

# NOTAS SOBRE EL ORIGEN DE LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO DE 1789

Miguel CARBONELL

*A la memoria de la querida amiga  
y admirada investigadora Marta Morineau*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La polémica entre Jellinek y Boutmy sobre el origen de la Declaración francesa.* III. *Las ideas de G. Jellinek.* IV. *La respuesta de E. Boutmy.*

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los momentos más brillantes de lo que se ha llamado la “hora inaugural” del Estado constitucional lo representa la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que ha sido calificada como “el texto jurídico más importante de la era moderna”.<sup>1</sup> La Declaración representa, junto con el texto de la Constitución Federal de Estados Unidos de 1787, una especie de acta de nacimiento del constitucionalismo.

La Declaración es importante desde un punto de vista jurídico, pero también tiene mucha relevancia desde una óptica política, pues representa nada menos que la plasmación jurídica de los ideales del que quizá es el movimiento revolucionario más importante del mundo moderno, cuya influencia se extiende hasta nuestros días. La Declaración es “el documento fundacional de la Revolución y su signo emblemático, hasta hoy mismo”.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Wachsmann, Patrick, “Déclaration des droits de l’homme et du citoyen”, en Alland, Denis y Rials, Stéphane (dirs.), *Dictionnaire de la culture juridique*, París, PUF, 2003, pp. 350 y 351.

<sup>2</sup> García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Alianza, 1994, p. 19.

La Revolución francesa no solamente fue un intento por derrocar al Antiguo Régimen, en buena medida exitoso, sino sobre todo una consecuencia social y política de la filosofía racionalista del siglo XVIII. Las pretensiones de los iniciadores del movimiento revolucionario iban mucho más allá de un cambio de régimen. Como dice García de Enterría, autor de uno de los estudios más completos sobre las consecuencias jurídicas de la Revolución: “Se pretendía, nada más y nada menos, rectificar la historia entera de la humanidad, fundar un nuevo orden político y social completamente nuevo, capaz de establecer una nueva etapa de la trágica evolución humana y de asegurar para el futuro una felicidad segura e inmarchitable... Una embriaguez de omnipotencia, de la infinitud de posibilidades que la libertad abría, de esperanza sin límites, se extendió por doquier”.<sup>3</sup>

Antes de pasar a estudiar la más importante polémica sobre el origen de la Declaración, que es de lo que trata este artículo, conviene recordar algunos datos bien conocidos sobre el antecedente histórico inmediato de la Declaración, la cual comienza a fraguarse en mayo de 1789.

El día 5 de ese mes se reúnen en París, por mandato del rey Luis XVI, los Estados Generales, que no habían sido convocados desde 1614. Los Estados Generales, que no tenían claramente establecidas sus funciones, estaban integrados por tres estamentos de la sociedad francesa, como expresión de la forma de pensar típica del feudalismo: el clero, la nobleza y el “tercer estado”, que era el resto del pueblo.<sup>4</sup> Cada uno de los tres estamentos elegía a sus representantes y éstos se reunían y votaban por separado diversas cuestiones. Su primera reunión fue en 1483 y hasta la convocatoria de 1789 solamente se habían reunido en cinco ocasiones.<sup>5</sup>

El 17 de junio de 1789 los representantes del tercer estado se constituyeron como Asamblea Nacional, considerando que daban voz a toda la nación al rechazar la representación estamental que habían tenido tradicionalmente los Estados Generales.<sup>6</sup> El 20 de junio los mismos diputados

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>4</sup> En realidad el Tercer Estado no representaba a todo el pueblo, sino principalmente a la burguesía de las ciudades, pero no a los habitantes rurales y a la población urbana pobre; en este sentido, Kriele, Martín, *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 373.

<sup>5</sup> Una explicación sintética de los Estados Generales puede verse en Bluche, Frédéric, Rials, Stéphane y Tulard, Jean, *La Révolution française*, 6a. ed., París, PUF, 2003, pp. 15 y ss.

<sup>6</sup> Esta decisión seguramente toma en cuenta la opinión de Siéyes, quien en su ensayo *¿Qué es el Tercer Estado?* decía: “El tercer estado es la nación misma”.

juraron no separarse hasta haber escrito una Constitución; para dar solemnidad a su pretensión hicieron el “Juramento del Juego de Pelota”.

A pesar de haber tenido bastantes reticencias, el 27 de junio el rey decidió que los diputados del clero y de la nobleza se debían reunir con los del tercer estado para que la Asamblea Nacional sustituyera a los Estados Generales. El 9 de julio la Asamblea se declara “constituyente”. Con dicha declaración la Asamblea rompe definitivamente las reglas del juego hasta entonces vigentes y se considera revolucionaria. Es opinable si la Asamblea tenía la legitimidad suficiente para hacerlo o no. En cualquier caso, como dice Martin Kriele, la consideración constituyente de la Asamblea deja ser juzgada por el principio de efectividad: “si el nuevo orden logra imponerse de hecho al viejo orden, si la revolución resulta victoriosa, entonces no requiere legitimación por el antiguo derecho. La asamblea nacional no pretendió en absoluto aspirar a una legitimación de este tipo”.<sup>7</sup>

