

LA DECLARACIÓN DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO Y M. JELLINEK*

Emile BOUTMY

I

Un profesor muy estimado de la Universidad de Heidelberg, Jellinek, acaba de publicar recientemente una obra sobre la Declaración de Derechos colocada en la cabecera de nuestra Constitución de 1791, que ha tenido cierta resonancia en Alemania. Dicha obra ha sido traducida al francés por Fardis, y un sabio, cuyo juicio no es fácilmente influenciado, Larnaude hizo preceder a la traducción de un prefacio, donde se adhiere de manera general a la tesis de Jellinek.

Esta tesis puede resumirse del siguiente modo:

la Declaración de Derechos no procede, como se cree generalmente, del Contrato Social; está tan lejos de encontrar en él su origen que es, por así decirlo, su contrapunto. Sus orígenes y sus modelos se encuentran en los *Bills of Rights*, que precedían a las Constituciones de los estados americanos, promulgadas entre 1776 y 1789.

Bastaría para comprobarlo una breve comparación de los textos. La libertad religiosa es el elemento más antiguo de dichas declaraciones. Las colonias anglosajonas del nuevo mundo fueron las primeras en reconocerla y proclamarla, antes que todos los pueblos europeos. De ahí ha venido, gradualmente, la idea de reconocer y consagrar también las demás libertades. Así resulta-

* Traducción de Jesús G. Amuchástegui.

que cronológicamente los primeros documentos que pretenden elaborar una lista de derechos del hombre y del ciudadano son originarios de América. Las Declaraciones de Derechos tienen pues, uniformemente, su origen en la libertad evangélica, y la más célebre de todas, la de 1789, se vincula por lazos ciertos y demostrados, si bien difíciles de desentrañar y seguir, a la reforma del siglo XVI.

No examino en absoluto si Jellinek, sin saberlo, ha obedecido al deseo, natural, de remontar hasta una fuente alemana la más impresionante manifestación del espíritu latino a finales del siglo XVIII; se trata de un problema a resolver entre él y su conciencia. Estudio su tesis como la de un sabio, no busco sus motivos más remotos. Todo lo que puedo reconocer como acertado en las conclusiones de Jellinek es que el ejemplo de América y su Declaración de Independencia, más que las Constituciones mal conocidas de los estados, hayan podido influir en algo en la idea de reunir en un solo texto los derechos del hombre y del ciudadano y de colocarlos al comienzo de la Constitución. Esto no indica ni prejuzga nada, debe señalarse, sobre los modelos, si es que los hubo, que hayan podido ser imitados en la redacción de este documento y sobre la fuente de inspiración de la que surgió. Respecto a las demás afirmaciones de Jellinek, no encuentro ninguna acorde con una visión sana de los hechos y de los textos, con la cual pudiera estar de acuerdo: todas me parecen igualmente discutibles.

II

La primera tesis sostenida por el profesor Jellinek es que tanto la idea como el hecho de una Declaración de Derechos son absolutamente contrarios a los principios del Contrato Social. Es esto lo que él cree demostrar sin esfuerzo, cotejando el postulado sobre el que descansa la Declaración con las afirmaciones netas y precisas que constituyen la base del Contrato Social. Las cláusulas de este contrato, dice Rou-sseau, se reducen a una sola: “la alienación total de cada asociado, con todos sus derechos a la comunidad”. Pero, dice Jellinek, si esta alieneación es completa, ¿qué significan esos otros derechos inalienables que el individuo no ha

comprometido en el contrato, y en favor de los cuales la Declaración realiza reservas expresas? “La alieneación se hace sin reserva, dice todavía Rousseau, la unión es todo lo perfecta que puede llegar a ser, y ningún socio puede reclamar nada”. ¿Cómo justificar, objeta Jellinek, cómo explicar en ese caso, tal reclamación, esta reivindicación solemne de los derechos del individuo? “El Estado, continúa Rousseau, es dueño de todos los bienes de los ciudadanos por el Contrato Social”. Así, replica Jellinek, la propiedad no es un derecho reservado; como es natural, sigue a la libertad; es confiscada con ella. “Es contrario a la naturaleza del cuerpo político, concluye finalmente Rousseau, que el soberano imponga una ley que no pueda infringir... no hay, ni puede haber habido ningún tipo de ley fundamental obligatoria para el pueblo, ni siquiera el contrato social”. ¿Cuál puede ser, concluye su argumentación Jellinek, la utilidad de una Declaración de Derechos? ¿Cuál puede ser su valor jurídico? Pretende obligar al Estado y el Estado no puede obligarse. Se arroga los atributos de una ley fundamental y no puede haber ley fundamental alguna que obligue al soberano hacia los particulares. He aquí, en sus firmes y claros términos, el argumento de Jellinek, irrefutable para todos aquellos que no conozcan a Rousseau sino a su través. Tengo dos respuestas para Jellinek. La primera es que la filosofía de Rousseau y las máximas del Contrato Social podían perfectamente haber inspirado una buena parte de los artículos de la Declaración, sin que Rousseau fuera consciente de ello; la segunda es que el hecho de la Declaración no está en absoluto en contradicción manifiesta y directa, como cree Jellinek, con los principios sobre los que se apoya el Contrato Social. El Contrato Social es una convención supuesta entre dos personajes: uno abstracto, la totalidad de los individuos, colectivamente considerados, el otro concreto, pero casi imposible de realizar, con todos y cada uno de los individuos aisladamente considerados. Este Contrato tiene como consecuencias: la constitución de un cuerpo político, compuesto por el Estado o soberano y por los ciudadanos o súbditos, y el establecimiento entre ellos de determinadas relaciones. Estas relaciones consisten en dos actos: el primero es la alienación completa del individuo, de su persona y de sus bienes al Estado. El segundo es la restitución por el Estado al individuo de todo aquello que no es necesario para

asegurar a cada uno el ejercicio de sus derechos, iguales a los de los otros; de manera que el ciudadano, siguiendo a Rousseau, se encuentra más libre después que antes del Contrato.

Rousseau se detiene aquí. Pero disponemos ya de unos puntos esenciales. El primero es la igualdad de derechos de todos los ciudadanos; el segundo es que la ley debe basarse en la necesidad de mantener la isonomía entre ellos; el tercero es que la ley sólo puede ser general, y que desde que se convierte en particular, no es sino un decreto. Estos tres puntos constituyen la esencia misma del Contrato y no hay contrato donde aquéllos falten.

Hay, pues, desde el principio, algo prefijado y determinado fuera de la arbitrariedad del soberano, y ese algo podría, por sí mismo, constituir la materia de una Declaración de Derechos. Además, si consideramos detenidamente los artículos más característicos de la Declaración, se aprecia que casi todos proceden de tres artículos fundamentales, de los que son corolarios necesarios. De este modo tenemos nuestra Declaración de Derechos constituida sin que el principio del Contrato Social suponga obstáculo alguno. Por otra parte, ¿no es posible imaginar que sea el soberano, y no los súbditos, quien redacte y promulgue una Declaración de este tipo?

Estamos acostumbrados a concebir al soberano como a un monarca; es decir, como un individuo situado al margen de la comunidad, con sus intereses propios, más o menos enfrentados a los generales. No estamos habituados a concebirle como a pueblo, bajo otro nombre; es decir, como la totalidad de individuos, los cuales se confunden en él y no pueden tener otro interés que el suyo. ¿Qué imposibilidad existe en que sea este soberano, así definido, quien redacte y promulgue la Declaración de Derechos? Este soberano no ha alienado ninguno de sus derechos. La alienación ha sido realizada hacia él, en su favor. Puede restituir todo lo que él quiera a aquéllos de los que lo ha recibido, y Rousseau ha previsto que él fijaría las proporciones. Es inevitable que esta fijación se realice en detrimento suyo y no habrá nada de sorprendente ni contradictorio en ello, pues el soberano es, en último término, lo mismo que el pueblo. Rousseau aplica al soberano la idea que los filósofos se hacen de Dios: puede todo lo que quiere; pero no puede querer el mal, porque es contrario a su naturaleza. Lo mismo ocurre con el Estado, que también puede todo lo que quiere, pero

no puede querer conservar todos los derechos que ha recibido por una enajenación voluntaria: es incapaz por naturaleza de ejercerlos. No constituyen los límites de su arbitrariedad; son los límites de su propia esencia los que determina mediante la Declaración de Derechos. No hay contradicción, por tanto, en que un documento que contiene una Declaración de Derechos haya sido inspirado, total o parcialmente, por el Contrato Social.

