

Estudio introductorio. Jellinek y la Declaración francesa de 1789	9
Miguel CARBONELL	
1. Introducción: el autor en su contexto	9
2. El contenido de la obra	13
3. La Declaración de 1789 en el siglo XXI	23
4. Conclusión	31
5. Georg Jellinek. Datos biobibliográficos	31
6. Obras de Adolfo Posada	33

ESTUDIO INTRODUCTORIO JELLINEK Y LA DECLARACIÓN FRANCESA DE 1789

Miguel CARBONELL

La historia de la política es hoy todavía demasiado mera historia de la literatura, y, en cambio, muy poco la historia de las instituciones mismas.

Georg JELLINEK

No parece tener hoy gran importancia práctica, la cuestión de saber si una acción del individuo está directamente autorizada, o sólo está indirectamente reconocida por el Estado. Pero el objeto de la ciencia del derecho no se reduce a formar jueces y funcionarios, y a enseñarles cómo deben resolver los casos difíciles. Conocer el límite jurídico entre el yo y la colectividad, es el problema más elevado que la especulación debe resolver, mediante el estudio de la sociedad.

Georg JELLINEK

1. Introducción: el autor en su contexto

Georg Jellinek es un autor que no necesita presentación. Sus obras son bien conocidas y, en su parte medular, se encuentran disponibles para los lectores de lengua castellana gracias a las magníficas traducciones publicadas en España en las primeras décadas del siglo XX.

El único objeto de estas líneas es resaltar la importancia del texto de Jellinek que nos ocupa y, sobre todo, de su objeto de análisis: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, documento esencial para la historia del constitucionalismo moderno.

Georg Jellinek nació en Leipzig en 1851 y murió en Heidelberg en 1911. Su formación incluye estudios de derecho, filosofía, geografía e historia del arte. En 1872 obtiene un doctorado en filosofía y en 1874 otro en derecho. En 1879 logra la *venia docendi* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena. Su carrera docente sigue en las universidades de Berlín y Basilea hasta llegar al que sería su destino final, en la Universidad de Heidelberg —de la que fue vicerrector—, donde enseña derecho constitucional, derecho internacional y ciencia política desde 1890 hasta su muerte en 1911. En 1907 la Universidad de Princeton le otorgó un doctorado *honoris causa*.¹

La formación pluridisciplinar de Jellinek hace que la metodología de sus obras no quede encerrada en el formalismo que caracterizaba la teoría del Estado y del derecho de finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Junto a la doctrina jurídica del Estado, nuestro autor incorpora la *teoría social* del mismo.² Hay un párrafo de Jellinek que refleja con nitidez la vocación multidisciplinaria que requiere la teoría del Estado:

...la forma dogmática de las normas jurídicas sólo puede ser explicada mediante el arte del jurista, arte que consiste en abstraer de los fenómenos jurídicos normas, y en deducir las consecuencias que éstos implican. La dogmática del derecho es irremplazable, pero el uso exclusivo de la misma es insuficiente para abarcar los aspectos múltiples de la vida del Estado, de aquí que el investigador necesite a las otras disciplinas.

1 Los datos de este párrafo se toman de Lucas Verdú, Pablo, “Estudio preliminar” en Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. de Christian Föster, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. XII-XV, y De Hollerbach, Alexander, “Jellinek, Georg”, *Enciclopedia Internacional de Ciencias Sociales*, David Sills (dir.), Madrid, 1974, t. VI, p. 325.

2 Lucas Verdú, *op. cit.*, p. XV. Los supuestos metodológicos de la teoría del Estado de Jellinek fueron tempranamente explicados por Fernando de los Ríos, el traductor al castellano de la segunda edición alemana de la monumental *Teoría general del Estado*, Madrid, Librería General de Victoria Suárez, 1914, 2 ts. (un ejemplar de esta edición se encuentra en la biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM). Véase el prólogo de De Los Ríos, en el t. 1 de esa obra, pp. V-LXXVIII.

Una de esas disciplinas es, sin duda, la historia, que Jellinek cultiva y aplica en todas sus obras. Eso hace que el estudio de los cuerpos legales se vea animado por indagaciones históricas de la mayor profundidad, como sucede con el ensayo sobre la Declaración francesa de 1789 que ahora se presenta.

Pero la historia no es concebida, en Jellinek, como un simple recurso para la erudición, sino como un mecanismo para desvelar las raíces, los troncos iniciales de las instituciones, las conexiones remotas —o no tanto— de las ideas políticas que luego se plasman en los códigos y las Constituciones. Lucas Verdú destaca “...la preocupación jellikeniana por la realidad histórica concebida como hecho social indisolublemente unido a la evolución estatal y constitucional. No se trata de erudición profesional, ni de acumulación de datos, por eso todavía son aprovechables sus investigaciones en este campo”.³ En el mismo sentido, Adolfo Posada observa la “penetración” de los escritos históricos de Jellinek; una penetración que el mismo Posada califica como “interpretativa”⁴ y, por tanto, no meramente narrativa o recopilativa de datos y fechas.

Jellinek pertenece al grupo de juristas europeos que generaron las grandes teorías del derecho y del Estado, de las cuales seguimos siendo deudores intelectuales en los inicios del siglo XXI. Junto con Laband, Gerber, Kelsen y Heller, contribuye a sentar las bases —desde el ámbito del pensamiento austriaco-germano— del derecho público contemporáneo. Pedro de Vega destaca que “Con Jellinek culmina, en efecto, la línea que, iniciada por Gerber y Laband, marcaría el hito más glorioso de la época del positivismo, capaz de oscurecer por sí misma y condenar al olvido y al silencio aportaciones tan importantes a la teoría del Estado como fueron las de Bornhak, Rehm, Richard Schmidt, etcétera”.⁵

3 “Estudio preliminar”, *op. cit.*, nota 1, pp. XVI-XVII.

4 Posada, Adolfo, “Estudio preliminar” en Jellinek, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Estudios de historia constitucional moderna*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1908, p. 8 (ahora incluido en este libro; de esa edición original existe un ejemplar en la biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM).

