

## LA DECLARACIÓN DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO

*Respuesta del Profesor Jellinek a E. Boutmy<sup>1</sup>*

Me felicito de que M. Boutmy haya consagrado algunas páginas a mi estudio sobre la *Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano*. M. Boutmy figura entre los espíritus más esclarecidos de la Francia moderna; ha contribuído, en la medida más amplia, al desenvolvimiento de la Ciencia política. Es un honor tener semejante adversario. Séame permitido saludarle con la mayor cortesía, en el momento de entrar con él en lid.

Antes de penetrar en lo vivo de mi asunto, me creo obligado a dar una explicación sobre un hecho de carácter personal. M. Boutmy parece creer que me he dejado llevar, quizá inconscientemente, por el deseo de atribuir al genio germánico “la más brillante manifestación del espíritu latino a fines del siglo XVIII”. Lo declaro abiertamente: cuando se trata de profundizar en una cuestión científica, sea la que fuere, mi principio consiste en mantenerme siempre en la misma disposición de espíritu, “ac si quaestio de lineis planis aut de corporibus esset”. Busco exclusivamente la verdad, y me importa muy poco satisfacer un sentimiento de vanidad nacional.

Añadiré que he remontado el origen de la Declaración, no a Lutero, sino a Calvino: he ahí un honor que yo no habría dejado de reivindicar para mi país si hubiera sido francés.

Quisiera, desde el principio, determinar exactamente el campo de la controversia suscitada entre M. Boutmy y yo, y colocar la discusión en su verdadero terreno. M. Boutmy pretende haber re-

1 Véase lo dicho en el *Estudio preliminar* (N. T.)

sumido, al comienzo de su disertación, las ideas esenciales de mi trabajo; y, sin embargo, en ese resumen ha olvidado un punto capital: la clave de mi doctrina.

He declarado, de una manera expresa, que no pretendía ocuparme con el valor intrínseco de la Declaración de Derechos. Mi intención ha sido siempre tratar un punto especial, que, hasta aquí, se había dejado casi por completo en la sombra; cual ha sido la influencia de la Declaración de los Derechos del hombre sobre la historia jurídica de los Estados europeos. Bajo el influjo de esta Declaración, y según su modelo, las Constituciones de los Estados del Continente contienen la enumeración de los diferentes derechos públicos del individuo. Tal es el principio de este suceso considerable: el reconocimiento oficial de los derechos del hombre frente a los derechos del Estado. El historiador del derecho, el jurista, no pueden desconocer la importancia que este suceso ha tenido en la práctica; prolongando sus efectos en la historia europea, es como la Declaración de los Derechos del hombre ha podido convertirse en un hecho histórico de significación universal. Prescíndase de esta influencia general, y la Declaración no será más que un momento particular de la Revolución francesa. Por el contrario, Francia ha hecho al mundo un presente duradero, proclamando el reconocimiento de los derechos del individuo, que encontramos en nuestras constituciones modernas, erigiéndolo en principio de derecho público.

He ahí, en efecto, el rasgo característico que diferencia el Estado moderno del Estado del antiguo régimen.

Hace ya tiempo que he hecho notar la influencia considerable que ha ejercido la Declaración francesa, sobre la posición del individuo frente al Estado, y sobre el concepto que de ella se ha formado tanto en Francia como en el extranjero.<sup>2</sup>

M. Boutmy guarda silencio acerca de esta cuestión. Las advertencias que hace —por interesantes e instructivas que sean— no tienen nada que ver con ella. El filósofo, el psicólogo político fino, es quien toma la palabra, y habla excelentemente; pero en vano busco al jurista y al historiador del derecho, y yo habría querido plantear este debate, igualmente provechoso para ambos, en el te-

2 *System der subjectiven öffentlichen Rechts*, 1892, pp. 2 y ss.

rreno del derecho público y de su historia. Pero M. Boutmy se coloca en un punto de vista, y yo en otro. Nada de extraño tiene, pues, que no nos entendamos.