Un autor ha dicho:

Renunciar a su libertad es renunciar a su calidad de hombre, a los derechos de la humanidad, también a sus deberes. No hay ningún resarcimiento para quien renuncie a todo. Tal renuncia es incompatible con la naturaleza del hombre, y quitar toda libertad a la voluntad es renunciar a la moralidad de las acciones.

Es un convenio vano y contradictorio estipular por una parte una autoridad absoluta y por otra parte una obediencia sin límites. ¿No está suficientemente claro que no se está obligado a nada hacia quien se tiene un derecho de exigencia absoluta?

Ciertamente estas palabras podrían ser introducción a la Declaración de Derechos. ¿quién es el autor de estas líneas? Es el mismo Rousseau, y el pasaje está tomado del Contrato Social. Tan es así que el autor no veía ningún antagonismo esencial entre los principios del Contrato y el hecho de una Declaración de derechos.

Los genios, los espíritus superiores se ríen de las conclusiones rígidas, de una lógica que cree que nada puede escaparse al rigor de sus razonamientos. Las contradicciones son propias de hombres que han pensado abundantemente, que han creado ampliamente y que también han destruido. Han dicho necesariamente muchas cosas y entre ellas hay un gran número opuestas entre sí e incluso alguna será la contraria de otra. Será la influencia que unas u otras han ejercido sobre el público la que distinguirá entre las que deben proyectarse en el futuro y las que desaparecen silenciosamente y sin eco alguno. Cualquiera que estudie a Voltaire se encuentra a cada paso con doctrinas contrarias, doctrinas que debe intentar conciliar ¿No fue Locke, el apóstol de la libertad moderna, quien escribió para Carolina del Sur, esa Constitución cuasifeudal? ¿No fue Augusto Comte el espíritu más despierto que concebirse pueda, el más hostil a toda teología y a toda metafísica, quien organizó la religión de la humanidad e hizo de ella, para sus discípulos, un

objeto de culto? ¿Sería, acaso, difamar a Rousseau acusarle de flagrante contradicción? Sin lugar a dudas, no. Las grandes obras y los grandes hombres tienen sus leyes particulares. Son como los faros de colores cambiantes cuyo brillo aumenta al confundirse para componer ese esplendor vago y luminoso de todo un siglo; y es considerando globalmente ese siglo como se borran las disidencias y se resuelven las contradicciones, donde los más y los menos desaparecen en un medio que alumbra las grandes obras del siguiente siglo. De este modo vemos que la Declaración de Derechos no encuentra su origen en Rousseau más que en Locke, en los *Bills* de derechos americanos más que en la Declaración de Independencia, sino que es el resultado de una causa indivisible: el gran movimiento espiritual del siglo XVIII.

III

Jellinek cuenta con una excelente razón para negar que Rousseau haya influido en la Declaración de Derechos: cree en otra influencia, la de los Estados Unidos de Norteamérica.

Descarta muy juiciosamente, como yo mismo he hecho, la idea de que nuestros constituyentes hayan tomado como modelo la Declaración de Independencia de 1776 o las enmiendas a la Constitución. Cita con convicción, corroborada, piensa, por más de una prueba documental, los *Bills* de derechos de los estados particulares promulgados entre 1776 y 1789, como la fuente principal en la que se han inspirado los autores de nuestra Declaración. Ello merece un examen detenido y da lugar a ciertas reflexiones.

Antes de demostrar directamente con los textos la semejanza que existe entre la Declaración de Derechos y las Constituciones de los estados particulares de la Unión Americana, Jellinek enumera un cierto número de pruebas indirectas. Un ejemplo hará comprender lo que quiero decir. En el debate que comenzó el 11 de julio de 1789, Lafayette fue el primer orador en hablar de la necesidad de una declaración y en ofrecer un modelo. Es normal esperar que en dicha ocasión hiciera mención expresa de los *Bills* americanos, cuyo recuerdo ciertamente estaba presente. Dicha idea no se le presentó y Jellinek aparece obligado a buscar en un do-

cumento muy posterior: *Las memorias de Lafayette*, la alusión a los *Bills of Rights* que sirve de base a su argumentación. Así pues, si bien es muy significativo que Lafayette haya omitido hablar de los *Bills* americanos al presentar su Declaración, no lo es en absoluto, que algunos años después, haya comparado dicha Declaración y piense que su causa era el recuerdo que guardaba de la Constitución de Virginia. Ciertamente esta asociación de ideas fue encontrada posteriormente y asumida pues parecía verosímil y proporcionaba unidad a la vida del personaje.¹

Más adelante, Jellinek se refiere a dos cuadernos de 1789 que contienen completos dos de los enunciados de los Derechos del hombre y del ciudadano. Podríamos pensar que dichos cuadernos invocaban expresamente el ejemplo de los *Bills of Rights* americanos; en absoluto; ni uno ni otro invocaban otra cosa que la razón, el sentido común, la necesidad.

En toda la interminable discusión que se origina en torno a las veintiuna declaraciones de derechos, la Constitución de Virginia, a la que Jellinek otorga una especial importancia, es la única que aparece citada, si bien sólo una vez y muy brevemente. Casi todas las redacciones son obtenidas del análisis de las nociones de libertad y de igualdad, de una concepción del cuerpo político que podría ser tomada de Rousseau. Nada más chocante que ese silencio con respecto a los modelos de más allá del Atlántico. Reconozco que el mismo silencio se observa con respecto al autor del "Contrato Social". Pero guardar silencio sobre América y hacerlo sobre Rousseau no tiene el mismo significado. No hacer referencia a América indica que el ejemplo de las Constituciones de los estados estaba muy lejos del pensamiento de nuestros constituyentes.

1 Jellinek podría haber citado más a propósito el informe de Champion de Cicé, arzobispo de Burdeos, presentado ante la Asamblea Nacional el 27 de julio de 1789. Además, conviene subrayar que en este informe todas las cuestiones hacen referencia a América en general, no habiendo ninguna alusión a las Constituciones de los estados. Los demás oradores —poco numerosos— que hablaron de los Estados Unidos hacían referencia solamente a la Declaración de Independencia de 1776. Además, la mayor parte de ellos, Maloet, el obispo de Auxerre, invocaban dicho ejemplo para insistir en las profundas diferencias que separan al pueblo americano del francés y para concluir que una Declaración de Derechos sería inútil y peligrosa.

Callarse sobre Rousseau no indica que las ideas del filósofo no fueran compartidas por la mayoría de las conciencias.

Jellinek termina este capítulo con una apreciación singular: “Algunos escritores, dice, elogian el estilo breve y conciso, así como el carácter positivo de la Declaración de Independencia contrariamente a la verborrea oscura y al doctrinarismo de la Declaración francesa”. No es más que una media verdad. La Declaración de Independencia está escrita con un estilo más conciso y rápido que el de los *Bills* subsiguientes; Jellinek tiene razón en considerarlo meritorio. Pero ¿cómo es posible que niegue concisión y brevedad a nuestra Declaración y la califique de verborrea oscura? Realmente hace falta haberla leído superficialmente o con un cierto prejuicio para no reconocer y admirar en ella un estilo sobrio, simple, vigoroso, vibrante, un estilo digno de Rousseau.

Las pruebas indirectas ni nos han convenido ni nos han hecho vacilar ¿serán las pruebas directas más demostrativas? Jellinek, en su quinto capítulo compara el texto francés con los textos americanos, sin añadir ninguna reflexión, confiando en que el sentido común y la buena fe del lector le bastarán para poder ver la absoluta semejanza y el parentesco existente entre los dos documentos.

