

*JURA MAJESTATIS, DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN,  
HUMAN RIGHTS*

TRES MOMENTOS DE LA LEGISLACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO MODERNO

PATRICIO CARVAJAL  
Universidad Adolfo Ibáñez

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de la teoría de la legislación moderna está vinculado con los siguientes procesos culturales: formación del Estado moderno<sup>1</sup>, recepción del derecho romano público<sup>2</sup>, teoría política medieval y humanismo renacentista<sup>3</sup>, germinación del derecho público moderno<sup>4</sup>, Reforma Protestante<sup>5</sup>, controversias teológico-constitucionales de los siglos XVI y XVII, Escuela del derecho natural racionalista<sup>6</sup>, la Ilustración, socialismo democrático o social democracia. Cada uno de estos procesos en sí supone no sólo una determinada visión jurídica de la sociedad y de las instituciones, sino también un profundo cambio en la ciencia jurídica y política – epistemología y metodología- moderna en cuanto a la formulación de nuevos

---

<sup>1</sup> Vid. ST. SKALWEIT, *Gestalten und Probleme der frühen Neuzeit. Ausgewählte Aufsätze* (Berlin, 1987), cap. 12: *Der moderne Staat. ein historischer Begriff und seine Problematik*, pp. 208 - 229.

<sup>2</sup> Vid. D. WYDUCKEL, *Princeps legibus solutus. Eine Untersuchung zur frühmodernen Rechts- und Staatslehre* (Berlin, 1979).

<sup>3</sup> Vid. W. ULLMANN, *Medieval Foundations of Renaissance Humanism* (New York, 1977).

<sup>4</sup> Vid. D WYDUCKEL, *Ius Publicum. Grundlage und Entwicklung des öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft* (Berlin, 1984).

<sup>5</sup> Vid. P. CARVAJAL, *La Reforma política. Una introducción al pensamiento político-jurídico del Protestantismo en los siglos XVI y XVII*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 21 (Valparaíso, 1999), pp. 213 - 247.

<sup>6</sup> Vid. M. VILLEY, *Los fundadores de la escuela moderna del derecho natural* (trad. Buenos Aires, 1978).

paradigmas que se diferencian de los modelos clásicos antiguos<sup>7</sup>.

El Estado moderno, en sus distintas etapas, es el resultado histórico de un proceso legislativo expansivo, que en sus orígenes se remonta a la actividad legislativa del Bajo Imperio romano<sup>8</sup>, y se prolonga en la Edad Media occidental con la recepción del derecho romano, especialmente con las Escuelas jurídicas de los glosadores y comentarista, hasta la Baja Edad Media, cuando la controversia Imperio – Iglesia llega a su apogeo y aparecen nuevas propuesta doctrinales para determinar la condición de la Iglesia (derecho canónico) y del Imperio (“Reichspublizistik”) con el propósito de establecer un orden político autónomo y laico<sup>9</sup>. Una de las expresiones más importantes de este proceso doctrinal de la baja Edad Media es la obra del jurista italiano Marsilio de Padua<sup>10</sup>. Para Marsilio está claro que el único legislador que tiene capacidad para determinar muy propiamente las condiciones del orden social es el legislador humano, quien concentra en sí unas facultades que le confieren un amplio poder para administrar. Esta condición de legislador exclusivo corresponde a una etapa decisiva en la teoría de la legislación, pues a partir de esta condición se estructurará en la primera fase del discurso jurídico moderno (*jura majestatis*) la función del legislador absoluto (*legibus solutus*).

Ahora bien, en el Estado moderno en sus distintos tipos o formas es posible reconocer tres momentos en cuanto al discurso legislativo, a saber: Estado absoluto (*jura majestatis*), Estado constitucional democrático (*droits de l'homme et du citoyen*) y Estado democrático social de derecho (derechos humanos)<sup>11</sup>. Sin embargo, todavía, por ejemplo, es posible encontrar la vigencia de los derechos de la majestad en la legislación del Estado Vaticano en cuya reciente constitución de 2001, que reemplaza a la del año 1929, corresponde a la estructura legislativa del Estado absoluto<sup>12</sup>. De acuerdo a esta estructura del discurso jurídico público moderno podemos comprender la evolución del Estado como institución político-jurídica y de la democracia como sistema político. Sobre esta estructura y determinándola en sus bases fundamentales está la historia del pensamiento jurídico moderno formado a través de una prolongada y fecundísima controversia, cuyos principales momentos, entre otros, son los siguientes: J. Bodin vs. Th. Bèze; H.

<sup>7</sup> Vid. L. FERRY, Filosofía política, *El derecho: la nueva querrela de los antiguos y los modernos* (trad. México 1991)

<sup>8</sup> Vid. W. SELLERT (Hg.), *Das Gesetz in Spätantike und frühem Mittelalter* (Göttingen 1992).

<sup>9</sup> Vid. J. MIETHKE, *Las ideas políticas de la Edad Media* (trad. Buenos Aires, 1993); A. BLACK, *El pensamiento político en Europa, 1250 - 1450* (trad. Cambridge, 1996).