5 “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 3. El propio Pedro de Vega sintetiza en un párrafo magistral

En el prólogo de su propia *Teoría general del Estado*, Kelsen le dedica un párrafo memorable a Jellinek. Dice lo siguiente:

Compréndase que de modo especial me haya referido a la *Teoría general del Estado* de Georg Jellinek, cuyo mérito más duradero es el de haber sintetizado de modo perfecto y magistral la Teoría del Estado de la última centuria; en la mayoría de los casos, sus concepciones representan lo que podríamos llamar el patrimonio científico del universitario medio. Por eso, cuantas veces necesitaba referirme a esto, encontré un apoyo esencial en el *standard work* de mi inolvidable maestro.⁶

Aunque su obra más conocida y difundida es la *Teoría general del Estado*, Jellinek escribió sobre una infinidad de temas. Lucas Verdú recuerda que nuestro autor “Cultivó la teoría del Estado, el derecho constitucional, el derecho administrativo, la ciencia política, la historia del pensamiento...”. Al estudio de los derechos humanos no le dedicó solamente el ensayo sobre la Declaración francesa, sino también su importante obra *System der Subjetiven Öffentlichen Rechte* de 1892, que lamentablemente todavía no ha sido traducida al castellano.⁷ Además de la traducción de la *Teoría*

la enorme contribución de Jellinek en el desarrollo del derecho público de finales del siglo XIX y principios del XX: “La *Teoría general del Estado* de Jellinek marca, sin duda, el momento en el que por primera vez en la historia el derecho público adquiere una explicación sistemática. Frente al *espíritu exegético* y el *comentario legalista* que presidieron la mayoría de los trabajos de derecho público de la pasada centuria (Chaveau, Serrigny, Cabatous, Ronne, Schulze, etcétera) y que llevaron a notables administrativistas franceses a reducir el derecho administrativo al comentario de las leyes administrativas y la jurisprudencia del Consejo de Estado, y frente a la tendencia contraria a considerar las cuestiones de derecho público como cuestiones filosóficas, sociológicas, históricas y, en cualquier caso, metajurídicas (que aparece en las obras de Von Mohl, Bluntschli, Rosler, Von Stein, Gumplowicz, etcétera), se presentaba la *Teoría general del Estado* de Jellinek, en los albores del siglo XX, como el prometedor horizonte que abría definitivamente el camino a una doctrina jurídica del Estado y a una vertebración lógica y sistemática del derecho constitucional”, *idem*, p. 4.

6 Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, 15a. ed., México, Editora Nacional, 1979, p. IX.

7 Hay traducción al italiano: *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, trad. de Gaetano Vitagliano, pról. de Vittorio Emanuele Orlando, Milán, Società Editrice, 1912

del Estado que realizó Fernando de los Ríos y de la de Adolfo Posada que integra el presente volumen, de Jellinek se encuentran vertidos al español, entre otros, su estudio *Reforma y mutación de la Constitución*, así como el pequeño libro *Fragments de Estado*.⁸

En todos sus escritos Jellinek demuestra una gran coherencia; su influencia en la doctrina posterior —que incluso quedaría acreditada solamente con la lectura de la cita de Kelsen ya transcrita— ha sido enorme, aunque quizá no haya sido valorada en toda su importancia.⁹ No hay duda de que Jellinek es un clásico al que hay que leer y releer, y no sólo en sus obras más conocidas sino también en aquellas otras que nos aportan las claves de las grandes construcciones de su pensamiento,¹⁰ como su ensayo sobre la Declaración francesa de 1789.

2. *El contenido de la obra*

El libro que ahora se presenta fue publicado, por primera vez, en 1895 y tuvo gran influencia en Alemania. Se trata, según el mismo autor, de un estudio preparatorio para su obra de mayor alcance: la *Teoría general del Estado*. En 1902 aparece la traducción al francés a cargo de Fardis y con prólogo de Larnaude. En Francia el libro de Jellinek tiene un impacto notable y genera una encendida réplica de Émile Boutmy publicada ese mismo año en los *Annales de Sciences Politiques*.¹¹ La respuesta de Jellinek no se hace esperar; el profesor de Heidelberg ratifica sus tesis en un trabajo publicado en la *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et l'étranger*, dirigida entonces por Larnaude, prologista de la traducción francesa de la obra de Jellinek.

Dos años después, en 1904, Jellinek publica en Alemania la segunda edición de su ensayo en la cual se hace cargo de las observaciones de Boutmy, aunque mantiene sus puntos de vista ori-

(un ejemplar de esta edición se encuentra en la biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM).

8 Trad. de Herrero de Miñón, Miguel *et al.*, Madrid, Civitas, 1978.

9 Lucas Verdú, “Estudio preliminar”, *op. cit.*, nota 1, p. XIX.

10 En el mismo sentido, *ibidem*, pp. LXXVIII y ss.

11 Véase *infra* el “Estudio preliminar” de Adolfo Posada.

ginales. La presente traducción se ha hecho de esa segunda edición e incluye el artículo de Jellinek en el que replica a Boutmy. El plan original del traductor era incluir también el trabajo de Boutmy, pero lamentablemente esto no fue posible.¹²

Como se verá, ya en el mismo prólogo de la segunda edición Jellinek hace referencia a su polémica con Boutmy, de quien dice que se ha dejado llevar por el “apasionamiento”, poniendo “sus sentimientos en lugar de los hechos” y la declamación ingeniosa en vez de la demostración. El debate Jellinek-Boutmy ha sido calificado, con acierto, como una “célebre polémica transnacional” y ha encontrado eco hasta nuestros días.¹³

Jellinek centra su exposición en lo siguiente: A) La incompatibilidad entre las tesis del *Contrato social* de Rousseau y las Declaraciones de derechos; B) La influencia directa de las Constituciones de las 13 colonias norteamericanas sobre los contenidos de la Declaración de 1789, y C) La concepción de la libertad religiosa en las colonias de Estados Unidos como precedente de la consagración de derechos universales del hombre. Veamos sus argumentos.

A) Para nuestro autor el origen de la Declaración francesa del 26 de agosto de 1789 no se encuentra en Francia, ni en el pensamiento francés, sino en Estados Unidos y, sobre todo, en el desarrollo constitucional de las 13 colonias.

Jellinek no deja de subrayar la influencia e importancia de la Declaración: “bajo su influjo —escribe— se ha formado la noción de los Derechos subjetivos públicos del individuo en el derecho positivo de los Estados del Continente europeo”.¹⁴ Tampoco escatima a Francia el mérito de haber llevado a cabo una obra de enorme valor civilizatorio:

12 El texto de Boutmy y otros sobre la polémica iniciada por Jellinek se encuentran en González Amuchástegui, Jesús (ed.), *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano*, Madrid, Editora Nacional, 1984.

13 García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza Universidad, 1994, pp. 66-68.

14 La evolución histórica del concepto de derecho subjetivo se encuentra explicada en la obra citada de García de Enterría. Una visión más contemporánea puede verse en Cruz Parceró, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, México, Fontamara, 1999.

Si hoy —apunta casi al final de su obra— 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, cualquiera que pueda haber sido la eficacia política inmediata de la Declaración francesa, en los tiempos de la Revolución.