Antes de realizar, por nuestra parte, esa misma comparación, tengo que hacer varias observaciones. Primera: no hay un solo texto americano, sino siete u ocho textos; en cada uno de estos documentos Jellinek ha elegido naturalmente los artículos que más se asemejaban a la Declaración francesa y ha abandonado, no menos naturalmente, aquellos que se alejaban de ella. Así resulta que tomando cada Constitución en su conjunto y comparándola con la Declaración francesa se tendría la impresión de una semejanza mucho más vaga, e incluso de una diferencia infinitamente más acusada, que limitándose a considerar los pasajes que Jellinek saca de las Constituciones y que ha cuidadosamente seleccionado a la vista de la conclusión que espera deducir. Así pues, son las Constituciones tal como son, cada una con su texto completo, las que pueden servir como modelos a los constituyentes franceses. El procedimiento empleado por Jellinek es, pues, de alguna manera, sospechoso, contiene un grave error: sería perfectamente posible que creyéramos que la mitad de los artículos está tomada de los textos americanos, mientras que una comparación más correcta, realizada

sucesivamente con cada una de las Constituciones en su totalidad, reduciría las analogías a un 10 ó un 5 por 100.

La segunda objeción que someto al sentido común y a la buena fe del lector es la siguiente. Jellinek no ignora que una de las fuentes de donde proceden las declaraciones americanas es el *common law* inglés, al que hay que añadir la carta magna, la *Petition of Rights*, el Acta de Establecimiento. No puede referirse al *common law*, en su mayor parte no escrito; sin embargo, sí cita en varias ocasiones, a pie de página, la *carta magna* y los documentos que la siguen. Ese es el caso, por ejemplo, del derecho de todo hombre de ser juzgado por sus pares, y del principio de que ningún súbdito podrá ser gravado con un impuesto que él o sus representantes no hayan aprobado. No puedo dejar de creer que estos principios e incluso otros muchos, reconocidos y practicados desde hace siglos en Inglaterra no han tenido necesidad de cruzar el Atlántico para llegar a nosotros y que han pasado directamente de un lado a otro del canal de la Mancha, influyendo bien en la Declaración de Derechos, bien en ese fondo común del siglo XVIII, de donde esta Declaración los ha tomado. Se trata, por tanto, de restar importancia a la influencia de los *Bills of Rights* americanos en nuestra Constitución de 1789.

Otra observación, de la que difícilmente Jellinek podrá escapar, consiste en que ese patrimonio común del siglo XVIII alimentado por Locke, Montesquieu, Voltaire, Rousseau, se había extendido por todos los rincones del mundo civilizado, incluidas las colonias americanas. De allí surgió toda la parte especulativa de las declaraciones de derechos. Las ideas, si no los libros de Rousseau habían penetrado en los espíritus, pero el nombre del autor se perdió por el camino; de ahí que aquéllas entraran de forma anónima. Además, la característica esencial de esta época consistía en presentar, en primer lugar, y como el origen del que deriva todo el resto, un conjunto de máximas abstractas. Éstas eran como el uniforme del siglo XVIII. Era la regla, o al menos, la moda de esa época pensar y expresarse mediante conceptos generales.

Hacia 1760 existía simultáneamente en Francia, Holanda, Inglaterra y Estados Unidos una manera de razonar y un tipo particular de argumentos que no eran propios de ninguno de esos países. Cada cual desarrollaba a su modo, y siguiendo su genio las ideas

que extraía de ese tesoro común. Así las analogías que se observan entre las declaraciones americanas y la Declaración francesa de 1789 no deben inducirnos a acercar la una a la otra, sino ambas a un modelo común. Ocurre lo mismo que con las lenguas sánscritas e iraníes; el nivel erudito tiende a compararlas, mientras que una ciencia más profunda nos hace concebir un tipo más antiguo del que las dos procedan. No hay, pues, que suponer que todo aquello que se asemeja en los dos documentos proviene de que nuestra Declaración de Derechos ha imitado o copiado más o menos los *Bills of Rights* de los Estados Unidos. Cada uno de los dos textos ha extraído, no del espíritu de su país, pero sí del de la época, dos concepciones casi idénticas, expresadas de manera abstracta; es decir, conforme a la moda del siglo XVIII. Ninguna copia de un documento al otro puede desvelarse.

Pero hay otra causa que separa absolutamente los *Bills of Rights* de derechos americanos de nuestra Declaración; es la meta que se propusieron los constituyentes de cada lado del Atlántico, la causa final por la que esos textos constitucionales fueron redactados y promulgados. Todas las Declaraciones de los Estados Unidos han sido concebidas de manera que pudieran ser invocadas ante los tribunales. Los americanos tenían la idea fija de que les servirían de base para más de un proceso ante la Corte Suprema de su Estado, y se preocuparon de preparar los argumentos jurídicos, los medios que el proceso podría exigir, y todo el contexto conlleva la señal de esa preocupación. Para los franceses, la Declaración no es sino una pieza de oratoria, los artículos se presentan vacíos, desarmados, o si acaso armados de su propia solemnidad, del imperio de la verdad sobre los hombres. Ningún tribunal los invocará ni podrá fundamentar en ellos los considerandos de un juicio. Los franceses escriben para enseñar al mundo; los americanos, buscando la ventaja y la comodidad de sus conciudadanos redactaron los artículos de sus declaraciones: existe, por tanto, una diferencia de tono y de intención muy notable entre un documento y otro. Parece que no son de la misma familia, y que no están inspirados por un mismo espíritu, y que se han propuesto objetivos diferentes. La Declaración de Derechos francesa está escrita en el estilo sobrio y audaz de un filósofo que se preocupa sólo de expresar la idea general. Las declaraciones de derechos americanas están redacta-

das en esa lengua un poco meticulosa y copiosa del jurista celoso de no omitir ningún elemento del que el demandante pudiera servirse, celoso también de no dejar ningún punto débil, por donde una objeción, una inadmisibilidad, pudiera introducirse y oponerse al objetivo perseguido; una dedica todos sus cuidados a la nobleza de las líneas, a la solemnidad de la forma, la otra a la propiedad, a la precisión y a la plenitud que hacen que puedan derivarse de su texto consecuencias prácticas. No hay en todo el mundo dos documentos más diferentes.

IV

Tomo uno por uno, como hace Jellinek, los artículos de la Declaración francesa y los comparo con los de las declaraciones americanas que él ha estudiado. Nos sorprendemos, creo, de las conclusiones a las que un estudio detenido nos conducirá con respecto a una y otras.

Artículo 1o.: “Los hombres nacen y permanece libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales no puede fundarse más que en la utilidad común” —desde el primer artículo aparece el contraste. Los franceses nacen y permanecen libres e iguales en derechos. La igualdad aparece al mismo nivel que la libertad. Además, no se está proclamando la igualdad de condiciones; es decir, de inteligencia y de riqueza, sino la isonomía, la igualdad ante la ley. ¿Qué dice la Declaración americana? Que los hombres son “por naturaleza igualmente libres e independientes”. La igualdad es relegada a un adverbio, y no goza del pleno sentido que nuestra Declaración le otorga. De alguna manera se esconde entre los dos adjetivos que expresan la idea principal. No se trata de que los americanos sean diferentes al respecto, sino que la igualdad resultaba tan absolutamente natural dentro de las condiciones fundamentales de la sociedad americana, que no se entendía necesario afirmar separadamente un atributo que, por decirlo de alguna manera, se sobreentendía ¿De dónde podría surgir la desigualdad en América? No se ve de ninguna manera, es inconcebible. La igualdad, nadie se preocupaba de ella; aparecía simplemente como el corolario de la libertad y de la independencia. Sí era necesario y conveniente afirmar éstas en el

momento de constituirse al suprimirse la soberanía que había impedido su nacimiento, la soberanía del rey de Inglaterra. La misma observación es aplicable para la expresión *distinciones sociales* que puede leerse en la Declaración francesa. Sólo es posible entender esta expresión como sinónimo de distinciones de rango y de clase; es decir, como excepciones y derogaciones de la igualdad, que implican trabas y obstáculos para las relaciones sociales. La Declaración americana significa otra cosa muy diferente. Apunta el caso en que los emolumentos y los privilegios, separados o exclusivos, son otorgados a un individuo o a una clase de individuos, sin otra justificación que el interés público ¿Qué son los emolumentos y los privilegios separados y exclusivos? Son los atributos de toda función pública. Al funcionario se le paga, tiene los derechos exclusivos inherentes a su función. El sentido otorgado por la Declaración de Derechos americana en esta parte de su texto, responde al que encontraremos expresado más adelante en la Declaración francesa; no responde de ninguna manera al término *distinción social* entendido en su acepción más natural.