<sup>10</sup> MARSILIO DE PADUA, *Defensor de la paz* (trad. Madrid, 1989).

<sup>11</sup> Vid. P. CARVAJAL, *Staatslehre* (Valparaíso, 2002): Curso de introducción a la ciencia política programa de magíster en ciencias políticas.

<sup>12</sup> *Legge fondamentale dello stato della Citta del Vaticano* (2001). Art. 1: “Il Sommo Pontefice, Sovrano dello Stato della Città del Vaticano, ha la pienezza dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario”.

Arnisaeus vs. J. Althusius; H. Grocio vs. J. Selden; Th. Hobbes vs. J. Milton; R. Filmer vs. J. Locke; E. Burke vs. Th. Paine; J. Blackstone vs. J. Bentham; C. Schmitt vs. H. Kelsen y R. Dreier vs. M. Kriele.

Un proceso hasta ahora poco estudiado pero que en su esencialidad es clave para la comprensión de la teoría legislativa moderna, especialmente la de los *jura majestatis*, es el de la recepción del derecho romano, tanto privado como público. En efecto, el proceso de recepción –que en sí supone una nueva hermenéutica de las fuentes- permite fundamentar las bases institucionales de las organizaciones, tanto públicas como privadas, del Estado moderno. El derecho romano aporta un lenguaje y una institucionalidad que de acuerdo a las características propias de cada sistema político europeo monárquico desarrolla nuevos principios para la administración pública, la legislación, el poder político, la comunidad, el comercio mercantil, la propiedad y la titularidad de unos derechos que desde ese momento pasarán a conformar parte de la más importante doctrina jurídica moderna: la doctrina de los derechos subjetivos<sup>13</sup>. En otras palabras, el derecho romano se recibe y sirve de inmediato, por las características de sus instituciones y por el nivel de perfección técnica de su normativa, para un conjunto de actividades que resultarán esenciales en el Estado Moderno, tanto en la administración como en la economía. Hasta ahora se ha vinculado el derecho romano privado con el desarrollo de importantes movimientos jurídicos, como la del derecho civil y la codificación moderna<sup>14</sup>; sin embargo, también el derecho romano público fue de una importancia clave para la formación de las instituciones políticas modernas<sup>15</sup>. Aun más, se podría sostener que una de las instituciones claves del derecho romano privado: la teoría contractual y de las obligaciones, será clave para el desarrollo de la teoría del contrato social, del constitucionalismo y parlamentarismo moderno. La estructura del mandato: mandante - mandato - mandatario tiene su equivalente en el derecho constitucional: ciudadanos - constitución - gobernante.

No cabe duda que el discurso jurídico es uno de los capítulos más importantes de la historia de la cultura europea, como lo señala H. Coing<sup>16</sup>, entre otros destacados historiadores y juristas europeos y que contribuye a otorgar la singularidad a esta cultura en relación con otros procesos civilizadores, los que aun cuando también desarrollan una cultura jurídica, no poseen la orientación de la occidental, cuyas instituciones jurídicas más importantes son la propiedad y las obligaciones.

---

<sup>13</sup> Vid. M. VILLEY, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo* (trad. Valparaíso, 1976).

<sup>14</sup> Vid. A. GUZMAN, *La fijación del derecho* (Valparaíso, 1977); R. Z. ZIMMERMANN, *Roman law, contemporary law, European law* (Oxford, 2001)

<sup>15</sup> Vid. V. GIUFFRÉ, *Il diritto pubblico nell'esperienza romana* (Napoli, 1989).

<sup>16</sup> H. COING, *Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland* (München, 1967). Afirma Coing: "Rechtsgeschichte ist Teil der Kulturgeschichte. Wie diese entwickelt sie sich in einem unendlichen Wenden und Vergehen, in stetigem Wandel der einzelnen Institutionen".

## II. JURA MAJESTATIS

La teoría de la legislación absolutista se conoce genéricamente por la expresión *jura majestatis*<sup>17</sup>. Estos derechos, como su nombre lo indica, pertenecen al soberano y éste no puede transferirlos sin perder su condición de soberano absoluto. Estos derechos surgen como una respuesta a la fragmentariedad administrativa característica del orden político medieval, donde cada territorio tiene su propia legislación. Esta situación junto con provocar dificultades para una dar un ordenamiento congruente a un territorio determinado genera también un conflicto que cada vez se irá tornando más insoluble: la creciente legislación que se convierte en un obstáculo para los procesos de desarrollo económico –capitalismo emergente– y que demandan una normativa general y expedita. De este modo surge en la ciencia jurídica europea de los siglos XVI y XVII una corriente doctrinal que propicia la creación de una legislación a partir de las facultades absolutas del soberano y cuyas características son la universalidad y no estar sujeta a ninguna instancia de control temporal. Pertenecen a esta escuela, entre otros, J. Bodin, H. Arnisaeus y Th. Hobbes. Estos tres autores conforman la trilogía mayor de la teoría político – jurídica del Absolutismo europeo de los siglos XVI y XVII. J. Bodin publica su obra en el contexto histórico de las llamadas guerras de religión en Francia, conflicto cruento que enfrenta a cristianos católicos y protestantes<sup>18</sup>. El propósito o fin que persigue Bodin con su teoría es la conformación de una república bien ordenada, entendiendo por tal lo siguiente: “No obstante, es evidente que la república no puede estar bien ordenada si se abandonan del todo, o por mucho tiempo, las acciones ordinarias, la administración de la justicia, la custodia y defensa de los súbditos, los víveres y provisiones necesarios para su sustento, como tampoco podría el hombre vivir mucho tiempo si su alma estuviese tan arrebatada por la contemplación que dejase de comer y beber. El fin principal de la república bien ordenada reside en las virtudes contemplativas, aunque las acciones políticas sean necesariamente anteriores y las menos ilustres vengan las primeras; así ocurre con la actividad dirigida a acumular las provisiones necesarias para mantener y defender la vida de los súbditos”<sup>19</sup>. En esta definición se aprecia la preocupación bodiniana por los efectos morales y materiales que derivan de un guerra civil: inseguridad y temor.