La Asamblea estaba compuesta por más de 1,000 diputados (algunos autores dicen eran unos 1,190<sup>8</sup> y otros que eran 1,315),<sup>9</sup> lo que dificultaba las discusiones de forma importante. Comenzados los trabajos de la Asamblea, los diputados presentaron sus *Cahiers de doléances*, que eran una especie de mensajes de reivindicaciones o de quejas de sus representados sobre las cuestiones públicas francesas.<sup>10</sup>

La redacción de la Declaración tuvo que superar algunos obstáculos previos, por ejemplo si debía ir antes o después de la Constitución que se proponía redactar la Asamblea; o si tenía que acompañarse de una declaración de deberes.<sup>11</sup> Finalmente estas dudas se solventan y se comienza a trabajar en la redacción del texto. Se presentan a consideración de la Asamblea más de 20 proyectos.<sup>12</sup> Ante la dificultad de discutirlos y analizarlos todos se nombra a una comisión que actúe como ponente; la integran cinco

<sup>7</sup> Kriele, Martin, *Introducción a la teoría del Estado*, cit., nota 4, p. 371.

<sup>8</sup> Conac, Gérard, “Introduction” en varios autores, *La déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789*, París, Economica, 1993, p. 17.

<sup>9</sup> Peces-Barba, Gregorio, “Fundamentos ideológicos y elaboración de la Declaración de 1789”, *Historia de los derechos fundamentales*, t. II, vol. III, Madrid, Universidad Carlos III, Dykinson, 2001, p. 177.

<sup>10</sup> Una síntesis de los principales *Cahiers* y de su contenido puede verse en Peces-Barba, Gregorio, “Fundamentos ideológicos y elaboración de la Declaración de 1789”, cit., nota 9, pp. 178 y ss.

<sup>11</sup> Conac, Gérard, “Introduction”, cit., nota 8, pp. 22-24.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 20.

miembros que son: Desmeuniers, La Luzerne, Mirabeau, Tronchet y Auvergnat Rhedon.

La comisión termina su trabajo y lo presenta a la Asamblea a través de Mirabeau el 17 de agosto;<sup>13</sup> en su intervención Mirabeau defiende el proyecto diciendo que está compuesto por “axiomas tan simples, evidentes y fecundos, que sería imposible separarse de ellos sin ser absurdo”. La redacción les parece a algunos diputados demasiado farragosa; el hecho de que se reconozca como derecho inalienable el de modificar la Constitución (quizá por influencia de Jefferson), inquieta a diputados como Mounier y Lally Tollendal. El proyecto no convence a la Asamblea y al día siguiente, el 18, es rechazado.

Se elige como base de la discusión un proyecto distinto, que había sido elaborado por otra comisión, presidida por De la Fare, obispo de Nancy; este segundo proyecto estaba basado en uno que originalmente había presentado Sieyès. Al final, el proyecto de la comisión presidida por De la Fare fue muy cambiado, pues solamente cinco de sus 24 artículos quedaron integrados en el texto definitivo de la Declaración.

Los trabajos de redacción se llevan a cabo en un tiempo muy corto; el 20 de agosto se aprueba el preámbulo<sup>14</sup> y el 26 se terminan los trabajos.<sup>15</sup> El 27 de agosto la Asamblea se reúne simplemente para acordar que la redacción de la Declaración ha terminado y que es momento de comenzar los trabajos referidos al texto constitucional. Al parecer, la intención de los diputados era completar la Declaración con artículos adicionales, pero se decide que ese trabajo deberá hacerse después de redactar la Constitución;<sup>16</sup> en cualquier caso lo que es obvio es que la adición de más artículos nunca se pudo llevar a cabo.

## II. LA POLÉMICA ENTRE JELLINEK Y BOUTMY SOBRE EL ORIGEN DE LA DECLARACIÓN FRANCESA

La polémica entre Jellinek y Boutmy sobre el origen de la Declaración tiene un carácter altamente pedagógico desde mi punto de vista. En parte porque sirve para explicitar el contexto histórico en el que la Declaración

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 34.

está inserta y en parte porque adelanta en alguna medida el significado de sus preceptos, que pueden ser mejor comprendidos si se leen a la luz de las observaciones y críticas contenidas en dicha polémica.

Georg Jellinek publicó en 1895, en Alemania, un breve ensayo que tuvo bastante influencia al momento de ver la luz. Según su autor, se trata de un ensayo preparatorio para su obra mayor: la conocida *Teoría general del Estado*. El trabajo al que hacemos referencia se titula simplemente “La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”. Fue traducido al francés en 1902, cosechando también la atención de los lectores en esa lengua.

Sin embargo, no todos estaban de acuerdo con las tesis de fondo del libro. Así, por ejemplo, Emile Boutmy escribe una encendida réplica, publicada también en 1902 en la *Revue du Droit et de la Science Politique en France et l'étranger*. En 1904 Jellinek contesta a los ataques de Boutmy con motivo de la segunda edición alemana de su trabajo.