En suma, de las dos ideas que figuran en el artículo 1o. de la Declaración de Derechos francesa, no encontramos ninguna en los documentos americanos que cita Jellinek.

El artículo 2o. da como fin de toda asociación política, la conservación de los derechos imprescriptibles del hombre: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Todos estos derechos son igualmente citados en las Declaraciones americanas, si bien la enumeración no es en ningún caso completa. Además el tono es muy diferente del de las Declaraciones francesas. El estilo del documento francés es sobrio, claro, seco, imperativo; el estilo del documento americano es reiterativo; abusa de un estilo procesalista al utilizar dos verbos, dos sustantivos, y dos adjetivos cuando con un verbo, un sustantivo y un adjetivo bastaría: *Life and liberty; acquiring and possessing; pursuing and obtaining; separate and exclusive; natural rights and the blessing of life*, etcétera. Esta forma de retórica es en todos los países propia de los juristas. La diferencia más significativa es el carácter más o menos sentimental de la Declaración americana. El derecho a gozar de la vida, las bendiciones de la vida, la felicidad, palabras dos veces repetidas, nos trasladan a una época anterior a la De-

claración de Derechos francesa. Ésta se libera de este *phatos* tierno y lacrimoso; su lenguaje es muy severo, es el lenguaje de un Des-tutt de Tracy o de un Cabanis.

Hay una última y decisiva razón para dudar de que el artículo 2o. proceda de una fuente americana. Cito al mismo Jellinek: “Blackstone, dice, había distinguido, ya desde 1754, y colocado por separado la libertad, la propiedad y la seguridad de los ciudadanos; los había elevado a la dignidad de derechos absolutos, que la ley tiene la finalidad de proteger...”. Los demás derechos son propios de los ingleses, son auxiliares y subordinados y están destinados a garantizar los tres derechos absolutos. Si Blackstone utilizó efectivamente este lenguaje ya en 1754, si lo repite en sus célebres “Comentarios” que aparecieron en 1765, ¿por qué no suponer que tanto nuestra Declaración promulgada en 1789, como los *Bill of Rights* americanos publicados entre 1776 y 1785, han tomado directamente ésta fórmula del jurista inglés? ¿Hay alguna necesidad lógica, hay alguna prueba concluyente de que Francia haya copiado directamente a los Estados Unidos?

Si bien puede ser cierto que las máximas de Blackstone fueran conocidas por los anglosajones del nuevo continente, ¿qué razón hay para creer que nuestros constituyentes franceses, contando al lado de ellos con un texto de una gran autoridad, un texto que había tenido tiempo suficiente para influir en los espíritus del siglo XVIII y para convencerles de sus ideas, lo hayan despreciado deliberadamente, para ir en busca de un modelo al otro lado del Atlántico, a las colinas poco conocidas por entonces en el mundo y cuyos actos tenían poco eco? Sin lugar a dudas Blackstone no tenía ninguna necesidad de intermediario para inspirar a un pueblo y a otro.

El artículo 3o. nos muestra claramente la oposición existente entre el filósofo y el jurisconsulto. “La soberanía” palabra esencialmente metafísica, tiene por equivalente en el texto americano la palabra “poder”, que expresa algo sencillo, palpable. La expresión *reside esencialmente en la nación* pertenece al lenguaje ordinario y contrasta con la expresión *is vested in the people* que nos sitúa en pleno lenguaje jurídico. En cuanto a la segunda parte de la frase de la Declaración francesa. *Ningún órgano, ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de la*

nación, no encuentra parangón en el texto americano, y ello se comprende. Una nación, donde existían todavía, o bien donde acababan de ser desposeídos, estamentos como la nobleza y el clero, o corporaciones como el Parlamento, debía preocuparse para cerrarles las vías de retorno al poder. Nada parecido existía en los Estados Unidos. Los americanos estaban dispensados a la vez de ese temor y de esa precaución. Se ve claramente cómo bajo aparentes analogías las equivalencias son raras: y son raras porque los pueblos no se parecen en absoluto.

El *artículo 4o.* establece:

La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a los demás. De tal modo que el ejercicio de los derechos naturales de cada individuo no tiene más límite que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites sólo podrán ser determinados por la ley.

Lo he copiado íntegramente para que el lector recuerde el Contrato social y reconozca en él a Rousseau.

El *artículo 4o.*, por el fondo y la forma, es esencialmente francés de origen. Se pronuncia básicamente sobre tres puntos: *a)* marca el límite de la libertad de cada uno; *b)* consecuentemente todos los individuos ejercen los mismos derechos, *c)* la libertad sólo puede ser regulada por la ley. No encuentro ninguna de estas tres ideas en los textos americanos. El primer artículo citado (Massachusetts) se remonta a la existencia de un contrato social originario y recíproco entre los ciudadanos y el Estado y a la fórmula general de este contrato, que afirma que todos serán gobernados para el bien común. Los otros artículos enuncian simplemente una idea banal, que todo miembro de la sociedad tiene el derecho de ser protegido por aquélla en el disfrute de la vida, de la libertad y de la propiedad. Es decir, no hay ninguna semejanza entre un texto y el otro; el texto francés es enteramente original.

El tenor del *artículo 5o.* es el siguiente: “La ley no puede prohibir más que las acciones dañosas a la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ésta no ordena”. Ninguna de estas tres ideas francesas se encuentran en los textos americanos. Dos de estos textos pretenden establecer un *remedy*; es decir, un procedi-

miento judicial, al alcance de toda persona que haya sido lesionada en su persona, en sus bienes o en su reputación. Los artículos 2o. y 3o. no dejan dudas sobre su origen, puramente inglés. Uno termina con estas palabras: “que este *remedy* no sea rechazado ni aplazado”; son los mismos términos de la *carta magna*: “Nulli negabimus aut differemus rectum aut justiciam” (artículo 40). El otro no tiene nada en común con el texto francés, no es sino una reproducción del artículo del *Bill of Rights* de 1688, que prohíbe suspender las leyes o su ejecución. No hay, pues, hasta ahora, nada en común entre el documento francés y los documentos americanos.

El *artículo 6o.* fue concebido como sigue: “La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho de participar en su formación. Debe ser la misma para todos tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos son iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos”. Aparecen cuatro ideas, de las cuales sólo una es mencionada en los textos americanos; la idea que en todo territorio anglosajón ha servido de base al régimen representativo. Los textos que Jellinek cita repiten uno tras otro que las leyes son válidas en tanto que elaboradas por los ciudadanos o por sus representantes. Uno de ellos añade, imitación del *Bill of Rights*, que las elecciones deben ser libres. Otro se extiende sobre la cualificación que debe ser condición de la franquicia. Nada más, ninguna referencia a las otras 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, en los artículos que se nos presentan como los modelos de la Declaración francesa. Me limito a añadir que la primera y la tercera ideas parecen extraídas de Rousseau y del Contrato social.

Con el *artículo 7o.* abordamos un tema relevante, el de las garantías judiciales. Estas garantías son, perfectamente, las libertades británicas. Son tan antiguas, al menos, como la *carta magna* y es el *common law* quien ha recibido y guardado el secular depósito.

El *common law* es el patrimonio común de todas las colonias anglosajonas. En materia judicial América no tuvo nada que inventar, se limitó reproducir literalmente las máximas de los jurisconsultos ingleses.

