

LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE
Y DEL CIUDADANO

Prólogo del autor a la segunda edición alemana	77
I. La Declaración de Derechos francesa de 26 de agosto de 1789 y su significación	81
II. El “ <i>Contrat Social</i> ” de Rousseau no es la fuente de esta Declaración	85
III. Su modelo son los “ <i>Bills of Rights</i> ” de los Estados particulares de la unión norteamericana	88
IV. La Declaración de Virginia y las de otros Estados nor- teamericanos	93
V. Comparación de las Declaraciones francesas y ameri- canas	96
VI. Contraste entre las Declaraciones de derechos ameri- canas y las inglesas	105
VII. La libertad religiosa en las colonias angloamericanas como origen de la idea de la consagración legislativa de un derecho universal del hombre	115
VIII. La doctrina del derecho natural no ha creado por sí sola el sistema de los derechos del hombre y del ciu- dadano	126
IX. La formación del sistema de los derechos del hombre y del ciudadano durante la revolución americana . . .	129
X. Los derechos del hombre y la concepción germánica del derecho	137

LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS
DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO

PRÓLOGO DEL AUTOR
A LA SEGUNDA EDICIÓN ALEMANA

El siguiente trabajo, publicado por primera vez, hace más de ocho años, como un estudio para mi *Teoría general del Estado*, logró un éxito mucho mayor del que yo podía esperar. En Alemania tuvo una buena acogida, dedicándosele con frecuencia frases de calor desusado. Fue traducida a varios idiomas. Dos de las traducciones se hicieron expresamente autorizadas por mí y por mí examinadas. La primera, en inglés, se hizo en América;¹ la francesa va precedida de una introducción de un profesor de la Facultad de Derecho de París.² La edición francesa, sin embargo, motivó inmediatamente una detenida réplica del miembro del Instituto de Francia, Mr. Emilio Boutmy, la cual, no obstante la cortesía de su forma, que tan favorablemente caracteriza la polémica francesa, no puede menos de calificarse de apasionada.³

Boutmy se considera herido en sus sentimientos nacionales, porque yo había negado la originalidad de los franceses en la creación de su Declaración de Derechos. Trata de defenderse, ignorando totalmente las más modernas investigaciones emprendidas también del lado francés, y que ratificaban la exactitud de mis asertos. En su apasionamiento, ni siquiera ha leído mi escrito exactamente. Pone sus sentimientos en lugar de los hechos, y en vez de la de-

1 *The Declaration of the Rights of Man and of Citizens, Authorized translation from the German*, por Max Farrand Ph. D., professor of History in Wesleyan University. Revised by the author, Nueva York, Henry Holl und Company, 1901.

2 *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*. Traduit de l'allemand par Georges Fardis, Avocat, Edition française revue de l'Auteur et augmentée de nouvelles notes. Avec un préface de M. F. Larnaude, professeur de Droit de l'Université de Paris, París, Albert Fontemoing, 1902.

3 E. Boutmy, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et M. Jellinek, Annales des Sciences Politiques*, 1902, t. XVII, pp. 415-443.

mostración aplica la declamación ingeniosa. La voz del hombre ilustre que cree anunciar el triunfo del *esprit* francés sobre la erudición alemana, hizo su impresión en Francia. Y así me he visto impulsado a dirigirme al señor Boutmy en Francia mismo,⁴ para demostrar que no me había refutado en ningún punto especial, y sobre todo, que había interpretado mal el objeto entero de mi trabajo, el cual no está consagrado al triunfo del espíritu germánico, sino al conocimiento de la verdad histórica. Ante mi réplica ha callado hasta hoy Boutmy y con él la crítica francesa, y no creo que me hubieran dejado la última palabra si hubieran tenido algo que oponer.

