

## DERECHOS Y DEBERES EN LAS CONSTITUCIONES ACTUALES DE OCCIDENTE (\*)

POR

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

### I

El conocimiento de la historia no sólo debe comprender los actos humanos y sus construcciones políticas realizadas en el decurso de los siglos, sino el lenguaje en que nos han llegado traducidos. Esto nos permitirá entender adecuadamente aquella parte de la realidad o bien el concepto que cada palabra ha querido y quiere significar.

En las constituciones actuales, los derechos y los deberes directamente expresados, o bien implícitos en la formulación del deber o del derecho contrapuesto tienen un origen, una denominación y un contenido. No han surgido por generación espontánea, súbitamente de la nada. No son fruto de plantas sin raíces hundidas en el pasado, ni sin la clorofila que les permite captar la luz indispensable para que fructifiquen conceptos expresivos, formulados en palabras que transparenten las síntesis de experiencias históricas recibidas por nuestra inteligencia y enjuiciadas por nuestra razón.

¿Cuándo y cómo después de la lenta restauración social —que siguió al hundimiento del mundo antiguo— comenzaron las formulaciones, más o menos solemnes, de los que denomina-

---

(\*) Comunicación al XIII Coloquio Internacional, *Justiça direitos e deveres à luz da metafísica cristã*, celebrado en São Paulo (Brasil), del 14 al 20 de julio de 1983, organizado por el COMPEIL, la ACIF, el CECAFISP.

mos derechos y deberes humanos, que hoy aparecen escritos en nuestras constituciones, siguiendo la pauta de las llamadas declaraciones universales de los derechos del hombre o del ciudadano?

¿Qué expresiones se han utilizado para su formulación, antes de que se impusiera, a ese fin, la palabra derecho? ¿Resulta ésta más o menos adecuada que aquellas otras, empleadas antes, para expresarla? ¿Qué consecuencias conlleva su aceptación para la correcta apreciación del contenido real que quiere expresar; para su conceptualización, su certeza, e, incluso, previamente, para su adecuada captación, y, después, para su acertado tratamiento?

La crítica histórica, como ya dijo GIAMBATTISTA VICO, para aproximarnos al *vero* precisa de la metafísica, basada en el sentido común del género humano, de la Revelación y de la crítica de los filósofos, y para precisar lo *certo* requiere la crítica filológica que analice el significado de las palabras con las que se expresa el arbitrio humano y, a veces, impone su autoridad.

## II

La natural sociabilidad del hombre, como animal social y político, que crea las sociedades humanas, no funde y unifica sus componentes en un todo unívoco, como ocurre con los seres biológicos vivos. Sólo debe aunarlos en cuanto se refiere al fin común que las fundamenta. Esto, sin duda, origina una tensión, históricamente comprobada, entre el poder político y la libertad de los ciudadanos. Tensión que, a veces, se traduce en el predominio de la fuerza centrípeta, que ahoga las libertades y, en otras ocasiones, muestra un desencadenamiento centrífugo de éstas, disolvente de toda autoridad política. La *armonía* —expresión que estimamos más adecuada que la de *equilibrio*— es fruto de la verdadera participación, presidida por el respeto al *principio de subsidiariedad* y movida por *solidaridad*.

En Roma, la libertad en el campo jurídico se concretó en

el *status personarum* u *hominum*, jerárquicamente escalonado en el *status libertatis*, el *status familiae* y el *status civitatis*.

El primer *status* se basaba en el concepto de libertad «*Liber-tas* —dice FLORENTINO, Dig. 1, 5, 4, pr.— *est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid vi, aut iure prohibetur*». A esa *facultad natural* se contraponen la esclavitud que, en el mismo texto (§ 1), se explica cómo «una constitución del derecho de gentes, por la que alguno está sujeto contra la naturaleza —*contra naturam*— al dominio ajeno». Calificación ésta que sigue la máxima de ALCIDAMA: «la divinidad ha hecho libres a todos, no ha hecho esclavo a ninguno».

El cristianismo afirmó frente a los emperadores —frente al Estado romano— su derecho —empleamos la palabra en su sentido actual— a la fe, hasta el martirio.

Ya en el Medievo, ese cristianismo —que tanto influjo tuvo en el derecho de los países que integraron la civilización que conocemos por Cristiandad— actuó de un modo decisivo para el reconocimiento de la dignidad humana y consiguiente respeto de las esferas de libertad correspondientes.

Al respeto de estas libertades se llegó por vía metafísica, tanto teológica como filosófica, y se hizo derecho en elaboraciones concretas. A veces se reconoció en las cartas pueblas o fueros municipales y, en otras, a través de convenciones entre los monarcas y las cortes de su reino.

El fundamento teológico de los que hoy calificamos de derechos humanos fue ya expuesto, a fines del siglo VIII, en pleno «siglo de hierro», por el diácono de York, ALCUINO, quien no empleó la palabra *ius* para expresar los poderes humanos, sino que los denominaba *potestatem, dominatio, dominari*. Los basó en la espiritual sustancia del alma del hombre, creado a imagen y semejanza de Dios, que, al crearlo, le atribuyó el dominio de la naturaleza inanimada con sus deberes consecuentes. Deberes demostrativos de que este dominio no es absoluto ni incondicionado, sino delimitado. Y no sólo por lo que, seis siglos después, los teólogos nominalistas considerarían derecho positivo divino, sino por un orden natural preservado por la ley

eterna —«*ratio divina vel voluntas Dei ordine naturali conservari invens, perturbari vetans*»— para cuyo conocimiento, la razón vital —*vitalis ratio*— divina ilumina a las criaturas racionales, en quienes «*rationem debere dominari a irrationabili*».