Si se afirma que debemos a otros, y no a nosotros, la parte de nuestra Declaración concerniente a las garantías judiciales: si se pregunta si ha sido América o Inglaterra quien ha inspirado dichas máximas, me limitaré a hacer notar que existen por un lado instituciones muy originales, muy antiguas, muy próximas a nosotros, pues sólo el Canal de la Mancha nos separa de ellas, instituciones cuya influencia se reveló a lo largo del último siglo por más de un indicio; y por otro lado, las mismas instituciones, pero más recientes y separadas de nosotros por la inmensidad del Atlántico, instituciones que no han tenido ni el tiempo ni la ocasión de influir ni siguiera un poco en nuestro siglo XVIII. Ha sido, sin duda alguna, el modelo y no la copia el que ha estado presente en el espíritu de nuestros constituyentes, y si ha habido copia o imitación, las Constituciones de América del Norte no han tenido influencia alguna. Pero no encuentro ni el más mínimo rastro de dicha imitación en el artículo 7o. No puedo creer que haya existido la necesidad de ir a buscar en otro texto el origen de una idea tan banal como la condena de las detenciones arbitrarias. Dicha idea en el siglo XVIII era un axioma de sentido común. Por lo que respecta a las otras dos ideas contenidas en la Declaración francesa: El autor de una detención arbitraria debe ser castigado, y el individuo detenido no debe resistirse, no tienen equivalente en las declaraciones de derechos americanas. Los autores de estas declaraciones se extendían e insistían sobre los diferentes aspectos del procedimiento criminal inglés, aspectos sobre los que mayoritariamente el legislador francés guardó silencio. Éste habla de detención legal, de detención arbitraria, pero no explica en absoluto en qué consisten una y otra. El legislador americano lo expuso con minuciosidad: Ningún sujeto podrá ser detenido sin que su crimen o su delito le hayan sido imputados; no se le obligará a acusarse a sí mismo; podrá presentar todas las pruebas en su propio descargo; será confrontado con los testigos que le incriminan y podrá hacerse oír por sí mismo o por su abogado; ningún súbdito será castigado sino en virtud de un juicio de sus pares, conforme a la ley del país (expresión inglesa consagrada); que los *general warrants* para la investigación en los documentos o la detención de personas no citadas expresamente son condenables y no pueden ser adoptados. Se observa desde un principio la enorme diferencia

que existe entre los dos textos. La primera, la Declaración francesa se sitúa al nivel de la ley, en las formas tutelares que le han sido concedidas, en el agente encargado de proceder a su ejecución, en el respeto y la obediencia que su solo nombre debe inspirar al ciudadano: es el punto de vista del legislador y del filósofo. Los autores de los *Bills of Rights* americanos no parecen suponer que hay o que pudo haber una ley escrita regulando toda esta materia; se refieren al *common law*, que en gran parte no es sino la jurisprudencia de los tribunales. De acuerdo con los términos de estos precedentes los autores de los *Bills* americanos defienden las condiciones de la detención, de las investigaciones, de la comparecencia, de la defensa, del veredicto de condena o de la absolución: están constantemente al nivel del juez, no suben jamás al nivel del legislador. Hay tal diferencia, incluso diríamos contraste, entre las dos maneras de concebir no sólo ideas diferentes, sino incluso la misma idea, de seguirlas en su desarrollo, de obtener consecuencias, que es difícil comprender cómo Jellinek ha podido exponerse a la comparación y confrontación de dos textos entre los cuales la oposición de fondo puede ser tan fácilmente percibida.

El artículo 80. trata todavía de materia penal. Me limitaré aquí a destacar una diferencia que se encuentra casi por todas partes en esta comparación de textos americanos y francés. Éste nos muestra lo que la ley debe ser; aquellos nos hacen ver lo que la ley no debe ser. El texto francés dice, por ejemplo, que la ley sólo debe infringir penas necesarias; que la ley debe ser anterior al delito; que debe ser legalmente aplicada. Examinemos ahora los tres textos americanos, podría decir ingleses, pues son la reproducción de la *Carta Magna* y del *Bill of Rights*. Las leyes sanguinarias deben ser evitadas, siempre que ello sea compatible con la seguridad del país. Ninguna ley que inflija penas crueles o inusitadas será promulgada en adelante; las leyes retroactivas son opresivas, injustas, incompatibles con la libertad; ninguna ley de este tipo debe ser promulgada.

Insisto sobre estas dos maneras opuestas, una positiva, otra negativa, de abordar los problemas. Tienen importantes consecuencias. El francés, en presencia de una ley penal represiva tendrá siempre preguntas que plantearse. Se preguntará si la represión no es demasiado o demasiado poco severa, si no se obtendría el mis-

mo fin suavizando las penas; el problema de la legislación se le plantea en toda su amplitud. El americano no tendrá nada que cuestionarse si la ley, inscrita en su digesto, no es sanguinaria, si no inflige castigo cruel o inusitado. No se preocupa del problema de la legislación salvo en estos casos extremos y de esta forma de alguna manera grosera; en efecto, el francés se propone una meta, el americano otra y los artículos están redactados consecuentemente. Lo que el francés se propone es hacer una exposición de los principios para la educación de todos los hombres; el americano se propone presentar la lista de casos donde la ley será atacable ante el Tribunal Supremo de su Estado. No dice, en consecuencia, lo que la ley debe ser. El francés nos muestra todos los atributos de la ley, el americano sólo los vicios, pues son los vicios quienes facilitarán los medios para la persecución y los considerandos del proceso.

No tengo la intención de continuar esta confrontación que se juzgará, con razón, enojosa. Hasta el final nos conducirá a la misma conclusión. He dicho suficiente para ver claramente los caracteres que separan las dos Declaraciones y que descartan toda sospecha de parentesco entre ellas. Me limitaré a especificar, en los artículos que restan, las partes de la Declaración francesa que no tienen su correspondencia en los textos americanos.

Artículo 9o. En este artículo el legislador francés declara que el que detenta la fuerza pública y emplee rigores no justificados contra un individuo que se considera debe ser detenido, debe ser castigado. Nada semejante aparece en las Declaraciones americanas. Todo hombre debe estar protegido frente a toda detención, toda investigación en su casa o en sus documentos que “no sea razonable”, es decir, que no sea justificable ante un tribunal. Ningún magistrado, ningún tribunal, impondrá fianzas excesivas ni establecerá multas excesivas ¡En qué se está pensando para encontrar en estos dos artículos la reproducción de las ideas del texto francés!

Artículo 10. Podemos observar aquí el más absoluto contraste en la manera de concebir la religión. El texto francés es singularmente breve; afirma en una palabra la libertad de opinión y por extensión la de opiniones “incluso religiosas”. El exceso y la longitud están aquí del lado de los americanos, “todo individuo tiene un derecho natural e inalienable de adorar a Dios conforme a los dictados de su conciencia y de su razón. Nadie puede ser atacado,

perturbado o molestado en su persona, en su libertad o en sus bienes por haber adorado a Dios de la manera y en el momento acordes con los dictados de su propia conciencia o con su declaración de fe, sus sentimientos o sus convicciones, siempre que no turbe la paz pública, ni a los demás ciudadanos en su culto religioso". Se percibe claramente lo que yo había hecho ver en otro lugar.² detenidamente: la filosofía más elevada que un americano es capaz de realizar consiste en una apología tendente a establecer la verdad de un cristianismo a la Channing o de algún tipo de religión natural. La filosofía francesa de la misma época, se elevó infinitamente, y presume de ello, por encima de las diferentes creencias religiosas. Observó desde arriba el cristianismo y las diversas formas que recibió a lo largo de los siglos: Su desdén no llega, sin embargo, hasta el ateísmo, pero éste queda acogido muy claramente dentro de la legalidad. Añadamos, sin embargo, que hay en el texto francés una brevedad calculada, para enmascarar la verdadera dimensión de la cuestión. Parece que los filósofos no están muy seguros de ser comprendidos por la opinión pública y que temen contradecirla. Sea cual fuera su intención, no es válida, y es realmente sorprendente que un talento de la talla del de Jellinek haya podido creer que la libre y sobria máxima francesa sea fruto del desarrollo alambicado que los americanos dieran a su colonizado.

En el *artículo 11*. Se plantea la libertad de prensa. Los artículos americanos y los franceses son idénticos en el fondo, si bien son diferentes en la forma. Sin embargo, en los artículos americanos no hay nada parecido a la obligación de los ciudadanos de responder por los abusos de dicha libertad.

En el *artículo 12* encontramos una absoluta divergencia: mientras que la Declaración americana pronuncia la verdad banal tomada de la Declaración de Independencia, de que todo gobierno está instituido para el beneficio común y la protección de los ciudadanos, el legislador francés trata de la creación de una fuerza pública, ejército, gendarmería, policía, instituciones necesarias para la garantía de los derechos del ciudadano, y que nunca debe ser utilizada para la utilidad de aquéllos que la tienen a su cargo.