El caso de H. Arnisaeus, pensador alemán luterano que recibe e introduce a Bodin en la “Reichspublizistik” germana, es uno de los capítulos más importantes en la historia de la legislación absolutista. En efecto, Arnisaeus sistematiza la teoría de los *jura majestatis* a un nivel de perfección que probablemente no será superado por ningún otro autor representante de la misma corriente doctrinal<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Vid. M. A. HUESBE, *Institucionalización del Estado moderno. Teoría de los jura majestatis* (Valparaíso, 1999).

<sup>18</sup> Vid. J. BODIN, *Los seis libros de la república* (trad. Madrid, 1992).

<sup>19</sup> J. BODIN, *Los seis libros de la República* (trad. Madrid, 1992), p. 15.

<sup>20</sup> Vid. H. DREITZEL, *Protestantischer Aristotelismus und Absoluter Staat. Die Politica des Henning Arnisaeus* (Wiesbaden, 1970).

La publicación en 1610 de su extensísimo tratado: *De iure majestatis*, corresponde a un momento singular en la historia del discurso jurídico de la legislación absolutista barroca, como lo señala H. Gross<sup>21</sup>. Para Arnisaeus, la majestad, fuente de todo derecho positivo, se estructura en las siguientes tesis: i) *Probetur, majestatis essentiam consistere in summa & absoluta potestate*; ii) *Majestas nullis omnino positivis legibus subiicitur*; y iii) *Majestas subjecta est Dei & naturae legibus, licet soluta sit humanis*<sup>22</sup>

Estas tres tesis del filósofo helmstediano nos ubican, para emplear sus propias palabras, en la esencia de la majestad: la no sujeción a poder positivo y autoridad humana alguna. La referencia de que el soberano está obligado por el derecho natural no deja de ser un argumento meramente nominal, pues en la praxis jurídica sólo impera la voluntad del soberano.

Otra descripción de la majestad encontramos en la *Encyclopedia* de J. Alsted, miembro de la Escuela de Herborn. Señala Alstedt: "*Affectiones majestatis sunt quatuor. Nam majestas 1. Est summa & independens: non ratione Dei, sed ratione subditorum singulorum, non vero universorum. 2. Est universalis: quia universos complectitur suo imperio. Nam universi subditi conferendo principi jus majestatis, ultro se ipsi submitunt. 3. Soluta legibus civilibus, quae concernunt subditos, qua subditi sunt. 4. Perpetua & individua. Effecta formalia majestatis. id est jura, quae a forma ipsius fluunt, tribus fere modis commemorantur*"<sup>23</sup>. Para Alsted, el contenido normativo de los jura majestatis es el siguiente:

a) *Primo jus majestatis est ecclesiasticu, vel civile. Illud consistit in primae tabulae Decalogi, hoc in secundae praxi. Jus igitur ecclesiasticum consistit in religionis verae introductione, conservatione, & defentione, juxta praescriptum verbi Dei. Princeps enim non est voluntarius censor, vel arbiter honorarius verbi divini: vel etiam ipsius interpres, sed tantuum custos utriusque tabulae, inspector morum, & criminum vindex.*

b) *Secundo jura majestatis sunt majora, vel minora. Majora sunt dispensatoria, vel obligatoria. Ibi est 1. Potestas leges civiles autoritate proptia condendi, promulgandi, & abrogandi, non accipindi. 2. Jus constituendi magistratus ecclesiasticos & seculares. 3. Jus belli indicendi & finiendi. 4. Jurisdictio liberrima, & extrema provocatio ab omnibus magistratibus. 5. Potestas tributa & vectigalia imponendi, exigendi, eximendi, dispensandi. 6. Jus comitia indicendi, ordinesque imperii convocandi. 7. Jus pecuniam cudendi, mutandi, tollendi, deque ea dispensandi. 8. Jus poenae statuendae secundum leges, ab eaque liberandi pro ratione circumstatiarum. Hic est 1. Jus fidelitatem aequaliter ab omnibus exigendi. 2. Foederis percutiendi. 3. Investitura de feudis. Minora majestatis jura sunt,*

<sup>21</sup> H. GROSS, *Empire and Sovereignty. A History of the Public Law Literature in the Holy Roman Empire (1599 - 1804)* (Chicago, 1975).

