

Estudio preliminar	37
Adolfo POSADA	
1. El Libro del profesor Jellinek	37
2. El origen de la Declaración de Derechos francesa. Importancia del problema	41
3. La tesis del señor Jellinek	44
4. Antecedentes. Janet	47
5. La Declaración de Derechos y el derecho constitu- cional	50
6. El origen de la idea de una declaración de derechos	62
7. La crítica de E. Boutmy	63
8. Conclusión	71

ESTUDIO PRELIMINAR

1. *El libro del profesor Jellinek*

El interesante estudio sobre *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, del sabio profesor Jellinek, se publicó por primera vez, que yo sepa, en 1895. Constituía este importante trabajo parte de una labor más amplia:

Este estudio [decía el autor en el prefacio de la primera edición] ha sido escrito con ocasión de una obra que me ocupa desde hace mucho tiempo. Procede de una idea de conjunto que vivamente deseamos ver penetrar en los espíritus. No basta, añade, para dilucidar las ideas que constituyen la base de las instituciones modernas, recurrir a la historia de la literatura y estudiar la evolución de los conceptos jurídicos. Es preciso además, y ante todo, buscar el origen en las instituciones mismas, que se desenvuelven y se modifican, como se desenvuelven y se modifican la civilización y el medio social.

Es decir, las ideas que determinan el movimiento de las instituciones, que quizá son su razón íntima, no se agotan en los conceptos formulados; su raíz debe estar en la vida misma de las instituciones que las reflejan, y ellas no entrañan una existencia abstracta y caprichosa, sino que, por el contrario, forman parte del contenido mismo —dinámico y fluente— de la evolución social.

El trabajo del profesor Jellinek, modelo de disertación histórico jurídica, tanto desde el punto de vista del método, como desde el no menos importante de la “penetración”, una penetración que podríamos llamar *interpretativa*, alcanzó pronto el éxito merecido. Se tradujo como el autor indica, a varias lenguas; y, sobre todo, se discutió detenidamente por las gentes científicas interesadas en

estos problemas, en que la política se eleva a la categoría de una ciencia jurídica e histórica.

Merced a una de las polémicas suscitadas por el estudio del profesor de Heidelberg, tuvimos noticia del gran interés que su publicación había despertado. En efecto: en el fascículo de julio de 1902 de los *Annales des Sciences Politiques*, de París, el sabio publicista M. Boutmy, uno de los “especialistas” del derecho constitucional más distinguidos que ha tenido Francia,¹ director y fundador de la célebre *École Libre de Sciences Politiques*, dedicaba al libro del profesor alemán un largo estudio, en el cual se discutía, con gran elocuencia y extraordinario calor, la tesis que, con rigorismo de jurista, defendía el señor Jellinek en su trabajo.² Acababa de publicarse entonces por M. Fardis la traducción francesa del libro de M. Jellinek, con un prólogo del profesor de París M. Larnaude.³

Un profesor muy estimado de la Universidad de Heidelberg, M. Jellinek (decía M. Boutmy), ha publicado recientemente, sobre la Declaración de Derechos colocada al frente de nuestra Constitución de 1791, una obra que ha tenido alguna resonancia en Alemania. Esta obra se ha traducido al francés por M. Fardis, y un sabio, cuyo juicio no se deja fácilmente sorprender, M. Larnaude, ha puesto a la traducción un prefacio, en el cual se adhiere de una manera general a la tesis de M. Jellinek.⁴

Y a continuación M. Boutmy resume, como luego veremos, las diferentes conclusiones que entraña el trabajo del señor Jellinek, pasando luego a examinarlas y a refutarlas.

Atraído por el tema, y encantado además por la manera de tratarlo, hube de analizar los tres documentos: libro del señor Jellinek, prólogo de M. Larnaude y artículo de M. Boutmy, en uno de

1 *Annales des Sciences Politiques* de 15 de julio de 1902, t. XVII, pp. 415-443.

2 El artículo de M. Boutmy titúlase *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et M. Jellinek*.

3 *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, par George Jellinek, traduit de l'allemand par Georges Fardis, Edition française revue de lauteur et augmentée de nouvelles notes, avec un Préface de M. F. Larnaude, París, Albert Fontemoing Editeur, 1902.

4 *Annales des Sciences Politiques*, t. XVII, p. 415.

mis cursos de derecho político en la Universidad de Oviedo. Ligado íntimamente el problema del origen de la Declaración de Derechos con el del origen del derecho constitucional —son el mismo problema en cierto respecto—, la labor que los tres documentos suponía resultaba de un utilísimo aprovechamiento en una cátedra de derecho político —o constitucional— comparado. Ya de antiguo hiciéramos en la clase indagaciones de análogo sentido,⁵ a partir de un concepto histórico del derecho constitucional, definido, no sólo desde el punto de vista de su significación jurídica, como fórmula de un *derecho del Estado* —que *se impone a sí mismo el Estado* por obra de su soberanía—, sino desde el curiosísimo de su “expresión legal” mediante las Constituciones escritas. El excelente libro de M. Borgeaud⁶ sobre el *Establecimiento y Revisión de las Constituciones* nos hizo ver el problema general en toda su amplitud, quiero decir, el problema del origen histórico jurídico de las Constituciones, como expresión de una forma de derecho político —el contemporáneo—, al modo como el trabajo del profesor Jellinek nos ayudó, con ayuda excepcionalmente segura, a penetrar en este punto especial del origen de las Declaraciones de derechos, nudo, sin duda, del problema general.⁷

Poco después de publicada la refutación de M. Boutmy en los *Annales*, replicó el profesor Jellinek en un artículo sobre *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* desde la *Revue du Droit Public*, fundada y entonces dirigida por M. Larnaude.⁸ M. Jellinek se ratificaba en su tesis.

Desde que estudié en mi clase la obra del sabio profesor alemán, con los artículos de la polémica suscitada por la edición francesa, me propuse recoger y publicar en un volumen la traducción espa-

5 Véase mi *Tratado de derecho político*, t. II: *Derecho constitucional comparado de los principales Estados de Europa y América*, libro I.

6 M. Borgeaud, *Etablissement et révision des Constitutions en Amérique et en Europe*, 1 vol. París, 1893.

7 Esta primera labor de análisis y estudio del libro del señor Jellinek y de los trabajos de M. M. Larnaude y Boutmy me sirvió de base para un artículo que se publicó en la *Revista Jurídica de Cataluña*, 1903.

8 G. Jellinek, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, París, t. XVIII, pp. 385-400.

ñola de esos trabajos, creyendo prestar con ello un servicio a la cultura política de nuestro país, al fin y al cabo, *La Declaración de Derechos* ha tenido en España su repercusión, como en toda Europa, y nos interesa saber de dónde viene su poderoso y renovador influjo.

Pero las circunstancias me impidieron realizar aquel propósito hasta ahora. En parte no me pesa. Posteriormente a la polémica, en 1904 ya, el profesor Jellinek publicó una nueva edición de su interesante estudio, en el cual se hace cargo de no pocos de los reparos de M. Boutmy, y de la literatura posterior sobre el problema, reafirmando, con originales indicaciones, sus puntos de vista capitales.

El señor Jellinek nos ha autorizado para verter al castellano, no sólo su libro —claro está, según la nueva edición—, sino también el artículo escrito para contestar a M. Boutmy en la *Revue du Droit Public*. Nuestro plan no ha podido realizarse, sin embargo, tal como lo habíamos ideado. A fin de proporcionar al lector español todos los datos del problema discutido en Francia, queríamos incluir en este volumen el hermoso artículo de M. Boutmy. Aparte el valor intrínseco como razonamiento de una tesis, al parecer radicalmente contraria a la del profesor alemán, el trabajo del publicista francés serviría para ofrecer un curioso contraste, muy sugestivo, en el respecto del estilo y en el de la manera de abordar el problema. Jellinek y Boutmy personifican muy bien, respectivamente, la labor sabia y erudita y el rigorismo metódico del jurista alemán, y el *esprit*, la elocuencia y la fluidez literaria del escritor francés. El uno busca la verdad en la penetración intensiva de la huella histórica real, en la entraña de la evolución social, según se revela en los documentos y en el movimiento vital en que éstos se han producido; el otro procura encontrar la verdad en las grandes y amplias corrientes del pensamiento racional, interpretando la historia real a través de la concepción actual del influjo de esa historia, o mejor, según la razón cree que la historia ha sido, en virtud del influjo que ha ejercido posteriormente. Para el profesor alemán, lo esencial es descubrir, imparcial y fríamente, la génesis del *concepto* legislativo más aún quizá que *jurídico*, restableciendo los términos positivos de los textos, sorprendiendo la fuente de las inspiraciones y señalando los jalones de una evolu-

ción histórica; en cambio, el profesor francés discurre procurando recoger el ambiente universal, algo nebuloso, dando un gran valor a la concepción de la historia que positivamente ha influido en la marcha ulterior de las ideas, y en virtud de la cual, por ejemplo, no es fácil separar el nombre de Rousseau de la Revolución francesa, no tanto porque el *Contrato Social* contenga estrictamente las cláusulas abstractas en que podían inspirarse los legisladores de la Constituyente, cuanto en atención a que Rousseau entraña el espíritu que sopla luego en la obra entera de la Revolución.

Pero repito que el plan ideado no ha podido realizarse. El artículo de M. Boutmy pasó a ser, después de la muerte del sabio publicista, el capítulo de su libro *Études politiques*,⁹ y no ha sido posible incluirlo como trabajo separado en este tomo. Tendremos, pues, que contentarnos con aludir a él en este *Estudio preliminar*.