La perspectiva filosófica fue claramente expuesta en el siglo XIII por SANTO TAMÁS DE AQUINO, a partir de los que él calificó de primeros preceptos de la ley natural, correspondiente a nuestras inclinaciones naturales, en las que nuestra razón capta estimándolos buenos (*S. Th.*, I-II<sup>ae</sup> q. 94, a. 1, ad. 2) —*prima principia operum humanorum*—, paralelos al orden de las inclinaciones naturales, que clasifica así:

— «Una inclinación, común a todos los seres que apetecen su conservación conforme a su propia naturaleza, de la que derivan todos los preceptos que contribuyen a conservar la vida del hombre y evitar sus abstráculos».

— Una inclinación hacia bienes más particulares que tiene en común con todos los animales, como la comunicación sexual, la educación de la prole, en virtud de lo cual se dijo que ULPIANO (*Dig.*, I-II, § 3) que pertenece a la ley natural «*quod natura omnia animalia docuit*».

— Y una inclinación, correspondiente a la naturaleza racional del hombre, específicamente suya, a conocer las verdades divinas y a vivir en sociedad, en virtud de la cual: «pertenece a la ley natural todo lo que se refiere a esta inclinación v. gr., desterrar la ignorancia, evitar las ofensas a aquellos entre los cuales uno tiene que vivir, y otros semejantes, concernientes a dicha inclinación».

El profesor ELÍAS DE TEJADA matizó la afirmación corriente de que la filosofía tomista es una filosofía de las esencias; pues, en ella, se estiman las existencias en tanto grado que, a su juicio, también contiene una filosofía de las existencias; aunque, medida, centrada, acompasada al ser, sin ese aislamiento trágico del existir que es la regla de los existencialismos modernos.

## III

Esta filosofía, que contiene una ontología en la que concurren las esencias con las existencias históricas, que comprende sustancia y accidentes, ilumina la elaboración jurídico-política medieval, basada en una antropología teocéntrica que contempla el hombre como ser concreto, libre y responsable, que se religa en sociedades desarrolladas en círculos concéntricos, jerárquicamente articuladas en un orden político.

Los poderes fácticos, que conllevaba esa jerarquía en una época guerrera, tenían como uno de sus límites el respeto a la libertad.

Ahí radicaba el empeño por defender las libertades frente a la tendencia de los monarcas de apoyar su voluntarismo en los principios «*quod Principi placuit, legis habet vigorem*». «*Princeps legibus solutus*». Frente a ellos, los pueblos pretendían garantizar su libertad, asegurándose libertades concretas, franquicias y exenciones, que los depositarios del poder debían respetar y no podían franquear. E, incluso, limitaciones orgánicas de la facultad legislativa de los monarcas que, en el sistema pactista catalano-aragonés y valenciano, debía compartirla con las cortes representativas del principado o del reino, es decir, de la sociedad ante el poder político.

Mientras, hoy se invocan, con la terminología actual, los derechos humanos, proclamados en solemnes declaraciones o en la constitución del propio Estado, en el Medievo eran invocadas las libertades, franquicias y exenciones concretas consignadas en cartas o fueros.

En toda la extensión del mapa de la España cristiana medieval, vemos difundirse desde el comienzo del segundo milenio cartas de población o de franquicias, denominadas *fueros* en León, Castilla, Navarra, Aragón y Valencia. En ellos se garantizaban libertades, exenciones o franquicias; ya fueran libertades ante el poder real o frente al de la nobleza o garantías respecto de los funcionarios de la administración real.

Pero, además, en algunos reinos y principados se articularon a nivel general garantías para salvaguardar de modo concreto las libertades solemnemente proclamadas.

Parece que el más antiguo de los documentos de esta especie lo constituye el núcleo de los *Usatges* de Barcelona, calificado como el primer Código feudal europeo, aunque la crítica histórica ha retrasado su fecha probable al reinado de RAMÓN BERENGUER III, el GRANDE, ya en el siglo XII. En ella se proclamaron las libertades de tránsito, por tierra y mar, que el príncipe debía garantizar a sus súbditos, peregrinos y mercaderes; la asunción por el príncipe de la justicia criminal, excluyendo a los magnates de la facultad de castigar; y concretando su poder de convocar —llamando a *sometent*—, sólo para guerra defensiva, o todos sus súbditos que, en ese caso, tenían el deber de acudir a esa llamada.

Siglo y medio después, en las cortes de Barcelona de 1283, PEDRO EL GRANDE pactó con ellas, como representantes de toda Cataluña, que el rey no pudiera legislar, ni siquiera interpretar las leyes, sino con el acuerdo de los tres brazos de las Cortes.

En 1188, en las que parece fueron las primeras Cortes de Castilla y León, ALFONSO IX se obligó a no castigar a nadie sin haberle llamado para que se defendiera y sin confrontar acusador y acusado; garantizó que sólo los jueces y los alcaides harían justicia en las ciudades y, especialmente, en varios preceptos trató de sustituir la venganza privada y el castigo del señor de la tierra por la justicia del rey, o de sus jueces o alcaides.

La *Carta magna* inglesa, fruto de un compromiso entre los barones y JUAN SIN TIERRA, adoptó forma definitiva el 11 de diciembre de 1225, proclamada por ENRIQUE III, concediendo «a todos los hombres libres de nuestro Reino, por Nos y nuestros herederos a perpetuidad», todas las libertades que a continuación se especifican. Entre ellas, la de no poder ser detenido ni preso, ni desposeído de los bienes, ni desterrado, ni perjudicado en cualquier otra forma, ni sufrir que se procediera contra él, sino en virtud de un juicio legal, por sus pares o por la ley del país.

También el *habeas corpus* británico tuvo raíces medievales, aunque su última gran regulación comenzó en el siglo XVII, retocada en varias ocasiones en su función de garantía para proteger la libertad contra detenciones arbitrarias.