La mala interpretación que mis asertos han logrado en Francia me obliga, sin embargo, a acentuar aún más rigurosamente en este lugar la tendencia de mi trabajo, a pesar de que éste debería bastar por sí solo para el lector atento. No he examinado la Declaración de la Constituyente en su valor histórico, filosófico y social, sino exclusivamente en su significación en la historia constitucional europea. Quise además, mediante un ejemplo saliente, demostrar cómo las exigencias abstractas impuestas al Estado se convierten en leyes para el mismo Estado. Quien esté familiarizado con la literatura política sabe cuán distintas son las creencias que aspiran a realizarse. Y esto impone necesariamente la cuestión de cuáles son las causas que elevan a determinados pensamientos a derecho positivo, mientras cierran a otros el camino del reconocimiento constitucional. Hasta aquí nos hemos ocupado casi exclusivamente con los orígenes literarios de las ideas políticas y hemos prescindido de la cuestión de las fuerzas históricas vivientes, que convierten las ideas en derecho positivo. Sin embargo, el camino de una exigencia filosófica a un hecho del legislador es amplio y complejo, y había que establecer el comienzo de este camino y reconocer las mutaciones que las ideas sufren en su largo proceso a través de la historia de las instituciones.

4 “La Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen. Réponse de M. Jellinek à M. Boutmy”. *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1902, t. XVIII, pp. 385-400 (a).

(a) Este trabajo de M. Jellinek va en esta edición española a continuación de la monografía sobre *La Declaración de los Derechos del Hombre*, etcétera (n. del t.).

En este lugar no sólo creo necesario reafirmar el pensamiento fundamental, metódico, del presente trabajo, para deshacer los errores en que se ha caído en Francia, pues aun en Alemania no siempre se logró interpretarlo rectamente. En la segunda edición de su excelente libro sobre Althusio declara Gierke exclusivista mi aserto de que el derecho originario a la libertad religiosa sea principalmente la fuente esencial de los derechos del hombre.⁵ Pero nunca he afirmado tal cosa; no ya todos los derechos del hombre, sino tan sólo su *expresión legislativa* procede de la libertad religiosa, lo cual debería estar, sin embargo, fuera de duda. También se puede considerar establecido que la representación de los derechos del hombre, innatos e inalienables, se desenvuelve por primera vez en las luchas político-religiosas, en la iglesia reformada y sus sectas, hasta ser un poder que dirige los espíritus.⁶

En un importante discurso sostiene A. Wahl que las *Remontrances* del Parlamento de París ya desde el 1752 a 1768 hablan de los derechos generales del hombre a la libertad, la propiedad y la seguridad, y cree que como los franceses posteriormente no habrían necesitado tomar de una manera puramente externa sus derechos del hombre de los americanos, la deuda sería, por lo menos, recíproca.⁷ Fundándose en las deducciones de Wahl, sostiene Richard Schmidt, contradiciéndome, que los derechos del hombre franceses no son de origen puramente angloamericano, sino la más consecuente expresión del “Derecho Natural de la Europa occidental”.⁸

Tan cierto es esto que, como ha tiempo ya se sabe, los aludidos derechos, totalmente incoloros, y sin contenido, figuraban entonces, y mucho antes aún, entre las trivialidades del derecho natural:

5 Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staats-theorien*, 2a. ed., 1902, p. 346, n. 49.

6 Esto ha sido también acentuado energicamente del lado inglés. V. D. G. Ritchie, *Natural Rights*, Londres, 1895, pp. 2 y ss. Contra Rehm —*Allgemeine Staatslehre*, p. 247—, que cree poder negar la relación entre la libertad religiosa, en los documentos americanos del siglo XVII, y los derechos de libertad del siguiente, en virtud de una interpretación jurídica aquí ociosa, véase mi refutación detallada en *Allgemeine Staatslehre*, pp. 374 y ss.