El problema que me he propuesto resolver es el siguiente:

Antes de la Declaración de Derechos, en parte alguna se trata, en las leyes del Continente, de una libertad absoluta de conciencia, de una libertad de la prensa, de una libertad de asociación, de la inviolabilidad del domicilio, etcétera. ¿Cuál puede entonces ser el origen de estas enumeraciones de derechos que tienen hoy un lugar tan importante en la legislación, en la administración, en la jurisprudencia?

M. Boutmy responde: Hay que buscarlo en el espíritu filosófico de la Francia del siglo XVIII, y en Rousseau muy particularmente. En su forma, y más aún en su espíritu, la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano es su emanación directa del genio francés.

Si ese punto de vista fuese exacto, ¿cómo admitir que no se haya oído hablar de Declaraciones de Derechos sino a partir de la Revolución de América? El *Contrato Social* de Rousseau se publicó en 1762. ¿Cómo explicar que los franceses hayan esperado un cuarto de siglo para asimilarse esta doctrina, y para hacerla pasar, aunque no fuese más que como teoría y sobre el papel, en una lista de los diferentes derechos?

¡Los filósofos franceses, y Rousseau a la cabeza, se hacen los apóstoles de la Libertad en general, pero no de las libertades particulares, o yo me engaño mucho! ¿Hay un pensador francés que reclame, antes de la Declaración de Virginia, todas esas libertades particulares a que expresamente se refiere la Declaración francesa? Rousseau —que M. Boutmy interpreta a su manera—, ¿se manifiesta acaso defensor celoso de la libertad religiosa? ¿No excluye, por el contrario, del Estado a quienquiera que no confiese la “religión civil”, y a quienquiera que ose proclamar el dicho católico “fuera de la Iglesia no hay salud”? ¿Por quién se reclaman los demás derechos del hombre, la libertad individual, la libertad de prensa, la inviolabilidad de la propiedad, la libertad de asociación, etcétera? ¿Quién trata de ponerlos ante la omnipotencia del Estado, como límites que no puede franquear, y de proclamarlos como el patrimonio inalienable del individuo?

Sin duda, no es imposible encontrar, en la literatura de la Francia del siglo XVIII, como por otra parte en la de otros Estados, cierto número de pensamientos que fueron puestos a contribución, luego cuando llegó el momento de redactar la Declaración; sin duda, cuando se concibió la idea de semejante texto legislativo, se introdujeron en él muchos retazos de la filosofía en cuestión; pero no por eso deja la idea primera de conservar su naturaleza propia; preexiste en su origen a todo eso.

En Alemania también ha habido un hombre que, antes que Rousseau, y con más consecuencia que él, proclamaba que la libertad era la esencia misma del hombre, “quod homini ita inhaeret ut ipsi auferri nom possit”. Me refiero a Wolff, cuyo influjo sobre los pensadores, y sobre los escritores políticos del siglo XVIII, ha sido considerable —y el propio Rousseau no ha dejado de sentirlo—. Pero me guardo muy bien de llevar hasta Wolff la idea de la necesidad de una Declaración de Derechos, y, sin embargo, no cae como Rousseau en sofismas groseros, como esta enajenación, en beneficio del Estado de una libertad considerada inalienable. Estimo que hay demasiada distancia entre una idea filosófica y un acto legislativo. Y el papel del historiador del derecho es precisamente mostrar en virtud de qué evolución los conceptos de los pensadores toman cuerpo en la ley.

Y ahora, afirmamos que las ideas filosóficas del siglo XVIII, esas ideas que no fueron la obra exclusiva de Francia y a cuya expansión contribuyeron franceses, alemanes, ingleses e italianos, no habrían tenido por sí solas el poder de producir una Declaración de Derechos; era preciso, para eso, que ocurriese un acontecimiento histórico como el de la Revolución americana.

Los franceses, pues, bajo el influjo de América, han erigido, en reglas de derecho, los principios de libertad, y lo han hecho para toda Europa. Sin América, sin las Constituciones de sus diferentes Estados, quizá tendríamos una filosofía de la libertad, jamás una legislación tal de la libertad.