Lo primero que Jellinek trata de desmentir es la visión de que fue *El contrato social* de Rousseau, la obra que inspira la Declaración de derechos. No pudo haber sido así, sostiene, debido a que el contrato social representa justamente lo contrario a los derechos del individuo: los miembros de la comunidad, unidos por el contrato, enajenan a la *volonté générale* todos sus derechos. Los principios del contrato social, afirma Jellinek, son contrarios a una declaración de derechos, porque del primero se desprende la omnipotencia de la voluntad general, “jurídicamente sin límites”.¹⁵

Aunque es cierto que, como señala Jellinek, parece haber una contradicción conceptual importante entre la centralidad que le otorga Rousseau a la “voluntad general” y la existencia de una declaración de derechos que busca imponerse incluso sobre el legislador,¹⁶ también hay poderosos e innegables ecos rousseanicos en la Declaración de 1789.¹⁷ Basta leer, para advertir lo anterior, su artículo 6o. que dice:

La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a participar personalmente, o por sus representantes,

15 Recientemente, ha sido Luigi Ferrajoli quien ha recordado que tomar la doctrina de la voluntad general como un parámetro de legitimación absoluto y exclusivo puede resolverse en el “sacrificio de los derechos y de los intereses sustanciales de los ciudadanos como individuos”, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés y otros, Madrid, Trotta, 1998 (reimpr.), p. 884.

16 García de Enterría apunta que “Es patente que la Declaración francesa pretendió tener un valor supralegal, esto es, de valor superior a las leyes ordinarias, lo que la erigía en un límite al legislador”, *op. cit.*, nota 13, p. 77.

17 Véase el resumen que hace Posada de las objeciones de Boutmy a esta tesis de Jellinek, en las páginas 62 y ss. de la edición de 1908 de este libro, que desde luego también se encuentra en la presente obra.

en su elaboración. Debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga. Siendo los ciudadanos iguales ante ella, todos son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos.¹⁸

B) Habiendo descartado a Rousseau como fuente de inspiración de la Declaración francesa, Jellinek se propone buscar sus antecedentes en otra parte y los encuentra, citando de entrada las memorias de Lafayette, en las Constituciones de las colonias de Estados Unidos y, concretamente, la Declaración de Virginia de 1776, que va encabezada por un “solemne” *Bill of rights*. Para él

La Declaración de Derechos francesa está tomada en su conjunto de los *bills of right* 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. En punto a adiciones originales sólo contienen desarrollos de doctrina pertenecientes, más bien, al dominio de la metafísica política.

Para demostrar lo anterior, Jellinek compone una tabla comparativa en la que identifica los contenidos de la Declaración con otros, prácticamente idénticos, de diversas Constituciones de las colonias norteamericanas. Para Boutmy el procedimiento seguido por Jellinek es “sospechoso [y] contiene una causa grave de error”. La operación comparativa, según Boutmy, está sesgada y se ha hecho a gusto y modo de Jellinek para demostrar su tesis. Para Boutmy la influencia no hay que encontrarla al otro lado del atlántico, sino más bien en los documentos ingleses anteriores y en la atmósfera general que se había desarrollado a partir de las obras de Locke, Montesquieu, Voltaire y Rousseau, entre otros.

Desde luego, Jellinek no ignora la importante influencia del derecho inglés sobre el desarrollo constitucional de las colonias americanas. Las cláusulas de las primeras Constituciones de Estados Unidos pueden ser rastreadas, según Jellinek, en el *Bill of rights*

18 Véanse las observaciones de García de Enterría, *op. cit.*, nota 13, pp. 114-124; del mismo autor, *Revolución francesa y administración contemporánea*, 4a. ed., Madrid, Civitas, 1994, pp. 21 y ss.

de 1689, el *Habeas corpus act* de 1679, la *Petition of right* de 1627 y la *Magna charta libertatum*, los cuales “parecen ser los precursores indiscutibles del *Bill of right* de Virginia”.¹⁹ Esto no le impide, sin embargo, afirmar que existe gran diferencia entre los documentos ingleses y los desarrollados por las colonias y concluir que serían más bien estos últimos los que habrían influenciado a los asambleístas franceses. Una diferencia esencial es la relación entre los derechos y la ley. “Según el derecho inglés — sostiene Jellinek—, el Parlamento es omnipotente: todas las leyes por él aceptadas o elaboradas tienen igual valor... Las Declaraciones americanas, por el contrario, contienen reglas que están por encima del legislador ordinario”. Este punto es relevante porque va a dar lugar, en Estados Unidos, al surgimiento de un peculiar modelo de control de constitucionalidad de las leyes que no ha sido desarrollado, ni remotamente, en Inglaterra.²⁰

Otra diferencia importante entre, por ejemplo, el *Bill of rights* inglés y las Constituciones de las colonias americanas consiste en que en el primero se contienen pocos derechos y se señalan, más bien, los deberes del gobierno. Las Declaraciones americanas, por el contrario, “Enumeran —dice Jellinek— una porción mayor de derechos que las Declaraciones inglesas, y los consideran como derechos innatos e inalienables. ¿De dónde viene esta manera de ver de las leyes americanas?... No proviene del derecho inglés —concluye nuestro autor—”. Sobre este punto, Pedro Cruz Villalón apunta que

Los derechos, en efecto, son americanos, lo cual no quiere decir que sean menos europeos, toda vez que, culturalmente, América no era entonces sino una provincia de Europa algo más alejada geográficamente. En realidad, los derechos son sencillamente iusnaturalistas, y las concepciones en aquella polémica enfrentadas,²¹ distintas versiones del iusnaturalismo.²²

19 Sobre el desarrollo histórico de los documentos constitucionales americanos y su comparación con lo sucedido en el continente europeo, Clavero, Bartolomé, *Los derechos y los jueces*, Madrid, Civitas, 1988, con abundantes referencias bibliográficas complementarias.

20 Véase Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, 1987, pp. 43 y ss.

21 Se refiere a la polémica Jellinek-Boutmy.

22 “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *La curiosidad del*

Para apoyar su tesis sobre la influencia norteamericana, Jellinek recuerda que los textos constitucionales norteamericanos fueron conocidos y apreciados por los integrantes de la Asamblea Nacional francesa. Este punto es refrendado, en iguales términos, por un autor francés importante: León Duguit. Para él la Constitución norteamericana de 1787 juega un papel importante en las deliberaciones de la Asamblea francesa. Los Diputados de dicha Asamblea pudieron conocer el texto mismo de la Constitución de 1787 y tuvieron además acceso a las obras de John Adams, segundo presidente de los Estados Unidos, y de Robert Livingston que hacían su apología.²³ De la Constitución de Estados Unidos recogen los franceses, dice Duguit, “la teoría de los tres poderes y más especialmente la noción de Poder Judicial, poder soberano, independiente, emanado directamente del pueblo”, así como la situación, papel y responsabilidad de los ministros.²⁴

A pesar de ello, la Asamblea toma buena nota de las diferencias que hay entre Francia y Estados Unidos; en la sesión del 31 de agosto de 1789 Lally-Tollendal advierte lo siguiente:

No pretendemos, en absoluto, establecer una comparación entre Francia y los Estados Unidos de América. Sabemos que esto constituiría un raro abuso del razonamiento y de la palabra, querer juntar dos pueblos y dos posiciones tan diferentes. Por un lado, una República federal, formada por trece Repúblicas nacientes, en un mundo nuevo, tres millones de habitantes, es decir quinientas mil cabezas de

jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 32.