<sup>22</sup> H. ARNISAEU, *De iure majestatis libri tres* (1610), cap. III: *In quo consistat essentia majestatis*, p. 39.

<sup>23</sup> J. ALSTED, *Encyclopaedia* (Herbon, 1630, reimp. 1990), p. 1.403.

*quae sine majestatis jactura aliis concedi possunt: qualia sunt 1. Potestas honores, praemia & dignitates conferendi & restituendi. 2. Jus nundinarum & publicorum mercatum. 3. Jus legatos mittendi & recipiendi. 4. Jus venandi, ocupandi & piscandi*<sup>24</sup>.

Cada uno de estos derechos, considerados como posesión exclusiva del soberano, conforman la teoría de la legislación del Absolutismo europeo cuya vigencia se extenderá desde el siglo XVI hasta las revoluciones democráticas del siglo XVIII. El más importante de estos derechos y que en sí contiene a todos los demás es el derecho a dictar leyes<sup>25</sup>. Sin embargo, todavía hoy existe una constitución estatal que consagra los derechos de la majestad como derecho positivo para su respectiva administración: el Estado vaticano.

Por último, la teoría de los derechos de la majestad culmina como teoría de la legislación absolutista con la obra de Th. Hobbes. El caso de Hobbes es uno de los más singulares en la historia del pensamiento político-jurídico moderno<sup>26</sup>. En efecto, el filósofo inglés, a juicio de Bobbio, fue un pensador conservador y profundamente marcado por las sangrientas experiencias políticas de Inglaterra de la primera mitad del siglo XVII, cuyo ciclo fatal se cierra con las guerras civiles (Behemoth)<sup>27</sup>. La propuesta político-jurídica hobbesiana radica en su particular concepción de la política estructurada en el Leviathan en cuatro unidades<sup>28</sup>. Para Hobbes la experiencia política del hombre se mueve entre dos extremos: la libertad y la autoridad: "Pues estando amenazado por quienes reclaman una libertad demasiado grande y, en el lado contrario, por quienes reclaman demasiada autoridad, se hace difícil cruzar indemne ante las armas de ambos bandos"<sup>29</sup>. Esta impresión hobbesiana trasunta a su concepción político-jurídica-teológica. Tal vez pudiera resultar un tanto extraño insistir en la dimensión teológico-ecclesiológica del Leviatán de Hobbes, pero lo cierto es que su tratado es una obra de teología política que busca sentar las bases políticas, jurídicas y religiosas del Estado con

<sup>24</sup> *Ibíd.*

<sup>25</sup> Vid. M. STOLLEIS, *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts* (Frankfurt am Main, 1990).

<sup>26</sup> Vid. S. GOYARD-FABRE, *Le droit et la loi dans la philosophie de Thomas Hobbes* (Paris, 1975).

<sup>27</sup> Vid. N. BOBBIO, *Th. Hobbes* (trad. México, 1992). Señala Bobbio: "Creo difícil encontrar un pensador político que ponga de manifiesto más que Hobbes los rasgos esenciales del espíritu conservador: realismo político, pesimismo antropológico, concepción anticonflictiva y no igualitaria de la sociedad. Y se podría añadir, para completar el cuadro, una visión fundamentalmente cíclica, no evolutiva y mucho menos dialéctica, de la historia, que se mueve perenne, monótonamente, entre los dos polos de la anarquía y de la sociedad civil, ahora destrizada por Behemoth, ahora reconstruida en su unidad por Leviatán, para verse de nuevo destrizada, en un ir y venir sin fin": pp. 69 - 70

<sup>28</sup> Th. HOBBS, *Leviatán* (trad. Madrid, 1983), I: *Del hombre*; II: "De la República"; III: "De una República cristiana"; IV: "Del Reino de las tinieblas".

<sup>29</sup> Th. HOBBS, *Leviatán* (trad. Madrid, 1983), p. 113.

el propósito de garantizar la seguridad de los súbditos. Y en su época la mayor inseguridad para los ciudadanos está dado por el conflicto político-religioso de la división confesional de Europa. En la parte segunda Hobbes desarrolla lo que podemos considerar como su Staatslehre, estructurados a partir de la institución de la República misma. Concretamente en el capítulo 18: “De los derechos soberanos por institución”, Hobbes enumera las características de esta legislación y sus respectivos derechos: i) Los súbditos no pueden cambiar la forma de gobierno; ii) El poder soberano no puede ser confiscado; iii) Ningún hombre puede sin injusticia protestar contra la institución del soberano declarada por la mayoría; iv) Las acciones de los soberanos no pueden ser acusadas en justicia por el súbdito; v) Haga lo que haga el soberano, no es punible por el súbdito; vi) El soberano es juez de lo necesario para la paz y defensa de sus súbditos y juez de cuáles serán las doctrinas convenientes para que se les enseñen; vii) El derecho de hacer leyes, mediante las cuales pueda cada súbdito saber cuál es su propiedad, que ningún otro súbdito puede arrebatarse sin injusticia; viii) A él pertenece también el derecho de enjuiciamiento y decisión de controversias; ix) Y de hacer la guerra, y la paz, como piense oportuno; x) Y de elegir todos los consejeros y ministros, tanto en paz como en guerra; xi) Y de recompensar y castigar arbitrariamente (allí donde ninguna ley anterior haya determinado su medida); xii) Y de honrar y ordenar.