Pero me callo y dejo la palabra a un francés, que, sin duda, está muy lejos de querer aminorar, en cosa alguna, la gloria de la gran nación a que tiene el honor de pertenecer. He aquí como se expresa el excelente historiador moderno de la Revolución france-

sa, M. Aulard, con respecto del influjo americano sobre el espíritu de 1789, y sobre la Declaración de los Derechos del hombre:

...Franklin, en una carta de mayo de 1777, notaba en estos términos el interés apasionado que los asuntos de la América inspiraban a los franceses: Toda Europa está a nuestro lado; por lo menos tenemos todos los aplausos y todos los votos. Los que viven bajo el poder arbitrio no aman menos la libertad, y hacen votos por ella. Desesperan de conquistarla en Francia; leen con entusiasmo las Constituciones de nuestras colonias hechas libres... Es aquí un dicho corriente que nuestra causa es la *causa del género humano*, y que combatimos por la libertad de Europa al luchar por la nuestra.

*El número de ediciones francesas de las diversas Constituciones americanas testimonia la verdad de lo que dice Franklin.* La guerra de América inspiró a los franceses una porción de relaciones, de historia, de viajes, de estampas. Se ama y admira a esos republicanos, graves y razonables, de los cuales es Franklin el tipo. La América republicana está a la moda, tanto y más que la monárquica Inglaterra.

Y no es esto una manía pasajera: es un influjo profundo y duradero. La Revolución francesa, tan diferente en algunos respectos de la Revolución americana, será animada por el recuerdo de esta última: no se olvidará en Francia que ha habido en América Declaraciones de Derechos, Convenciones nacionales, Comités de salud pública, Comités de seguridad general. Una parte del vocabulario de nuestra Revolución será americana.

Lo que importa sobre todo en la historia de las ideas republicanas, es que, veinte años antes de la Revolución, los franceses esclarecidos *habían leído, sea en el texto* (porque el conocimiento de la lengua inglesa estaba entonces muy extendido entre nosotros), *sea en una de las numerosas traducciones francesas, las Constituciones de los nuevos Estados Unidos.*<sup>3</sup>

M. Aulard, después de haber citado la Declaración de Independencia americana, y de haber hecho notar el influjo que ejerciera sobre Francia, prosigue así:

3 *Histoire politique de la Révolution française*, París, 1901, pp. 19-21.

Esta Declaración de Independencia había sido precedida de la Declaración de los Derechos del pueblo de Virginia (10. de julio de 1776), *que es casi la futura Declaración de Derechos francesa*. Se leía en ella que toda autoridad pertenece al pueblo, y por consiguiente, emana de él; que ningún derecho puede ser hereditario; que los tres Poderes deben ser separados y distintos; que la libertad de la Prensa no pueda ser restringida; que el poder militar debe estar perfectamente subordinado al Poder civil. Parecía como si se tratase de la realización misma de las teorías francesas, el pensamiento de Mably, vivo y combatiente. Puede suponerse el entusiasmo de los amigos de la libertad y de los patriotas franceses. A partir de la Revolución americana, es cuando sus ideas parecieron realizables y se propagaron irresistiblemente. Lafayette llamaba a esto la era americana. El mismo, apenas llegó de América, escribió a uno de sus amigos en Francia: “Siempre he pensado que un rey era un ser cuando menos inútil: de aquí todavía hace una más triste figura”. En su casa de París, en 1783, instalaba el Cuadro de la Declaración de los Derechos de Francia, y supone que dice y escribe: “Nous autres républicains”.

De esta cita resulta muy claro que M. Aulard, como erudito que jamás procede sin una documentación segura, no atribuye precisamente a las declaraciones americanas, y a las Constituciones de los Estados americanos, en general, el mismo papel que pretende asignarlas M. Boutmy. Para M. Boutmy eran tan sólo cantidades despreciables. Cuando nos afirma que la Declaración francesa no procede de América, sino que es preciso referirla, sea a Rousseau, sea a alguna fuente inglesa, podemos con razón responderle, que semejante afirmación no responde a las condiciones del método histórico. Los documentos americanos —y M. Boutmy no negará esto— estaban en todas las manos cuando se redactaba la Declaración francesa: formular la conclusión de que han ejercido sobre ella un cierto influjo, es proceder como historiador.