²³ Duguit, León, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, trad. y presentación de Pérez Tremps, Pablo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 18 y 19. García de Enterría apunta sobre el tema lo siguiente: “El influjo de estas Declaraciones americanas sobre la Declaración francesa de 1789 no es, desde luego, discutible. Recordemos que entre 1778 y 1783 se habían publicado cuatro ediciones de un volumen que recopilaba y traducía, por iniciativa de Franklin, las *Constitutions des treize États-Unis de l’Amérique*, que está perfectamente probado que estuvo en las manos de los constituyentes más influyentes y que incluso fue citado con frecuencia durante el debate del que salió la Declaración de 1789. El problema es estimar el grado de esa influencia”, *op. cit.*, nota 13, pp. 66 y 67.

²⁴ Duguit, *op. cit.*, pp. 20 y 21.

familia, casi todos propietarios agrícolas, viviendas dispersas; sin enemigos que combatir, sin vecinos que temer, costumbres sencillas, necesidades limitadas; por otro lado, una monarquía antigua, en el viejo mundo; veintiséis millones de personas, de los cuales dos millones, a lo sumo, son propietarios de tierras, una población amontonada, siempre con vecinos y con rivales, a menudo con enemigos exteriores, y como enemigos interiores los prejuicios, las necesidades, las pasiones, y todo lo que de ello deriva, y todo lo que debe ser su freno.²⁵

Ahora bien, en cuanto al desarrollo posterior de los derechos, es importante destacar, siguiendo a Cruz Villalón, que las Declaraciones francesa y norteamericanas de derechos comparten los rasgos de la llamada “iusnaturalización”, pero no de su “constitucionalización”. Veamos:

Tanto en el caso de las colonias norteamericanas como en el de la Asamblea Nacional francesa, es obvia la concepción de los derechos como una derivación del contrato social, el cual prefigura no solamente a esos derechos, sino también al resto de la organización social. En este sentido, las diferencias entre “parte orgánica” y “parte dogmática” de la Constitución se borran porque los derechos son tan “iusnaturales” como la existencia y organización misma del Estado.²⁶ La manifestación iusnaturalista del pacto social se encuentra claramente establecida, por ejemplo, en el artículo 1o. de la Declaración de Virginia al señalar que “...todos los hombres son *por naturaleza* igualmente libres e independientes y poseen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un *estado de sociedad*, no pueden privar o desposeer a su posteridad en virtud de pacto alguno...” (cursivas mías).²⁷ Parecida es la concepción del artículo 2o. de la Declaración francesa de 1789 que establece: “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre...”. Jellinek, en la tabla comparativa del capítulo V de su ensayo sobre la Declaración (véase *infra*), hace explícita esta semejanza.

25 *Ibidem*, p. 19.

26 Cruz Villalón, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *cit.*, p. 34.

27 Véanse las observaciones de Bartolomé Clavero, *op. cit.*, nota 19, pp. 25 y ss.

Pero la suerte de los derechos se distingue en Francia y en Norteamérica en el momento de la “constitucionalización”, a partir de tres datos fundamentales. En primer término, las *Declarations of Rights* forman parte de los textos constitucionales mismos,²⁸ no figurando como un anexo o un preámbulo. En segundo lugar, en Estados Unidos los derechos se encuentran sujetos al poder de revisión constitucional, pudiendo por tanto ser modificados a través del procedimiento establecido por los respectivos textos constitucionales;²⁹ lo cual es impensable en Europa. Finalmente, el tercer ejemplo de la distinta “constitucionalización” se encuentra en el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, lo que en Estados Unidos se conoce como la *Judicial Review*, que comienza a ser ejercida antes incluso de que se promulgue la Constitución federal de 1787;³⁰ en Francia y en el resto de Europa, por el contrario, se asiste a lo que Cruz Villalón llama “una constitucionalización fracasada” que hace equivalentes al principio de legalidad y a los derechos,³¹ como señala en su ensayo Jellinek, y que va a perdurar durante todo el siglo XIX.

Con todo, Jellinek no deja de observar importantes diferencias entre las Declaraciones americanas y la francesa. Una de ellas es que —según nuestro autor— en Estados Unidos las Declaraciones de derechos son una narración de un estado de cosas que ya existía en la medida en que los ciudadanos ya tenían asumidos los derechos que luego se formalizan; mientras que en Francia, por el contrario, las Declaraciones aspiran a generar un cambio en el funcionamiento del Estado y en las relaciones entre éste y los ciudadanos. “Tal es la diferencia —sostiene Jellinek— más importante entre la Declaración de derechos de los americanos y la de los franceses, pues, entre los primeros, las instituciones prece-

28 Cruz Villalón, *op. cit.*, nota 26, p. 36.

29 *Ibidem*, p. 37. El autor cita, como ejemplo, el artículo 42 de la Declaración de Maryland que dispone: “Que esta Declaración de Derechos, o la estructura política que establezca esta Convención, o cualquiera de sus partes, no pueden ser alteradas, modificadas o abolidas por el Parlamento de este Estado sino del modo que esta Convención prescriba y ordene”.

30 *Ibidem*, p. 38.

31 *Ibidem*, p. 39. Véase también, García de Enterría, *op. cit.*, nota 13, capítulo III y Clavero, Bartolomé, *op. cit.*, nota 19, pp. 41-57.

dieron al reconocimiento solemne de los derechos de los individuos, mientras entre los segundos vienen después”.

Con toda seguridad, hay otras diferencias entre las Declaraciones americanas y francesa, pero Jellinek no repara en ellas, o por lo menos no suficientemente. Para Eduardo García de Enterría hay por lo menos dos cuestiones en las que la Declaración francesa se aparta ostensiblemente de los documentos norteamericanos y que ayudarían a desmentir la tesis de Jellinek sobre la decisiva influencia de estos últimos sobre aquella. La primera cuestión es la “concepción radical de la sociedad y del Estado como un fruto de la simple coexistencia de las libertades”; la segunda es “el papel central reservado a la ley” en la Declaración francesa, lo cual explicará su influencia decisiva “en el origen del derecho público europeo, una construcción que no llegó a producirse por ello en el siglo XIX americano”.³²

C) Para Jellinek, el origen de los derechos universales del hombre hay que buscarlo en las luchas que se dan para imponer la tolerancia religiosa tanto en Inglaterra, primero, como —sobre todo—, en las colonias norteamericanas después. Cita como ejemplo la tarea de Roger Williams, quien es expulsado de la comunidad puritana de Salem, segunda colonia de Massachussets, por defender una absoluta libertad religiosa, no solo para los cristianos, sino también para los judíos, turcos y paganos, de tal modo que todos ellos tuvieran frente al Estado los mismos derechos civiles y políticos. La visión de Williams tarda en realizarse, pero el derecho de libertad de conciencia va imponiéndose poco a poco hasta ser reconocido en casi todos los *Bills of rights* en 1776.³³

En ese origen religioso, y no político, Jellinek ubica la idea de consagrar los derechos naturales, inalienables e inviolables del individuo. Para él:

Lo que hasta aquí se ha recibido como una obra de la revolución, 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

32 García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 13, pp. 70 y 79.

33 Bartolomé Clavero recuerda el “ambiente de religión” que se respira en el conjunto de documentos constitucionales de las colonias norteamericanas, *op. cit.*, nota 19, pp. 29-31.

su entusiasmo religioso, emigraba hacia las soledades, para fundar un imperio sobre la base de la libertad de las creencias, y cuyo nombre los americanos aun hoy recuerdan con veneración.