Según Hobbes: “Estos son los derechos que constituyen la esencia de la soberanía, y son las marcas mediante las cuales puede un hombre discernir en qué hombre o asamblea de hombres está situado y reside el poder soberano”<sup>30</sup>.

Ahora bien, si la teoría de los *jura majestatis* se prolonga largamente en la historia del pensamiento político-jurídico occidental, su consistencia se verá prontamente afectada por el surgimiento de la filosofía del Liberalismo. Incluso podríamos señalar, si consideramos aquí la crítica de los derechos de la majestad que formulan los autores del llamado protoliberalismo moderno, esto es, los monarcómacos, el discurso político-jurídico absolutista es sometido a una fuerte crítica histórica y doctrinal desde sus inicios, como fundamento del Estado moderno<sup>31</sup>.

### III. DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN

Como bien ha señalado S. Goyard-Fabre, el siglo XVIII, el siglo de la “Aufklärung”, puede ser considerado como una etapa donde el derecho juega un papel clave no sólo por las nuevas instituciones jurídicas que inauguran los procesos revolucionarios norteamericano y francés, respectivamente, sino también por la transformación cultural que importa este movimiento, que supone en su esencia, como su nombre lo indica, una acción definitiva de la educación de la socie-

<sup>30</sup> Th. HOBBS, *Leviatán* (trad. Madrid, 1983). p. 275.

<sup>31</sup> Vid. P. CARVAJAL, M. Huesbe, *La contribución de los monarcómacos al desarrollo del pensamiento político-jurídico democrático moderno* (en prensa).

dad, esto es, una genuina revolución cultural<sup>32</sup>. En el mismo sentido se ha expresado el constitucionalista alemán M. Kriele cuando habla sobre la Ilustración jurídica como una liberación por el derecho (“Befreiung durch Recht”)<sup>33</sup>.

Ahora bien, la experiencia de la monarquía absolutista y del Estado absolutista marcó profundamente la conciencia europea en cuanto significado de un régimen político despótico y conservador, cuya alianza entre la monarquía, la nobleza y la Iglesia hacía todavía más ominosa la opresión intelectual sobre todo pensamiento crítico. De ahí pues lo que algunos historiadores conservadores han llamado como tendencia anticristiana (irreligiosa) de la revolución. Pero esta imagen no pasa de ser un argumento teatral e ideológico. Sin duda hubo casos de persecución eclesiástica, pero nunca comparables a los llevados a cabo por la temible Inquisición católica. Por otro lado, olvidan aquellos críticos que la revolución en Estados Unidos se hizo teniendo presente las contribuciones más excelsas del pensamiento cristiano protestante. De ahí entonces que el anticristianismo revolucionario debería ser reducido a anticatolicismo, y sólo de un modo parcial, pues hubo incluso hasta un conjunto importante de obispos franceses que suscribieron la constitución civil del clero<sup>34</sup>; sí cabe hablar abiertamente de un antipapismo, pues el Papado romano, desde Pío VI que condena la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, hasta León XIII que formula una condena más dura sobre los fundamentos jurídicos de esta nueva legislación, no aceptando los postulados jurídicos de la Ilustración<sup>35</sup>.

La teoría de la legislación que nace con los procesos de las llamadas revoluciones democráticas del siglo XVIII en los Estados Unidos de Norteamérica y en Francia, se conoce genéricamente como teoría de los derechos del hombre. El giro en sus fundamentos y en sus destinatarios es profundísimo. En efecto, ahora estos derechos son derechos de todos los hombre y ciudadanos y no más patrimonio del soberano absolutista. la diferencia es clave, pues supone una liquidación de su principal argumento ideológico: la teoría de la soberanía y del poder soberano. La declaración promulgada por la asamblea de 1789 bien podría considerarse como el acta fundacional del Estado constitucional y de la democracia moderna. El contenido doctrinal del discurso es una pieza sin duda magistral que sintetiza

---

<sup>32</sup> Vid. S. Goyard-Fabre, *Philosophie politique* (Paris, 1987).

<sup>33</sup> M. KRIELE, *Aufklärung und Befreiung* (Köln, 1982).

<sup>34</sup> Vid. B. LLORCA, R. GARCIA-VILLOSLADA, J. LABOA, *Historia de la Iglesia católica* (Madrid, 1980): col IV. Edad Moderna.