Sólo el hecho, e importa mucho ponerlo en claro, de que la Declaración francesa se redacte en una serie de artículos, a diferencia de la Declaración de Independencia, basta para darle un carácter jurídico completamente distinto, y revela muy bien que de donde procede es de las Declaraciones de los Estados particulares. Los franceses no se detienen a formular verdades evidentes

por sí mismas (*self-evident*). Transforman en reglas de derecho los principios que deben guiar al legislador. Ese carácter no se reconoce en parte alguna antes de las declaraciones americanas, ni aun en los *Bills of Rights* ingleses. Si los trabajos de la Constituyente no se refieren expresamente a las declaraciones americanas, puede suponerse muy bien que es porque esos documentos eran tan conocidos, que se estimaban presentes en todos los espíritus. La Constitución austriaca de 1867 contiene una declaración detallada de los derechos generales de los ciudadanos; procede de la Constitución belga, y se relaciona, por lo tanto, con la Declaración francesa de 1789. Ahora bien: en los trabajos parlamentarios de esta ley no se hace alusión ni a Bélgica ni a Francia. Que en su forma ofrezca diferencias bastante notables con respecto a la Declaración francesa, que se separe de ella aun en el fondo mismo en más de un punto, poco importa; queda en pie que sin Francia jamás habría habido Declaración austriaca. Si hubiera de seguirse el método de M. Boutmy, sería preciso negar toda relación de filiación entre la Declaración francesa y la Declaración austriaca. En tales condiciones, no nos corresponde a nosotros establecer que las declaraciones americanas han influido sobre la Declaración francesa, sino que M. Boutmy es quien debe demostrar lo contrario.

Ahora bien: no nos parece que lo haya hecho. ¡Pero, pretende M. Boutmy, el fondo mismo de las proposiciones de la Declaración francesa es completamente distinto del de las proposiciones correspondientes de las declaraciones americanas! ¡No resultan en aquélla expresadas, en definitiva, más que ideas absolutamente francesas!

Veamos lo que vale esta afirmación, y examinemos a este efecto el artículo 10 de la Declaración francesa relativo a la libertad de conciencia. Monsieur Boutmy lo presenta como la confirmación la más brillante de su dicho: la filosofía francesa del siglo XVIII, afirma, se eleva muy por encima de las concepciones americanas; va más alta que el cristianismo y que las doctrinas positivas; los americanos, por el contrario, se mantienen en el terreno del cristianismo puro. “La libre y sobria máxima francesa es breve. El texto reviste una especie de brevedad calculada, hecha para disimular la grandeza de la cuestión”.

Pero he aquí lo que nos dice sobre este punto M. Aulard, quien nos ofrece hechos en apoyo de lo que afirma por adelantado:<sup>4</sup>

El proyecto de la Sección 6a. decía: “En presencia del Supremo legislador del universo” —Laborde de Méreville pedía (20 de Agosto) que no se tratase de Dios: El hombre, dice, tiene sus derechos de la naturaleza, no los recibe de nadie. Pero la Asamblea nacional invocaba al Ser Supremo sin más oposición que la de Laborde de Méreville. Y esto aparece ser que por tres razones: 1o. porque casi todos los franceses de entonces, hasta los anticristianos, eran deístas, 2o., porque la masa del pueblo era sinceramente católica. 3o., porque esta fórmula mística, en el preámbulo del gran acto revolucionario, era el precio de la colaboración del clero en la Declaración de los Derechos.

Sin duda, la Asamblea (28 de Agosto) se negara a votar la moción del Abate d'Eymar, declarando la religión católica religión del Estado; pero en el momento, se declaraba católica, probablemente para complacer a los “curas patriotas” que contaba entre sus miembros, y además por respeto a los sentimientos de la masa, sobre todo rural, de los franceses. Ni aun pensaba en colocar la religión católica en el mismo rango que las demás religiones, y así el constituyente Voulland podía hablar desde la tribuna, sin ser contradicho, de la conveniencia de tener una “religión dominante” y presentar la religión católica como fundada sobre una moral demasiado pura para no colocarla en primer lugar. He ahí por qué, en lugar de proclamar la libertad de conciencia, se limitó (23 de agosto) a proclamar la tolerancia, en el artículo así concebido: “Nadie será molestado por sus opiniones, aunque sean religiosas, siempre que sus manifestaciones no perturben el orden público establecido por la ley”.