7 Wahl, *Politische Ansichten des officiellen Frankreichs in 18. Jahrhundert*, 1903, p. 23.

8 R. Schmidt, *Allgemeine Staatslehre*, II, 1903, pp. 799-804.

se habían expresado antes de Locke, pudiendo seguirse su rastro hasta Aristóteles. Ellos y algunos más habrían podido encontrarlos Wahl y Schmidt más allá de todos esos documentos franceses, en nuestro venerable europeo del centro Cristián Wolff, el cual, como ha tiempo se sabe también,⁹ juntamente con Locke, ejerció poderosa influencia en el espíritu del siglo XVIII. Los Derechos del hombre circulaban en ese siglo por el viejo y por el nuevo mundo mucho antes de sus grandes revoluciones; pero su expresión legal, determinante de la organización del Estado, no procede sólo de las teorías del derecho natural, y menos aún, sobre todo, la redacción de un catálogo de derechos especiales de libertad al lado de los derechos generales de la doctrina del derecho natural. Quienes conozcan la historia constitucional moderna saben que no son éstos, sino aquéllos, los que han alcanzado una importancia permanente. Aun cuando ya antes he puesto de relieve con toda claridad el influjo del derecho natural sobre las fórmulas de las proposiciones americanas y francesas, todavía consagraré a este asunto un capítulo especial.

Las ampliaciones, modificaciones y adiciones que se han hecho en esta segunda edición, están principalmente motivadas por la literatura publicada en estos últimos años. Se añade al final la copia de la célebre Declaración de Derechos de Virginia, porque en Alemania es aún muy poco conocida. Por lo demás, nada se ha cambiado en lo fundamental de esta exposición. La sobriedad del lenguaje se ha conservado, pues estimo inconveniente emplear muchas palabras cuando se pueden emplear pocas. De otros errores espero no se culpará ya a esta sobriedad. Si contra lo que espero se produjesen, que se me permita declarar: “*Je ne sais pas l'art d'être clair pour qui ne veut pas être attentif*” (No conozco el arte de ser claro para quien no quiere ser atento).

Georg JELLINEK

Heidelberg 3 diciembre 1903

9 Sobre el influjo de Wolff en Francia, véase B. Hasbach, *Die allgemeinen philosophischen Grundlagen der von François Quesnay und Adam Smith gegründeten politischen Ökonomie*, 1890, p. 47.

I. LA DECLARACIÓN DE DERECHOS FRANCESA DE 26 DE AGOSTO DE 1789 Y SU SIGNIFICACIÓN

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Constituyente francesa del 26 de agosto de 1789 es uno de los acontecimientos más importantes de la Revolución francesa. Ha suscitado, desde diversos puntos de vista, las críticas más encontradas. Los políticos y los historiadores la han discutido a fondo, y a menudo han llegado a la conclusión de que no poco es producir la anarquía en que ha caído Francia después de la toma de la Bastilla. Se han dedicado a demostrar que sus fórmulas abstractas eran ambiguas, y por tanto peligrosas, no respondiendo a la realidad política e implicando desconocimiento de la práctica de las cosas del Estado. Su pathos vacío habría confundido los espíritus, turbado la serenidad del juicio, inflamado las pasiones, apagando el sentimiento del deber —del deber no se trata siquiera—.¹ Otros, por el contrario, principalmente franceses, le han celebrado como una revelación de alcance histórico universal, como el catecismo de los “Principios de 1789”, que constituyen el fundamento eterno del orden político; como el presente más precioso hecho por Francia a la humanidad.

Se ha atendido más al alcance político e histórico de este documento que a su importancia histórico-jurídica, la cual ha conservado hasta nuestros días. Sea cual fuere el valor de sus proposiciones generales, bajo su influjo se ha formado la noción de los Derechos subjetivos públicos del individuo en el derecho positivo

¹ Juicio emitido primero, como es sabido, por Burke y Bentham, y luego por Taine. *Les origines de la France contemporaine. La Revolution*, I, pp. 273 y ss. Oncken, *Das Zeitalter des Revolution, des Kaiserreiches und der Befreiungskriege*, I, pp. 229 y ss., y Weiss, *Geschichte der französischen Revolution*, I, 1888, pp. 263.