Los documentos de esta clase abundaron durante los siglos XII a XIV en la Europa occidental. En Aragón, los privilegios de 1283-1287. En Suiza, el pacto de 1291. En Bélgica, la Carta de libertad de Fexhe de 1316 y la de Bravante de 1356, en Austria, la Carta magna de Tirol de 1342.

Estas formulaciones reivindicaban unas libertades consideradas esenciales, que fácticamente, a menudo, eran violadas y, en especial, la seguridad personal frente a los atropellos arbitrarios.

Les caracterizaba su formulación para grupos de hombres concretos, en un contexto histórico y geopolítico determinado, y, especialmente, por fundarse en la ley natural, interpretada y aplicada por el derecho natural.

#### IV

Estos estatutos jurídicos, tanto en su formulación como en su terminología, estaban muy alejados de las modernas declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano.

Entramos en una cuestión filológica importante, como todas las instrumentales, cuando se trata de su adecuación o inadecuación para la finalidad perseguida.

SANTO TOMÁS DE AQUINO no domina *ius*, derecho, a la proyección subjetiva abstracta de los primeros preceptos de la ley natural. Y, siglos más tarde, ya en plena edad moderna, FRANCISCO DE VITORIA y FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, a quienes se ha considerado precursores de GROCIO y ALTHUSIUS respectivamente, en materia de derechos humanos, apenas emplearon la palabra *ius* al tratarla.

La expresión *iura naturalia*, que emplea VÁZQUEZ DE MENCHACA en el prefacio del libro I, no se refiere a los derechos humanos naturales o derechos subjetivos naturales, pues no pa-

rece diferir de la *naturalia quidem iura* de la *Instituta* de JUSTINIANO, 1, 2, § 11, donde expresa un estatuto natural objetivo, mejor traducible por leyes naturales.

El *quid* de esa no utilización de la palabra latina *ius*, debe buscarse en el significado estricto de ésta.

En este punto, según SANTO TOMÁS DE AQUINO, derecho es genuinamente la *ipsam rem iustam* (*S. Th.*, II<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup>, q. 57, a. 1, ad. 1), el *obiectum iustitiae* (*ibid.* a. 1, resp.) y, por derivación, el *artem qua cognoscitur quid sit iustum* (*ibid.*, a. 2, resp.). Es decir, la *misma cosa justa* o el *arte con que se discierne lo que es justo*. La ley, pues, no es el derecho, sino cierta regla o razón para determinar lo justo «*quaedam ratio praexistit in mente quasi quaedam prudentiae regula*». Por ello, concluía: «*lex non est ipsum ius propriae loquendo, sed alicualis ratio iuris*» (*S. Th.*, II<sup>a</sup>-II<sup>ae</sup>, q. 57, a. 1, resp. ad 1 y ad 2).

Tampoco FRANCISCO DE VITORIA, al definir el derecho, recogía la acepción correspondiente a lo que hoy denominamos derecho subjetivo, sino las tres siguientes: *quod iustum est, pro peritiae artis* y *pro lege ipsa*. Esta última acepción la añade, según él mismo reconoce, contra la opinión de Santo Tomás, de quien dice: «*negat quod ius sit lex sed potius est regula et alicualis ratio iuris*».

A estas tres acepciones, FRANCISCO SUÁREZ (*De legibus*, 1, 2) añade una cuarta, como «*facultas quaedam moralis, quam unusquisque habet, vel circa rem suam, vel ad rem sibi debitam*»; es decir, la del derecho en sentido subjetivo. No obstante, en esa definición, SUÁREZ refiere el concepto de derecho en concreto a una situación justa (*circa rem suam* o *ad rem sibi debitam*); no genérica, abstracta y derivada de modo directo de un principio meta-jurídico. Esta aplicación, como vamos a ver, llega después.

## V

La panorámica hasta aquí observada nos muestra, en la concepción clásica:

- a) Que para poner en aplicación los primeros principios



de la ley natural, correspondientes a las primeras aspiraciones humanas, se debían valorar atendiendo al juicio práctico de bondad o utilidad social en el que nuestra razón debe atender no sólo al principio en sí mismo, en absoluto, abstractamente, sino en relación a las consecuencias que de su aplicación puedan dimanarse. En tal aplicación de los primeros principios, las aspiraciones de unos hombres pueden hallarse en contradicción con las de otros, e, incluso, unas y otras en una misma persona. La misión del derecho consiste en armonizarlas, en hallar el justo término para determinar la parte de cada uno. Esa determinación, en aras al bien común, se engranaba en una visión general, universal, sin perder de vista ninguna de las aspiraciones, ni las consecuencias concretas de su aplicación.

b) Esto implicaba, en primer lugar, que esa adecuación se efectuase con relación a un orden, el orden de la creación, el orden natural sin duda dinámico, concretado a las circunstancias personales y sociales de tiempo y lugar, enfocado y juzgado —del modo que antes hemos observado— a través de la experiencia histórica y actual. No se operaba, pues, idealmente, en abstracto, en una campana neumática.

c) De ahí, en segundo lugar, la concepción del derecho como método para hallar la *res iusta* en cada caso, y que el concepto de derecho se concretará en *quod iustum est*.

La combinación del nominalismo y el idealismo, el voluntarismo jurídico y la ficción del contrato social, con una operatividad adecuada al método de las ciencias físicas, trastocaron completamente esta perspectiva.

Se estimó que el orden de la naturaleza, en caso de existir, no nos sería asequible; pero que nuestras mentes, incapaces de captarlo, sí lo eran, en cambio, de construirlo racionalmente e imponerlo de un modo operativo, fabricando nuestro mundo. En el cual, el derecho natural sería desahuciado por el derecho positivo, impuesto por la voluntad humana o pactado por el concierto de las diversas voluntades. HOBBS, situado el siglo XVII en un mundo nominalista, al nivel «realismo» político de MAQUIAVELO, tomó al individuo aislado como punto de partida para operar

esa construcción. Es decir, lo abstraigo de sus relaciones con Dios, con el universo que nos rodea y de los semejantes... como si fuese un ser asocial, fuera de toda comunidad. Una vez aislado, lo trasladó a sus orígenes, en un imaginario *estado de naturaleza*, despojado de su sociabilidad y de toda finalidad trascendente e, incluso, de su razón; para luego asociarlo, partiendo de una sola de sus pasiones, la que estimó más poderosa, el temor a la muerte, el instinto básico de conservación. Con ese punto de partida ató y vinculó con el mítico contrato social a esos individuos abstractos.