Mirabeau había hablado elocuentemente contra esta *tolerancia* el 22 de Agosto: “No vengo a predicar la tolerancia; la libertad más ilimitada en materia de religión es, a mis ojos, un derecho tan sagrado, que la palabra *tolerancia*, que quisiera expresarlo, me parecería de algún modo tiránica, pues que la existencia de la autoridad, que tiene el poder de tolerar, atenta a la libertad del pensamiento, por lo mismo que tolera y que podría no tolerar”. Cuan-

4 *Op. cit.*, p. 44.

do el artículo fue votado, el *Courrier de Provence* exclamaba: “No podemos ocultar nuestro dolor porque la Asamblea nacional, en lugar de ahogar el germen de la intolerancia, lo ha colocado como en reserva en una Declaración de Derechos”. Y el periodista (¿es el mismo Mirabeau?) hacía ver que este artículo permitía prohibir el culto público a los no católicos.

Pero salvo que *no proclama la libertad de conciencia*, la Declaración de Derechos es claramente republicana y democrática.

¡He ahí, pues, el alcance filosófico del artículo de la Declaración francesa!

De la propia suerte habríamos podido mostrar que los desarrollos de M. Boutmy, sobre los diferentes puntos de la Declaración en que estima que rectifica mi pensamiento, no descansan sobre ningún hecho. El entusiasmo de M. Boutmy le hace descubrir cosas que no se perciben, cuando se examinan los textos a sangre fría; señala matices, indica puntos de detalle, cuyo alcance no resulta siempre claro. No, yo no he afirmado que los franceses han copiado servilmente las declaraciones americanas; he dicho, sencillamente, que las han tomado como modelo. Necesariamente hay entre ellas alguna diferencia; pero se trata de saber si los puntos de analogía permiten pasar sin más a las esas diferencias, y no creo que quede duda sobre esto. Que Locke, que Blackstone y Montesquieu y Rousseau han ejercido un influjo sobre la Declaración francesa; que el derecho inglés, por intermedio de América, ha obrado indirectamente sobre ella, estimo haberlo demostrado superabundantemente; no he dejado tampoco de advertir que las declaraciones americanas ocupan, en el derecho de aquel país, un lugar muy distinto al de las proposiciones solemnes y teóricas de 1789 en Francia. Pero la crítica de M. Boutmy deja en pie esta proposición: los franceses no han imaginado ningún “derecho del hombre y del ciudadano” que los americanos no hubieran formulado antes que ellos.

Si los Estados del Continente, repito, admiten en su Derecho constitucional los Derechos del hombre y del ciudadano, lo deben a los franceses, que han encontrado, a su vez, el principio de América. Lo que los franceses han puesto de su parte, no tiene importancia para quien se dedica, ante todo, a estudiar la introducción en un país de una institución extranjera. Cuando un pueblo se apro-

pia las reglas de derecho de otro pueblo, tiene sin duda ante su visita los textos legislativos; pero jamás copia servilmente las ideas extranjeras; no cabe, pues, dudar que las consideraciones sociales y políticas propias del pueblo francés, han debido influir sobre la manera como se han asimilado las ideas americanas. Pero esas consideraciones las han hecho entrar en el molde que les procuraba América. Lo que ante todo importaba es esta afirmación enérgica y precisa de una serie de libertades individuales, y esto es cosa distinta de la idea de una libertad general e imprecisa, que se desprende de la filosofía francesa y de las contradicciones de Rousseau. He ahí el punto esencial, el gran progreso práctico, que tiene una importancia bien distinta de la de las diferencias de detalle que se pueden señalar, comparando la Declaración francesa con las Declaraciones de los Estados americanos.