Aunque el ensayo de Jellinek contiene otros aspectos que valdría la pena comentar, los tres mencionados sirven como introducción general a las tesis principales del libro, de tal forma que el lector cuente con alguna perspectiva previa antes de iniciar su lectura. Aparte del pensamiento de Jellinek, quizá sea importante resaltar también su objeto de estudio, es decir, la Declaración francesa de 1789, su importancia y las lecciones que todavía contiene para los interesados en la temática de los derechos humanos y, en general, del derecho constitucional contemporáneo. De eso trata el siguiente apartado, pero antes de abordarlo tal vez convenga dedicar algunas palabras al traductor de la obra.

Adolfo Posada fue un brillante constitucionalista español. Escribió un gran número de libros y tradujo a varios de los autores más importantes de finales del siglo XIX y principios del XX, tales como Von Jhering, Dugit, Wilson y el mismo Jellinek, por supuesto (véase *infra* una selección de obras del propio Posada y de sus traducciones). El trabajo de Posada en el campo del derecho político y constitucional contribuyó sin duda a formar, en sus inicios, lo que con el tiempo (y a pesar de la larga noche franquista) se ha convertido en la escuela española de derecho constitucional, que junto con la alemana y la italiana, constituye hoy en día el avance del pensamiento constitucionalista europeo contemporáneo.

En la bibliografía de Posada se encuentran títulos tan importantes (fundadores, podría decirse) como *El régimen constitucional. Esencia y forma. Principios y técnica* o *La crisis del constitucionalismo*. En esta última obra, que reúne los discursos pronunciados en las sesiones de 1923 y 1924 de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Posada subrayaba la “fuerza expansiva” del modelo del Estado constitucional como forma de organización política, anticipándose varias décadas a lo que vino a suceder después de la Segunda Guerra Mundial y, con mayor contundencia, desde 1989.

Posada fue profesor de la Universidad de Oviedo y parece haber sido la semilla de un movimiento constitucional de importantes

dimensiones; en Oviedo se cuenta en la actualidad con uno de los fondos bibliográficos más importantes que existen en España sobre derecho constitucional y bajo cuyos auspicios se ha instrumentado una “red de derecho constitucional europeo” que, a través de internet, ofrece diversos materiales y recursos a los interesados en esta temática (www.constitucion.rediris.es).

3. *La Declaración de 1789 en el siglo XXI*

¿Tiene algo que aportar la Declaración francesa a los juristas del siglo XXI? ¿Qué cabe esperar de una lectura actual de dicho documento? Para responder afirmativamente a la primera de esas preguntas bastaría tener en cuenta la Declaración es, todavía hoy, parte integrante de la vigente Constitución francesa de 1958, tal como lo reconoce su preámbulo.

Pero eso se vuelve irrelevante cuando se tiene en cuenta que 1789 significa, junto con 1787, la *hora inaugural* del Estado constitucional y que, dos siglos después, representa una barrera cultural a favor de la dignidad y la libertad humanas que no admite retrocesos. Peter Häberle cita a Kant para recordar que “Un fenómeno tal en la historia de la humanidad *ya no se olvida*, porque ha dejado al descubierto en la naturaleza humana una capacidad de perfección y una predisposición hacia ella”.³⁴ El mismo Häberle escribe que

Los derechos del hombre y su fundamento, la dignidad humana (desde Kant y Schiller), la separación de poderes (Locke y Montesquieu), así como la democracia (gracias a Rousseau y al *Federalista*) conforman barreras culturales que no permiten el paso atrás y fundan elementos básicos de cualquier avance constitucional hacia el futuro. Igualmente resultan eficaces como potencial de fuerzas y reservas dinámicas: por ejemplo, como dignidad humana *en el puesto de trabajo*, como separación de poderes en sentido amplio entre empresarios y sindicatos, como democracia interna en los partidos.³⁵

34 Häberle, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, trad. de Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, pról. de López Pina, Antonio, Madrid, Trotta, 1998, p. 87.

35 *Ibidem*, p. 88.

El famoso artículo 16 de la Declaración dibuja los rasgos esenciales, el “contenido mínimo”,³⁶ de un Estado constitucional: división de poderes y garantía de los derechos.³⁷ Su enseñanza no se agota en la formulación de una tipología determinada de Estado, sino que ha servido y sigue sirviendo para legitimar el avance de la democracia y las libertades; pero sobre todo ha servido también como parámetro de deslegitimación para aquellos Estados que se quieren presentar como *Estados constitucionales* cuando en realidad son más bien *dictaduras constitucionales*.

Hoy sabemos que más allá de la retórica y de los compromisos de la diplomacia internacional, no hay un Estado que se pueda llamar constitucional sin tener prevista una separación de poderes y reconocidos (y garantizados) los derechos fundamentales. Quizá sea este precepto el que signifique la clave de bóveda del constitucionalismo. Bastaría con él para que la Declaración hubiera pasado a la historia de la lucha de las libertades contra el despotismo. Pero la Declaración ofrece mucha más materia para alimentar la construcción de esa obra siempre inacabada que es el Estado constitucional.³⁸

36 Tomás y Valiente, Francisco, “Constitución”, *Enciclopedia iberoamericana de filosofía. Filosofía política II. Teoría del Estado*, edic. a cargo de Elías Díaz y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta-CSIC, 1996, p. 49.

37 Dicho artículo dispone: “Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes, no tiene Constitución”. Véanse las observaciones de Palombella, Gianluigi, *Constituciones y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, Granada, Comares, 2000, pp. 77 y ss.

38 Véase, entre otros, los siguientes trabajos: Peces Barba, Gregorio, “Los derechos del hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración francesa”, *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993; Puy, Francisco, “Los derechos en la Declaración de 1789”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 6, 1990; Peces Barba, Gregorio y Fernández, Eusebio (dirs.) *Historia de los derechos fundamentales. Tránsito a la modernidad: siglos XVI-XVII*, Madrid, Dikynson, 1998. En francés pueden verse, de entre las obras más recientes, Colliard, C. A. y Conac, G. (dirs.), *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité*, París, La Documentation française, 1990; Rials, S., *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, París, Hachette Pluriel, 1988 y Conac, G. et al. (dirs.), *La Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*, París, Económica, 1993; Troper, M. y Jaume, L. (eds.), *1789 et l'Invention de la Constitution*, Bruselas, París, 1994.