Las tres piezas conforman los términos de una polémica<sup>17</sup> que ha sido calificada con razón como un debate “célebre” de “carácter transnacional”, cuyo eco se extiende hasta nuestros días;<sup>18</sup> hay quien afirma que se trata de una “polémica famosa”.<sup>19</sup> La disputa tiene tal importancia que su análisis no se hace solamente en los libros de derecho, sino que se menciona y explica incluso en los textos más generales que estudian la Revolución Francesa.<sup>20</sup>

La tesis de Jellinek tuvo tanta importancia que, según Pedro Cruz Villalón, hizo descubrir a la doctrina europea que Estados Unidos también existía en materia de derechos fundamentales; cuando la polémica Jellinek-Boutmy termina, “las cosas no volvieron a ser igual: el centro de atención se había trasladado, por fin, a América”.<sup>21</sup> Es obvio que estamos ante un

<sup>17</sup> Todos están recogidos en Jellinek, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

<sup>18</sup> García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 2, pp. 66-68.

<sup>19</sup> Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, José Manuel, “Derechos y libertades en la Edad Media”, en la obra colectiva *Derechos y libertades en la historia*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 2003, p. 14.

<sup>20</sup> Así sucede, por ejemplo, en el texto de Bluche, Frédéric, Rials, Stéphane y Tulard, Jean, *op. cit.*, nota 5, pp. 47-49.

<sup>21</sup> Cruz Villalón, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en su libro *La curiosidad del jurista persa, y otros ensayos sobre la Constitución*, Madrid, CEPC, 1999, p. 32.

momento importante para la comprensión moderna de los derechos fundamentales. Veamos cuál es el contenido de la polémica a través de las tesis de sus protagonistas.

### III. LAS IDEAS DE G. JELLINEK

El ensayo de Jellinek contiene tres tesis, a través de las cuales el autor articula la parte central de su argumentación. La primera tesis busca demostrar la incompatibilidad entre el contenido de *El contrato social* de Juan Jacobo Rousseau y las Declaraciones de derechos. La segunda tesis está dirigida a demostrar la influencia directa de las Constituciones de las colonias americanas sobre los contenidos de la Declaración francesa. La tercera tesis pretende demostrar que la concepción de la libertad religiosa que existía en las colonias americanas es el precedente (o uno de los precedentes más inmediatos) de la consagración de los derechos universales del hombre en la Declaración.

En el fondo de estas tres tesis está el punto central que quiere demostrar Jellinek con su ensayo: los derechos fundamentales nacieron en Estados Unidos, no en Francia; su origen está en las Constituciones de las colonias y no en el pensamiento de Rousseau; la Declaración de 1789 no es un documento original, ya que debe su origen y contenido a lo que señalaban aquellas Constituciones. Debe tenerse en cuenta el elemento de reivindicación nacional, ya que esto es lo que provoca en parte la encendida respuesta de Boutmy, como veremos más adelante. Repasemos de momento con algún detalle los argumentos de Jellinek.

Jellinek comienza su ensayo reconociendo la importancia de la Declaración. La Declaración, escribe, “es uno de los acontecimientos más importantes de la Revolución francesa, bajo su influjo se ha formado la noción de los derechos subjetivos públicos del individuo en el derecho positivo de los Estados del continente europeo”.<sup>22</sup>

Para Jellinek el valor de la declaración consiste en que convierte desde suelo europeo a los derechos naturales en derechos positivos, oponibles al Estado, generando una corriente histórica que se extiende desde Francia hacia el resto de Europa: “Merced a la Declaración de los Derechos es

<sup>22</sup> *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., nota 17, pp. 81 y 82.

como se ha formado con toda su amplitud, en el derecho positivo, la noción, hasta entonces sólo conocida en el derecho natural, de los derechos subjetivos del miembro del Estado frente al Estado. Bajo el influjo de la Declaración francesa se han adoptado en las Constituciones de los otros Estados continentales análogos catálogos de derechos, cuyas fórmulas y proposiciones están más o menos acomodadas a las condiciones particulares de los diversos Estados, y presentan a menudo grandes diferencias, no sólo de forma, sino de esencia”.<sup>23</sup>

Ahora bien, justamente por esa importancia, a Jellinek le parece un problema relevante el preguntarse sobre el origen histórico-jurídico y no solamente sobre la importancia política de la Declaración: “Sea cual fuere la opinión que hoy se tenga sobre la formulación de principios abstractos, vitales sólo mediante la expresión legislativa detallada, para la determinación de la situación jurídica del individuo en el Estado, el hecho de que el reconocimiento de tales principios se conecta históricamente con aquella primera Declaración de Derechos, hace ver como un problema importante de la historia constitucional el establecimiento del origen de la Declaración francesa de 1789... La solución de este problema es, además, de alta significación, no sólo para comprender el desenvolvimiento del Estado moderno, sino también la situación que en él corresponde al individuo”.<sup>24</sup>

La primera tesis de Jellinek es que la teoría del contrato social de Rousseau no es ni puede ser la fuente inspiradora de la Declaración, ya que entre los catálogos de derechos y la teoría de la voluntad general habría incompatibilidades insuperables, que no permitirían su posible inter-influencia. Jellinek escribe: “El *contrato social* se resume en una sola cláusula, a saber: la enajenación de todos los derechos del individuo a la sociedad. El individuo no conserva para sí un átomo de derecho en cuanto entra en el Estado”.<sup>25</sup>

La omnipotencia de la voluntad general que se expresa en la teoría de Rousseau a través de la ley le parece a Jellinek opuesta a la idea de una

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 82 y 83. Hay que recordar que Jellinek no utiliza el concepto de “derecho fundamental”, sino que prefiere el de “derecho subjetivo público”, alrededor del que construye toda una teoría que todavía tiene una fuerte influencia en algunos enfoques contemporáneos sobre los derechos. La teoría en cuestión puede verse en Jellinek, Georg, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Milán, Società Editrice Libreria, 1912 (la versión original alemana fue publicada en 1892).