¿Me equivoco acaso sobre este punto? Entonces ruego a M. Boutmy a fin de que se sirva ilustrarme. ¿Hay un derecho individual que los franceses hayan reclamado los primeros y que los americanos hayan ignorado antes totalmente? Sin duda habría sido un argumento sin réplica, demostrar que, aun sin la ayuda de América, la Constituyente ha podido elaborar su Declaración, y que el espíritu del siglo XVIII, por sí solo, ha creado ese documento. Hecha esta prueba, yo no habría tenido más remedio que ceder, fiel ante todo a mi misión de historiador del Derecho.

Por otra parte, debo advertir aquí que, los historiadores más distinguidos de Francia, no siempre han formulado las mismas apreciaciones sobre el valor político y filosófico de la Declaración francesa. No todos han sostenido las ideas de M. Boutmy sobre la originalidad de esta Declaración y sobre la riqueza de ideas que contiene. Me permitiré citar, *in extenso*, el pasaje de Taine donde juzga la Declaración francesa, y donde la compara con las Declaraciones de América.<sup>5</sup>

Nada hay aquí parecido a las Declaraciones precisas de la Constitución americana, a esas prescripciones positivas que pueden servir de soporte a una reclamación judicial, a esas prohibiciones expresas que impiden por adelantado varias especies de leyes, que trazan un límite a la acción de los poderes públicos, que circunscriben terri-

5 *Les Origines de la France contemporaine. La Révolution*, I, p. 274.

torios donde el Estado no puede entrar porque están reservados al individuo. Por el contrario, en la Declaración de la Asamblea nacional, la mayoría de los artículos no son más que dogmas abstractos, definiciones metafísicas, axiomas más o menos literarios, es decir, más o menos falsos, ya vagos, ya contradictorios, susceptibles de varios sentidos, y susceptibles de sentidos opuestos, buenos para una arenga de aparato y no para un uso efectivo, simple decoración, especie de enseña pomposa, inútil y pesada, que erguida sobre el frente de la casa constitucional y sacudida a diario por manos violentas, no puede menos de caerse al fin sobre la cabeza de los transeuntes.

Dos razones tenía para hacer esta cita. Primeramente, demuestra con claridad que se puede muy bien conocer el siglo XVIII y no encontrar por eso en la Declaración francesa el sentido profundo que ha encontrado M. Boutmy. Luego me pone a cubierto de una crítica muy injustificada. M. Boutmy me acusa de ser injusto con la Declaración francesa, censurándola “¡su prosa oscura y doctrinarismo!” Pero hay que tomarse el trabajo de leer el pasaje recriminado. Será preciso reconocer que yo no expreso una opinión personal, que me limito a citar la opinión de los demás (v. antes p. 104 y los autores citados en la nota 3). Entre los autores que allí recuerdo, se encuentra precisamente Taine. ¡Que M. Boutmy se entienda con su célebre compatriota! Su censura no podría aplicárseme, ya que, muy al contrario, no puede menos de señalar la injusticia y la exageración de las expresiones de Taine.

M. Boutmy ataca luego mi segunda proposición, a saber: el pensamiento de formular los derechos generales del hombre tiene su origen en los americanos del siglo XVII; fueron los primeros que lo pusieron en práctica, proclamando la libertad religiosa. Según él, el *Common Law*, los *Bills of Rights* ingleses, las condiciones sociales particulares de los americanos, las corrientes del pensamiento en el siglo XVIII, entrañarían una explicación suficiente de la formación de las declaraciones americanas.

Pero yo soy el primero en señalar la influencia del *Common Law* y de los *Bills of Rights* ingleses sobre el Derecho americano (pp. 121, 122, 125, 126 y 179). Por otra parte, los desenvolvimientos de M. Boutmy sobre las ideas democráticas en América, corresponden, en el fondo, a las ideas que yo expreso (pp. 161 y 177).

Por último, señalo la importancia de las teorías filosóficas en las concepciones políticas del siglo XVIII (p. 178). Mas, con todo esto, para mí la cuestión persiste: ¿de dónde se deriva la concepción de los Derechos del hombre?

Según M. Boutmy, el primero de esos derechos, la libertad religiosa, surge directamente de la filosofía del siglo XVIII; lo que se entiende por libertad religiosa en el siglo XVIII, no tiene nada de común con la idea que de ella se ha formado en el siglo XVII.