2 E. Boutmy, *Eléments d'une psychologie du peuple américain*.

Los *artículos 13 y 14* fijan con gran precisión todo lo referente a los impuestos; así se dice, por ejemplo, que el impuesto debe ser proporcional a las facultades de cada contribuyente; que todos los ciudadanos deben, por ellos mismos o a través de sus representantes constatar la necesidad de la contribución pública, consentirla libremente, vigilar su utilización y determinar la cuota, la base, la recaudación y la duración.

Prácticamente ninguna de estas características esenciales aparece mencionada en el texto americano; se contenta con decir que cada ciudadano deberá pagar su parte del impuesto, y que ningún subsidio será establecido sobre el contribuyente y recaudado, sin el consentimiento del pueblo o de sus representantes. Son los mismos términos de la *Petition of Rights*, a la cual, después de un siglo, no se ha añadido nada ¡Qué diferencia con la Declaración francesa que no deja en silencio ninguna de las condiciones que una economía política sana exige a la imposición!

El primero de los tres últimos artículos es, acaso, el único que justifica el propósito de Jellinek; se refiere a la responsabilidad de los funcionarios; es, tanto por lo que al fondo como a la forma se refiere, idéntico en ambos textos.

El *artículo 17*, referente a la expropiación por motivo de utilidad pública, es también el equivalente exacto del artículo americano. Pero, ciertamente, estamos lejos de las grandes máximas a las que nos había acostumbrado la Declaración de Derechos.

El *artículo 16* sólo tiene un significado y un alcance. Es en este artículo, que aparece al final de la Declaración, cuando aparentemente, ya no quedan grandes cosas que decir, donde se contiene el axioma más importante de la ciencia política, el de la separación de poderes. Jamás texto alguno ha dejado ver con más claridad que los franceses no se preocupaban casi de afirmar y, menos aun de practicar, la máxima de Montesquieu. Por el contrario, esta máxima había dejado una marca profunda en los espíritus de América, y no es posible, por tanto, extrañarse de que las Constituciones de los estados particulares tengan el honor de expresar claramente y desarrollar con detalle esta verdad profunda que debía servir de base, algunos años después, a la Constitución federal. Todavía un sorprendente ejemplo, que añado para concluir, de la oposición,

de la contradicción casi constante que separa el documento francés de los americanos.

Jellinek compara el texto francés y los americanos realizando varias observaciones que nos sorprende. Los franceses, según él, habrían imitado, no solamente el fondo, sino también la forma, de los *Bills of Rights* americanos. Hemos visto que forma y fondo, todo, en el documento francés es original. Este documento es notable, según Jellinek, por una cierta concisión, que es uno de los caracteres de nuestra lengua: estamos lejos de la verborrea oscura que caracterizaba dos capítulos antes, nuestra Declaración. Jellinek nos concede negligentemente que hay en esta Declaración tres artículos originales, que puedan parecer superfluos y sin gran alcance. Estos artículos, créase, no contienen sino la definición de libertad y la de ley. En fin, dice que la fórmula francesa se resiente del estilo, y sin duda también de las ideas, de Rousseau ¿Por qué, entonces, haber desperdiciado tantos esfuerzos para demostrar que Rousseau no influyó en la Declaración de Derechos o, al menos, en el hecho de la existencia de una? Lo importante es determinar si una parte notable de estos artículos no ha sido inspirada por Rousseau y no procede, evidentemente, del Contrato Social. Es casi indiferente saber si nuestros constituyentes han actuado inspirados por el ejemplo de América a la hora de reunir los derechos del hombre y del ciudadano en un documento aparte y colocarlo en la cabecera de su Constitución; no es inútil saber cuáles han sido los derechos inscritos y bajo qué influencia ha sido realizada la elección. Esta influencia no es tanto de Rousseau como del siglo XVIII globalmente considerado, tal y como he hecho ver.

V

Habiendo establecido —o mejor intentado establecer— el origen de la Declaración francesa, Jellinek se cuestiona el origen de las declaraciones americanas. Los primeros documentos que encuentra en sus investigaciones son las Declaraciones inglesas, comenzando por la *Carta Magna*, continuando por la *Petition* y el *Bill of Rights*, y concluyendo con el *Acta de establecimiento*. Parece natural suponer relaciones de parentesco, e incluso de filiación, entre estos

documentos y los otros textos, que la misma raza, quiero decir la raza anglosajona, ha elaborado en el nuevo continente. Jellinek no lo admite. Puntualiza que los *Bills* ingleses van dirigidos sólo a los ingleses, mientras que los *Bills* americanos van dirigidos a todos los hombres. Los unos proceden de la historia, los otros del corazón de la naturaleza, como dice Bancroft; además, y es una observación que ya había realizado, casi todos los artículos del *Bill de Derechos* o del *Acta de establecimiento*, son sobre todo, limitaciones a la prerrogativa del soberano, más que apoyos dados a las libertades de los ciudadanos. Las libertades, propiamente dichas, aparecen de manera muy limitada en los documentos ingleses; por el contrario abundan en los documentos americanos.

No ignoro la exactitud de dichas apreciaciones; pero no son óbice para que más de la mitad, al menos, de los *Bills of Rights* americanos no sean sino una simple transcripción de la *common law*. En la Declaración de Derechos de Virginia, que Jellinek tomó gustoso como ejemplo, encuentro que nueve artículos sobre dieciséis están en esa situación. Por ejemplo, el derecho de ser representado en un parlamento, de elegir libremente los diputados, de estar sometido solamente a las leyes que hayan sido votadas y a los impuestos que hayan sido aprobados por ellos. Toda facultad de suspender las leyes o de dispensar de su ejecución es declarada contraria al interés público. Del mismo modo, el mantenimiento de un ejército permanente. Las garantías judiciales constituyen una parte importante de esta Declaración. Encontramos en ella la mención del jurado, la prohibición, dirigida a los tribunales, de imponer multas o fianzas excesivas, el derecho del súbdito de ser exactamente informado del delito que se le imputa, de ser careado con el acusador, de aportar testigos, de no ser condenado sino por un tribunal regular, conforme a la ley de la tierra, de no estar sometido a indagaciones realizadas en virtud de *General Warrants*, de no estar sometido a castigos crueles o inusitados. A la vista de esta simple enumeración ¿quién se atreve a decir que el *Common Law* no es una de las fuentes más importantes de los *Bills of Rights* americanos?

En segundo lugar, si es cierto que los artículos ingleses se ocupan sobre todo de la prerrogativa del soberano para restringirla, y los artículos americanos de las libertades de los ciudadanos para

ampliarlas, ello es debido en parte a la desaparición del soberano en el segundo caso. Esta diferencia es la consecuencia necesaria de la Revolución que acababa de triunfar; ella es un índice, creo yo, pero no prueba nada por sí misma. En fin, es significativo observar, en las Declaraciones de Derechos americanas, libertades de las que los artículos ingleses no tratan, y de escuchar máximas trascendentes y sentencias metafísicas, que no encuentran su análogo al otro lado de la Mancha. Pero ello se explica muy simplemente por el cambio de la manera de pensar que se produce entre 1688 y 1776.

En este intervalo, aparecieron grandes espíritus que estudiaron y realzaron el derecho natural. Revolucionaron la historia y sacudieron los precedentes que pendían, hasta entonces, sobre las alas de su pensamiento. Se habituaron a subir muy alto en la escala de las ideas y a expresarse en términos metafísicos. Esta transposición del lenguaje, todavía mayor que la del pensamiento, se observa en todas las obras del espíritu del siglo XVIII y no extraño encontrarla en un documento cuya naturaleza y las circunstancias en que ha sido concebido, predisponían a un abuso del lenguaje abstracto.