2. *El origen de la Declaración de Derechos francesa.*

Importancia del problema

El problema histórico que constituye el objeto de la disertación del profesor Jellinek tiene, sin duda, un alto interés científico para el historiador, para el jurista y aun para el político, sea cual fuere el juicio que se tenga sobre lo que podríamos llamar el alcance *ético* de la Declaración de Derechos francesa. Bajo su influjo, advierte el señor Jellinek, “se ha formado en el derecho positivo de los Estados del Continente la noción de los derechos subjetivos y públicos del individuo”. En ella, en efecto, se resume la idea de un sistema de condiciones jurídicas —expresas, determinadas exigibles— superiores o anteriores al Estado, y base de lo que se puede llamar el derecho privativo de la personalidad. La Declaración de Derechos entraña el supuesto de una vida jurídica propia de la persona individual, y el no menos importante de la afirmación de esa vida en el Estado, que no *puede* suprimirla, ahogarla ni restringirla; y estos supuestos con otros, como luego veremos, son la raíz misma, el cimiento firme del régimen constitucional moderno, en lo que tiene de característico, y acaso en cuanto éste concreta y define un momento progresivo de la evolución política universal.

9 Emile Boutmy, *Études politiques*, París, A. Colín, 1907, 1 vol., 291 pp.

Y siendo esto así, ¿puede discutirse siquiera el atractivo particular de la investigación de la génesis real de la idea de la Declaración de Derechos? ¿No habría de tentar la curiosidad del historiador jurista, o del jurista historiador, que no se satisface con el análisis y comentario de los textos, sino que estima que éstos son el momento de una evolución; no habría de tentar, digo, su curiosidad la tarea de estudiar, a través de los documentos en que aquella idea ha podido producirse, el proceso —causal— de su elaboración?

La Declaración de Derechos francesa es, sin duda, el instante más culminante del proceso en la formación de un derecho positivo de la personalidad —privada, individual—; representa indiscutiblemente el momento crítico de la acción expansiva; aquel momento supremo en que la idea innovadora que entraña se concreta en fórmulas jurídicas, definidas, las cuales, bajo el influjo de un conjunto de causas diversas, se difunden y propagan, reformando el sistema político de la Europa continental, y, de rechazo, de una parte de América— la América Latina.

Naturalmente, la Declaración de Derechos, que se forjara en el calor y entusiasmo de una lucha política violenta, como expresión de un ideal acariciado, y fórmula de una gran victoria que interesaba a todos los pueblos, tuvo muy pronto su leyenda, su historia imaginada, su interpretación parcial sugestiva; historia, según convenía a la acción futura de su fuerza expansiva. Se ha visto en la Declaración de Derechos la expresión original del genio revolucionario; los hombres que hicieron de ella su musa viva, no tenían por qué remontarse más allá de ella, y por otra parte, no podían menos de referirla directa e indirectamente al movimiento general en que ellos mismos se estimaban colocados: el movimiento de ideas del siglo XVIII, sobre todo en Francia.

Pero el historiador exacto, el historiador desligado del interés político, o fuera de la corriente, histórica también, de ese interés, no puede darse por satisfecho con esa interpretación, algo *subjetiva*, de la historia. La Declaración de Derechos francesa es para él un documento histórico; es para el jurista una expresión jurídica una fórmula legislativa. ¿De dónde viene? —se pregunta— ¿Cómo y por qué los hombres de la Revolución francesa redactaron ese documento? ¿Por qué estimaron obra digna de su esfuerzo, y necesaria,

esta forma solemne, aparatosa, de afirmar un concepto ideal, convertido en norma de conducta política práctica, de valor jurídico? Y el historiador prescinde del eco resonante de la lucha y del espejismo que trastorna la visión imparcial y serena, y busca en los datos reales, fríamente criticados, reveladores de hechos, el encadenamiento efectivo de los sucesos, un encadenamiento causal, pues no basta la relación inmediata en el tiempo, sino que es preciso que la relación entrañe la realidad positiva de un verdadero proceso.

Cierto que esta labor rigorista, imparcial, “científica”, tiene sus peligros: puede el historiador seguir paso a paso la evolución de una idea, expresada en tales o cuales hechos indudables, y distraído por el encanto que, sin duda, procede el placer del descubrimiento de esas relaciones causales, no ver las grandes corrientes superiores y subterráneas que hay en todo gran movimiento histórico. Pero el peligro es a veces inevitable; él resulta en ocasiones del temperamento psicológico del historiador; por fortuna, la historia está ahí siempre viva, como fuente inagotable, a disposición de cuantos quieran ahondar en sus entrañas, y los historiadores sinceros se encargan, con sus rectificaciones sucesivas, de completarse, para ofrecer a la larga la visión, cada vez más exacta y fiel, del contenido real de la historia.

El profesor Jellinek es, en este caso, el historiador jurista que se ha planteado, con la serenidad e imparcialidad del hombre de ciencia, que busca sólo la verdad —consígalo o no—, el grave problema de la explicación real y objetiva de *La Declaración de Derechos de 1789*. No se trata, lo dice expresamente el profesor alemán, de examinar la Declaración de la Constituyente “en su valor histórico, filosófico y social, sino exclusivamente en su significación en la historia constitucional europea”. El empeño se puede formular en términos generales, aludiendo al grave asunto de la conversión en leyes del Estado de las exigencias abstractas impuestas al mismo, o bien, de qué manera una idea se transforma en derecho positivo, y aquí más concretamente, el problema de cómo las aspiraciones a un derecho general del hombre han logrado la expresión legislativa que entraña la Declaración de Derechos francesa.¹⁰

10 Véase el pról. del autor a la 2a. ed. alemana que va a continuación de este estudio.

La Declaración de Derechos francesa no es un suceso que importe tan sólo desde el punto de vista del desarrollo político interno de Francia. Hay en ella un problema de carácter universal: es un suceso que engrana en la total evolución jurídica del Estado, y que plantea, y resuelve, una cuestión histórica fundamental.

Sea cual fuere [dice nuestro autor] 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 conexas históricamente con aquella primera Declaración de Derechos, hace ver como un problema importante de la historia constitucional el establecimiento del origen de la Declaración de Derechos francesa de 1789. Sólo en virtud de esta acción histórico constitucional se distingue la Declaración de cualquier otro de los innumerables sucesos históricos de la época de la Revolución, que importe sólo como asunto privativo de Francia.¹¹

3. *La tesis del señor Jellinek*

Y ¿cuál es la tesis que el profesor Jellinek sostiene, y contra la cual ha levantado su voz el publicista francés Boutmy?

La opinión más difundida sobre el origen de la Declaración de Derechos de 1789 relaciona ésta con ciertos antecedentes históricos contenidos en la Magna Carta y en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos; y en cuanto al fondo de las doctrinas, busca la fuente de inspiración en el *Contrato Social*, de Rousseau. La tesis del profesor Jellinek se formula, tanto en su parte crítica como en la positiva, examinando y refutando la opinión indicada como más difundida entre los teóricos del derecho político.

El *Contrato Social*, afirma en el epígrafe mismo del capítulo segundo, *no es* la fuente de la Declaración. El Contrato Social, añade, se reduce a una sola cláusula, a saber: la enajenación completa de todos los derechos del individuo a la comunidad. El individuo no conserva para sí ni un solo átomo de derechos desde el momento en que entra en el Estado. Todo lo que le corresponde en materia de derechos lo recibe de la *volonté générale*, la única

11 Véase luego el capítulo I del libro de Jellinek.

que determina sus límites y que no debe ni puede ser restringida jurídicamente por ninguna fuerza. La propiedad misma pertenece al individuo sólo en virtud de una concesión del Estado; el *Contrato Social* hace al Estado señor de todos los bienes de sus miembros, que continúan poseyendo como “*depositarios del bien público*”. La libertad civil consiste sencillamente en lo que queda al individuo en la definición de sus deberes cívicos... La concepción de un derecho originario, que el hombre transfiere a la sociedad, y que se presenta como una limitación jurídica del soberano, se rechaza por Rousseau expresamente...

Ahora bien —y he ahí la tesis del profesor Jellinek en esta parte de su razonamiento—: la Declaración de Derechos pretende trazar entre el Estado y los individuos la línea de demarcación eterna que debe tener siempre a la vista el legislador, como el límite que una vez, para siempre, le imponen “los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre”. Por lo tanto, los principios del *Contrato Social*, no sólo no son el antecedente de la Declaración de Derechos, sino que son absolutamente contrarios a toda declaración de derechos. Aquella Declaración más bien se hizo en contradicción con el *Contrato Social*.

No se desconoce en absoluto el influjo de Rousseau en el estilo de algunas de las fórmulas de la Declaración; pero el origen, tanto de la *doctrina* en el respecto del contenido y de la significación legislativa, como en el de la *forma* bajo que esta significación se revela, hay que buscarlo en otra parte, sin duda en América. La influencia de la Revolución americana en la francesa es notoria; ambos sucesos son, ciertamente, momentos de una misma evolución política. Pero es indispensable precisar con cuidado cómo y dónde se ha manifestado el influjo directo de la historia americana en la labor constructiva de la Declaración.

En la Asamblea Nacional fue Lafayette quien el II de junio de 1759 propuso añadir a la Constitución una Declaración de Derechos, y presentaba su Proyecto; se estima que lo hizo influido por la Declaración de Independencia del Norte de América, considerándose esta última como el modelo que la Constituyente debió tener presente al deliberar sobre la Declaración, y como el documento que contiene la primera exposición de una serie de derechos del hombre.

El señor Jellinek rechaza también esta otra afirmación de la opinión corriente. En primer lugar, la Declaración de Independencia americana *no se parece* en su estructura literaria a una Declaración de *Derechos*: sólo hay en ella una proposición que se asemeja a una Declaración de Derechos, pero concebida en términos harto generales para que sin dificultad se pueda inferir de ella “todo un sistema de derechos”. Por otra parte, el propio Lafayette señala, en un pasaje de sus Memorias, el modelo que tuvo a la vista para su proposición a la Constituyente. Hace éste observar

que el Congreso de la nueva Confederación de los Estados libres de la América del Norte no estaba entonces en situación de dictar reglas de derecho con fuerza obligatoria para las colonias particulares que se habían elevado al rango de Estados soberanos. Añade además que en la Declaración de Independencia únicamente aparecen expresados el principio de la soberanía nacional y el derecho de cambiar la forma de gobierno. Los demás derechos únicamente resultan contenidos de una manera implícita en la enumeración de las violaciones de derechos, en virtud de las cuales debe justificarse la separación de la madre patria...