De «la libertad de cada uno de usar como quiera de su poder propio para preservar la propia naturaleza», surge el pacto social y efectuada esa convención: «entonces es injusto incumplirla, ya que la definición de la injusticia, no es sino *la no ejecución de las convenciones*».

Pero, en virtud de ese pacto: «yo autorizo a este hombre o a esta asamblea, y le entrego mi derecho de gobernarme a mí mismo bajo la condición de que tú autorices sus acciones de la misma manera»: surge *Leviathan*, investido de un poder hasta tal punto absoluto que, haga lo que haga, el soberano «no puede cometer injusticia respecto de sus súbditos»; pues, una vez «convenida la institución de una República», resulta que cada particular «es autor de lo que haga el soberano», aunque los detentadores del poder soberano puedan «cometer iniquidades».

En esta construcción, la palabra *derecho* se dialectiza y contrapone concretada en los núcleos extremos: el *derecho objetivo*, emanado de la ley dictada por *Leviathan*, y los *derechos subjetivos* de los súbditos, emanados del pacto del que derivan, pero que aquél ordena en un positivismo legalista, que convierte la aplicación del derecho en una técnica.

El derecho deja de ser la ciencia de la justicia, en el sentido de la búsqueda de lo justo objetivo en las relaciones sociales. La justicia general o social y la justicia distributiva, para determinar lo que cada uno debe hacer y lo que a cada uno es debido, se transforman en una técnica para la definición y clasificación de derechos subjetivos y de su adquisición y sanción.

La búsqueda del *verum* expresivo de lo justo en el arte del derecho, se transforma en la determinación técnica del *certum* legal, deductivamente, mediante el denominado silogismo jurídico, que, en el iusnaturalismo de la *Ilustración*, parte de algún axioma o, en el positivismo, arranca de un artículo del Código civil o de la Constitución.

## VI

En Rousseau, *l'aliénation totale* —en virtud de la cual «cada uno, uniéndose a todos», opera la «enajenación total de cada asociado, con todos sus derechos a toda la comunidad», expresada por la *volonté générale*— resulta contrapesada por el concepto que tiene de ésta. En su opinión, en su estado «constante, inalterable y puro» es «siempre recta y tiende siempre a la utilidad pública». Por ello, puede resultar que «la voluntad general» no sea ya la voluntad de todos «cuando el lazo social se ha roto en todos los corazones», lo cual —a su juicio— ocurre, cuando las instituciones o la voluntad dominante olvidan que todos los hombres han nacido libres e iguales.

En suma, aquellos primeros principios dimanantes de la ley eterna, inscrita por Dios en su obra creadora, de la que participa la humana criatura por la ley natural —captada racionalmente de sus primeras inclinaciones y desarrollada contemplándolas en sí mismas y en relación con sus consecuencias resultantes—, son sustituidos por unos axiomas, intuitivos por una emoción vaga, que se formulan como derechos innatos del hombre y para cuya aplicación se desciende silogísticamente.

El Creador, el orden natural, la constitución social, las condiciones personales y las circunstancias de tiempo y lugar, se hallan ausentes; y se sustituyen por la denominada «conciencia universal» y la consideración de la naturaleza del hombre en abstracto cuando no, a veces, reducida a una sola de sus cualidades, que es hipertrofiada y vista unilateralmente con olvido de las demás.

El derecho deja de enfocarse como determinación de *quod iustum est*, de lo que es justo en cada caso concreto; y se abstractiza, generaliza y positiviza, confundiéndolo con la ley, o se subjetiviza en los denominados derechos humanos. Se da así la vuelta a la genuina acepción de la palabra derecho.

Nos hallamos ante dos concepciones completamente diferentes:

— Una, teocéntrica, realista en cuanto basada en la naturaleza, en el orden de las cosas, que constantemente debe buscarse, y que, sin perder de vista su universalidad, ha de ser individualizada hasta el límite de la equidad; conforme el derecho es lo justo en cada caso concreto.

— Otra, antropocéntrica, idealista, abstracta, positivizada en normas axiomáticas, aplicadas deductiva y monolinealmente sin una visión concreta dentro de la perspectiva universal, sino proyectada con abstracción de toda circunstancia de persona, tiempo y lugar; que, por ello, no permite sopesar la adecuación de la aplicación efectuada, ya que el derecho subjetivo es una pretensión que directísimamente se ampara en una norma legal o, tratándose de los denominados derechos humanos, en la Constitución o en una solemne declaración calificada de universal, sin tener en cuenta el entorno. Resulta como un bólido que avanza monolinealmente, lanzado en una autopista, sin mirar lo que deja a sus orillas, sino tan sólo hacia adelante y entre sus pretilos.

## VII

En las constituciones modernas, los denominados derechos humanos tienden a teñirse del color de la ideología que los alumbró o los impone, y en algunas se positivizan.

La ideología del liberalismo de *las luces* o la *ilustración*, se nota ya en Gran Bretaña en el *Bill of Rights* de 13 de febrero de 1689, claramente protector de los protestantes, entremezclándose con la línea medieval de la *Carta magna* y la inicial del

*Habeas Corpus*, que tuvo el 28 de mayo de 1679 la modificación más importante.