Jellinek desarrolla su idea. Preocupado por desentrañar el origen de los *Bills of Rights*, encadena una tras otra las causas y no se detiene hasta la Reforma, donde sitúa la fuente primera y directa de todo movimiento americano del siglo XVIII. Con la palabra directa entiende que entre la reforma y este movimiento surgen una serie ininterrumpida de estados de conciencia religiosos análogos a la misma Reforma, y de instituciones confesionales que proceden de ella. En un principio habla del Brownismo y de pequeñas sociedades de refugiados ingleses disidentes que se habían formado en Holanda, del tipo de congregaciones independientes. Nos las muestra, transportando a América el principio político que su fe religiosa implicaba. Se refiere especialmente a *Roger Williams*, quien desembarca, un poco más tarde, en esas leyes predestinadas. Nos lo muestra enfrentándose a las prácticas intolerantes de los primeros inmigrantes, y fundando en Providence, en Rhode Island, una sociedad a la vez muy fervorosa y muy hospitalaria para las otras creencias, donde la tolerancia religiosa brilló e irradió sobre toda América.

La Reforma, dice Jellinek, ha engendrado la libertad de conciencia, libertad a cambio de la cual el poder no puede facilitar ningún equivalente. Los americanos hicieron de ella el modelo de sus derechos inalienables, que debían más tarde agruparse alrededor de ella en las declaraciones de derechos de los Estados Unidos. La libertad de conciencia fue así el primer modelo, sobre el que se reglamentaron, con el tiempo, las demás libertades. Si se puede decir con razón que las ideas de 1789 son las de 1776, puede decirse con no menos razón que las ideas de 1776 existen, en potencia, en la idea matriz traída del Antiguo Continente por Roger Williams y esta idea no es otra cosa que el principio mismo de la Reforma.

Todo ello dicho con un tono de autoridad y de distanciamiento arrogante, como si el autor estuviera convencido de que para las verdades tan evidentes el simple enunciado basta; no se extiende apenas sobre las pruebas, sorprende sobre todo que no consigue convencer al lector. En el fondo esta demostración no lo es propiamente, como a continuación veremos; basta con profundizar un poco para que aparezca la incoherencia, la falta de ligazón entre los argumentos. Pero lo más sorprendente es la peculiar desenvolvatura con la que Jellinek atraviesa todo el siglo XVIII sin aparentar sospechar que este período ha visto nacer y crecer una filosofía poderosa, que ha dejado su marca sobre todas las obras de su tiempo.

Restablezcamos los hechos. La reforma ha engendrado, no la libertad de conciencia, sino al contrario, una fe más profunda, más tenaz, más aferrada a sus raíces que la fe que aspiraba reemplazar. La inmensa mayoría de los refugiados que llegaron a Nueva Inglaterra, formaron una comunidad de fieles, más que una comunidad ciudadana; leyes sanguinarias impidieron el acceso a esas orillas a los católicos, a los cuáqueros, a todos los miembros de sectas que no fueran congregacionistas. Un régimen de terror se estableció en Massachusetts y Connecticut; todas las almas recibieron la huella del puritanismo y esta huella subsistió incluso después de que los rigores de la disciplina hubieran sido desplazados por reglas más dementes. Roger Williams no representaba el espíritu de estas colonias. Fue perseguido y debió refugiarse en Providence; y las otras colonias que sus discípulos fundaron no eran, por así decir, sino los arrabales de esta ciudad, pues el Estado de Rhode

Island, donde están todas ellas agrupadas, es todavía hoy el más pequeño de América del Norte, su sistema por otra parte, no triunfó: después de un siglo, la sociedad que se había constituido en Rhode Island, bajo un régimen de libertad absoluta, constituía materia de escándalo para todos los Estados Unidos. Las costumbres privadas eran detestables y la fe pública estaba ausente. Lo que se estableció casi por todas partes en aquella época en los Estados Unidos no es la libertad de conciencia, sino algo muy diferente, la tolerancia. Esta tolerancia tenía casi en todas partes su origen en un razonamiento, basado en las condiciones económicas de cada grupo social. La primera, la necesidad más sentida que padecía cada grupo, era la de acrecentar su población, la de procurarse hombres ¿Iban a rechazarles, a expulsarles hacia otras orillas simplemente por exigencias confesionales? Estos emigrantes arrancados unos aquí, y otros allí, del tronco europeo, profesaban religiones muy diferentes. Eran pues los fines económicos de cada colonia los que determinaban la acogida de todas las religiones indistintamente, al menos, de todas contra las que el núcleo de la sociedad no alimentaba un prejuicio tenaz.

Esto fue lo que se hizo de manera general. Ya he comentado en otra parte el prospecto que Penn difundió en varios miles de ejemplares por toda Europa. El autor dejaba caer la idea de que las colonias, una vez establecidas, encontrarían una tolerancia absoluta para el culto que estuvieran acostumbrados a seguir. Progresivamente este régimen triunfó en toda América y se apoderó, ayudado por el siglo XVIII, de todas las conciencias.

Pues no se puede olvidar que, insisto, la libertad de conciencia fue la gran conquista de la etapa que precedió a la Revolución.

El cristianismo introdujo en el mundo la idea de concebir aisladamente a cada individuo, de considerar cada alma de un valor infinito, y de hacer de la salvación personal de cada cristiano el motivo principal de su vida. La reforma se limitó a reafirmar estas tesis, que virtualmente contienen la libertad de conciencia. Pero a estas tesis añadió todo el fervor de una creencia que, de buena fe, se consideraba la única capaz de conseguir la salvación de los hombres, y en consecuencia, destruyó la posibilidad que la vuelta a los puros principios evangélicos daba la libertad de conciencia. Fue el siglo XVIII quien, liberado de todo fervor religioso, encon-

tró la verdadera base de la tolerancia; la fundamentó, no sobre el escepticismo, aunque este la ayudó, sino sobre una suerte de duda metódica que precedía todo conocimiento y toda creencia. En resumen, fueron de una parte el espíritu del siglo XVIII, y de otra la causa económica que he señalado más arriba, quienes hicieron germinar y desarrollar rápidamente la libertad religiosa en América, y no la tentativa abortada de Roger Williams y la Reforma, donde Jellinek quiere ver el origen de aquélla.

Acabamos de ver cuál es la verdadera fuente de la libertad religiosa en los Estados Unidos. Sólo nos queda determinar el origen de las otras libertades civiles y políticas.

Estas libertades son de dos tipos. Las primeras son aquéllas que surgen en todo Estado civilizado, como consecuencia de la supresión, generalmente realizada por una ley, de las desigualdades artificiales y tradicionales. Consisten en la igualdad ante la ley y los tribunales, la igualdad ante el impuesto y el fisco, la igual admisibilidad a todos los cargos, y, en fin, el derecho que es la garantía de todos los demás, la igualdad ante la urna electoral. Puede decirse, si se quiere, que no son libertades, pero nadie dirá que un pueblo que no las posea es un pueblo libre. Así los colonos disfrutaron de las tres primeras, es decir, la igualdad ante la ley, la igualdad ante el impuesto, la igual admisibilidad a los cargos desde el día en que constituyeron una sociedad. Son simultáneas a su constitución en un cuerpo político. No hubo necesidad de una ley para romper la tradición y darles autoridad y crédito. Dichas libertades resultaban “de la naturaleza de las cosas” y de las circunstancias en las cuales se realizó el primer pacto social. La última libertad, es decir, la libertad de voto, llegó, por razones que se comprenden, con algo de retraso en relación con las demás. Pero todas encontraron circunstancias excepcionalmente favorables. Figurémonos a un grupo de emigrantes llegando al norte del territorio actual de los Estados Unidos, en Massachusetts. Estos hombres, que se conocían entre ellos, que profesaban la misma fe, se enfrentan a un problema que no pueden eludir; el de la organización civil y política que deben proporcionarse. Trajeron de Europa su juramento de fidelidad al rey de Inglaterra; pero este rey no es para ellos sino una autoridad nominal; les hace falta una autoridad efectiva, y ésta ¿dónde pueden encontrarla sino en la

misma comunidad que ellos constituyen al reunirse? La mayoría de dicha comunidad decidirá en cada caso las resoluciones a adoptar. Creará la magistratura y el magistrado. Se plantea la necesidad de un gobernador, un tesorero, jueces oficiales de administración... ella nombrará a todos o casi todos. Surge la necesidad de unas leyes, es ella quien las redactará y las promulgará.