<sup>24</sup> *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, *cit.*, nota 17, pp. 83 y 84.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 85.

declaración de derechos que también busca obligar al legislador;<sup>26</sup> Jellinek cita en su apoyo (que para finales del siglo XIX estaba ya muy claro en Estados Unidos, pero mucho menos o nada en Europa, donde todavía no se habían desarrollado los sistemas de control de constitucionalidad de las leyes) a la Constitución francesa de 1791, en cuyo Título I se establecía que el legislador no puede hacer leyes que atenten o supongan un obstáculo a los derechos naturales y a las libertades establecidos y garantizados por la propia Constitución.<sup>27</sup>

Para Jellinek la conclusión es clara: no cabe duda que las ideas de Rousseau “han ejercido un cierto influjo sobre algunas fórmulas de esa Declaración. Pero el pensamiento mismo de la Declaración debe venir necesariamente de otra fuente”.<sup>28</sup> La identificación de esa “otra fuente” es precisamente la segunda de las tres tesis principales que contiene el ensayo de Jellinek.

La fuente principal que inspira el contenido de la Declaración se ubica, según Jellinek, al otro lado del Atlántico: concretamente en el texto de las primeras declaraciones de derechos que fueron expedidas en las colonias norteamericanas.<sup>29</sup> Cita en su apoyo, en primer lugar, las memorias que escribió Lafayette, que fue el autor de un primer proyecto de Declaración. En particular, Lafayette puso especial atención en la Declaración de los derechos del Buen Pueblo de Virginia;<sup>30</sup> algunos autores han recordado la relación entre Lafayette y Thomas Jefferson, quien estaba convencido de las bondades de contar con declaraciones de derechos.<sup>31</sup> Jellinek explica

<sup>26</sup> En su *Teoría general del Estado* Jellinek apunta: “La obra de más influjo en la literatura política de la segunda mitad del siglo XVIII, *El contrato social*, era enemiga, por su tendencia, de una declaración de derechos por la Constitución. Y mediante su exigencia de que todos los individuos reconociesen una religión civil, negaba el más importante y fundamental de todos los derechos individuales: el de la libertad religiosa”; Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, México, FCE, 2000, p. 470.

<sup>27</sup> *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., nota 17, p. 87.

<sup>28</sup> *Idem*.

<sup>29</sup> Jellinek reconoce que es en Estados Unidos donde se deben buscar los antecedentes de los regímenes con Constituciones escritas: “En América es donde ha de buscarse el origen de nuestras actuales Constituciones escritas, y por esto se les debe prestar más atención a estas Constituciones. La Revolución francesa acepta la idea americana, y de Francia se extiende a los demás Estados europeos”, *Teoría general del Estado*, cit., nota 26, p. 470.

<sup>30</sup> *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., pp. 89 y 90.

<sup>31</sup> Troper, Michel, “Jefferson y la interpretación de la Declaración de los derechos del hombre de 1789”, *Derechos y libertades*, núm. 8, Madrid, pp. 541-564.

que antes de que fuera expedida la Declaración francesa ya existían varios *Bills of Rights*: el mencionado de Virginia, pero también los de Pensilvania, Maryland, Carolina del Norte, Vermont, Massachusetts y Nueva Hampshire, todos creados entre 1776 y 1784.<sup>32</sup> Además, hace una comparación textual entre la Declaración y los textos de algunos *Bills of Rights* de las colonias americanas.<sup>33</sup>

Jellinek cita varios datos que permiten suponer que el contenido de las declaraciones americanas era bien conocido en Francia antes de la expedición de la Declaración. Y sus conclusiones, de nuevo, son demoledoras: “La Declaración de Derechos francesa está tomada en su conjunto de los *Bills of Rights* o *Declarations of Rights*. Todos los proyectos de Declaración francesa, desde los contenidos en las actas hasta los veintinueve proyectos presentados en la Asamblea Nacional, desenvuelven con más o menos amplitud y habilidad las ideas americanas... los franceses, sin los *Bill of Rights*, jamás habrían proclamado una Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano... Frente a las normas americanas, los franceses no han tenido ni una sola concepción original. No hay ningún derecho especial de libertad que los franceses hayan añadido a la enumeración americana”.<sup>34</sup>

Pese a todo, Jellinek reconoce que la Declaración francesa tiene alguna originalidad, como lo es el contenido de sus artículos 4 a 6, en los que se definen la libertad y el lugar de la ley, si bien reconoce que dichas aportaciones “pueden parecer superfluas y sin gran valor”.<sup>35</sup> También es mayor el acento sobre la igualdad en la Declaración que en los textos americanos. En las disposiciones de los artículos 4 a 6 es donde más se nota, según nuestro autor, la influencia de Rousseau, “pero nada hay en ello de nuevo o desconocido por los americanos”. Es más, hay un punto importante en el que la Declaración se queda muy atrás de los textos americanos: solamente de forma tímida y disimulada se atreve a consagrar la libertad religiosa en el artículo 10, debido según Jellinek a que “La Constituyente (francesa) quería contemporalizar con los sentimientos de sus miembros eclesiásticos y de la gran masa del pueblo, (por lo que) no se aventura a proclamar la libertad religiosa, sino únicamente la tolerancia”.<sup>36</sup>

<sup>32</sup> *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., nota 17, p. 94.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 96-104.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 92 y 106.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>36</sup> *Idem*.