Es de nuevo Häberle quien mejor sintetiza las aportaciones de 1789 al tipo *Estado constitucional*. A la Declaración francesa le debemos, según este autor, lo siguiente:³⁹

- A) El carácter escrito de las Constituciones, en la línea del modelo estadounidense desde el *Bill of rights* de Virginia de 1776;
- B) Los derechos fundamentales del individuo como derechos innatos e imprescriptibles del hombre; los artículos 1o. y 2o. de la Declaración lo expresan con toda rotundidad: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”;⁴⁰ “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”;⁴¹
- C) Las Declaraciones o tablas de derechos humanos en su conjunto, así como también derechos individuales: sus contenidos, ámbitos de protección y funciones;
- D) De la mano del inciso anterior, la idea de la codificación y de la positivación del derecho;

39 Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 34, pp. 76 y 77.

40 Häberle señala que este artículo 1o. constituye una suerte de “dogma permanente del Estado constitucional”, *ibidem*, p. 49.

41 Luigi Ferrajoli explica la forma en que este paradigma resulta invertido en el siglo XIX, por obra de la doctrina alemana del derecho público; *op. cit.*, nota 15, pp. 912 y 913. Por su parte, García de Enterría destaca que el hecho de declarar la propiedad como derecho natural e imprescriptible constituye uno de los pivotes del Código Civil de Napoleón, de corte radicalmente individualista *op. cit.*, nota 13, p. 82; dicho Código tuvo enorme influencia en el desarrollo del derecho privado de gran parte de los sistemas jurídicos de inspiración romano-canónica, como es el caso de México, desde luego. El artículo 2o. de la Declaración, en lo referido a la propiedad, se complementa con el artículo 17 de la misma Declaración que considera que “Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie podrá ser privado de ella a no ser que lo exija evidentemente la necesidad pública, legalmente acreditada, y a condición de una justa y previa indemnización”.

- E) La doctrina del poder constituyente del pueblo, siguiendo las ideas de Sieyés,⁴² o de la *soberanía popular* y la *representación*. Cabe recordar que la Declaración empieza diciendo: “Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional...”. Su artículo 3o. establece que “El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ninguna corporación ni individuo pueden ejercer autoridad que no emane de ella”. García de Enterría apunta que a partir de 1789 y en contraposición con lo que sucedía en el antiguo régimen, “La autoridad la ha de ejercer siempre el pueblo, los agentes que actúen en su nombre serán ocasionales, temporales, revocables, nunca propietarios del poder, que pueden ejercer sólo en nombre del pueblo y por comisión del mismo”.⁴³ El contenido del artículo 3o. de la Declaración perdura en muchas Constituciones contemporáneas, incluyendo la vigente Constitución francesa, así como la Constitución mexicana de 1917.⁴⁴
- F) La separación de poderes, siguiendo las ideas de Montesquieu y los planteamientos constitucionales que se toman de los Estados Unidos.
- G) El concepto de *ley-voluntad general* en el sentido de Rousseau, junto con el procedimiento legislativo. Además del artículo 6o., que ya se ha transcrito, la Declaración realiza en sus artículos 5o., 7o. y 8o., lo que García de

42 Häberle nos recuerda que el Tribunal Constitucional alemán citó a Sieyés y su *pouvoir constituant* en la primera sentencia sobre reordenación territorial, *op. cit.*, nota 34, p. 77.

43 García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 13, pp. 103 y 104.

44 Un contenido similar tenía ya la Constitución francesa de 1791, que en su artículo 1o. establecía: “La soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Perteneció a la nación; ninguna parte del pueblo, ni ningún individuo puede atribuirse su ejercicio”. Por su parte, el artículo 3o. de la Constitución francesa de 1958 dispone: “La soberanía nacional pertenece al pueblo, que la ejercerá a través de sus representantes y por vía de referéndum... Ninguna sección del pueblo y ningún individuo podrán arrogarse el ejercicio de la soberanía...”. Finalmente, el artículo 39 de la Constitución mexicana de 1917 establece que “La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste...”.

Enterría ha llamado “la legalización general del ejercicio del poder”, de cuya idea se va a nutrir todo el nuevo derecho público europeo.⁴⁵

El artículo 5o. contiene nada más y nada menos que el “principio de libertad” de los ciudadanos a través del cual se asegura que los particulares puedan hacer todo aquello que no está prohibido: en su última parte establece que “Todo lo que no esté prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordene”. Los artículos 7o. y 8o. establecen los principios esenciales del funcionamiento de un sistema penal democrático, en total consonancia con el pensamiento de Beccaria y con las ideas penales de la Ilustración.⁴⁶ El primero de ellos comienza diciendo: “Nadie podrá ser acusado, arrestado ni detenido más que en los casos determinados por la ley y según las formas prescritas por ella...”;⁴⁷ el artículo 8o., por su parte, contiene la expresión dogmática del principio *nullum crimen, nulla poena sino legge*; su texto es el siguiente: “La ley no deberá establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias,

45 García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 13, p. 109. El mismo García de Enterría, con Tomás Ramón Fernández, apunta que “Lo verdaderamente singular del régimen de derecho público surgido de la revolución, que se concreta, en cuanto a nosotros interesa, en el derecho administrativo, y lo que constituye la definitiva originalidad histórica de éste, es justamente ese cambio radical de concepción del sistema jurídico. La administración es una creación abstracta del derecho y no una emanación personal de un soberano y actúa sometida necesariamente a la legalidad, la cual, a su vez, es una legalidad objetiva, que se sobrepone a la administración y no un mero instrumento ocasional y relativo de la misma, y por ello también tal legalidad puede ser invocada por los particulares mediante un sistema de acciones, expresión del principio de libertad que la revolución instaura, y que revela cómo dicha legalidad viene a descomponerse en verdaderos derechos subjetivos”, *Curso de derecho administrativo*, 7a. ed., Madrid, Civitas, 1997, t. I, p. 426. Cfr. también las observaciones de Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho administrativo*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, pp. 196 y ss.

46 Véase García Ramírez, Sergio, “César Beccaria y la Declaración de Derechos de 1789”, en García Ramírez, S., *Estudios jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 447 y ss.

