiempo consideraba fundamentales: garantías penales y procesales (arts. 7, 8 y 9), libertad de opinión, incluida la religiosa (art. 10), libertad de expresión (comunicación de los pensamientos) y de imprenta (art. 11), derecho de propiedad (art. 17).

2) *Más que una Declaración*. El texto de 1789, es como hemos visto una Declaración de derechos pero supone además la proclamación de una serie de principios de organización de los poderes, y de funcionamiento del sistema jurídico. Los principios de libertad, de igualdad, de mayorías, de sometimiento de los gobernantes a la ley, de separación de poderes y de

261. Vid. especialmente «Anarchical Fallacies» en la muy criticada edición de Bowring. «Works». Vol. II, pp. 489 y ss., en la reimpresión de Russell and Russell. Nueva York, 1962. En España, vid. los comentarios de PENDÁS, B. en su obra: «J. Bentham: Política y Derecho en los orígenes del Estado Constitucional». Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1988, pp. 308 y ss. Vid. también HART en: «Essays on Bentham». Clarendon Press. Oxford, 1982, su trabajo «Natural Rights: Bentham and John Stuart Mill», pp. 79 y ss.

legalidad tributaria, están en el origen del constitucionalismo moderno y del Estado Parlamentario.

3) *El contenido de los derechos.* Los derechos que se reconocen en la Declaración son representativos de los valores e intereses puestos de manifiesto, en defensa del individuo desde el tránsito a la modernidad, derechos individuales, garantías procesales, participación política y propiedad, con el común denominador de la limitación del poder. En ese sentido hay una línea de continuidad en la evolución de los derechos humanos desde su origen, en el tránsito a la modernidad y hasta 1789, que cerrará el primer ciclo, el de inspiración liberal.

4) *La trascendencia de su tenor racional.* Las condiciones históricas en que aparece la Declaración de 1789, y que hemos intentado explicar en este trabajo, y especialmente el protagonismo de la burguesía, no condicionarán su evolución. Como los personajes de Pirandello se independizan de sus autores. Por eso, sus dimensiones más vinculadas al momento de su aparición, como el derecho de propiedad, irán difuminándose, por su imposible contenido igualitario, como derecho fundamental. Marx no entendió esa capacidad de despegue de los derechos humanos respecto de sus condicionamientos históricos y su valoración correcta situada en el momento histórico del orden europeo generado en el Congreso de Viena, se convirtió en una formulación equivocada cuando pretendió elevarla a categoría abstracta, válida para el futuro.

No se trata evidentemente de un desarrollo necesario y mecánico, sino que el esfuerzo humano y la reflexión de nuevos caminos lo explican razonablemente.

Si ya hemos señalado que es un error una construcción racional que prescindiera de la historia, con el intento de Marx veremos que es igualmente erróneo convertir a la historia, a un momento de ella, en una construcción racional, aunque sea, en este caso, no un modelo sino un antimodelo.

Razón e historia se necesitan y se complementan, y no pueden ignorarse mutuamente. La Declaración de 1789 explica el fenómeno, que no se entiende sin los acontecimientos inmediatos que la produjeron, ni las influencias intelectuales —y ahí la construcción racional aparece como antecedente, y una vez producida, a su vez generará una construcción racional que no será tampoco estática sino que se concretará a lo largo de la historia—. Que a finales del siglo XX sectores ideológicos situados a la izquierda, reclamen como motor de su movimiento político, un texto del siglo XVIII, surgido en otro tiempo, y que Marx criticó, entonces correctamente, como expresión de los intereses burgueses, será a la vez una ironía de la historia y una astucia de la razón, para todos los simplificadores, sean historicistas o racionalistas.

5) *La síntesis de racionalismo y voluntarismo.* La Declaración refleja la tensión iusnaturalismo-positivismo al mezclar la idea de derechos innatos, con la de soberanía nacional como motor de la Ley y a ésta como formulación positiva de esos derechos, como límite eficaz al poder. Quizás un reflejo de esa doble dirección material, racionalista y formal voluntarista de la cultura moderna sea el artículo 16 que integra lo que hoy llamaríamos la Constitución formal, la separación de poderes, con la Constitución

material —la garantía de los derechos—. Hemos dicho que la Declaración está en el origen del moderno constitucionalismo. Tras la crisis del iusnaturalismo, que empezará a aparecer precisamente después de 1789, y la del voluntarismo estatalista, la síntesis que se apunta en la Declaración, aparece como la salida más plausible al dilema. La identificación de un sistema constitucional y la garantía de la Constitución, a través de la institución de los Tribunales constitucionales con jurisdicción concentrada, que en Europa fundamentó Kelsen, no se produce sólo por los elementos formales —poderes y procedimientos de producción de normas— sino por los materiales —valores, principios y derechos fundamentales—. La idea de que la norma básica para identificar a un Ordenamiento jurídico, es formal y material, es la misma que está en el artículo 16 de la Declaración.

6) *La relación entre la libertad y la Ley.* En la Declaración aparece claro que la libertad relevante para la vida social es siempre una libertad jurídica, sin perjuicio de la idea de libertad psicológica y de libertad moral. Se sitúa así el texto de 1789, en la corriente que otorga protagonismo al Derecho positivo de una sociedad democrática para el ejercicio de la libertad jurídica que en ese sentido es contradictoria con la idea de los derechos innatos, una de las antinomias más visibles de la cultura política moderna.