de los Estados del Continente europeo. La literatura jurídico-política sólo conocía hasta entonces derechos de los Jefes de Estado, privilegios de clase, de los particulares o de ciertas corporaciones, no manifestándose los derechos generales de los súbditos sino bajo la forma de deberes del Estado, sin constituir para los individuos títulos jurídicos caracterizados. Merced a la Declaración de los Derechos es como se ha formado con toda su amplitud, en el derecho positivo, la noción, hasta entonces sólo conocida en el Derecho natural, de los derechos subjetivos del miembro del Estado frente al Estado todo. Realizóse esto, en primer término, por la Constitución de 3 de septiembre de 1791, la cual, sobre la base de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que le precedía, fijaba una serie de *droits naturels et civils* como Derechos garantidos por la Constitución.² En unión con el derecho electoral, esos "*droits garanties par la Constitution*", que han sido enumerados la última vez en la Constitución del 4 de noviembre de 1848,³ forman hasta ahora el único fundamento de la teoría y de la práctica francesas en punto a los derechos subjetivos públicos del individuo.⁴ Bajo el influjo de la Declaración francesa se han adoptado en las Constituciones de los otros Estados continentales análogos Catálogos de Derechos, cuyas fórmulas y proposiciones están más o menos acomodadas a las condiciones particulares de los diversos Estados, y presentan a menudo grandes diferencias, no sólo de forma, sino de esencia.

En Alemania, la mayoría de las Constituciones anteriores a 1848 contenían un capítulo sobre los derechos de los súbditos. En el año de 1848, la Asamblea Nacional Constituyente de Francfort votaba los Derechos fundamentales del pueblo alemán, que se publicaron como ley del Imperio el 27 de Diciembre de 1848. Aunque la decisión federal de 23 de Agosto de 1851 la haya declarado nula, ha conservado, sin embargo, una importancia duradera, pues muchas de sus disposiciones han pasado casi textualmente al De-

2 *Titre premier: Dispositions fondamentales garanties par la Constitution.*

3 Hélie, *Les Constitutions de la France*, pp. 1.103 y ss.

4 Cons. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 3, n. I. Bajo el influjo de las doctrinas alemanas se ha modificado el punto de vista en estos últimos años. Véase Barthélemy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, París, 1899.

recho actual del Imperio.⁵ En las Constituciones europeas posteriores a la época de 1848, esos catálogos de Derechos se reprodujeron en gran escala, habiendo ocurrido esto principalmente en la Constitución prusiana de 31 de enero de 1850 y en la Ley política fundamental austriaca sobre los Derechos generales de los ciudadanos de 21 de diciembre de 1867. Últimamente se han enunciado en las Constituciones de los jóvenes Estados de los Balkanes.

Forman una excepción digna de notarse a lo expuesto la Constitución de la Confederación de Alemania del Norte y la del Imperio alemán, en cuanto en parte alguna hablan de los Derechos fundamentales de los individuos. En la Constitución del Imperio no era necesario semejante Catálogo, tanto más cuanto que figuraban aquéllos en las Constituciones de los Estados federados particulares. Una serie de leyes del Imperio, además, como advertíamos, ha confirmado los principios proclamados en los Derechos fundamentales de Francfort. No hacía falta dar a esos Derechos una consagración constitucional especial, pues el Reichstag, que, en efecto, debía tener el mayor interés en sostenerlos, no tenía que observar ninguna formalidad particular para la reforma de Constitución.⁶ En realidad, los derechos públicos del individuo son mucho más amplios en el Imperio alemán que en la mayoría de los Estados con Catálogos constitucionales de derechos fundamentales. Puede esto comprobarse, por ejemplo, con sólo pasar la vista por la legislación y la práctica judicial y administrativa de Austria.