Pero, en cambio, ocurriría muy de otra manera como las Constituciones de los Estados particulares de la Unión: éstas estaban precedidas de Declaraciones de Derechos que tenían fuerza obligatoria para los representantes del pueblo. *El primer Estado que ha producido una Declaración de Derechos semejante, en el sentido propio de la palabra, fue el de Virginia.*

La primera parte de la tesis del profesor Jellinek acerca del origen inmediato de la *Declaración de Derechos francesa* de 1789 se contiene claramente en estas palabras: “La Declaración de Virginia y las de los demás Estados particulares de América fueron las fuentes de la proposición de Lafayette. Pero no sólo han influido sobre él, sino también sobre todos cuantos deseaban hacer que se adoptase una Declaración de Derechos”. No debe olvidarse que “las nuevas Constituciones de los Estados particulares eran entonces muy conocidas en Francia”.

¿Puede ahora estimarse, como una doctrina enteramente nueva, la formulada por el profesor alemán en cuanto a la determinación de las fuentes inmediatas de la Declaración francesa?

Al dar cuenta, en el estudio más arriba citado, de la obra del sabio Jellinek,¹² hacíamos notar que acaso éste no apreciaba en su justo valor el alcance de algún otro intento, enderezado también a determinar la relación histórica existente entre la Declaración francesa y las declaraciones americanas.

4. *Antecedentes. Janet*

Refiriéndose, escribíamos en el citado estudio,¹³ el señor Jellinek a Janet, en una nota de la página 15 de su libro, se limita a decir estas brevísimas palabras: 'Janet, obra citada, t. II, menciona en su introducción, pp. XIV y ss.', las Declaraciones americanas, sin precisar, sin embargo, de una manera exacta, su relación con la Declaración francesa.

Y esto no es enteramente admisible, añadíamos M. Janet, en la obra que queda citada, sostiene de un modo resuelto y terminante los orígenes americanos de la Declaración francesa.

En la segunda edición alemana, el señor Jellinek dice aludiendo a Janet: "Janet, *op. cit.*, t. II, pp. XIV y ss., reconoce la analogía de las Declaraciones americanas y la francesa; pero no señala con precisión la relación exacta entre ellas, y considera a Rousseau como la fuente de la Declaración francesa".¹⁴

Sin duda, esta última indicación respecto de la posición de Janet ante el problema debatido tiene mucho de exacta y justa; pero todavía cabe oponer leves reparos.

Janet, en efecto, al estudiar el influjo de Rousseau sobre la Revolución francesa, después de señalar varias manifestaciones del espíritu del filósofo en la labor política de la Constituyente, escribía estas palabras:

Viene por fin la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano. ¿Es necesario probar que semejante acto no procede de Montesquieu, sino de J. J. Rousseau? ¿Hay nada más contrario a los principios del autor de *L'Esprit des lois* que esta teoría abstracta, *a priori*, de derechos absolutos, inalienables, imprescriptibles? Por

12 Véase mi obra *Teorías políticas*, pp. 126 y ss. La cita está hecha con relación a la traducción francesa del libro de Jellinek.

13 *Ibidem*, p. 126.

14 Véase esta nota en el capítulo III.

el contrario, ¿hay nada más conforme con la política del *Contrato Social*? Sin duda, Rousseau *no ha hecho una tabla de los derechos naturales del hombre*; y esta tabla, los Constituyentes la han formado con las ideas de Voltaire y de Montesquieu, tanto como con las de J. J. Rousseau. Pero el acto mismo de la Declaración, ¿es otra cosa que el contrato celebrado entre todos los miembros de la comunidad, según las ideas de Rousseau? ¿No es la enunciación de las cláusulas y de las condiciones de un contrato?¹⁵

Janet aquí vislumbra ya, con gran claridad, la distinción entre el *espíritu* y la *forma* legislativa de la Declaración, y desde luego afirma que ésta no viene de Rousseau: que no hizo una tabla de los derechos del hombre. Sin embargo, Janet quizá no se daba cuenta de la importancia histórica de la expresión legislativa de las Declaraciones de Derechos; y si en la *Histoire de la science politique* no hubiera más que el pasaje copiado, nada más habría que decir sobre las opiniones de Janet.

Pero Janet ha tratado expresamente, y con gran detalle, el problema mismo de las relaciones entre las Declaraciones americana y la francesa, en la notable introducción puesta al frente de la tercera edición de su *Histoire*, y la cual el señor Jellinek recuerda en su nota.

Y Janet inicia su estudio diciendo:

Quisiéramos establecer las proposiciones siguientes:

1. Francia no ha inventado los derechos del hombre: los ha tomado de América. Su labor ha consistido en prepararlos por la filosofía; pero son los americanos quienes los han introducido en la política. 2. Los derechos del hombre, reivindicados en el 89, no son, como se dice, derechos indefinidos e ilimitados: van siempre acompañados de su restricción. 3. Los derechos del hombre no son una invención ideológica nacida de una metafísica arbitraria. Son necesidades reales, concretas, perfectamente determinadas, que la sociedad experimenta desde hace largos siglos, y que habían llegado a ser intolerables.¹⁶

15 Janet, *Histoire de la science politique dans ses rapports avec la moral*, 3a. ed., París, 1887, t. II, pp. 452-458.

16 *Op. cit.*, t. I, p. XI.

Janet aquí se da cuenta, a mi juicio, de los principales aspectos del problema, aunque no formula con la claridad y rigorismo necesarios el alcance jurídico del mismo. Pero es indiscutible que Janet estima que los derechos del hombre entrañan necesidades prácticas, exigencia de la vida, y que la elaboración de los mismos, como una fórmula de la vida política, fue obra, no de Francia, sino de los americanos.

Y, cosa curiosa, refiriéndose a E. Boutmy —que más tarde había de romper nueva lanza en pro de la originalidad de la Declaración francesa—, es cuando Janet aclara más su idea. “Hay, sin duda, escribe, grandes diferencias entre la Revolución americana y la Revolución francesa, en razón de la situación de ambos pueblos; pero en lo que concierne a las Declaraciones no hay ninguna, porque la Declaración francesa *fue en gran parte la traducción misma de las Declaraciones americanas*”.¹⁷

Verdad es que Janet ve en la *Declaración de Independencia* una declaración de derechos. “La Declaración de Derechos, dice, no está, si se quiere, en las diez enmiendas de la Constitución Federal;¹⁸ pero está en la *Declaración de Independencia* votada en julio de 1776 por el Congreso americano, reunido en Filadelfia”. Y la copia a continuación, añadiendo luego: “Tal es la primera Declaración de Derechos que encontramos en América, y es muy característica. Es imposible desconocer su carácter filosófico”.¹⁹ Pero, esto no obstante, Janet recuerda seguidamente la Declaración de Derechos “propriadamente dicha, redactada por el Congreso de Filadelfia de 1775”;²⁰ y luego, y esto es lo que más importa, las Declaraciones de los Estados particulares, para fijarse precisamente en la de Virginia, que es la misma que el profesor Jellinek señala. “Tomaremos como tipo, escribe, una de las más cortas y de las más sencillas: la Declaración de Virginia; esto es, de uno de los más antiguos Estados...” Janet la copia y luego dice:

17 *Op. cit.*, t. I, p. XIII.

18 Janet alude aquí a las opiniones expuestas por Boutmy en sus *Etudes de droit constitutionnel*, París, 1885.

19 Janet, *op. cit.*, t. I, p. XIV.

20 *Ibidem*, p. XVI.

Tal es la Declaración tipo que pueda considerarse como la que representa mejor el término medio de las ideas generales que reinaban en América en la época de la Independencia. El espíritu filosófico del siglo XVIII caracteriza este acto notable. Ahora, preguntamos, ese *bill* de derechos, no está, como la Declaración francesa, fundado en el derecho natural, en el derecho abstracto?²¹

Lo que hay es que Janet persigue un propósito distinto del que persigue el profesor alemán; no se ha planteado el problema del origen jurídico de la Declaración de Derechos francesa; su tesis entraña la afirmación de la relación histórica entre esta última y las Declaraciones americanas, y el reconocimiento de que aquélla y éstas obedecen a un mismo espíritu y a un mismo movimiento de ideas. Si los franceses se han equivocado al formular su *Declaración*, se han equivocado “con América y después de América”.²²

5. *La Declaración de Derechos y el derecho constitucional*

Es evidente, no obstante todas estas indicaciones, que el profesor Jellinek, aun en esta primera parte de su tesis sobre el antecedente americano de la Declaración francesa, ha ahondado más que Janet, enfocando el problema con otro espíritu y dando a la determinación de la génesis de una idea de los derechos del hombre, en forma de lista o catálogo de derechos especializados, una mayor precisión histórica. A mi juicio, después de la labor del sabio alemán, ya no es posible negar el influjo directo, inmediato, inspirador de las *Declaraciones* americanas en la Declaración francesa. Pero creo que la tesis podría formularse en términos de mayor generalidad, señalando el influjo del movimiento constitucional americano sobre las Constituciones francesas, o si se quiere, del derecho *constitucional* americano sobre el francés, ya que al fin y al cabo las Declaraciones de derechos, jurídicamente consideradas, son una parte integrante del régimen constitucional, como lo demuestra el hecho de su incorporación a las Constituciones escritas, que son, sin duda, la expresión legislativa en que se condensa y que caracteriza el derecho político contemporáneo.