Nos encontramos ante la misma confusión que antes. No tengo por qué examinar aquí la evolución de la idea de libertad religiosa; me limito a preguntar de qué manera se ha formulado como ley. La cuestión a que me refiero es la de saber en qué momento de la historia se han reconocido los Derechos del hombre, desde ese punto de vista, en un documento legislativo. Ahora bien: eso ha tenido efecto, por primera vez, en la antigua Carta de Rhode Island. He ahí un hecho cuya realidad no puede ser destruída por nadie.

Admitamos, si se quiere, que Roger Williams haya tendido tan escaso influjo sobre el desenvolvimiento de la idea de libertad religiosa en los Estados Unidos como M. Boutmy afirma; no por eso será menos cierto que los textos legislativos de Rhode Island, y de las demás colonias, se conocían. Ahora bien: sabemos que las Cartas de las colonias son el origen de nuestras Constituciones escritas. Admitimos como un hecho patente que han influído sobre las Constituciones ulteriores; reconocemos además que Rhode Island ha mantenido intacta su Constitución hasta 1841, manifestando con esto que se encontraba muy bien con esos venerables documentos. ¿Podemos ahora admitir que esos hechos hayan pasado inadvertidos para los americanos?

El punto importante, para el historiador, es fijar el origen de una regla jurídica. Aun cuando un texto se conserve intacto en su forma, las concepciones jurídicas pueden modificarse continuamente. El siglo XX tiene concepciones distintas de las del XVII sobre la libertad religiosa; sin embargo, hay textos legislativos idénticos o análogos; eso nos indica claramente el mecanismo de la evolución. ¡Y aun encontramos en la historia encadenamientos mucho más notables! Se ha observado, por ejemplo, que entre los pueblos antiguos y entre los modernos, los juegos son los mismos.

Igualmente se puede seguir, a través de los siglos, la tradición de los cuentos populares que se perpetúan por el universo entero, y en esos cuentos sobreviven todavía los viejos mitos. Uno de los más sagaces eruditos de la ciencia moderna, Fustel de Coulanges, ha demostrado que el origen de la adopción está en el culto de los antepasados. La consecuencia es que no osamos jamás afirmar que una manifestación de los tiempos presentes sea cosa original; ¡hasta tal punto nos creemos obligados a ser escépticos y desconfiados!

M. Boutmy se niega a ver lazo alguno entre los *Bills of Rights* americanos y las Cartas del siglo XVII. Lo mismo habría podido negar la legitimidad de las investigaciones a que acabamos de aludir y los resultados obtenidos. ¿Por qué los italianos de nuestros días habrán tomado el juego de mora de los egipcios? ¿Qué puede tener que ver nuestra adopción en el culto doméstico de los antiguos arios? ¿Han de ser, pues, manifestaciones completamente originales, autóctonas, porque no se puede demostrar de un modo estricto, riguroso, que se enlazan con el pasado?... Por tal manera es como se llega a negar toda dependencia histórica, y como se proscribiera toda síntesis, cuyo objeto sea reunir hechos presentados con algún intervalo de tiempo. Las demostraciones de orden matemático han sido siempre, y siguen siendo, imposibles en materia de ciencia social.

Sin embargo, el estado de nuestras investigaciones históricas nos permite afirmar que la probabilidad está en pro de la conexión y el encadenamiento de los hechos; y siendo así, no nos toca procurar la prueba en contra, sino a nuestros adversarios; la presunción está en nuestro favor. También en este punto sentimos que M. Boutmy se dé por satisfecho con afirmar, sin más argumentos. Estima no demostrada la existencia de un lazo entre las proposiciones formuladas en el siglo XVII y las que lo han sido en el XVIII. Pero, según las ideas admitidas, en materia de método histórico eso no basta. Tocaba a M. Boutmy combatir la presunción, y demostrar que la existencia de ese lazo es cosa imposible e inconcebible.