47 Este precepto es bastante parecido al apartado 8, en su última parte, de la Declaración de Derechos de Virginia, que establece “Que nadie sea privado de su libertad, salvo por mandato de la ley del país o por juicio de sus iguales”.

y nadie podrá ser castigado más que en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada”.⁴⁸ Sobre las consecuencias sociales de estos preceptos García de Enterría escribe que

La predeterminación legal de las conductas punibles creará un ámbito social enteramente secularizado de seguridad jurídica en cuyo seno podrá desarrollarse la libertad, no coartada ahora por el temor de irritar en cualquier circunstancia al gobernante o al juez o de enfrentar los criterios morales de cualquier autoridad social, religiosa o política.⁴⁹

Los principios recogidos en los artículos 7o. y 8o. se complementan con el no menos importante principio de “presunción de inocencia” contenido en la primera parte del artículo 9o. de la Declaración: “Se presume que todo hombre es inocente hasta que haya sido declarado culpable”. La presunción de inocencia, escribe Ferrajoli:

no es sólo garantía de *libertad* y de *verdad*, sino también una garantía de *seguridad* o si se quiere de *defensa social*: de esa “seguridad” específica ofrecida por el estado de derecho y que se expresa en la confianza de los ciudadanos en la justicia; y de esa específica ‘defensa’ que se ofrece a éstos frente al arbitrio punitivo.⁵⁰

Obviamente, junto a todas las aportaciones, la Declaración francesa también tiene diversas omisiones que, con el transcurso del tiempo, se han ido convirtiendo en piezas maestras del constitucionalismo de más reciente factura. De nuevo es Peter Häberle quien nos ofrece una preciosa síntesis de los contenidos, principios, funciones y procesos que no se deben a 1789, “sino que más bien se impusieron contra 1789”:⁵¹

48 En general sobre estos puntos, Ferrajoli, *op. cit.*, nota 15, pp. 373 y ss.

49 *García de Enterría, Eduardo, op. cit.*, nota 13, p. 161. Sobre la separación entre el derecho y la moral en el campo del derecho penal, Ferrajoli, *ibidem*, pp. 218 y ss.

50 *Ibidem*, p. 549.

51 Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 34, pp. 78 y 79.

- A) La vía de las reformas en vez de las revoluciones, “la creencia —apunta Häberle— en la evolución cultural en lugar de la revolución cultural y el pulido de los correspondientes procedimientos”. Lamentablemente, en América Latina todavía hasta bien entrado el siglo XX se ha apelado con mayor insistencia a las revoluciones que a las “evoluciones constitucionales”, pues las Constituciones del subcontinente se han utilizado más como instrumentos de dominio y expresiones de un *status quo* refractario a la democracia y a los derechos que como verdaderas cartas para el aseguramiento de la libertad y la dignidad humanas. A pesar de esto, al inicio del siglo XXI parece ser que la vía de la revolución —o al menos de la revolución armada— ha sido abandonada casi por completo;
- B) La idea del pacto constitucional, dejando atrás la imposición unilateral de la Constitución;
- C) La diferenciación de las variantes democráticas (de corte plebiscitario y representativo) y el desarrollo de la protección de las minorías.⁵²
- D) La idea (angloamericana) del *sentido de la función pública (trust)*.
- E) El robustecimiento de la jurisdicción independiente y de la jurisprudencia, ante todo en la forma de jurisdicción constitucional. Como se sabe, a la Revolución francesa y al pensamiento de la Ilustración no les producía ninguna simpatía el Poder Judicial, de forma que en esa época no se veía a los jueces como los protectores naturales de los derechos fundamentales frente a las violaciones de éstos por la administración e incluso por actos del Poder Legislativo. Conforme ha ido pasando el tiempo, y con una marcada asincronía entre lo sucedido en Estados Unidos

52 Sobre el tema de las minorías, en general y en el caso de México respectivamente, Carbonell, Miguel, “Constitucionalismo, minorías y derechos” en Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 247-270 e *idem*, “Constitución y minorías” en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 15-31.

y en Europa, la desconfianza hacia los jueces se ha ido revirtiendo hasta que, a principios del siglo XXI pero ya desde mucho antes, los jueces, y sobre todo los jueces constitucionales, se han convertido en una pieza central del funcionamiento no solamente del Estado de derecho, sino también del Estado democrático.⁵³

La presencia de tribunales constitucionales o de órganos encargados de hacer valer la Constitución sobre y contra la voluntad de los legisladores parece ser un signo inequívoco del avance democrático contemporáneo, así como una garantía para la protección de las minorías. Esta presencia tan relevante seguramente no sería en modo alguno aceptable para Montesquieu y para Rousseau, como no lo fue tampoco, más recientemente, para Carl Schmitt.⁵⁴

- F) El carácter federal del Estado, con todo lo que ello implica y conlleva: descentralización, regionalismo, autonomía municipal, en fin, separación vertical de poderes.
- G) La libertad de asociación; esta libertad es hoy en día, en palabras del propio Häberle, “un elemento irrenunciable de la democracia pluralista o de la *Constitución del pluralismo*”, pero no lo era en la Francia de la *Ley Le Chapelier* de 1791 que prohibía la conformación de agrupaciones.

53 Un panorama actual sobre la función de los poderes judiciales en los sistemas democráticos puede verse en Guarnieri, Carlo y Pederzoli, Patrizia, *Los jueces y la política. Poder Judicial y democracia*, Madrid, Taurus, 1999, con bibliografía complementaria. Sobre el fenómeno de la “explosión judicialista” de los últimos años véase Tate, Neal C. y Vallinder, Torbjörn (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, Nueva York-Londres, New York University Press, 1995.

54 De este último autor véase su obra *La defensa de la Constitución*, trad. de Manuel Sánchez S., pról. de Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1998 (reimpr.); la respuesta a la desconfianza de Schmitt hacia los tribunales constitucionales como guardianes de la Constitución se encuentra en Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de Brie, Roberto J., estudio preliminar de Gasió, Guillermo, Madrid, Tecnos, 1995. Sobre la polémica entre estos dos autores, Herrera, Carlos Miguel, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, octubre-diciembre de 1994, núm. 86, pp. 195-227.

4. *Conclusión*

La obra de Jellinek, como se ha tratado de explicar, constituye un valioso elemento para el estudio de la historia del constitucionalismo mundial, que no es más que la historia de las luchas de la libertad y la dignidad (y en los últimos tiempos también de la igualdad) contra la tiranía y la opresión. Nos ofrece un importante punto de vista histórico y una excelente oportunidad para acercarnos a ese monumento de la racionalidad ilustrada que es la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Muchos de los postulados de 1789, como ya se ha señalado, forman parte del patrimonio común del constitucionalismo contemporáneo y, por lo que a México interesa, se encuentran recogidos en diversos artículos de la Constitución de 1917. Remontarse al origen de tales principios debe servir no solamente para tener la referencia de los “textos”, sino para asomarse a las actitudes personales y sociales, al ambiente y a la filosofía que los hicieron posibles. Creo que esa es la gran lección que ofrece la lectura del ensayo que se presenta.

La idea de reimprimir bajo el sello editorial de la UNAM el estudio de Jellinek fue de Diego Valadés, a quien le agradezco mucho tal iniciativa y la invitación para escribir este texto introductorio. De igual manera, quiero agradecer a Karla Pérez Portilla, mi asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, por su ayuda en la ubicación de varios de los trabajos citados en las páginas precedentes.