<sup>35</sup> Vid. LEON XIII, *Inmortale Dei. Sobre la constitución cristiana de los Estados* (1885): “Pero aquel funesto y lamentable afán de novedades que en el siglo XVI se apoderara de muchos, habiendo perturbado en primer lugar a la Religión cristiana, inficionó más tarde a la Filosofía, y de ésta pasó luego a invadir todos los órdenes de la sociedad. De ahí derivan los modernos postulados de una libertad ilimitada y sin freno que, en medio de las gravísimas agitaciones del siglo XVIII, fueran proclamados y propuestos como los principios básicos de un Nuevo Derecho, hasta entonces desconocido, y que está en desacuerdo, no solamente con el derecho cristiano, sino, en más de un aspecto, aun con el derecho natural”.

los aportes del humanismo renacentista<sup>36</sup>, del cristianismo protestante y católico, de la escuela del derecho natural racionalista, del Liberalismo y de la filosofía de la Ilustración.

Aun cuando la declaración de 1789 es ampliamente conocida, la citamos en extenso para su interpretación y confrontación con la teoría de la legislación precedente del Estado absolutista (*jura majestatis*): “*Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l’ignorance, l’oubli ou le mépris des droits de l’homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d’exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l’homme, afin que cette déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs; afin que les actes du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous. En conséquence, l’Assemblée nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l’Être suprême, les droits suivants de l’Homme et du Citoyen*”.

El contenido doctrinal del preámbulo de la Declaración de 1789 es una síntesis magistral de la filosofía del Liberalismo. En efecto, la consideración de la falta de educación como la causa de los males públicos y de la corrupción social es una de las metas más sublimes del proceso cultural de la llamada Ilustración, situando la educación como base de toda organización política social para superar los males referidos. En este sentido el programa educacional que señala el legislador de 1789 es congruente con el programa establecido por la Enciclopedia en 1750: “La Enciclopedia que presentamos al público es, como su título indica, obra de una sociedad de hombres de letras”<sup>37</sup>. El objetivo es ordenar el conocimiento humano y dar razón de la estructura de nuestro pensamiento y conocimiento de la naturaleza, del hombre y la sociedad. Por esta razón cuando se introduce la teoría legislativa de los derechos del hombre y del ciudadano es necesario conjuntamente proponer un plan educacional que permita enseñar dicha teoría para toda la comunidad. Aquí radica la diferencia sustantiva entre la teoría de los *jura majestatis* absolutista y su programa de educación para el príncipe o soberano y la teoría de los derechos del hombre, que abre la educación para toda la comunidad.

A continuación se enuncia el catálogo de estos derechos y que constituye la base doctrinal del Estado Constitucional moderno y de la democracia liberal:

a) *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l’utilité commune.*

<sup>36</sup> Vid. J. COLEMAN, *A history of political thought from the Middle Ages to the Renaissance* (London, 2000).

<sup>37</sup> D’ALEMBERT, *Discurso preliminar de la enciclopedia* (1751) (trad. Buenos Aires, 1953), p. 29.

b) *Le but de toute association politique est la conservation de droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ce droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.*

c) *Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'enémane expressément.*

d) *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, 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 memes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.*

e) *La loïn'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêchè, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.*

f) *La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droits de concourir personnellement, ou par leurs représentants à sa formation. Elle doit être la ême 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 vertus et de leurs talents.*

g) *Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni deténu 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.*

h) *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.*

i) *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.*

j) *Nul ne doit être inquité pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi.*

k) *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits le 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.*

l) *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.*

m) *Les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en subiré l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'aasiette, le recouvrement et la durée.*

n) *La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration.*

ñ) *Toute société dans laquelle la garantie de droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'apoint de constitution.*

o) *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.*

Un análisis detallado de estos artículos nos llevaría un espacio y tiempo que no disponemos en la siguiente investigación. Con todo, se puede señalar que esta declaración establece unos derechos de la comunidad a condición de naturales, esto es, anterior a toda fuente positiva de los mismos y, por consiguiente, no sometidos ni a interpretación ni modificación; la condición de imprescriptibles es una medida clara de que el poder político no puede suspenderlos, limitarlos o revocarlos. Lamentablemente en la teoría constitucional posterior a las revoluciones del siglo XVIII hay todo un capítulo sobre las llamadas emergencias constitucionales que en definitiva constituyen una negación de la esencia misma de estos derechos tal como el legislador de 1789 lo dispone. Si bien esta declaración posee ya dos siglos como base doctrinal del Estado constitucional y de la democracia moderna liberal, su cumplimiento empero dista de ser una realidad en gran parte de los sistemas políticos contemporáneo, especialmente la libertad y la igualdad.