Queda clara la postura de Jellinek sobre la influencia de las declaraciones americanas en la francesa; pero ¿de dónde sacaron las ideas los norteamericanos para hacerlas? Jellinek responde que, en principio, de las normas inglesas en las que se contenían una especie de protoderechos: el *Bill of Rights* de 1689, el *Habeas Corpus Act* de 1679 y la *Magna Charta libertarum*. Pero las diferencias entre Inglaterra y Estados Unidos en esta materia son importantes: entre ellas hay “un abismo”, dice Jellinek.<sup>37</sup> La explicación de tales diferencias estriba en la relación existente entre las declaraciones de derechos y el lugar del parlamento. En Estados Unidos los derechos buscan afirmarse frente a todos los poderes públicos, limitando de esa forma la capacidad reguladora de la ley; en Inglaterra, por el contrario, el parlamento se considera soberano, por lo que sus leyes tienen el mismo valor que las declaraciones en las que constan derechos.<sup>38</sup>

El tercer argumento de Jellinek para demostrar la influencia de las declaraciones americanas sobre la francesa gira en torno al surgimiento de la libertad religiosa, que para Jellinek es el verdadero motor de las Constituciones de los colonias y de sus tablas de derechos.

La idea de la libertad religiosa es llevada hasta las colonias por Roger Williams, quien desembarca en Massachusetts en 1631 para ejercer como pastor en la comunidad de Salem. Pero su discurso sobre la tolerancia que debía existir entre credos religiosos (católicos, judíos, turcos y paganos) parece que no fue muy del agrado de los colonos. Fue expulsado y fundó la ciudad de Providencia en 1636, en la cual todos los que fueran perseguidos por motivos religiosos podían encontrar refugio. La consagración del derecho de libertad religiosa se produce a partir de 1647, en el Código de Rhode Island. De acuerdo con Jellinek, “El derecho de libertad de conciencia se proclamaba allí (en Rhode Island), naciendo así la idea de un derecho del hombre”,<sup>39</sup> por lo que se puede concluir:

La idea de consagrar legislativamente esos derechos naturales, inalienables e inviolables del individuo, no es de origen político, sino religioso. Lo que hasta aquí se ha recibido como una obra de la Revolución (francesa), es en realidad un fruto de la Reforma y de sus luchas. Su primer apóstol no es Lafayette, sino aquel Roger Williams que, llevado de su entusiasmo

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 107 y 108.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 124.

religioso, emigraba hacia las soledades, para fundar un imperio sobre la base de la libertad de las creencias, y cuyo nombre los americanos aún hoy recuerdan con veneración.<sup>40</sup>

Jellinek intenta responder una cuestión adicional en su ensayo: ¿por qué los franceses copiaron las declaraciones americanas? Su respuesta apunta hacia el mismo ambiente intelectual compartido y hacia la similitud de los objetivos que en ambas orillas del Atlántico existían: “El que los franceses aceptasen con tan buena voluntad las ideas americanas, se debió a la igualdad de las tendencias prácticas a que ambas naciones se inclinaban: fundación de una Comunidad democrática compuesta de individuos con iguales derechos, y en la cual todo el poder público nace del pueblo, y todos los agentes del poder son responsables, con más garantía de una esfera de libertad de esos individuos delimitada en ciertas direcciones... Por esto resulta con irrefutable certeza de esta indagación que los principios de 1789 son en verdad los de 1776”.<sup>41</sup> Pero también reconoce Jellinek que la transmisión al mundo de la idea de los derechos se debe a Francia y a su Declaración, más que a Estados Unidos: “Si hoy en todos los Estados de civilización moderna, asegura la ley al individuo una esfera jurídica firme, y las instituciones públicas descansan sobre la convicción de que hay un derecho de la persona individual, frente a frente hasta del poder soberano del Estado, corresponde en este resultado a Francia la parte más importante”.<sup>42</sup>

#### IV. LA RESPUESTA DE E. BOUTMY

No hace falta ser muy perspicaz para suponer que el discurso de Jellinek habrá caído como una piedra sobre el orgullo nacional francés en torno a la Declaración. Cabía esperar una respuesta. Vino de Emile Boutmy, que quiso lograr a la vez dos objetivos: desmentir las tesis de Jellinek y, como consecuencia, devolver a Francia la gloria de haber sido el país natal de las declaraciones de derechos. Estos fueron sus argumentos.