21 Janet, *op. cit.*, p. XXII.

22 Janet, *op. cit.*, I, p. XXXIV.

No consiste éste tan solo en la pura organización de los poderes públicos, según reglas de valor positivo formuladas expresa y reflexivamente por quien se reputa soberano: el pueblo, la nación, el pueblo con el rey, el rey mismo cuando *otorga* una carta. La esencia jurídica del régimen constitucional hállase contenida en las Declaraciones de derechos, a la vez que en las disposiciones relativas al funcionamiento de los poderes y al ejercicio de la soberanía. De ahí que suela distinguirse en los documentos constitucionales dos partes igualmente características, que hemos denominado parte *dogmática* y parte *orgánica*,²³ y las cuales, aunque de diferente alcance filosófico, pues la primera entraña la definición del derecho propio de la persona, y la segunda, se refiere a la ordenación de la soberanía y de los poderes constituídos, sin embargo, están íntimamente relacionadas desde el punto de vista histórico, tanto en el respecto de los motivos que han provocado sus teorías respectivas, como en el de su función eficaz en la elaboración del Estado moderno. La parte *dogmática* viene a establecer límites a la acción arbitraria del Estado frente al individuo, creando un derecho superior al Estado, que ordena su conducta; la parte *orgánica* viene a imponer normas eficaces a la acción del Estado mismo en la ordenación de su propia vida, como conjunto de magistraturas, creando un derecho para el Estado, el derecho político reflexivamente formulado, y entre las dos tonifican el Estado, convirtiéndolo en Estado *constitucional*; es decir, en Estado *jurídico*, en Estado que debe acomodarse al derecho en cuanto éste es un régimen de exigencias, una norma de conducta.

Y siendo esto así, y habiendo una tan íntima relación histórico-jurídica entre las Declaraciones de derechos y las organizaciones constitucionales del Estado contemporáneo, no tiene nada de particular que la génesis de ambas expresiones legislativas haya seguido una marcha análoga. En tal respecto, la investigación del profesor Jellinek viene a apoyar sólidamente la explicación que supone el origen americano, anglosajón y religioso, en cierto

23 He tratado este punto con algún detenimiento en mi *Tratado de derecho político*, II, libro I, capítulo I. Ahí advierto que esta distinción que entraña la definición de la parte *dogmática* y de la parte *orgánica* de las Constituciones está tomada del libro de los señores Giner y Calderón, *Principios de derecho natural*.

modo, del régimen constitucional, explicación que, inspirándonos en el excelente libro de Borgeaud sobre *Etablissement et revision des Constitutions en Amérique et en Europe*, hemos desarrollado en nuestro *Tratado de derecho político*.²⁴ Pero entiéndase bien: no se trata sólo del régimen constitucional, como régimen vívido, en su significación interna; se trata también de su *forma*. Porque no era fácil desconocer que el régimen constitucional, en cuanto supone la práctica de las instituciones representativas, es un influjo, sobre todo inglés. Como recuerda Boutmy muy oportunamente, la Constitución inglesa, anterior a todas las Constituciones escritas, “la primera por la fecha, por la importancia y por la originalidad..., ha servido, en más o en menos, de modelo a todas las que hoy existen”.²⁵

Pero en el régimen constitucional contemporáneo hay además un elemento *formal*; se ha producido en documentos legislativos, escritos, en *Constituciones* elaboradas expresamente como derecho del Estado. El hecho jurídico de las Constituciones escritas, tiene, a mi juicio, un alcance, una significación y un valor análogos al de las Declaraciones de derechos solemnes, cristalizadas, dogmáticas; suponen una misma psicología en el fondo, representan un mismo ideal y denuncian idéntica fe en la eficacia jurídica y práctica de las fórmulas.

Y ¿de dónde viene la idea, la *ocurrencia* de la Constitución *escrita*? Sin duda responde muy bien la Constitución escrita —sistemática, simétrica, abstracta por necesidad— a los ideales del espíritu francés. Pero no es de origen francés,²⁶ al menos el elemento legislativo y formal. Por extraño que parezca, la idea de una Constitución escrita viene del país del derecho constitucional consuetudinario: de Inglaterra.

La concepción, que se puede llamar francesa, dice M. Borgeaud, de un derecho público codificado, claramente diferenciado de la legislación ordinaria, es hoy —la excepción de la Gran Bretaña y de Hungría no impedirá consignar la regla— la base del Estado mo-

24 Vol. II, libro I, capítulo II.

25 Boutmy, *Etudes*, cit. p. I.

26 Extracto a continuación la exposición que, basada en Borgeaud, constituye el capítulo II del libro I del tomo II de mi *Tratado de derecho político*.

derno. La Revolución la ha extendido por Europa. No debe, sin embargo, desconocerse que la idea de una Constitución escrita es muy anterior a 1789, y que no ha nacido en Francia.²⁷

Verdaderamente, si de antecedentes más o menos calificados se tratase,

en cierto sentido esa idea se remonta a la Edad Media, y si se quiere, hasta el derecho antiguo, hasta la famosa *lex regia*, fuente de la omnipotencia de los emperadores romanos; pero ésta no era más que la fórmula de una delegación, sin reservas, de la soberanía, una especie de procuración general que confiere al príncipe el *imperium* y la *potestas* sin límites....²⁸

Por lo que a la Edad Media respecta, pueden señalarse tanto en Inglaterra como en otras partes, multitud de documentos escritos de un carácter en cierto modo constitucional o al menos político. En Inglaterra, las principales fuentes *escritas* de su derecho actual remóntanse a la Edad Media. En España, los célebres y discutidos privilegios de Aragón tienen también su importancia constitucional indudable. Por otra parte, la Edad Media conocía las cartas confirmatorias de libertades locales, los fueros municipales, las concesiones de franquicias, ya a ciudades, ya a corporaciones, ya a particulares...; “pero ignoraba las Constituciones que hoy nos son familiares y en las que se declaran los derechos de cada cual, limitando a la vez el poder supremo en beneficio de todos”.²⁹

Las primeras Constituciones que alcanzaron un vigor positivo..., que por tanto fueron derecho creado y aplicado, son las “Constituciones que se dieron las colonias americanas emancipadas de la tutela inglesa”. A imitación suya codificaba su obra, imponiéndola como ley al rey, en nombre de la nación soberana, la Asamblea nacional francesa.³⁰ Pero es necesario advertir que las colonias inglesas no inventaron aquí: el principio o la idea proviene de la madre patria, de Inglaterra.

27 Borgeaud, *op. cit.*, p. 3.

28 Borgeaud, *op. cit.*, p. 3. Cons. la excelente disertación de Sempere, José M., *La reforma constitucional*, Madrid, 1907.

29 *Op. cit.*, p. 3.

30 *Op. cit.*, p. 3.

Para explicarse cómo se verificó la aparición de las formas constitucionales americanas, es preciso tener en cuenta que el núcleo de los emigrantes ingleses era esencialmente puritano, esto es, del partido religioso, que defendía y explicaba en la vida de la Iglesia la idea democrática, y que en las colonias y en la madre patria procedía de análoga manera casi al propio tiempo; estudiando la formación y el desenvolvimiento del partido puritano, encuéntrase datos de interés supremo para el problema en que nos ocupamos. En primer término, es preciso recordar los principios de organización social a que obedecen los elementos más acentuados, los llamados “independientes”, que constituían la parte más sana e intrépida del ejército de Cromwell. Sus iglesias autónomas, sus jerarquías democráticas, fundábanlas en un verdadero pacto o *Covenant*, que constituía el acto primordial e inicial de la congregación. “En virtud de ese acto, dice Cotton, uno de los Padres de la doctrina, como lo llama Borgeaud,³¹ los ministros tienen poder sobre el pueblo de sus fieles, el pueblo siente interés por sus ministros, y cada miembro de la congregación adquiere los derechos y deberes que le corresponden frente sus compañeros”.³² La supremacía eclesiástica es del todo: la comunidad recibe el poder de Cristo, ella elige los ministros, los ancianos, los diáconos...

De la esfera religiosa pura pasaron esas ideas, profundamente democráticas, a la política, precisamente en aquella ocasión solemne en que el pueblo inglés se hallaba en positivo periodo constituyente, y cuando las circunstancias habían inspirado a los defensores de las libertades públicas una desconfianza justificada hacia los Poderes permanentes constituídos. La idea de un pacto expreso, de un documento solemne donde se señalase los límites de la autoridad y la garantía de los derechos del pueblo, se imponía con indudable oportunidad. “Pienso, dice Wildman, que las libertades de esta nación no estarán verdaderamente garantidas sino cuando se hallen fijadas con claridad la extensión de los poderes y del mandato de los representantes, y la naturaleza de los derechos que el pueblo se reserva para ejercerlos por sí mismo”.³³ La noción

31 *Op. cit.*, p. 8.

32 *The Way of the Churches of Crist*, *cit.* por Borgeaud, p. 8.

33 *Truth's Triumph*, 1647-1648, *cit.* por Borgeaud, p. 9.

jurídica fundamental a que van a responder las Constituciones políticas del porvenir, está ahí ya perfectamente formulada.

Y de ella va a nacer un documento escrito, que tiene ya el corte de una Constitución; es éste el *Agreement of the People*, o Pacto del pueblo, que, en los momentos más culminantes de la revolución puritana, presenta el ejército de Cromwell a la Cámara de los Comunes.³⁴ En él se proponen sus autores fijar la ley suprema, expresión de la voluntad popular, “a la cual el Parlamento debía someterse y en la cual se determinaban los derechos cuyo ejercicio directo se reservaba la nación misma”.³⁵

Para comprender el alcance constitucional de este interesante documento, conviene copiar alguna de las declaraciones más salientes del anteproyecto. Dice una de ellas:

Los poderes del Parlamento actual y de todos los representantes en el porvenir de esta nación están subordinados exclusivamente a los de sus comitentes, y se extienden, sin el consentimiento o concurso de persona alguna ni corporación, a la legislación, al establecimiento de las dependencias y tribunales de justicia..., declaración de guerra..., y en general a todos los derechos que los comitentes no se hayan reservado expresa o tácitamente.