Las consecuencias de esta relación entre libertad o derechos humanos y ley son plurales y muy importantes.

a) Frente a las doctrinas racionalistas puras, las de los derechos innatos, naturales o morales, supone que lo que éstos colocan como previos, al inicio del proceso, la libertad jurídica, es un resultado de la efectividad de una forma de poder político —el liberal democrático, cuyos principios, plasmados por su Derecho, pretenden la libertad social del hombre—. Como principios políticos y morales son un «prior», pero como derechos son un «posterior».

b) Se invierte la forma tradicional de entender la realidad política y se pasa del poder soberano, al ciudadano como clave de la misma, aunque es el poder soberano quien garantiza con su Derecho esa prioridad del individuo. Es la forma jurídica que tiene en su raíz una concepción individualista.

c) Al ser la ley la garantía de la libertad, una comprensión integral del problema, deja abierto el cauce, que no se concebía en 1789, del Estado social, puesto que la acción positiva de los poderes públicos satisfaciendo necesidades de los individuos, a través del Derecho, no es sino una nueva dimensión de la relación entre la Ley y la libertad: la que utiliza la ley para una función promocional que sitúa al individuo con más ventajas, que no obtendría por sí mismo y sin las cuales no puede ser plenamente libre. No parece fácil si se asume esta relación considerar como contradictorios o como opuestos al Estado liberal y al social, sino que el segundo aparece con la evolución y con la reforma del primero. La Ley emancipa al individuo de la esfera religiosa, del control religioso, y del control político con el Estado liberal, y pretende emanciparle de los condicionamien-

tos económicos y culturales con el Estado social. Son grados y momentos de la relación entre la libertad y la Ley, y no se puede decir que existe paternalismo en esta última dimensión, sin extender esa afirmación a las demás, porque en definitiva en todos los casos, la Ley y el Derecho no hacen sino tutelar la libertad del individuo.

7) *Las contradicciones de la Declaración.* No pueden extrañar si se conoce el complejo proceso de producción y la multiplicidad de influencias que hemos señalado. Lo que hay de Rousseau, sea poco o mucho, no es compatible racionalmente. Probablemente en 1789 esta antinomia se saldó en beneficio de los fisiócratas, pero hoy probablemente sea más viva, más amplia y más profunda la influencia de Rousseau. Esa dialéctica razón-historia ha invertido en los siglos la lectura de un mismo texto. Una misma argumentación se podría apuntar entre otras contradicciones, como la de los derechos innatos y la relación Ley, procedente de la voluntad general, y la libertad que sería así más una libertad jurídica que natural.

No se puede negar que la reflexión profunda ante estos siete puntos que acabamos de señalar nos sitúa en el debate central de nuestro tiempo. Además muchos problemas se plantean hoy de forma distinta, y se tienen más en cuenta derechos de personas situadas, frente al ciudadano abstracto como destinatario de los mismos, o el proceso de concreción y de especificación de muchos de ellos, o por fin, que los derechos se entienden y se aplican como garantía de la disidencia además de como objeto central del consenso.

Pero quizás si tuviésemos, al terminar, que señalar un rasgo característico de la Declaración de 1789, sería sin duda su carácter universal, su vocación de trascender a los problemas de la Francia que intenta salir del antiguo régimen y de ofrecerse como modelo para toda la humanidad.

Tocqueville lo dirá muy certeramente: «...La Révolution française n'a pas eu de territoire propre; bien plus son effet a été d'effacer en quelque sorte de la carte toutes les anciennes frontières. Ou l'a vue rapprocher on diviser les hommes en dépit des lois, des traditions, des caractères, de la langue, rendant parfois ennemis des compatriotes, et frères des étrangers; ou plutot elle a formé, au dessus de toutes les nationalités particulières, une patrie intellectuelle commune dont les hommes de toutes les nations ont pu devenir citoyens...»²⁶².

Tiene esa vocación de universalidad, un talante casi religioso, aunque el mensaje a pesar de la referencia al ser supremo y a los derechos naturales presente un tenor laico, donde lo sagrado es el hombre. Sólo en revoluciones religiosas o en la fundación de nuevas Iglesias, la doctrina pretende ser general, con un destinatario universal y en la cultura política nunca hasta 1789 aparece el fenómeno. Posteriormente el marxismo, con su idea religiosa de la sociedad comunista, con la desaparición del Derecho y del Estado, y con su ideal social de una convivencia donde corran a chorros llenos los manantiales de la riqueza colectiva y se ofrezca a cada uno según

262. Vid. «L'Ancien Régimen et la révolution», citada, pp. 105 y 106.

sus necesidades, presenta un punto de vista similar. Pero ésa es una fe militante que ya no está vigente, mientras que la Declaración de 1789 sí que lo está. Si se evita tomarla al pie de la letra, si se tiene en cuenta la dialéctica razón e historia, y se acepta que el mundo de los derechos humanos no acaba en 1789, como por otra parte la realidad se ha encargado de demostrar, su valor es vivo y dinámico para avanzar en la defensa de la dignidad del hombre, para que pueda realizar su libertad o su independencia moral, y como modelo de justicia material del ordenamiento jurídico.