Boutmy insinúa que las tesis de Jellinek están animadas por un espíritu de reivindicación nacional, el cual pudo haber sido el motor para su esfuerzo, aunque quizá el propio Jellinek no lo supiera. La idea última de Jellinek

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 125.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>42</sup> *Ibidem*, pp. 135 y 136.

podría haber sido, según Boutmy, remontar hasta una fuente alemana “la más impresionante manifestación del espíritu latino a finales del siglo XVIII (La Declaración)”.<sup>43</sup>

Boutmy solamente reconoce un acierto en el ensayo de su oponente: el de señalar que el ejemplo americano a través de la Declaración de Independencia, pero no las “mal conocidas” Constituciones de las colonias, pudo haber influido en alguna medida sobre la idea de reunir en un solo texto los derechos y colocarlos al comienzo de la Constitución. El resto del texto de Jellinek no le merece mayor consideración y lo despacha de un plumazo: “Respecto a las demás afirmaciones de Jellinek, no encuentro ninguna acorde con una visión sana de los hechos y de los textos, con la cual pudiera estar de acuerdo: todas me parecen igualmente discutibles”.<sup>44</sup>

Respecto a la negación de la influencia de Rousseau en la Declaración, Boutmy argumenta que la lectura presentada por Jellinek de *El contrato social* está mal hecha y que, en sentido contrario a lo que sostiene el profesor alemán, hay párrafos en esa misma obra que demostrarían que las declaraciones de derechos tienen cabida en la teoría rousseauiana. El párrafo de *El contrato social* que recupera Boutmy para sostener su punto es el siguiente, en su parte medular: “Renunciar a su libertad es renunciar a su calidad de hombre, a los derechos de la humanidad, también a sus deberes. No hay ningún resarcimiento para quien renuncie a todo. Tal renuncia es incompatible con la naturaleza del hombre, y quitar toda libertad a la voluntad es renunciar a la moralidad de las acciones”.

Para Boutmy hay en la obra de Rousseau puntos de vista que sostendrían la visión de Jellinek y otros que permitirían advertir lo contrario. La justificación que hace Boutmy de ello es la siguiente: “Las contradicciones son propias de hombres que han pensado abundantemente, que han creado ampliamente y que también han destruido. Han dicho necesariamente muchas cosas y entre ellas hay un gran número opuestas entre sí e incluso alguna será contraria de otra”.<sup>45</sup>

Se trata de una posición con la que parecen coincidir algunos teóricos de nuestro tiempo que encuentran en la Declaración elementos compatibles y elementos incompatibles con las tesis de Rousseau. Tal es el caso de

<sup>43</sup> Boutmy, Emile, “La Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano y M. Jellinek”, recogido en Jellinek, *La Declaración...*, cit., nota 17, p. 144.

<sup>44</sup> *Idem*.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 147.

Gregorio Peces-Barba, quien encuentra los siguientes aspectos del pensamiento rousseaoniano como incompatibles con la Declaración:<sup>46</sup> a) la idea de que el soberano no esté sometido a sus leyes (Rousseau: “Es contra la naturaleza del cuerpo político que el Soberano se imponga una ley que no puede infringir”); b) la idea de que no se necesite, frente al soberano, una garantía de los derechos (“El poder soberano no necesita garantía ante sus súbditos porque es imposible que el Cuerpo quiera dañar a todos sus miembros, y no puede dañar a ninguno en particular”); c) la negación de la representación democrática del soberano (“La soberanía no es sino el ejercicio de la voluntad general, no puede nunca alienarse, y el soberano, que es un ente colectivo, no puede estar representado sino por sí mismo”); d) la negación de la separación de poderes (“Nuestros políticos, no pudiendo dividir la soberanía en sus principios, la dividen en su objeto; la dividen en fuerza y en voluntad, en poder Legislativo y en poder Ejecutivo, en derechos fiscales, de justicia y de guerra, en administración interior y en poder de tratar con el extranjero: a veces confunden las partes, a veces las separan; hacen del soberano un ser fantástico y formado por piezas que se juntan”); e) la idea de que los derechos son resultado de la voluntad general expresada en la ley y no anteriores a ésta (“La voluntad constante de todos los miembros del Estado es la voluntad general; por ella son ciudadanos y libres”); f) la negación del carácter de derecho natural de la propiedad (“El derecho que cada particular tiene sobre su propio fundo está siempre subordinado al derecho que la comunidad tiene sobre todos, sin lo que no habría solidez en el bien social, ni fuerza real en el ejercicio de la soberanía”).

El mismo Peces Barba señala aspectos de la obra de Rousseau que no solamente serían compatibles sino que con alguna probabilidad influenciaron el contenido de la Declaración:<sup>47</sup> a) el valor eminente de la ley (explicada por Rousseau en el capítulo VI del libro II del *Contrato social*); b) la relación entre ley y libertad (“En el Estado de Naturaleza, donde todo es común, yo no debo nada a los que nada he prometido. No reconozco como ajeno sino lo que es inútil. No es así en el Estado Civil, donde todos los derechos están fijados por la Ley”); c) el imperio de la ley como criterio de legitimidad del poder (“Llamo entonces República a todo Estado regido

<sup>46</sup> Peces-Barba, Gregorio, “Fundamentos ideológicos y elaboración de la Declaración de 1789”, *op. cit.*, nota 9, pp. 170-172.