He aquí como habla en la otra: “Las leyes hechas o que hayan de hacerse obligarán por igual a todos. No habrá exención de la jurisdicción ordinaria, a la que todos están sometidos, fundada en distinción alguna de tenencia, propiedad, privilegio, rango, nacimiento o posición”.

Como se ve, contiéndense ahí, en concreto, los principios distintivos de las Constituciones, y que hacen de ellas la aplicación reflexiva del derecho a la vida del Estado, aun cuando sea bajo la

34 He aquí lo que Borgeaud dice del Pacto del pueblo: “Su texto definitivo hállese reproducido en Gardiner, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution*; Oxford, 1889, p. 270. El del anteproyecto, más curioso en ciertos respectos, encuéntrase en un folleto conservado en el *British Museum: An Agreement of the People for a Firm and Present Peace, upon grounds of Common, right and freedom. s.l. 1647.*

35 Este pacto popular, dice Borgeaud, “estaba destinado a recibir la adhesión personal de los ciudadanos, según un procedimiento especial previsto”. Borgeaud, *op. cit.*, p. 7.

forma negativa o limitativa del poder, cual ocurre en la primera declaración, o bajo la afirmación de la igualdad ante la ley, según pasa en la segunda.

El pacto popular no pasó, sin embargo, de la categoría de proyecto; pero sus principios fundamentales fueron ejecutados bajo el protectorado, y en 1653, el régimen mismo se estableció en la única *Constitución escrita* que Inglaterra tuvo, conocida bajo el título de *Instrumento de Gobierno*.³⁶ En ella se habla de que “en todo gobierno debe haber algo de fundamental, algo así como una *Gran Carta*, permanente e inalterable”, principalmente para oponerse a la arbitrariedad de los parlamentos, los cuales, si hacen la ley, deben, sin embargo, hallarse a la ley suprema sometidos.

Cuál fue la suerte, tanto de esos intentos de Constitución escrita, tanto de las ideas a que responden en Inglaterra, sabido es de todos. No era, en verdad, Inglaterra la llamada a desenvolver inmediatamente tales principios.

Ofrecía un terreno más abonado para desenvolver el puritanismo religioso y político América, y allí fue donde la idea y la estructura de las Constituciones arraigaron. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que una Constitución *escrita* tiene siempre algo de pacto. “Por su naturaleza, el acto constituyente, decía Klüber, es una obra sinalagmática: es un acto entre partes, de las cuales, una y otra dan y reciben respectivamente”.³⁷ Sin aceptar completamente con todas sus consecuencias esta doctrina, bien puede decirse que parece como que una Constitución que en un momento dado se redacta, que nace en un instante determinado, para ser desde entonces ley total de vida del Estado, es cosa de convenio. Pues bien: aparte de que la idea de convenio o de pacto, como acto inicial fundamental de las sociedades, era esencial a los congregacionistas, y así se concibe que los primeros fugitivos que en 1620 desembarcaron en Nueva Plymouth, empezaran por afirmar un pacto de establecimiento, que luego se imitó por otros, las circunstancias en que aquellas sociedades nuevas se instalaban brindaban a pactar, a ponerse de acuerdo respecto de la forma política de vida

36 Redactado por el Consejo de Oficiales del Protector. Cons. Borgeaud, *op. cit.*, p. 10.

37 *Oeffeneliches Recht des deutschen Bundes und der Bundesstaaten*, 1840, p. 406.

para lo futuro. De ahí que la mayoría de las comunidades políticas de Nueva Inglaterra sean el *Contrato Social* en acción y tengan su ley fundamental como base.

Lo que por una argumentación abstracta formula Rousseau; lo que había teorizado Locke, se ofrecía real y positivamente, sin el estado de naturaleza forzoso, a los puritanos de América; esto es, un suelo nuevo que se ocupa, una reunión de hombres “todos iguales y libres, por ley de naturaleza, que se hallan a punto de formar voluntariamente entre sí una comunidad política”.³⁸

Y eran tan favorables las condiciones, que aun cuando muchas colonias tuviesen, como advierte Bryce,³⁹ Cartas reales de fundación, tales Cartas hubieron de transformarse en verdaderos pactos fundamentales, orgánicos.

De todos estos pactos sociales y políticos, el que se señala como la primera Constitución escrita, anterior aun al *Agreement* de la democracia inglesa, si bien originado en idénticas ideas, es el Estatuto fundamental del Connecticut de 1639. El Connecticut formaba en un principio parte de Massachussetts Bay; pero por divergencias políticas, se separó, dirigido por el célebre Tomás Hooker, al igual que lo hizo también Rhode Island, dirigido por Williams.⁴⁰ Los habitantes de ambos futuros Estados deseaban afirmar más y más sus convicciones democráticas. Ahora bien: los colonos de Connecticut, como los de Rhode Island, al instalarse por sí de nuevo, redactaron sus Constituciones, en las que se salvan los principios democráticos, obteniendo Cartas de la Corona que “confirmaban el régimen político que habían instituído”.⁴¹

He aquí algunas declaraciones de la Constitución de Connecticut, en las cuales están expresados los principios a que aludimos:

Supuesto que, cuando un pueblo se forma, la palabra de Dios dispone, a fin de mantener la paz y la unión, que establezca un gobierno

38 Palabras del pastor Wyse, John, en su escrito célebre titulado *A Vindication of the Government of New England Churches*, 1772.

39 Véase Bryce, *The American Commonwealth*, t. II; también Claudio Janet, *Instituciones políticas y sociales de los Estados Unidos*.

40 “Roger Williams, dice Borgeaud, el primer apóstol de la libertad de conciencia”, *op. cit.*, p. 15.

41 Borgeaud, *op. cit.*, p. 16.

regular y conveniente, conforme a su voluntad, para la ordenación y la gestión de los negocios públicos en todo tiempo, según las necesidades, *nos unimos y nos asociamos para formar un Estado, una República*, y declaramos, tanto para nosotros como para nuestros sucesores y para quienquiera que se nos una, que hemos *formado un pacto mutuo de unión y de confederación*.

El preámbulo hace en seguida declaraciones relativas a la religión y al fin jurídico de la comunidad, para exponer luego en once artículos fundamentales aquellos puntos que forman el contenido sustancial de la futura Constitución escrita, a saber: soberanía de la Asamblea general de los ciudadanos; elección popular de los magistrados; renovación anual de su mandato; autonomía comunal, etcétera.

Análogas ideas se encuentran en la Constitución de Rhode Island, y tales ideas fueron las que al fin hubieron de predominar en Massachussetts, merced a acontecimientos de carácter revolucionario, al influjo poderoso de propagandas como la que implican los escritos del pastor Wyse,⁴² y a la buena acogida que en aquellas apartadas regiones tienen las teorías de los derechos del hombre y del *Contrato Social*. Hacia 1772, la sociedad de Boston, sociedad constituida según ciertos principios aristocráticos, ofrece, aunque lejano, algún parecido con la sociedad aristocrática del antiguo régimen próximo a la Revolución en Francia. Como en ésta no se hablaba de otra cosa que de Rousseau y de sus ideas sobre el hombre y sobre el Contrato, allí estaban en boga las ideas análogas de Locke. El año citado, James Otis y Samuel Adams formulaban concretamente las aspiraciones que andaban en boca de todos, presentando a la Asamblea de ciudadanos de Boston la primera, en el orden del tiempo, de las Declaraciones de derechos americanas..., titulada así: *Declaraciones de los Derechos de los colonos como hombres, como cristianos y como ciudadanos*.⁴³ Y a partir

42 *Op. cit.*

43 Borgeaud, pp. 19 y 20. "Ese manifiesto, dice este autor, al cual se adhirieron con entusiasmo todos los municipios de Massachussetts, comenzaba así: En el número de los derechos naturales de los colonos está primeramente el derecho a la existencia; en segundo lugar, el derecho a la libertad, y en tercer lugar, el derecho a la propiedad, y como corolario, el derecho de mantenerlos y de defenderlos como mejor puedan. Esos derechos son evidentemente parte integrante, más bien que

de esta presentación y de los acontecimientos que siguen, puede decirse que encuentra su expansión natural en toda la América inglesa la aplicación del régimen constitucional, fundado en los dos principios que luego por todas partes se consagran, y que con significación y alcance muy diferentes van a formar la parte dogmática y la base de la orgánica del derecho constitucional futuro, a saber: la *Declaración de Derechos* y el *Pacto*.

Por de pronto, es de todo punto necesario fijarse en cómo se conducen, respondiendo al influjo de los procedimientos políticos empleados en las regiones de Nueva Inglaterra, los que en los momentos solemnes de la ruptura con la madre patria van a abrir los cimientos de la futura República norteamericana; y luego es preciso ver también cómo se propaga, por virtud de su fuerza naturalmente expansiva, el principio constitucional de los Estados todos que pactan la primera confederación.

Aquéllos redactan en 1776, reunidos en Congreso, un decreto que tiene todo el corte de una Constitución y que prepara la formación de la futura y *necesaria* Constitución política, al par que ordenan “a las diversas Asambleas y Convenciones de las colonias unidas, donde no esté formado aún un gobierno capaz..., establecer aquel gobierno que, en opinión de los representantes del pueblo, sea el más propio para garantizar la prosperidad y seguridad de sus comitentes...”

Según advierte Borgeaud,

la elaboración de Constituciones escritas no está expresamente prevista por ese decreto; pero respondía al pensamiento de sus autores, así como al de aquellos que estaban encargados de ejecutarlo. Su

consecuencias, del deber de conservación personal que comúnmente se denomina la primera ley de la naturaleza”.