Que los emigrantes procedieran de tal manera es perfectamente concebible; no lo sería tanto si hubieran procedido de otra manera. La democracia en su forma más extrema aparecía impuesta a esos hombres. No venían cargados con ninguno de los privilegios tradicionales que estaban en vigor en sus países de origen. Había nacido de nuevo, como decía su evangelio, al llegar a esa tierra casi desierta y sin historia, y la sociedad que constituyeron no tenía nada en común con la de la vieja Europa.

Sin duda alguna, esto es un caso extremo, peculiar de la Nueva Inglaterra. Consideremos el caso de los otros emigrantes en las demás colonias, y concretamente en Virginia donde una parte de la alta burguesía inglesa se estableció. Encontraron allí el equivalente de los latifundios británicos, grandes plantaciones, donde continuaron llevando entre negros y trabajadores blancos, una vida de hacendados tan groseros como incultos. Había aparentemente elementos de una nueva nobleza, de una nobleza privilegiada. Pero, ¿en qué basaban los propietarios de las plantaciones su poder?, ¿a qué autoridad podían dirigirse para obligar a la población a reconocer sus privilegios, a una población cada vez más numerosa que les rodeaba? En Europa la nobleza debía su situación excepcional, que las leyes consagraron, a uno de estos dos hechos ciertamente antiguos: la conquista y la subordinación de tierras. La conquista —si algo parecido ha existido en América— se terminó en buen momento, cuando la masa de colonos era numéricamente superior a las pequeñas poblaciones diseminadas de indios. El peligro desapareció con las ofensivas del enemigo, y el estruendo de las venganzas victoriosas. Bastaba, pues, con un gesto para obligar a los indios a cambiarse de asentamiento y poder, así, disponer de todo el suelo que hiciera falta. Por lo que a la subordinación de tierras se refiere, la certeza de encontrar, simplemente desplazándose pequeñas distancias, fundos cultivables y la posibilidad de explotarlos ventajosamente liberaba a los colonos de sufrir las condiciones

onerosas que el gran propietario pudiera imponerles. En este continente casi virgen, generoso y abundante de lugares, la tierra dejó de ser un monopolio y la base de los privilegios. En Europa, la nobleza, consolidada en sus inmunidades hereditarias por una monarquía parcial, constituyó desde siempre, el principal obstáculo para el establecimiento de las libertades igualitarias que acabamos de señalar. Pero en América no había ni inmunidades hereditarias, ni monarquía capaz de consagrarlas. Los colonos se encontraron en la situación particularmente favorable de no haber traído de Europa más que los rudimentos de una casta a la cual las circunstancias del lugar eran especialmente contrarias, y que no tardó en desaparecer.

En suma, todas las libertades nacen naturalmente sobre el suelo americano. Dichas libertades no tenían ninguna necesidad de que la libertad religiosa hubiera tomado la delantera y les hubiera proporcionado el modelo que ellas siguieran. Cada una surge por su cuenta, con la misma autoridad que las demás; no hay que establecer ninguna jerarquía entre ellas. Se encuentran ya maduras y capaces de ser inscritas conjuntamente en los *Bills of Rights*; y estos *Bills of Rights*, es el espíritu del siglo XVIII quien persuadió a los americanos para colocarlos en la cabecera de sus Constituciones.

Sólo nos resta considerar el segundo aspecto de las libertades: derecho de reunión y de asociación, libertad de prensa, garantías procesales y finalmente, la libertad religiosa. La Característica de estas libertades es que pueden ser concebidas sin que ninguna clase de ciudadanos pierda lo que ganan los otros. Sólo afectan al Estado; sólo constituyen un peligro para él, y sólo implican un sacrificio para el poder. Este las aparta de su dominio de arbitrariedad, que es como su patrimonio constitucional. Hasta ese punto dependen de la naturaleza del Estado. Allí donde la noción de Estado comprende un gran número de elementos simplemente históricos o místicos, en consecuencia sin valor ante la crítica y sin resistencia ante la objeción, hay siempre en el gobierno una cierta repugnancia a reconocer los derechos de asociación o de reunión entendidos de manera amplia, una cierta inclinación a controlar o amordazar la prensa. Prensa, reunión, asociación, contribuirían en seguida al descrédito del poder. Por el contrario, allí donde los elementos históricos y místicos han dejado lugar a elementos pu-

ramente racionales, como es el caso de una República, no se verá ningún inconveniente, o se verán menos, para entregar los principios de gobierno a las controversias y a las disputas entre los hombres ¿Acaso puede una Constitución republicana no dejar en manos de la razón, la cual ha creado y organizado la República en contra de la historia y de un pasado tradicional, todos los poderosos medios de actuación que le han ayudado a prevalecer? Además las libertades de reunión, de asociación y de prensa son instituciones extremadamente peligrosas para un poder cuyo representante es siempre el mismo, que, en tal caso, debería cambiar de opinión. Por el contrario, dichas libertades constituyen una condición vital para un poder cuyo mandato expira periódicamente. El partido ganador tendrá cuidado de no modificar las causas que han asegurado su victoria y el partido derrotado verá en ellas su posibilidad de resurgir y en ellas cifra sus esperanzas para las próximas elecciones en las que jugará todas sus bazas.

Jamás un gobierno precario ha intentado traicionar las instituciones libres que le condujeron al poder por un periodo de cuatro años, ni asegurarse contra su inconstancia o contra su reversibilidad: todas las fuerzas de la opinión pública se aliarían y se sublevarían contra él.

Y entonces, ¿de dónde han surgido estos elementos racionales que, separándose poco a poco del contexto histórico, tendieron, casi por todas partes, a crear la República o algo parecido? Surgieron de la gran fuente del siglo XVIII, donde encontramos la impetuosa corriente del derecho natural que las depositó por todas partes sobre sus orillas.

Ciertamente estamos lejos de la reforma, lejos sobre todo de una libertad de conciencia, modelo y marco de las demás libertades. De estas libertades, unas eran el corolario necesario de una organización social determinada, naturalmente exenta de todo privilegio, mejor dicho, de toda desigualdad. Las otras estaban exigidas de alguna manera por la naturaleza misma del Estado, en una República. Estas dos causas, todopoderosas, y que hicieron llegar aquéllas a todos los espíritus, les proporcionaron, tanto a una como a otras, brillo y relieve, e hicieron de ellas materia adecuada para una exposición doctrinal. Nada hay, pues, de extraño en que una declaración las haya reunido al comienzo de una Cons-

titución; y el hecho de que la libertad religiosa las haya precedido no implica en absoluto que aquélla las haya introducido por su ejemplo ni que las haya preparado un lugar que ocuparía naturalmente.

VI

Pido perdón al lector por haberme dejado arrastrar a una discusión en regla, cuya amplitud no preveía, y pido disculpas a Jellinek, por haber empleado a veces expresiones que por su brevedad han podido resultar hirientes.

Tengo, lo confieso, una cierta irritabilidad, que se pone particularmente en evidencia cuando veo a personas que, gozando de una gran autoridad, se obstinan en buscar el origen de las ideas en otras ideas anteriormente expuestas y establecer así la filiación de las doctrinas, independientemente de las transformaciones que padezca la sociedad y de las nuevas necesidades que se desarrollan, a veces con especial energía. Estas necesidades son la causa profunda, a menudo oculta, de las teorías elaboradas por los hombres superiores de cada siglo. El genio del pensador no lo ha hecho todo; el medio social y las circunstancias constituyen la otra mitad; y es dicho medio el que casi siempre ha determinado poderosamente la dirección que los grandes espíritus siguieron, con aparente libertad. Por esta razón no creo que las ideas de un Lutero hayan podido, atravesando un siglo, encontrarse en las ideas de un Roger Williams, y después, tras otro siglo, fijarse en las Declaraciones de América del Norte, de donde pasaron a la Declaración francesa, que les dio gran y solemne resonancia. Creo que es el siglo XVIII, destructor de toda tradición, creador del derecho natural, al que hay que acudir como inspirador de estas conclusiones llenas de sentido y de vigor. El tipo de demostración empleado por Jellinek sólo puede satisfacer a los eruditos. El hombre de Estado busca las causas sustanciales, que no encontrará sino en la riqueza, variedad y amplitud de todo un siglo.