Ahora bien, si los textos citados precedentemente nos remiten a la experiencia político-jurídica de la Revolución francesa (Declaración de 1789, Constituciones de 1791, 1793, 1795), la otra contribución de estos principios a la democracia y el constitucionalismo moderno está dada por la experiencia revolucionaria norteamericana (Declaración de la independencia: 1776, Constitución: 1787) y cuyos aportes son los siguientes: constitucionalismo, republicanism, democracia, federalismo e igualdad de derechos<sup>38</sup>. Una de las manifestaciones más claras del espíritu constitucional democrático de la revolución norteamericana lo encontramos en la obra de Th. Paine<sup>39</sup>. Paine concibe su obra como una respuesta a las diatribas antidemocráticas y anticonstitucionales del conservador inglés E. Burke<sup>40</sup>, dando origen a una de las controversias político-jurídicas más importantes del mundo moderno. Para Paine la revolución norteamericana supone un cambio radical en la práctica y formas de gobierno: "La independencia de América, considerada meramente como separación de Inglaterra, hubiera sido cuestión de escasa importancia si no hubiera ido acompañada de una revolución en los principios y en la práctica de los gobiernos"<sup>41</sup>. Precisamente estos principios son los que se refieren a esta nueva legislación concebida bajo la rúbrica de Derechos del Hombre. Así señala Paine: "Los derechos naturales son los que pertenecen al hombre por el mero hecho de existir. De este género son todos los derechos intelectuales, o derechos de la mente, así como todos los derechos de actuar como individuo para su bienestar y felicidad propios, siempre que no vayan en contra de los dere-

---

<sup>38</sup> Vid. N. COGAN, *Contexts of the Constitution. A documentary collection on principles of American Constitutional Law* (New York, 1999).

<sup>39</sup> Vid. Th. PAINE, *Derechos del hombre* (trad. Madrid, 1984).

<sup>40</sup> E. BURKE, *Textos políticos* (trad. México, 1996).

<sup>41</sup> Th. PAINE, *Derechos del hombre* (trad. Madrid, 1984), pp. 162 - 163.

chos naturales de otros. Los derechos civiles son los que pertenecen al hombre por su condición de miembro de la sociedad. Cada derecho civil tiene su base en algún derecho natural preexistente en el individuo, pero para el goce del cual sus facultades individuales no son en todos los casos, suficientes<sup>42</sup>. La propuesta de Paine conforma las bases de una nueva forma de gobierno, no conocida en Europa, la democracia representativa, y que Tocqueville inmortalizara en su célebre tratado<sup>43</sup>. Con la revolución democrática norteamericana la teoría de la legislación de los derechos humanos como base de la democracia liberal moderna alcanza un punto clave en la formulación de un discurso político-jurídico que iluminará los procesos de emancipación a nivel mundial y que hasta hoy, luego de más de dos siglos, sigue siendo prácticamente el único sistema político capaz de garantizar adecuadamente la libertad y los derechos humanos con un grado de razonabilidad política que no es posible encontrar en otro sistema político que no sea el democrático liberal.

#### IV. HUMAN RIGHTS

Para algunos autores, especialmente aquellos vinculados con una tradición conservadora, la experiencia política del siglo XX haría imposible la existencia de unos derechos humanos, al menos en su praxis, pues la centuria pasada ha sido uno de los períodos más cruentos de la historia humana, caracterizado por la violación masiva de los derechos humanos: totalitarismo, autoritarismo, guerras mundiales, revoluciones, guerras civiles, desigualdades en la distribución de los recursos. Pero también la crítica de los derechos humanos proviene de distintas corrientes doctrinales y filosóficas. Así, por ejemplo, tenemos la posición normativa-positivista de H. Kelsen, que en su teoría jurídica no otorga relevancia al tema de los derechos humanos<sup>44</sup>. Por otro lado tenemos la posición realista de M. Villey quien es uno de los destacados críticos contemporáneos de los derechos humanos<sup>45</sup>. Para Villey :”Chacun des prétendus droits de l’homme est la négation d’autres droits de l’homme, et practiqué séparément est générateur d’injustices”. No podemos detenernos en las críticas de estos dos juristas a la teoría de los derechos humanos, pero nos parece que los derechos humanos deben ser analizados en la contextualidad histórico-institucional que como discurso pretende organizar. En efecto, luego de la II Guerra Mundial la posición frente a los derechos humanos cambia tanto en la doctrina jurídica como en la opinión pública. Sin desconocer la violación masiva de los mismos, se enfrenta el tema de los dere-

<sup>42</sup> Th. PAINE, *Derechos del hombre* (trad. Madrid, 1984), pp. 65 - 66.

<sup>43</sup> A. DE Tocqueville, *La democracia en América* (trad. México, 1957).

<sup>44</sup> Vid. H. KELSEN, *Teoría pura del derecho* (trad. Buenos Aires 1970); *Teoría general del Derecho y del Estado* (trad. México, 1969).