“Todos los hombres tienen el derecho de permanecer en el estado de naturaleza mientras les convenga, y en caso de opresión intolerable en el dominio civil o en el dominio religioso, el de abandonar la sociedad a que pertenecen y entrar en otra. Cuando los hombres entran en sociedad, es en virtud de consentimiento voluntario y tienen el derecho de reclamar el establecimiento y de velar por la ejecución de las condiciones y de las limitaciones previas que debe contener un contrato primitivo equitativo.”

concepción del Estado, fundada en un contrato explícito entre los ciudadanos; el recuerdo de los *covenants* políticos, que formaron los primeros colonos puritanos: el ejemplo de las Cartas, al tenor de las cuales se hallaba organizado el gobierno de varias colonias; la necesidad de legislar en nombre del pueblo, todo concurría a imponer y desenvolver la idea que en otros tiempos tuvieran, en la antigua como en la nueva patria, los padres de la democracia anglosajona.⁴⁴

La expansión del principio constitucional por los Estados todos, merced a los impulsos a que venimos aludiendo, se verifica paulatina, pero seguramente. En primer lugar, tenemos algunas colonias que antes del gran movimiento general del Congreso se habían dado sus Constituciones como ya hemos visto. Tenemos, además, en 1776, las leyes constitucionales provisionales de New-Hampshire y las de la Carolina del Sur. El 12 de junio votaba Virginia su célebre *Declaración de Derechos* y el 28 la Constitución, no revisada hasta 1830. En el mismo año se organizaron ya Nueva Jersey (julio), Delaware (septiembre), Pensilvania (septiembre), Maryland (noviembre) y Carolina del Norte (diciembre). En 1777 redactaban la Constitución Georgia y Nueva York. Por fin, en 1780, Massachussetts establecía definitivamente, mediante procedimientos democráticos, su régimen constitucional.⁴⁵

Las ideas relativas al derecho constitucional escrito encuentran, a fines del siglo XVIII, acogida simpática por extremo en Francia. Verdad es que este país se hallaba admirablemente preparado. No en vano se trata de la patria de Montesquieu y de Rousseau, de las ideas abstractas y de la concepción de lo sistemático aplicada a todos los órdenes de la actividad, desde el literario y artístico hasta al legislativo y político.⁴⁶ No en vano también se trata de la nación europea que contribuyó más directamente a la emancipación americana.

La prueba de esta buena disposición de Francia para el régimen constitucional escrito nos la ofrece, entre otras, el hecho de que

44 *Op. cit.*, pp. 21 y 22.

45 Esta Constitución la estima Borgeaud "a la vez como un punto de llegada y de partida en la génesis del derecho público moderno". El preámbulo "compuesto según el gusto de la época, como una página del *Contrato Social...*", *op. cit.*, p. 23.

46 V. Taine, *Origenes de la France contemporaine*, t. I.

al reunirse los Estados generales en 1789, a pesar de los términos en que la convocatoria de Luis XVI está concebida, en muchas de las actas de designación del tercer Estado se habla insistentemente de la necesidad de redactar una Constitución, y hasta se proponen modelos, habiendo dentro de los Estados generales miembros de la misma nobleza que reclamaban como tarea de la Asamblea, “no mantener, sino *establecer* una Constitución”.⁴⁷

La idea principal dominante en Francia, inspirada de un lado en Montesquieu, y sobre todo en el ejemplo y en los resultados de la revolución americana, con la admiración que provocaron y con las enseñanzas que propagaron Franklin y los franceses que, como Lafayette, ayudaron a América a emanciparse, es la de que para ser un pueblo libre hay que tener una Constitución escrita, una ley fundamental hecha por la nación misma.

De qué modo arraigó tal idea, de qué manera se infiltró en el genio francés este elemento *formal* del derecho político, lo muestra claramente la historia misma de este pueblo, que tanta y tan persistente confianza tuvo, y aun tiene, en la eficacia reformista o transformista de las leyes o de las discusiones solemnes y declaraciones abstractas de las Asambleas políticas. Sufrió Francia, en menos de un siglo, los trastornos más radicales; pasó de una revolución violenta a una reacción no menos violenta; pero en todos los naufragios se salvó el principio *constitucional*.

Así puede afirmarse que, a pesar del origen anglosajón de la idea de una Constitución escrita, el derecho político concebido, bajo su forma definida, concreta, distinta de la de otros derechos, hoy difundido por casi toda Europa y por América, es esencialmente francés. Francia lo ha hecho carne de su carne y sangre de su sangre, y Francia fue quien supo propagarlo.

“Cuando Napoleón caía para no levantarse más, dice Borgeaud, la Revolución había dado la vuelta por toda Europa”.⁴⁸ Ahora bien: una de las ideas que con la Revolución hicieron tan largo viaje es la de la necesidad de organizar el pueblo con una Constitución escrita.

47 E. Pierre, *Traité de droit politique, electorale et parlementaire*, 1893, pp. 1 y 3.

48 *Op. cit.*, p. 32.

6. *El origen de la idea de una declaración de derechos*

Volviendo, después de este largo rodeo, a la tesis concreta del profesor alemán, ceñida a la declaración de derechos también se propone el interesante problema del origen de la idea de una declaración legislativa de derechos. Viene de América, según hemos visto: el profesor Jellinek, conocedor experto de la evolución del pensamiento jurídico que informa el moderno régimen político, ahonda y determina con especial fortuna la génesis particular de las Declaraciones: va aquélla, sin duda, en nuestra modesta opinión, dentro de la génesis de las Constituciones escritas, pero tiene su camino o canal propio.

¿Cómo llegaron los americanos a formular las cláusulas legislativas de las Declaraciones? “Un examen superficial parece indicar una respuesta fácil. El nombre mismo señala las fuentes inglesas. El *Bill of Rights* de 1689, el *Habeas Corpus* de 1679, la *Petition of Right* de 1627, y por último, la ‘*Magna Charta Libertatum*’, parecen los precursores indiscutibles del *bill of rights* de Virginia”.

Y ciertamente hay en todos esos venerables documentos del constitucionalismo inglés antecedentes de gran valor. “Muchas proposiciones de la *Magna Carta* y del *bill of rights* ingleses han sido directamente incorporados por los americanos a sus exposiciones de derechos”.

Pero “existe un abismo entre las Declaraciones americanas y las citadas leyes inglesas”. Sin duda la tradición inglesa de los *derechos* influyó muchísimo en la *Declaración de Derechos* del 14 de octubre de 1774 del Congreso de Filadelfia; mas esta Declaración no tiene ni el tono ni el alcance de la de Virginia. “La Declaración de Filadelfia es una protesta, la de Virginia una ley. En ésta no se invoca el derecho inglés. El estado de Virginia reconoce solemnemente como base fundamental del gobierno los derechos de las generaciones presentes y futuras”. Por otra parte, comparando esta Declaración con los documentos ingleses, decía ya Bancroft: “La petición inglesa de derechos de 1688 era histórica y retrospectiva; la Declaración de Virginia, por el contrario, venía directamente del corazón de la naturaleza y proclamaba principios directivos para todos los pueblos en los tiempos futuros”. Los *Bills of Rights* americanos quieren, no sólo plantear ciertos principios

de la organización pública, sino, ante todo, trazar la línea de demarcación entre el individuo y el Estado. Según sus declaraciones, el individuo no debe al Estado, sino a su condición de hombre y a su naturaleza, los derechos que posee, derechos que son inalienables e inviolables. Las leyes inglesas ignoran todo eso.

Con lo cual vuelve a surgir el problema formulado: “¿De dónde proviene esta manera de ver de las leyes americanas?...” No proviene de la ley inglesa tradicional, no proviene de las concepciones del derecho natural de la época; las doctrinas del derecho natural jamás han producido una Declaración de Derechos.

Pero no es cosa de extractar la exposición del sabio profesor de Heidelberg: en su lugar oportuno puede ver el lector español las ideas que sustenta. Para los efectos de este estudio, bástanos copiar el siguiente párrafo con que termina el capítulo VII:

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, es en realidad fruto de la Reforma y de sus luchas. Su primer apóstol no es Lafayette, sino aquel Roger Williams que, llevado de 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.

7. *La crítica de E. Boutmy*

Como queda dicho más arriba, M. Boutmy publicó en los *Annales des Sciences Politiques* un elocuente artículo, refutando una por una las tesis sostenidas por el señor Jellinek:⁴⁹

No examino, dice, si M. Jellinek ha obedecido, sin darse cuenta, al deseo, muy natural, de hacer remontar a una fuente alemana la más brillante manifestación del espíritu latino del siglo XVIII... sólo estudio su tesis como tesis de un sabio... Todo lo que yo puedo reconocer como fundado en sus conclusiones, es que el ejemplo de América y su Declaración de Independencia, más aún que las Constituciones mal conocidas de los Estados, han podido entrar para algo

49 Las referencias al trabajo de Boutmy se hacen al tomo de los *Annales* que lo contiene. Ya hemos dicho que aquél figura —con algunas modificaciones— en el volumen titulado *Etudes politiques*, 1907.

en la idea de reunir en un solo texto los derechos del hombre y del ciudadano, y colocarlo al frente de la Constitución. Eso no indica ni prejuzga nada, nótese, sobre los modelos, si los ha habido, que han podido ser imitados en la redacción de ese documento y sobre la fuente de inspiración de la cual proceda”.⁵⁰

Los demás asertos del señor Jellinek le parecen a M. Boutmy igualmente discutibles, y los discute. Para este sabio publicista, las afirmaciones del profesor alemán podrían reducirse a las siguientes: 1o. Las Declaraciones de Derechos no proceden del *Contrato Social*, más bien lo contradicen. 2o. La Declaración francesa, por su fondo y su forma, imita las de los Estados particulares americanos. 3o. La libertad religiosa es el elemento más antiguo de estas Declaraciones, pudiendo estimarse que de ella provienen, en cuanto la afirmación de la misma como un derecho natural debió sugerir, por imitación, la de los otros derechos.