Desde el día en que se formuló un derecho general del hombre y del ciudadano, tomó cuerpo la idea de llevar a los textos legislativos la exposición de esos derechos. La necesidad de introducir

otros más no se ha dejado sentir hasta el siglo XVIII; pero ya podían señalarse los signos precursores. En ese catálogo de derechos, la libertad religiosa se ha formulado la primera, habiéndose añadido sucesivamente los demás derechos. Pero de esto a decir que la libertad religiosa los contiene todos en potencia, y que proceden de ella directamente, hay alguna distancia. Ciertamente, la naturaleza de la libertad religiosa, los motivos que han influido sobre su adopción, pueden no haber sido los mismos en el siglo XVIII que en el XVII. Pero al formular por primera vez el principio de la libertad religiosa, se creaba el cuadro en que pudieron entrar después todas las demás libertades, y entre ellas la misma libertad religiosa, modificada según las ideas nuevas.

Y hablo siempre sólo de la forma jurídica, no del fondo de las ideas.

Pero, aun en lo que concierne al fondo de este conjunto de derechos de libertad, nos separa un abismo a M. Boutmy y a mí. Creemos, como juristas que somos, que el contenido de la libertad no puede determinarse en sí, positivamente, y definirse como tal. Estimamos que todas las libertades no son más que la negación de restricciones anteriores, impuestas a la actividad humana. Había una religión impuesta, había una coacción; he ahí por qué se proclama hoy la libertad religiosa; el peso de la censura que oprimía la Prensa ha hecho nacer la idea de la libertad de imprenta; la prohibición de agruparse ha provocado la libertad de asociación. Suprimiendo lo arbitrario del gobierno, sustituyendo con la ley la ordenanza de policía, es decir, poniendo la legalidad en vez del buen querer de arriba, se ha encontrado que se restringían las fuerzas opresoras del Estado respecto del individuo.

Hé ahí la única explicación que nos da la clave del concepto de libertad; sólo ella hace resaltar el valor práctico de los derechos que de ésta se desprenden. En esta limitación de la arbitrariedad del Estado es donde residen todas las libertades y todos los derechos de los pueblos modernos. Por el contrario, importa muy poco, para quien se ocupa con la organización jurídica y sus consecuencias, saber cuáles fueron, en cuanto al fondo mismo de la idea de libertad, las teorías americanas de los siglos XVII y XVIII y las de los filósofos franceses. El derecho reviste un carácter harto formal, harto "exteriorizado", para que esas especulaciones filosófi-

cas puedan encarnar en una forma jurídica. Tomemos como ejemplo esta proposición: “el Estado debe garantizar la libertad de conciencia”; no se pregunta si se trata de proteger la piedad o el ateísmo, ni aun siquiera si el legislador tendrá la intención formal de favorecer la religión. El alcance jurídico de esas leyes está, por completo, en el hecho de que indican sólo aquello en que es preciso abstenerse; no dicen, por el contrario, lo que conviene hacer. La legitimidad de un hecho positivo puede ser apreciada de diferentes maneras; pero el derecho no tiene por qué pesar los motivos de la abstención del acto que prohíbe. El Estado ordena que no se robe; poco le importa que se haya determinado el agente por el temor al castigo, por un sentimiento de respeto a la ley, o bien que se ceda a preocupaciones religiosas o morales. Le basta que la ley sea obedecida.

Estas observaciones no tienen la pretensión de disminuir en nada ni la utilidad ni la importancia de los estudios que tienen por objeto investigar cuáles fueron, en las diferentes épocas y en los diferentes pueblos, las concepciones dominantes sobre el contenido de la idea de libertad ¡tan ondulante! Pero los resultados de semejantes estudios —no podía ser de otro modo— conservan siempre algo de la personalidad de su autor, y esto es lo que los diferencia del estudio de las reglas incontestables del derecho. ¡Cómo dudar que en ese punto M. Boutmy sea un maestro! El artículo que consagra a mi “Declaración” lo demuestra sin discusión posible. Pero si me pregunto en qué se ha referido M. Boutmy a las proposiciones que me he esforzado por sentar, si busco en qué han podido lesionar mis tesis sus argumentos, me atrevo a decir, y creo haberlo demostrado muy bien, que no encuentro nada!