Mayormente repercutió en la Constitución de Estados Unidos de América del 17 de mayo de 1787, donde se funde con los privilegios del acta del *habeas corpus* (art. 1, sec. 9, núm. 2); y en las enmiendas constitucionales de 25 de septiembre de 1789, que —siguiendo la línea iniciada por la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano, emitida por el Estado de Virginia el 12 de junio de 1776 y la de Pensilvania de 11 de noviembre de 1776— inician la era del moderno Estado de derecho liberal-burgués. Dichas enmiendas declaran las libertades de religión, palabra, prensa, reunión, petición de reparación de agravios (art. 1), de llevar armas (art. 2), no alojar tropas en tiempo de paz (art. 3), dar seguridades a personas, hogares, papeles y efectos contra registros y detenciones arbitrarias (artículo 4), garantías en caso de acusación de delito (arts. 5 y sigs.). En 1865 fue prohibida la esclavitud y los trabajos forzados, salvo como pena impuesta por un crimen.

Tanto más se ideologiza la corriente surgida del liberalismo y de la Ilustración en la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, promulgada, en 1789, por «los representantes del pueblo francés, constituidos en asamblea nacional», para exponer «en una declaración solemne, los derechos naturales inalienables y sagrados del hombre». Aunque, en su artículo 1.º, partiendo de la concepción rousseauiana, declaraba que «los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derecho», sin duda sigue la línea del liberalismo en su enumeración de los «derechos naturales e imprescriptibles del hombre» que, dice: «son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión» (art. 2.º) y, en su artículo 5.º, remachó: «La ley no tiene el derecho de prohibir sino las acciones perjudiciales a la sociedad; todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena». Significaron, pues, una exención de presiones externas, un poder hacer con la posibilidad de elección entre varias opciones.

La vigente Constitución de la República de Francia, de 4

de octubre de 1958 conserva incorporada, como anejo primero, esa *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*.

De ese tipo liberal burgués fue también la Constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919.

Y esa línea individualista de los derechos humanos, protectora de la acción de los individuos frente al poder público, se mantiene en las constituciones más modernas, aunque aparezca entremezclada con la línea social que después examinaremos.

CARL SCHMITT, en una ojeada de conjunto a los derechos y garantías liberal-individualistas, contenidos en las constituciones vigentes a finales del primer tercio de este siglo, referentes a la esfera de la libre competencia y libre discusión, distinguía:

—Los *derechos de libertad del individuo aislado*, entre los que catalogaba, la libertad de conciencia, libertad personal, propiedad privada, inviolabilidad del domicilio, secreto de la correspondencia.

— Y los *derechos de libertad del individuo en relación con otros*, en los que incluía los de libre manifestación, discurso, prensa, cultos, reunión, asociación.

Esos derechos se mantienen en términos generales en la Constitución italiana de 22 de diciembre de 1947, en la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 23 de mayo de 1949, en la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976, en la española de 27 de diciembre de 1978. En algunas constituciones vemos adicionados, al primer grupo de derechos, la libertad de ideología, la objeción de conciencia a la prestación del servicio militar, la libertad de investigación, el secreto de conversaciones telefónicas, e incluso la no utilización de la informática para datos de convicciones políticas, fe religiosa y vida privada (C. port., art. 35), y al segundo grupo, la libertad de enseñanza.

Pero también las constituciones de los países socialistas proclaman esos derechos y libertades individuales fundamentales. Así, la de la URSS de 7 de octubre de 1977 declara las de palabra, prensa, reunión, mitin, desfiles y manifestaciones.

## VIII

En una segunda fase, los derechos humanos, hasta entonces centrados en exenciones para la salvaguardia de la libertad frente al Estado, tratan de injertarse en la misma estructura de éste; es decir, *dentro* de él, germinando como un derecho a la representación política en una estructura democrática.

Este segundo momento caracterizó las constituciones de su tiempo, por su impregnación de la ideología del Estado burgués de derecho que, según CARL SCHMITT, se manifiesta en dos principios capitales, que concluyen por ser convergentes: el *distributivo* de las demarcaciones de las esferas del Estado y del individuo, en favor del segundo; y el *organizador*, basado en la división de poderes y que conduce al mismo fin. Por eso, escribía hace medio siglo el profesor NICOLÁS PÉREZ SERRANO, que reseñar la evolución de las declaraciones de derechos es historiar en buena parte el régimen constitucional.

Sin embargo, no faltan precedentes, incluso medievales. Uno de los más salientes es, sin duda, la citada constitución de PEDRO EL GRANDE con las Cortes catalanas reunidas en Barcelona en 1283.

En Gran Bretaña, el *Bill of Rights* de 13 de febrero de 1689 ya había declarado ilegal, en su artículo I, el pretendido poder de suspender las leyes o su aplicación en virtud de la autoridad real, y, en la VIII, ordenó que las elecciones de los miembros del Parlamento debían ser libres.

Esos esbozos se desarrollan y amplían en todas las Constituciones modernas, constituyendo los de CARL SCHMITT califica de derechos de los individuos *como ciudadanos*, de carácter esencialmente político, *democráticos*, entre los que enumera los de igualdad ante la ley, petición, sufragio igual, acceso a los cargos públicos.

Estos derechos se conservan, acentuando el contexto de la igualdad, que en lo civil lleva al máximo la de sexo y la de filiación; y avanza, en lo laboral, con el derecho a la huelga,

el de sindicación, aunque en lo político se tienda a situar entre el Estado y los individuos, a los partidos políticos como intermediarios.

La participación política ofrece, no obstante, las consiguientes variantes según su estructura unitaria, regional, federal, su unicamerismo o bicamerismo, su carácter parlamentario o presidencialista, monárquico o republicano, la función de los partidos políticos, etc.