<sup>47</sup> *Ibidem*, pp. 172-177.

por las leyes, bajo cualquier forma de administración: es entonces cuando solamente el interés público gobierna, y la cosa pública es cualquier cosa. Todo gobierno legítimo es republicano"); d) el carácter laico del Estado ("El cristianismo sólo predica servidumbre y dependencia. Su espíritu es demasiado favorable a la tiranía para que ésta se beneficie siempre. Los verdaderos cristianos están hechos para ser esclavos; lo saben y no se inquietan nada; esta corta vida tiene demasiado poco precio ante sus ojos").<sup>48</sup>

Pero la tesis fuerte del ensayo de Boutmy no es la que se refiere a Rousseau, sino la que intenta desmontar la argumentación de Jellinek sobre la influencia norteamericana en la Declaración. Su argumento arranca con las siguientes palabras: "...la Declaración de Derechos no encuentra su origen en Rousseau más que en Locke, en los *Bills* de derechos americanos más que en la Declaración de Independencia, sino que es el resultado de una causa indivisible: el gran movimiento espiritual del siglo XVIII".<sup>49</sup>

Para Boutmy la comparación de textos que hace Jellinek entre el contenido de la Declaración y el contenido de los textos de las colonias no es acertada, ya que no se comparan por completo los textos, sino solamente una parte de los mismos con la Declaración. Para Boutmy, si se hiciera una comparación completa se vería que las semejanzas son mucho menores: "El procedimiento empleado por Jellinek —afirma— es, pues, de alguna manera, sospechoso, contiene un grave error... una comparación más correcta, realizada sucesivamente con cada una de las Constituciones en su totalidad, reduciría las analogías a un 10 o un 5 por 100".<sup>50</sup>

El origen de las declaraciones de uno y otro lado del Atlántico está en Inglaterra según Boutmy; los principios del *common law* cruzaron el "Canal de la Mancha, influyendo bien en la Declaración de Derechos, bien en ese fondo común del siglo XVIII, de donde esta Declaración los ha tomado"; además, "ese patrimonio común del siglo XVIII alimentado por Locke, Montesquieu, Voltaire, Rousseau, se había extendido por todos los rinco-

<sup>48</sup> Esta idea era plenamente compatible con el pensamiento del siglo XVIII, que veía en el cristianismo el principal obstáculo para el avance de la ciencia y el conocimiento; véase en este sentido, los comentarios de Barzun, Jacques, *Del amanecer a la decadencia. Quinientos años de vida cultural en Occidente (de 1500 a nuestros días)*, Madrid, Taurus, 2001, pp. 537 y ss.

<sup>49</sup> Boutmy, "La Declaración...", *op. cit.*, nota 43, p. 148.

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 150 y 151. Boutmy realiza su propia comparación textual, para desvirtuar la de Jellinek (pp. 153-163).

nes del mundo civilizado, incluidas las colonias americanas... Las ideas, si no los libros de Rousseau, habían penetrado en los espíritus, pero el nombre del autor se perdió por el camino; de ahí que aquellas entraran de forma anónima”.<sup>51</sup> Boutmy se declara sorprendido de que Jellinek hubiera pasado de largo sobre el enorme desarrollo filosófico del siglo XVIII, sin “sospechar que este periodo ha visto nacer y crecer una filosofía poderosa, que ha dejado su marca sobre todas las obras de su tiempo”.<sup>52</sup>

Le parece a Boutmy que la posibilidad de que las ideas de la Reforma hubieran atravesado el Atlántico y hubieran luego regresado a Francia por vía de los textos constitucionales americanos es poco realista. Lo que sucedió más bien, según nuestro autor, es que fue el ambiente intelectual del siglo XVIII el vehículo de transportación de la idea de los derechos; la influencia llegó lo mismo a Estados Unidos que a Francia: “...no creo que las ideas de un Lutero hayan podido, atravesando un siglo, encontrarse en las ideas de un Roger Williams, y después, tras otro siglo, fijarse en las Declaraciones de América del Norte, de donde pasaron a la Declaración francesa, que les dio gran y solemne resonancia. Creo que es el siglo XVIII, destructor de toda tradición, creador del derecho natural, al que hay que acudir como inspirador de estas conclusiones llenas de sentido y de vigor. El tipo de demostración empleado por Jellinek sólo puede satisfacer a los eruditos. El hombre de Estado busca las causas sustanciales, que no encontrará sino en la riqueza, variedad y amplitud de todo un siglo”.<sup>53</sup>

Hay dos puntos más a destacar en la intervención de Boutmy. El primero se refiere a su tesis sobre la precedencia del derecho de libertad religiosa sobre los demás derechos y su carácter de “desencadenante” del resto de derechos que Jellinek le asigna. El otro es la diferencia que aprecia Boutmy entre la Declaración y los textos americanos a partir de su distinto valor jurídico.