Ahora bien: analizando una a una estas proposiciones E. Boutmy, opone, en resumen, los reparos que vamos a ver:

1o. La Declaración de Derechos no contradice el *Contrato Social*. La cláusula de éste, aparentemente anulatoria del individuo, no impide la posibilidad de una Declaración de Derechos. “Hay, escribe desde el principio —en el *contrato*— alguna cosa de fijo y determinado fuera de la arbitrariedad del soberano, y eso podría por sí solo ser el asunto de una Declaración”. Porque las ideas implícitas en el *contrato* suponen un contenido sustancial en éste, a saber: la igualdad de derechos de todos los ciudadanos, la exigencia de que la ley esté fundada en la necesidad de mantener la isonomía entre ellos, y el carácter general de aquéllos... Si se consideran atentamente los artículos particulares de la Declaración, se advierte que casi todos proceden de esos tres artículos fundamentales... Por otra parte, ¿no cabe imaginar que, si no los súbditos, el soberano redacte y promulgue una Declaración de ese género?”⁵¹ M. Boutmy recuerda, a mi ver con razón, la necesidad de tener presente la idea del pueblo como soberano, o en otras palabras, que no son las suyas, pero que expresan bien quizá su idea: la necesidad de llevar de antemano resuelta la antinomia entre so-

50 Artículo *cit.*, p. 416.

51 Artículo *cit.*, p. 418.

berano y súbdito, concibiendo aquél como el autor de su *misma regla* jurídica.

Estamos acostumbrados, escribe, a concebir el soberano como un monarca, es decir, como un individuo puesto aparte de la comunidad, y que tiene sus intereses particulares, más o menos opuestos a los del público. No estamos habituados a concebirlo, como el pueblo, bajo otro nombre, es decir, como la totalidad de los individuos, los cuales se hallan confundidos en él y no pueden tener otro interés que el suyo. ¿Qué imposibilidad existe para que ese soberano así definido sea quien redacte y promulgue la Declaración de Derechos?⁵²

Y no sólo esto, un autor dice:

Renunciar a su libertad es renunciar a su calidad de hombre, a los derechos de la humanidad, hasta a sus deberes. No hay indemnización para quien renuncia a todo. Semejante renuncia es incompatible con la naturaleza humana... Es una convención vana y contradictoria estipular de una parte una autoridad absoluta y de la otra una obediencia sin límites. ¿No es claro que no comprometa a nada respecto de quien se tiene el derecho de exigirlo todo? —he ahí añade Boutmy, una introducción de gran estilo a la Declaración de Derechos. ¿Quién es el autor de esas líneas? Rousseau mismo; el pasaje está tomado del *Contrato Social*—.⁵³

Y afirma Boutmy, como primera conclusión de su crítica, que será la conclusión general de su trabajo: “La Declaración de Derechos no proviene de Rousseau ni de Locke, de los *Bills* de derechos americanos, ni de la Declaración de Independencia: ella es el resultado de una causa indivisible: el gran movimiento de los espíritus de siglo XVIII”.⁵⁴

2o. Boutmy analiza con mucho detenimiento y habilidad lo referente al origen americano de la Declaración francesa, sobre todo lo del supuesto de que la Asamblea francesa se inspirase en las Declaraciones de los Estados particulares. ¿Cómo funda su punto de vista? En primer lugar, estima poco consistente la argumenta-

52 Artículo *cit.*, p. 418.

53 *Ibidem*, p. 419.

54 Artículo *cit.*, p. 419.

ción del profesor alemán a propósito de las inspiraciones americanas de Lafayette, recordando el hecho, para él muy significativo, de que éste no citase en la discusión de la Asamblea de las Declaraciones americanas.

En toda la interminable discusión empeñada sobre las veintidós Declaraciones de Derechos, la Constitución de Virginia, a la cual atribuye el señor Jellinek una importancia particular, es la única que se cita, una sola vez y muy brevemente. Casi todos los desenvolvimientos están tomados del análisis de las nociones de libertad y de igualdad, de una concepción del cuerpo político, que podría provenir de Rousseau. Nada más sorprendente que ese silencio respecto de los modelos del lado de allá del Atlántico. Reconozco, sin esfuerzo, que el mismo silencio se ha observado, casi, respecto del autor del *Contrato Social*. Pero bien se ve que estos silencios no significan la misma cosa. Callarse en cuanto a América, indica que el ejemplo de las Constituciones de los Estados estaba muy lejos del pensamiento de nuestros constituyentes. Callarse lo de Rousseau, no indica que las ideas emitidas por el filósofo no fuesen admitidas por la mayoría de los espíritus.⁵⁵

Boutmy examina luego, y critica, el valor histórico o genético —podría decirse— del paralelo que el profesor Jellinek hace entre la Declaración francesa y las americanas, cuando pone a dos columnas los diferentes textos en el capítulo V. Boutmy compara a su vez textos con textos; pero antes expone algunas observaciones de interés.

Primeramente: no hay un texto americano, sino siete u ocho; en cada uno de esos documentos, M. Jellinek ha recortado, naturalmente, los artículos que más se parecen a la Declaración francesa, abandonando, no menos naturalmente, los que se separan de ella. Y resulta que si se toma cada Constitución en conjunto para compararla con la Declaración francesa, se tendrá, sin duda, la impresión de una semejanza mucho más vaga, y hasta de una diferencia infinitamente más acentuada, que limitándose a considerar los pasajes que M. Jellinek toma de todas las Constituciones. Ahora bien: las Constituciones, tales como se presentan, cada cual con su texto completo, son las que pueden haber servido de modelos a los Constituyentes

55 Artículo *cit.*, p. 427.

franceses. El procedimiento empleado por M. Jellinek es, pues, en cierto modo sospechoso, contiene una causa grave de error...⁵⁶

Por otra parte, M. Boutmy recuerda cómo M. Jellinek se refiere al influjo del *Common-Law* inglés, de la *Magna Carta*, la *Petición de Derechos*, el *Acta de Establecimiento*, en las Declaraciones americanas. Pero rectifica el argumento del profesor alemán, estimando que ese influjo pudo también ejercerse directamente sobre la Declaración francesa. Los principios practicados durante siglos en Inglaterra “no han tenido necesidad de pasar el Atlántico para volver hasta nosotros: han obrado directamente de un lado y de otro del Canal de la Mancha, ya sea sobre la Declaración de Derechos, ya sobre el fondo común del siglo XVIII, de donde la Declaración de Derechos los ha tomado...”⁵⁷

Porque no hay que olvidar la existencia y el influjo de ese fondo común constituido en ambiente general merced a la acción de las ideas, alimentado por Locke, Montesquieu, Voltaire, Rousseau, el cual se había extendido por todo el mundo civilizado, las colonias americanas inclusive.⁵⁸ De ahí ha salido toda la parte especulativa de la Declaración de Derechos. Las ideas, ya que no los libros de Rousseau, habían penetrado los espíritus. Hasta se produjo entonces un estilo, que es el de las Declaraciones todas: un estilo en máximas abstractas. “Esas máximas eran como el uniforme del siglo XVIII. La moda de entonces era pensar y expresarse con frases generales”.⁵⁹ Por esta razón cree E. Boutmy que “las analogías que se observan entre tales Declaraciones americanas y la francesa de 1789 no deben llevarnos a referir la una a las otras, sino todas a un modelo común”.⁶⁰

Además, E. Boutmy distingue las Declaraciones americanas de la francesa, porque el propósito de los autores respectivos era muy diferente; y por último, para redondear esta parte de su tesis, hace un detenido examen comparativo, del corte del de Jellinek, y en-derezado a señalar las diferencias que existen entre los textos com-

56 Artículo *cit.*, p. 422.

57 Artículo *cit.*, p. 422.

58 *Op. cit.*, p. 421.

59 *Op. cit.*, p. 423.

60 *Idem.*

parados, uno por uno, haciendo notar sus diferencias de tono, de alcance, de propósitos, *de ideas*.⁶¹

3o. M. Boutmy rectifica también el origen indicado por el autor alemán a las Declaraciones americanas. “Después de haber señalado —o más bien intentado señalar—, dice, el origen de la Declaración francesa, M. Jellinek se pregunta cuál es el origen de las Declaraciones americanas...”, y tropieza con la *Magna Carta*, la *Petición de Derechos...*; pero no establece la relación de filiación. M. Jellinek “advierte que los *Bills* de derechos estipulan en Inglaterra para los ingleses, mientras que los americanos estipulan para los hombres. Los unos proceden de la historia; los otros salen del corazón, de la naturaleza, como dice Bancroft”.⁶²

Por otra parte, los artículos ingleses, casi todos, son limitaciones a la prerrogativa del soberano más bien que confirmaciones de las libertades del ciudadano.

Boutmy no desconoce la exactitud de estas indicaciones; “pero no impiden, dice, que más de la mitad lo menos de los *Bills* de Derechos americanos sea una simple transcripción del *Common Law*. En la Declaración de Virginia... encuentra que nueve artícu-

61 Es ésta quizá la parte más interesante del trabajo de Boutmy; pero no es posible extractarla. Por vía de ejemplo extractaré el análisis relativo al artículo 6o. de la Declaración de Derechos; dice Boutmy: “El artículo 6o. está concebido en estos términos: La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho de concurrir a su formación. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja, ya que castigue. Todos los ciudadanos son iguales a sus ojos; son igualmente admisibles a todos las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y facultades”. Hay ahí cuatro ideas, de las cuales sólo una se menciona en los textos americanos: es la idea que en toda tierra anglosajona ha servido de base al régimen representativo. Los textos que cita M. Jellinek repiten uno tras de otro que las leyes no son válidas más que si están hechas por los ciudadanos o sus representantes. Uno de ellos añade, a imitación del *Bill* de derechos, que las elecciones deben ser libres. Otro se extiende sobre la calificación que debe ser la condición de la franquicia. Nada más; ninguna de las tres ideas: la ley debe ser la expresión de la voluntad general; debe ser la misma para todos; todos los ciudadanos son admisibles a todos los empleos; aparece, por poco que sea, en los artículos que se nos ofrecen como modelos de la Declaración francesa. Por mi parte añado la sencilla indicación de que la primera y la tercera sentencia parecen extractos de Rousseau y del *Contrato Social*.”, *ibidem*, p. 425.