<sup>45</sup> Vid. M. VILLEY, *Le droit et les droits de l’homme* (Paris, 1983); *Filosofía del derecho* (trad. Pamplona, 1979), 2 Vols.

chos humanos como una necesidad ineludible de la humanidad para superar la tragedia de las experiencias políticas del siglo XX. En este contexto se promulga la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948. El preámbulo de esta declaración contiene el programa de este tercer momento en el desarrollo del discurso legislativo público moderno: “*Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de creencias; considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión; considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones; considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad; Considerando que los Estados miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respecto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre; y considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso; la Asamblea General proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción*”<sup>46</sup>. Desde 1948 se han promulgado tanto Cartas regionales de Derechos Humanos (Latinoamericana: 1948, Europea: 1950; Africana: 1981) y un conjunto de protocolos y otras declaraciones que avanzan en la doctrina de los derechos humanos, su garantía, constitucionalización y protección internacionales<sup>47</sup>. Aho-

---

<sup>46</sup> Vid. M. PACHECO, *Los derechos humanos. Documentos básicos* (Santiago de Chile, 1992), pp.59 - 60.

<sup>47</sup> Vid. J. GARCIA-HUIDOBRO, J. I. MARTINEZ, M. A., NUÑEZ, R., *Lecciones de derechos humanos* (Valparaíso, 1997); UNESCO, *Philosophical Foundations of Human Rights* (Paris, 1986); M. LACEY - K. KAAKONSSON (eds.), *A Cultural of Rights. The Bill of Rights in Philosophy, Politics and Law 1791 - 1991* (New York, 1991); *Encyclopedia of International Law* (Amsterdam, 1985), Vol. 1: *Human rights and the individual in international law*.

ra bien, en la doctrina jurídica pública como en la ciencia política se asume que la teoría de los derechos humanos constituye la base de la democracia contemporánea y sin la cual no sería posible hablar propiamente de democracia. Así tenemos, entre otras, las teorías de R. Dworkin<sup>48</sup>, M. Kriele<sup>49</sup>, N. Bobbio<sup>50</sup>. Para estos juristas la teoría de los derechos humanos conforman las bases del sistema democrático y posibilitan a la vez la creación de una comunidad internacional que reconoce su normativa en estos derechos creando instituciones y mecanismos para su protección. Cada uno de estos pensadores pertenece a tradiciones filosóficas distintas, pero en conjunto rescatan la racionalidad e historicidad de la doctrina de los derechos humanos. Sin duda la experiencia histórica del desarrollo de la democracia post II Guerra Mundial está presente en la valoración que estos autores realizan de los derechos humanos.

## V. CONCLUSIONES

Nuestras conclusiones son:

a) La teoría de la legislación pública moderna tiene tres grandes momentos en los discursos de los *jura majestatis*, *droits d'l homme et du citoyen* y *human rights*.

b) La estructura semántica de estos discursos nos revela el cambio de paradigma de un régimen político autocrático a uno democrático.

c) La vigencia de los derechos humanos dependen exclusivamente de la cultura y educación de la sociedad

d) Los derechos de la majestad cumplieron un papel destacado en la estructuración del Estado moderno en su morfología absolutista (Francia, Inglaterra, España) pero mostraron su limitación al conferir unos poderes ilimitados a los soberanos.

e) Los derechos del hombre y del ciudadano son la primera etapa del Estado constitucional democrático moderno (USA, Francia).

f) Los derechos humanos conforman hoy la base del Estado constitucional democrático o de desarrollo poliárquico de nivel III (R. Dahl) (sistema político estadounidense, sistema político de la Unión europea).

g) La existencia de los derechos humanos constituye la base para una comunidad internacional –democracia cosmopolita (D. Held)–, donde la norma de estos derechos tiene prelación sobre los residuos del derecho nacional y de la constitución de los Estados.

h) Los derechos fundamentales son las reglas mínimas del juego democrático (N. Bobbio) que permiten una genuina libertad para las personas.

---

<sup>48</sup> R. DWORKIN, *Los derechos en serio* (trad. Barcelona, 1984).

<sup>49</sup> M. KRIELE, *Die demokratische Weltrevolution. Warum sich die Freiheit durchsetzen wird* (München, 1988).

<sup>50</sup> N. BOBBIO, *El tiempo del derecho* (trad. Barcelona, 1991).

i) La teoría de la soberanía y de los derechos de la majestad (J. Bodin, H. Arnisaeus, Th. Hobbes) son las bases del Estado absolutista y como tal no pueden representar hoy más que un anacronismo teórico e institucional en el contexto de la democracia contemporánea.

j) Los escritos de J. Althusius, J. Locke y B. Spinoza (liberalismo clásico) conjuntamente corresponden a la teoría de la política, del gobierno y del Estado democrático y que abren paso a la teoría legislativa de los derechos fundamentales.

k) Las teorías jurídicas de Kelsen (positivismo jurídico) y de Villey (realismo jurídico) pueden ser entendidas como una expresión que deriva de la teoría de los *jura majestatis* absolutista, especialmente en la medida en que no reconocen otra fuente jurídica positiva (Estado: Kelsen), derecho natural clásico (Villey). Ambas interpretaciones no son compatibles con la esencia de los derechos humanos.

l) Las propuestas de los juristas N. Bobbio, R. Dworkin y M. Kriele con su valoración y nueva interpretación de los derechos humanos rescata el valor histórico de estas doctrinas y la contextualizan de acuerdo a los desafíos culturales de su época.