Respecto al papel de la libertad religiosa Boutmy afirma que Jellinek se equivoca colocando su origen en los textos americanos. Su origen está más bien en Europa y concretamente en la Reforma. Por otro lado, el establecimiento de Roger Williams en Providence y el principio de tolerancia religiosa se da según Boutmy por razones económicas: se trataba de una forma

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 151.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 166.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 172.

de atraer hombres, que tanta falta hacían en ese tiempo para el desarrollo económico: “Lo que se estableció casi por todas partes en aquella época en Estados Unidos no es la libertad de conciencia, sino algo muy diferente, la tolerancia. Esta tolerancia tenía casi en todas partes su origen en un razonamiento, basado en las condiciones económicas de cada grupo social. La primera, la necesidad más sentida que padecía cada grupo, era la de acrecentar su población, la de procurarse hombres. ¿Iban a rechazarles, a expulsarles hacia otras orillas simplemente por exigencias confesionales? Eran pues los fines económicos de cada colonia los que determinaban la acogida de todas las religiones indistintamente, al menos, de todas contra las que el núcleo de la sociedad no alimentaba un prejuicio tenaz”.<sup>54</sup>

Además, la libertad religiosa no tuvo un efecto desencadenante sobre otros derechos, ya que en Estados Unidos todos nacen a la vez: “...todas las libertades nacen naturalmente sobre el suelo americano. Dichas libertades no tenían ninguna necesidad de que la libertad religiosa hubiera tomado la delantera y les hubiera proporcionado el modelo que ellas siguieran. Cada una surge por su cuenta, con la misma autoridad que las demás; no hay que establecer ninguna jerarquía entre ellas”.<sup>55</sup>

La última cuestión que interesa subrayar de la exposición de Boutmy es la radical diferencia que este autor observa en cuanto al valor jurídico de la Declaración y la que tuvieron y tienen los textos americanos. Se trata de una cuestión que como veremos tiene bastante fundamento histórico, aunque quizá no fuera del todo advertida por los redactores de los documentos mencionados. Boutmy explica que la meta de los textos americanos y del francés es completamente diferente. Los textos americanos fueron escritos para ser invocados ante los tribunales o incluso ante una Suprema Corte, de manera que sus autores “se preocuparon de preparar los argumentos jurídicos, los medios que el proceso pudiera exigir, y todo el contexto conlleva la señal de esa preocupación”.

En el caso francés la intención no era actuar como palanca de apoyo para litigios ante los tribunales, sino instruir al mundo sobre los derechos que debían tener todas las personas, de forma semejante a lo que hacen los grandes textos filosóficos:

<sup>54</sup> Boutmy, Emile, “La Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano y M. Jellinek”, *op. cit.*, nota 43, p. 167.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 170. Véase, en sentido parecido, la argumentación de Kriele, *Introducción a la teoría del Estado*, *cit.*, nota 4, pp. 211 y ss.

Para los franceses —afirma Boutmy—, la Declaración no es sino una pieza de oratoria, los artículos se presentan vacíos, desarmados, o si acaso armados de su propia solemnidad, del imperio de la verdad sobre los hombres... Los franceses escriben para enseñar al mundo; los americanos, buscando la ventaja y la comodidad de sus conciudadanos redactaron los artículos de sus declaraciones... La Declaración de Derechos francesa está escrita en el estilo sobrio y audaz de un filósofo que se preocupa sólo de expresar la idea general. Las declaraciones de derechos americanas están redactadas en esa lengua un poco meticulosa y copiosa del jurista celoso de no omitir ningún elemento del que el demandante pudiera servirse, celoso también de no dejar ningún punto débil, por donde una objeción, una inadmisibilidad, pudiera introducirse y oponerse al objetivo perseguido.<sup>56</sup>

Tal parece que, si estamos de acuerdo con Boutmy, la Declaración fue hecha por y para filósofos, mientras que los textos americanos fueron hechos por y para juristas. Quizá tuviera razón cuando escribió su ensayo y quizá también sea cierto el mensaje encubierto de su escrito: los franceses tenían una altura de debate y una formación filosófica que no existió, pese al ambiente cultural del siglo XVIII que llegó a todos los rincones del mundo occidental según Boutmy, en el debate americano. Hamilton, Madison, Jefferson y otros tenían que resolver el problema concreto de crear una nación y un sistema de gobierno completamente nuevo (aunque tomaron elementos de la vieja monarquía inglesa) en muy poco tiempo. El intento de *hacer filosofía* frente a los representantes de personas que estaban empeñadas en “la conquista del Oeste” seguramente hubiera parecido un empeño un tanto superfluo. Hay autores que reconocen justamente que el interés por establecer los derechos fue superior a la capacidad de los fundadores de comprender su significado y sus alcances; es probable que en ese entonces no a todos les quedaran claras las implicaciones teológicas y filosóficas de los derechos.<sup>57</sup>

Pero si el objetivo de Boutmy fue realzar el empaque intelectual de la Declaración frente a la menor significación que pudiera tener un docu-

<sup>56</sup> Boutmy, Emile, “La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y M. Jellinek”, *op. cit.*, nota 43, pp. 152 y 153.

<sup>57</sup> Véase, en este sentido, la explicación de Hutson, James, “The Bill of Rights and the american revolutionary experience” en Lacey, Michael y Haakonssen, Knud (eds.), *A culture of rights. The Bill of Rights in philosophy, politics and law, 1791 and 1991*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, pp. 62 y ss.

mento no destinado a “enseñar al mundo los derechos”, sino simplemente a hacerse valer ante los tribunales, se equivocó del todo. Justamente una de las ideas más consolidadas de la tradición moderna de los derechos, que quizá no estuviera presente del todo en el debate del siglo XVIII, es que los catálogos y declaraciones se puedan hacer valer ante los tribunales. Precisamente lo que le niega cualquier valor (o lo reduce de forma importante, al menos) a un documento normativo es la imposibilidad de plantear una reclamación, queja o juicio contra su violación.