## IX

En un tercer momento, el otro atributo que Rousseau había aplicado a los hombres desde su nacimiento, el de ser iguales, se trató de trasladarlo de lo político y lo formal a lo material —económico, cultural y social—, y ha hecho germinar, en otra fase de fermentación de los derechos humanos, la línea socialista. Sin perjuicio de ellos, prosigue la línea liberal en los países occidentales, con una tendencia libertaria, en el orden moral, al proponerse el derecho a la vida sexual libre, al aborto, a la homosexualidad, etc.

Esta línea socialista, en el pensamiento postmarxista, denuncia las declaraciones inspiradas en el liberalismo como fruto de una *ideología* encubridora de los intereses materiales de la burguesía. Ya MARX, en su *Question juive*, había criticado impacablemente el texto de la *Asamblea constituyente de 1789*. Pero, a la par, el socialismo apoya los calificados de derechos sustanciales o sociales del hombre en su ideología, que parte de otro concepto de la libertad, entendida como liberación de la alienación del hombre, resultante de las relaciones económicas de producción.

En su máximo grado hallamos esos derechos humanos materiales, sustanciales o sociales en las constituciones de los países del otro lado de los telones de hierro o de bambú, que inició la Constitución soviética de 1918.

En las constituciones de los países occidentales, inicialmen-



te apenas había penetrado frente al Estado el derecho a la enseñanza. Instrucción primaria en el artículo 27 bis de la Constitución Federal de la Confederación Suiza, añadido por votación popular el 23 de noviembre de 1902.

Mas el Preámbulo de la Constitución de 27 de octubre de 1946 —que la Constitución francesa de 1958, recoge como anejo II— declaró en la materia que aquí nos ocupa:

«La nación asegura al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desenvolvimiento.

»Garantiza a todos, especialmente al niño, a la madre y a los trabajadores ancianos, la protección de la salud, la seguridad material, el reposo y el esparcimiento. Todo ser humano que en razón de su edad, de su estado físico o mental, o de la situación económica se encuentre en la incapacidad de trabajar, tiene derecho a obtener de la colectividad los medios apropiados de existencia».

«La nación garantiza el igual acceso del niño y del adulto a la instrucción, a la formación profesional y a la cultura. Es un deber del Estado la organización de la enseñanza pública, gratuita y laica en todos los grados».

La Constitución italiana de 1947, ya recoge como derechos fundamentales del individuo esos derechos sociales.

La de Portugal de 1972 es más avanzada en esta materia. Señala como objetivo de su república, la transición al socialismo (art. 2.º); y declara: «La apropiación colectiva de los principales medios de producción, la planificación del desarrollo económico y la democratización de las instituciones, constituyen garantías y condiciones para la efectividad de los derechos y deberes económicos sociales y culturales» (art. 50). Consecuentemente, su título III, capítulo II, regula los derechos y deberes económicos, la maternidad, la infancia, la juventud, los deficientes, la ancianidad; en el capítulo IV, los derechos y deberes culturales: a la educación y la cultura, la enseñanza, acceso a la Universidad, cultura física y deporte. Ello conlleva la misión del Estado en la organización económica que trata la parte II de la Constitución: las estructuras de propiedad y medios de

producción, el plan (arts. 91 a 95), la reforma agraria, el sistema financiero y fiscal y los circuitos comerciales.

También la Constitución española de 1978 proclama la mayor parte de estos derechos sociales.

Nótese que, estos denominados derechos sociales, no son propiamente derechos que recaigan directamente sobre una libertad, concebida como autonomía o inmunidad, y ni siquiera como una libertad de escoger, sino que se proyectan directamente sobre bienes humanos, necesarios para la subsistencia o para el desarrollo de la personalidad.

En estos pretendidos nuevos derechos sustanciales o sociales se observa que: no se proclaman como salvaguardia del hombre frente a la sociedad o al Estado, sino que, se dirigen, a los poderes públicos, para que los satisfagan, remuevan los obstáculos que impidan su obtención, o presten las condiciones para que puedan ser satisfechos.

Como observó CARL SCHMITT: «Tales derechos presuponen una organización estatal a la que se incorpora el individuo titular del derecho. Con eso, su derecho se relativiza ya. *Es condicionado* y, ciertamente, por una organización que incluye al individuo, le asigna su puesto, mide y raciona su pretensión».

## X

Hemos visto que las cartas y fueros medievales estaban dirigidas a proteger las justas libertades naturales de los súbditos; de modo concreto, imponiendo limitaciones y deberes a los poderes públicos y a los funcionarios reales. Después la declaración de los derechos del hombre y el ciudadano se enfocó en el sentido expresado por su propio título.

Las constituciones inspiradas en el liberalismo de las democracias burguesas se referían más a los derechos de los ciudadanos que a sus deberes, como no sea el de educar a sus hijos, prestar el servicio militar o satisfacer los impuestos legalmente establecidos.

La Constitución italiana de 1947 declara la defensa de la patria como deber sagrado del ciudadano y la obligatoriedad del servicio militar (art. 51), la obligación de contribuir a los gastos públicos en proporción a la capacidad contributiva (art. 53), el deber de fidelidad a la República y de observar la constitución y las leyes (art. 54).

La Constitución de la República Federal Alemana de 23 de mayo de 1949 señala como principal deber de los padres el cuidado y educación de los hijos (art. 6.º, núm. 2), declara el deber de los varones a partir de los 18 años de prestar el servicio militar, pero admite la objeción de conciencia que permite sustituirlo por otro servicio (art. 12 a conforme la redacción de 24 de junio de 1968), y afirma que la propiedad obliga a que su uso sirva al bien común (art. 14, núm. 2).

En contraste, las constituciones socialistas imponen, junto a los derechos, numerosos deberes a los ciudadanos. Así, en el capítulo VII de la Constitución de la URSS, se establecen, entre otros, los deberes de cuidar y fortalecer la propiedad socialista y luchar contra las sustracciones y dilapidación de los bienes del Estado; contribuir al fortalecimiento de su poderío y prestigio; respetar los derechos y los intereses legítimos de otras personas; ser intransigentes con los actos antisociales y contribuir al mantenimiento del orden público.