62 *Op. cit.*, pp. 434 y 435.

los, de diez y seis, están en ese caso”.⁶³ Además, “si es cierto que los artículos ingleses se ocupan más bien con la prerrogativa del soberano para restringirla, y los artículos americanos con las libertades del súbdito, se debe en parte a la desaparición del soberano en el segundo caso. Tal deferencia procede de la Revolución efectuada...”.⁶⁴

Y llega Boutmy a la tesis capital del origen religioso —en la Reforma— de los derechos del hombre. No he de repetir las ideas del profesor de Heidelberg: ahí está su exposición brillante. Boutmy se opone. “La reforma ha engendrado, no la libertad de conciencia, sino todo lo contrario, una fe más profunda, más tenaz, más ligada a sus raíces que la fe que aspiraba a reemplazar. La inmensa mayoría de los refugiados que llegaban a Nueva Inglaterra constituían más bien una comunidad de fieles que de ciudadanos...”.⁶⁵ Sin duda; pero ¿no entraña la reforma la afirmación íntima de la conciencia libre frente a la acción exterior de una jerarquía? Por otra parte, no hay que olvidar lo que esas comunidades de fieles llevaban en el espíritu... Se ha indicado más arriba.

Pero Boutmy, enamorado —con razón, todo es compatible— del influjo real de las corrientes generales históricas, vuelve a su tema...

la libertad religiosa ha sido la gran conquista de la edad que precede la Revolución. El Cristianismo había introducido en el mundo el hábito de concebir aisladamente a cada individuo, de estimar cada alma en precio infinito y de hacer de la salvación personal de cada cristiano el gran negocio de la vida. La reforma sencillamente había reafirmado esas tesis, que contienen virtualmente la libertad de conciencia. Pero adicionándolas todo el fervor de una creencia que se estimaba de buena fe, la única capaz de producir la salud de los hombres; y en su virtud, había destruído las probabilidades que su vuelta a los puros principios del Evangelio había proporcionado a la libertad de conciencia. El siglo XVIII fue quien, libre de todo fervor religioso, encontró la verdadera base de la tolerancia; él ha fundado, no sobre el escepticismo, aunque éste haya contribuído, sino sobre la especie de duda metódica que precede a todo conocimiento y a toda creencia. En una palabra: el espíritu del

63 *Ibidem*, p. 435.

64 *Ibidem*, pp. 435 y 436.

65 *Op. cit.*, p. 437.

siglo XVIII de una parte, y de otra las causas económicas, más bien que la tentativa abortada de Roger Williams; y la Reforma, donde M. Jellinek quiere ver la fuente, son quienes han hecho germinar y desenvolverse rápidamente la libertad religiosa en América.⁶⁶

¿Y las libertades civiles y políticas? Algunas de ellas resultan en América de “la naturaleza de las cosas” y de las circunstancias en que se celebraba el primer pacto social: aquellos colonos ingleses se constituían desde un principio como un pueblo libre. “La democracia, bajo su forma más extrema, se les imponía, por decirlo así, a esos hombres... ‘nacían de nuevo’, como decía su evangelio, al llegar a aquél suelo casi desierto y sin historia...”⁶⁷

Pero ¿no llevaban consigo algo del espíritu libre de Inglaterra y la tradición inspiradora de las luchas religiosas en pro de la conciencia libre? ¿No podría oponerse con una oposición sugestiva el proceder de los colonos ingleses, creadores de la República norteamericana, con el de los españoles, creadores de las colonias en las otras regiones de América? Boutmy recuerda la circunstancia distinta de Virginia, por ejemplo, “donde se establece una parte de la *gentry* inglesa”; pero advierte “no hay ni inmunidades hereditarias, ni monarquía capaz de consagrarlas. Los colonos se encontraron en la singular condición favorable de no haber llevado de Europa más que los rudimentos de una carta respecto de la cual eran especialmente contrarias las circunstancias de lugar, y que no tardó en desaparecer”.⁶⁸ Repito que sería muy sugestivo el paralelo con la Colonización española.

En cuanto a las libertades que entrañan los derechos de reunión y asociación, la libertad de imprenta, y por fin, la misma religiosa, resultan de la naturaleza del Estado basado en elementos racionales. “Una Constitución republicana, ¿puede no conservar para la razón que ha producido y organizado la República frente a la historia y a su pasado tradicional todos los potentes medios de acción que han contribuído a hacerla prevalecer?...” Pero ¿de dónde vienen esos elementos racionales que poco a poco se desprenden del medio histórico, tendiendo casi en todas partes a producir la Re-

66 *Op. cit.*, p. 438.

67 *Op. cit.*, p. 439.

68 *Op. cit.*, p. 440.

pública o algo parecido? Proceden “del gran siglo XVIII, y ahí tropezamos también con la corriente impetuosa del derecho natural, que la depositaba doquiera en sus orillas”.⁶⁹

Tal es, sustancialmente, en imperfecto resumen, la elocuente crítica de Boutmy del trabajo del profesor Jellinek. Como queda indicado, éste replicó; no he de extractar el artículo del sabio alemán; va, ya se ha dicho, íntegro a continuación de la monografía que hoy se publica en español.

8. *Conclusión*

Preciso es terminar este largo estudio, y habrá de hacerse sin mediar en la interesante contienda. De un lado, porque el lector atento ha podido ver, en las consideraciones expuestas ya, cuál es el punto de vista que nos parece aceptable; resueltamente, la investigación rigorista, histórica, del sabio Jellinek, tiene un fundamento sólido: las tesis mantenidas no sólo entrañan la verdad en el respecto de la explicación del origen de las Declaraciones de Derechos; sino con relación al total régimen constitucional. Pero ya, al dar cuenta de la polémica en el artículo más arriba citado, hacíamos notar la posibilidad de una conciliación de las opiniones de los dos escritores. Depende acaso la diferencia entre las conclusiones de la posición de cada uno, y aun, como ya indicamos, del criterio general, según el cual se concibe la historia, en la cual hay grandes corrientes apreciables sólo en una ojeada sintética, y corrientes íntimas, intensas, oscuras, que sólo el análisis descubre. La historia es todo eso...

Para terminar, permítame el lector que copie aquí los párrafos con que daba fin al estudio a que antes me refería:

...cabe perfectamente admitir, decíamos, que la tesis histórica del señor Jellinek sea exacta en todas sus partes, sin que por eso se estime que se *rebaja* el valor, el influjo, la significación, la originalidad política de la obra francesa. Aunque con cierta parquedad, reconoce parte de esto último en su libro el sabio alemán. Lo que se desprende de una manera absoluta de esta investigación es que los principios de 1789 no son sino los de 1774. Pero es incontestable

69 *Ibidem*, pp. 441 y 442.

que su influjo duradero en Europa está íntimamente ligado a la redacción que recibieron en Francia.

Refiriéndose al trabajo de Jellinek, el profesor de París M. Larnaude hace estas reflexiones, que encuentro muy atinadas:

Lo que se creía hasta ahora una obra de la Revolución, no es, en realidad, más que un producto de la Reforma y de las luchas por ella engendradas... Nos guardaremos bien de contradecir a M. Jellinek en este punto; pero se nos concederá que el doble origen *religioso* y *americano* de la Declaración ha influído muy poco sobre el *papel, los destinos y los efectos* de la misma... Para todos, salvo para aquellos a quienes preocupe exclusivamente el deseo laudable de investigar el punto preciso donde emerge una idea, una institución, la Declaración de Derechos es esencialmente *francesa y revolucionaria*... Quien habla de Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, alude necesariamente a *Francia* y a la *Revolución*.⁷⁰

Por otra parte, ¿no procederán, repito, las diferencias, que al pronto parecen tan irreductibles, en las tesis de los dos escritores, de la diversidad de puntos de vista en que se colocan: de un lado, el del profesor alemán, el punto de vista particular de la génesis histórica de la *idea* de la Declaración con su *forma legal*; y de otro, el del publicista francés, el punto de vista más amplio y general de la *evolución total* de la vida política, con la consideración de todos los influjos universales que en tal evolución se advierten? ¿Se excluyen en una concepción más comprensiva del periodo revolucionario, dentro del cual se produjo la Declaración francesa, la acción del ejemplo, de la limitación, del precedente inmediato de las Constituciones americanas, con la génesis del primer “Derecho del hombre”, a que alude Jellinek, y la influencia de las ideas filosóficas del siglo XVIII, que por tal manera habían transformado las aspiraciones políticas de Francia? Ciertamente, sin el influjo americano acaso no se habría formulado como se formuló la Declaración de 1789. Pero ¿habría ésta surgido sin la preparación del espíritu social por obra de la renovación de ideas que constituye, como dice Boutmy, el “fondo común del siglo XVIII

70 Prólogo a la traducción francesa del libro de Jellinek, pp. VII y VIII.

alimentado por Locke, Montesquieu, Voltaire, Rousseau?"... Más aún: ¿se habría llegado a donde se llegó en América sin el impulso de las ideas mismas que no "fueron, según advierte el señor Jellinek, la creación exclusiva de Francia, y a cuya expansión contribuyeron franceses, alemanes, ingleses e italianos?".

En rigor, no basta para explicar la Declaración de Derechos la determinación escueta de sus antecedentes históricos y jurídicos; pero no podríamos explicarla bien sin ponerlos de manifiesto de una manera precisa; lo que hace falta, además, es combinar dichos antecedentes con los que entraña el gran movimiento político en medio del cual la Declaración francesa y sus modelos *han podido* formarse.

Adolfo POSADA

Madrid, 14 octubre 1907