5. *Georg Jellinek. Datos biobibliográficos*

1851	Nace en Leipzig, Alemania
1872	Obtiene el Doctorado en Filosofía en la Universidad de Leipzig
1874	Obtiene el Doctorado en Derecho en la Universidad de Viena

- 1878 Escribe *Die soziaethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*
- 1879 Recibe la *venia docendi* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena
- 1879-1890 Imparte sus enseñanzas en las Universidades de Berlín y Basiela
- 1880 Escribe *Die rechtliche Natur der Staatenvertrage: Ein Beitrag zur juristischen Construction des Völkerrechts*
- 1882 Es *Privatdozent* de filosofía del derecho
Escribe *Die Lehre von den Staatenverbindungen*
- 1883 Es *Privatdozent* de derecho político e internacional
- 1887 Escribe *Gesetz und Verordnung*
- 1889 Profesor extraordinario de derecho político en Viena y Basiela
- 1890 Profesor de derecho constitucional, derecho internacional y ciencia política en la Universidad de Heidelberg
- 1892 Escribe *System der subjektiven öffentlichen Rechte*; trad. al italiano *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*, trad. de Gaetano Vitagliano, pról. de Vittorio Emanuele Orlando, Milán, Italia, Societa Editrice Libreria, 1912
- 1895 Escribe “Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte”; *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. al español de Adolfo Posada, Madrid, España, Librería General de Vitoriano Suárez, 1908

- 1896 Escribe “Über Staatsfragmente”; *Fragmentos de Estado*, trad. al español de Michael Forster, Miguel Herrero Miñon *et al.*, Madrid, Editorial Civitas, 1978
- 1900 Escribe “Allgemeine Staatslehre”; *Teoría general del Estado*, trad. al español de Fernando de los Ríos Urruti, Madrid, Librería general de Victoriano Suárez, 1914, reproducido en Buenos Aires, Editorial Albatros, 1943
- 1906 Escribe “Verfassungsänderung und Verfassungswandlung: Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung”; *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. al español de Christian Föster, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991
- 1907 La Universidad de Princeton le otorga un Doctorado *honoris causa*
- 1911 Escribe *Ausgewählte Schriften und Reden*

6. Obras de Adolfo Posada

A. Como autor (selección)

- Derecho político comparado*, capítulos de introducción por Adolfo Posada, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1906, t. XVIII, 251 pp.
- El régimen constitucional, esencia y forma, principios y técnica*, Madrid, España, Librería General de Victoriano Suárez, 1930, 206 pp.
- Escritos municipalistas y de la vida local*, estudio preliminar de Florentino-Agustín Díez González, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1979, 493 pp.
- El régimen municipal de la ciudad moderna*, 3a. ed., Madrid, Librería General de Vitoriano Suárez, 1927, t. VII, 440 pp. (Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales, t. LXXXII).

- El régimen municipal de la ciudad moderna y bosquejo del régimen local en España, Francia, Inglaterra, Estados Alemanes y Estados Unidos*, Madrid, Librería General de Vitoriano Suárez, 1916, 348 pp.
- La idea pura del Estado*, pról. de Pérez Serrano, Nicolás, Madrid, 96 pp. (Serie A, Estudios Jurídicos varios, t. XXVI).
- El sufragio*; según las teorías filosóficas y las principales legislaciones, Barcelona, Sucesores de Manuel Soler Editores S. A., 190 pp. (Manuales Soler, núm. 13).
- La crisis del constitucionalismo*, discursos pronunciados en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, Librería General de Vitoriano Suárez, 1925, 77 pp.
- Sociología contemporánea*, Barcelona, Sucesores de Manuel Soler Editores S. A., 181 pp. (Manuales Soler, t. XLVI).
- Teorías políticas*, Madrid, Daniel Jorro, 1905, 256 pp.
- Tratado de derecho político*, 5a ed., revisada, Madrid, Librería General de Vitoriano Suárez, 1935, 2 vols.
- Guía para el estudio y aplicación del derecho constitucional de Europa y América*, Madrid, Librería de Vitoriano Suárez, 1894, t. XV, 273 pp.
- Principios de sociología*, Madrid, Daniel Jorro editor, 1908, t. VIII, 486 pp.
- Tratado de derecho administrativo*, según las teorías filosóficas y la legislación positiva, 2a. ed., Madrid, Librería General de Vitoriano Suárez, 1923.
- La reforma constitucional*, Madrid, Librería General de Vitoriano Suárez, 1931, 244 pp.
- Estudios sobre el régimen parlamentario en España*, Madrid, Dirección y Administración, 1891, t. XVI, 198 pp. (Biblioteca Económica Filosófica).

B. Como traductor (selección)

a. Ihering, Rodolfo Von

- La posesión*, versión española de Adolfo Posada, 2a. ed., Madrid, Editorial Reus, 1926, 646 pp.

La lucha por el derecho, versión española de Adolfo Posada, con un pról. de Leopoldo Alas "Clarín", Madrid, Librería General de Vitoriano Suárez, 1921, 131 pp.

La lucha por el derecho, presentación por Luis Diez-Picazo, versión española y nota introductoria por Adolfo Posada, pról. de Leopoldo Alas "Clarín" Madrid, Editorial Civitas 1989, 136 pp.

b. Jellinek, Georg

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Estudio de historia constitucional moderna, trad. de Adolfo Posada, Madrid, Librería General de Vitoriano Suárez, 1908, 210 pp.

c. Duguit, León

La transformación del Estado, trad. de Adolfo Posada, 2a. ed., Madrid, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera S. A., 367 pp.

Las transformaciones del derecho público, trad. con estudio preliminar de Adolfo Posada y Ramón Jaen, 2a. ed., Madrid, Francisco Beltrán, Librería Española y Extranjera S. A., 1926, 372 pp.

d. Fouillée, Alfredo

La ciencia social contemporánea, trad., pról. y notas de Adolfo Posada, Madrid, La España Moderna, 1922, 414 pp. (Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía e Historia).

e. Slegman, Edwin R. A.

La interpretación económica de la historia; trad. y estudio preliminar de Adolfo Posada y José M. Sempere, 2a. ed., Madrid, Francisco Beltrán, 1929, 237 pp.

f. Bryce, James

La República Norteamericana, trad. por Adolfo Buylla y Adolfo Posada, Madrid, La España Moderna S. A., 2 vols.

g. Ward, Lester F.

Compendio de sociología, trad. de Adolfo Posada, 3a. ed., revisada, Madrid, Librería Española y Extranjera S. A., 382 pp.

h. Bagehot, W.

La Constitución inglesa, trad. por Adolfo Posada, Madrid, La España Moderna S. A., 343 pp.

i. Wilson, Woodrow

El Estado; elementos de política histórica y práctica, con una introd. de Oscar Brownin, trad. española con un estudio preliminar de Adolfo Posada, Madrid, Librería General de Vitoriano Suárez, 1904, 2 vols.

El Estado, elementos de política histórica y práctica, Buenos Aires, Editorial Americana, 1943, 626 pp.

j. Meyer, J.

La administración y la organización administrativa (Inglaterra, Francia, Alemania y Austria), introd. y exposición de la organización administrativa en España por Adolfo Posada, Madrid, La España Moderna, 1892, 436 pp.

k. Menger, Antonio

El derecho civil y los pobres, versión española por Adolfo Posada, Madrid, Librería de Vitoriano Suárez, 1898, 439 pp.