En general, las constituciones de los países occidentales en sus rúbricas hablan de derechos y deberes, pero cargan específicamente el acento en aquéllos. Los deberes que se imponen son muy específicos, y falta una expresión general y clara de los deberes inherentes al ejercicio de todos y cada uno de derechos reconocidos.

## XI

Expuesta, en somera síntesis, la panorámica de los derechos y deberes en las modernas constituciones occidentales, debemos entrar en su crítica.

Esta ofrece dos perspectivas. Una, referida al propio fundamento y concepción de los derechos consignados. Otra, enfocada al modo de aplicarlos.

En lo concerniente al primer aspecto es de notar:

a) Ante todo su falta de fundamento trascendente; su inmanencia, que los desliga de todo principio religioso y del orden natural, y ha conducido a deformarlos y aplicarlos revolucionariamente. De ahí que Pío VI reaccionara vivamente contra la declaración de 1789. «Los 17 artículos sobre los derechos del hombre son contrarios a la religión y a la sociedad». Sin duda se explica este rechazo por la inmanencia de la declaración; sus efectos explosivos en aquellas fechas, dañinos, por ende, su antropocentrismo laico y su positivismo radical.

La denominada conciencia colectiva, generalmente formada de modo artificial, pretende imponer el sentido de los derechos humanos, que en ella prevalece, a favor de quienes en cada momento se inclina esa conciencia. Falta una visión general, y la ponderación en concreto, para cada caso, de los intereses en juego, sin perder de vista ninguno de los aspectos ponderables y atendiendo a todas las consecuencias previsibles, particulares o generales, que puedan dimanarse de su aplicación.

b) Su falta de perspectiva plena del hombre, en todas sus dimensiones, y su abstractismo, al contemplar al «hombre», desligado de su Creador y de su fin, aislado de la trama social de la que forma parte en su tiempo y lugar determinado; observando su igualdad esencial, pero olvidando sus evidentes desigualdades no por accidentales menos reales: hombres y mujeres, jóvenes y viejos, enfermos y sanos, intelectuales, empresarios, obreros, etc.

c) Su subjetivismo. De ahí que haya podido calificárseles —por MICHEL VILLEY—, de una *impostura*, en cuanto se proclamaban universales y siempre se utilizan en provecho de minorías: de la burguesía, los de 1789; hoy de los judíos en perjuicio de los árabes, o viceversa; de la *clase obrera*, en perjuicio de los verdaderos pobres no *sindicados*; de la mujeres, de los hijos no

matrimoniales, de los negros; pero, nunca a favor de todos, sino en realidad *en contra* de los otros.

Actualmente, los vemos aducir a favor de los terroristas en contra de sus víctimas; de los guerrilleros contra las fuerzas regulares; de los alborotadores contra las fuerzas de orden público; de las embarazadas contra el hijo que llevan en sus entrañas...

«En el momento en que la constituyente proclamaba estos derechos —recuerda VILLEY— bajo las ventanas de la asamblea de los diputados se paseaban sobre picas las cabezas de los ejecutados allí mismo, sin forma alguna de proceso».

d) Su falta de adaptación a la realidad que, muchas veces, los hace imprecisos o ilusorios, y da lugar a que susciten reivindicaciones que no pueden ser satisfechas. Tratándose de los denominados derechos sustanciales o sociales, suele olvidarse que requieren una situación social y económica general de la que resulte su posibilidad, y que el Estado al tratar de proveerlos acentúa su intervención en la economía, en la enseñanza, en la seguridad social, y que le confiere la dirección de una política de redistribución de los bienes existentes en la comunidad política sobre la que ejerce su poder soberano. Así, *Leviathan* sigue engordando y su totalitarismo extiende la omniestatalidad a todas las relaciones de la vida; reduce a muy estrechos límites y amenaza con aniquilar la *libertad civil* de la persona y la familia; se desentiende del principio de subsidiariedad; y priva de su esfera autónoma propia a los cuerpos y sociedades intermedios, ya sea convirtiéndolos en sucursales del poder estatal o bien dejándolas inanimadas, impotentes y exangües.

Por lo demás, esos derechos muchas veces resultan ilusorios, pues su satisfacción depende de la situación económico-social del país, que la intervención socializante del Estado suele agravar, y más o menos a la larga, depaupera, al incrementar canceríficamente el consumo, desalentar la productividad y castigar el ahorro. Así se ha recordado que el «derecho a la vida» no ha impedido que las poblaciones de Sahel muriesen de hambre, ni el derecho al trabajo impide que hayan sin trabajo...

Por otra parte, resulta evidente —por más que se trate de silenciarlo, ocultarlo y disimularlo— que los derechos sociales y económicos resultan incompatibles con los del hombre y las libertades de 1789. No es fácil dotar a todos de un nivel de vida conveniente, de trabajo para todos, de distracciones para todos, de salud para todos, sin comenzar —como se ha hecho en la URSS, con muy pobre resultado— por cercenar los derechos sindicales, a la huelga y la libertades de los individuos, la propiedad, el derecho a la libre expresión, al libre sufragio.

e) Su carencia de sentido de la correlatividad de los derechos de cada uno con su deberes para con los demás, y del límite intrínseco de cada derecho impuesto por otros deberes de los que no cabe separarlos.

Su S. S. JUAN PABLO II lo recordó el 4 de enero de 1980 en su alocución al cuerpo diplomático acreditado en la Santa Sede:

«Es necesario concebir estos derechos en su justo significado. El derecho a la libertad, por ejemplo, no incluye evidentemente el derecho al mal moral, como si se pudiese reclamar, entre otros, el derecho a suprimir la vida humana, como en el caso del aborto, o la libertad para usar materias nocivas para sí o para los demás. Del mismo modo, no se debería tratar de los derechos del hombre sin tener en cuenta también sus deberes, correlativos, que traducen con precisión su propia responsabilidad y su respeto de los derechos de lo demás y de la comunidad».

## XII

No obstante los defectos indicados, debe partirse de que —como ha mostrado SÁNCHEZ AGESTA— es un hecho de experiencia que hay en el hombre *una aptitud crítica* para enjuiciar lo que es útil o inútil, bueno o malo, para su propia subsistencia y, aún más profundamente, lo conveniente en su relación con los demás en una comunidad de vida. «Cada afirmación de un derecho ha supuesto un testimonio práctico de esa capacidad

para enjuiciar la justicia y la injusticia». En suma, «*hay una aptitud de la razón para discriminar lo justo y lo injusto en la multiplicidad de casos y eventos de la historia humana*». Esta aptitud —prosigue— «constituye el fundamento de la reivindicación casuística en la historia de derechos y libertades, que son eventualmente reconocidos por el derecho positivo como necesidades objetivas de la naturaleza humana. De aquí la misma historicidad de esos derechos que se enuncian o proclaman con carácter variable cuando los hombres sufren la negación de un bien cuya privación consideran injusta, porque les priva de algo que exige su naturaleza. Su misma historicidad nos revela, con su manifestación en el transcurso del tiempo, esta vinculación a necesidades humanas».

El mismo autor advierte que esa formulación, ya fue expresada, hace casi cuatro siglos, por FRANCISCO SUÁREZ, S. I. (*De legibus* 2, 13, 9) y, antes, había sido aplicada por FRANCISCO DE VITORIA y FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA.

Estas consideraciones nos demuestran la miopía de la corriente positivista, iniciada a mediados del siglo XIX, pero acentuadamente en el actual, que a la vista de la diversidad y variabilidad de las reivindicaciones proclamadas, afirma la imposibilidad de dotarlas de otro fundamento que el reconocimiento, por el derecho positivo, de un «ideal histórico» que se realiza, en su momento, en el seno de la civilización occidental.

El *quid* de la cuestión se halla en el juicio crítico del sentimiento y del hecho que lo motiva. Es decir, en cómo se efectúe este juicio:

— Ya sea en concreto aunque con una perspectiva universal, dentro del orden natural, atendiendo al hecho que motiva la reivindicación y a ésta, en sí misma y en relación a las consecuencias dimanantes de la solución propuesta y las demás posibles.

— O bien, ideológicamente, partiendo de axiomas ideales no contrastados y aplicados deductivamente o, lo que es peor, por un salto emocional en forma monolineal, sin contrastes y sin atender a sus posibles consecuencias de toda clase; es decir, no

sólo las cuantificables sino también a las cualitativas no mensurables por afectar a las cualidades de los sujetos, a la moral y al impulso social en su raíz más íntima.

Sin duda, en el ambiente positivista, puramente formal, o bien utópico, irracionalmente voluntarista, que hoy prevalece, y con el constante predominio del poder, sea el del dinero multinacional o el del Estado, cada vez más absorbente de todas las relaciones sociales, los denominados derechos humanos son el único residuo iusnaturalista —aunque sea con todos los defectos de la *Ilustración* que, como pecado original, arrastran— con ambiente y cierta presencia de alguna manera efectiva.

Por algo los vemos propugnados y pregonados continuamente por JUAN PABLO II.

### XIII

Nos queda por examinar la aplicación de esos denominados derechos humanos, sin olvidar unas observaciones semánticas correlativas.

La actual escuela inglesa analítica del lenguaje, que tiene abierto un proceso de acusación a la expresión moderna de los derechos del hombre, los califica de *vacíos de sentido*, siguiendo en eso las huellas de BENTHAM que ya había dicho de los derechos de 1789 que eran unos *sin sentido*. Hoy esta escuela advierte que no tiene sentido hablar de derecho (*right*), sino cuando esta palabra corresponda a una cierta realidad con eficacia, es decir, a una obligación (*a duty*) efectivamente sancionada. Por eso, califica de mal construido el lenguaje de los derechos del hombre (*human rights talk*).

Lo ha recordado el profesor VILLEY, quien insiste en que la función social del derecho no es la proclamación del derecho absoluto e ilimitado, imaginario, del hombre aislado, que no es sino una abstracción; sino la de medir, lo mejor posible, las relaciones entre hombres diferentes, tratar de conseguir que estas relaciones sean justas; que el oficio del jurista es el de medir



la justa parte que corresponde a cada uno: *suum ius cuique tribuere* (atribuir a cada uno su derecho). Esta parte se calcula en función a la situación social concreta, que, sabemos, es bastante fluctuante.

#### XIV

Después de este repaso queda planteado el reto que significa el rescate de los primeros principios que fundamentan los que hoy se denominan derechos del hombre en su exacta dimensión. Su rescate después de su secuestro por el nominalismo, la inmanencia, el idealismo y demás ideologías; por el racionalismo, ayer, y por las utopías, hoy.

El reto, también, de centrar debidamente su fundamento en el hombre entero, en todas sus dimensiones y en el mundo de los valores materiales y espirituales, ordenados objetivamente en una perspectiva ética.

El reto de su aplicación jurídica, en la correlatividad de derechos y deberes, con la pauta del bien común en la que el hombre se presenta no sólo en su naturaleza racional y social, sino en su existencia de hombre concreto, ubicado en un lugar del espacio, en un momento del tiempo histórico y en una determinada comunidad política.

En fin, los juristas, junto con este último reto, tenemos los específicos de calificar adecuadamente los que hoy son denominados derechos humanos, empleando la terminología adecuada, el lenguaje correcto, y de ejercer el arte de lo justo para la determinación, en cada caso concreto, del *suum quique tribuere*.