Sea cual fuere la opinión que hoy se tenga sobre la formulación de principios abstractos, vitales sólo mediante la expresión legislativa detallada, para la determinación de la situación jurídica del individuo en el Estado, el hecho de que el reconocimiento de tales principios se conexas históricamente con aquella primera Declaración de Derechos, hace ver como un problema importante de la historia constitucional el establecimiento del origen de la Declaración de Derechos francesa de 1789. Sólo en virtud de esta acción

5 Binding, *Der Versuch der Reichsgründung durch die Paulskirche*, Leipzig, 1892, p. 23.

6 Al discutirse la Constitución, el Reichstag rechazó todas las proposiciones para incluir los derechos fundamentales en el texto constitucional. Véase Bezold, *Materialien der deutschen Reichsverfassung*, III, pp. 896-1.010.

histórico-constitucional se distingue la Declaración de cualquier otro de los innumerables sucesos históricos de la época de la Revolución, que importe sólo como asunto privativo de Francia. De ahí el gran interés de esta investigación histórico-jurídica, hasta ahora harto descuidada. La solución de este problema es, además, de alta significación, no sólo para comprender el desenvolvimiento del Estado moderno, sino también la situación que en él corresponde al individuo. Hasta ahora, en las obras de Derecho político, se han enumerado tan sólo diversos precedentes de la Declaración de la Constituyente, desde la *Carta Magna* hasta la Declaración de Independencia americana, pero sin hacer investigaciones más profundas sobre las fuentes en las cuales se han inspirado los franceses.

La opinión más extendida sostiene que las doctrinas del *contrat social* han suscitado la Declaración, y que la Declaración de Independencia de los trece Estados Unidos de América del Norte fue su modelo. Examinemos ahora la exactitud de esos asertos.

II. EL “CONTRAT SOCIAL” DE ROUSSEAU NO ES LA FUENTE DE ESTA DECLARACIÓN

En su *Historia de la ciencia política*, la obra más extensa en este género que Francia posee, Paul Janet, después de una exposición detallada del *contrat social*, trata del influjo de esta obra de Rousseau sobre la Revolución. La idea de la Declaración de Derechos se refiere a los principios de Rousseau. La Declaración misma, ¿es otra cosa que la fórmula del Contrato político según las ideas de Rousseau, y los derechos particulares las cláusulas y condiciones de aquel Contrato?⁷

Es difícil comprender cómo un conecedor del *contrat social* ha podido sostener en este punto la opinión corriente.

El *contrat social* se resume en una sola cláusula, a saber: la enajenación de todos los derechos del individuo a la sociedad.⁸ El individuo no conserva para sí un átomo de derecho en cuanto entra en el Estado.⁹ Todo lo que le corresponde en materia de derechos lo recibe de la *volonté générale*, la única que determina sus límites, y que no debe ni puede ser restringida jurídicamente por ninguna fuerza. La propiedad misma pertenece a los individuos sólo en virtud de concesión del Estado; el contrato social hace al Estado

7 “Est il nécessaire de prouver qu’un tel acte ne vient point de Montesquieu, mais de J. J. Rousseau?...” Mais l’acte même de la déclaration est il autre chose que le contrat passé entre tous les membres de la communauté, selon les idées de Rousseau? N’est ce pas l’énonciation des clauses et des conditions de ce contrat? *Histoire de la Science politique*, 3a. ed., pp. 457 y 458.

8 Ces clauses, bien entendues, se réduisent toutes à une seule: savoir l’aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté. *Du contrat social*, I, 6.

9 De plus, l’aliénation se faisant sans réserve, l’union est aussi parfaite qu’elle peut l’être et nul associé n’a plus rien à réclamer, I, 6.

señor de todos los bienes de sus miembros,¹⁰ los cuales continúan poseyendo como depositarios del bien público.¹¹ La libertad civil consiste sencillamente en lo que queda al individuo en la definición de sus deberes cívicos.¹² Estos deberes sólo la ley puede fijarlos; las leyes deben, según el *contrat social*, ser iguales para todos los ciudadanos, y éste es para el poder soberano el único límite, que tiene su origen en su propia naturaleza,¹³ llevando aquél en sí mismo sus garantías.¹⁴

La concepción de un derecho originario que el hombre transfiera a la sociedad, y que se presenta como una limitación jurídica del soberano, se rechaza expresamente por Rousseau. No hay ley fundamental que pueda ligar a la comunidad, ni aun el *contrat social* mismo.¹⁵

Y hasta ciertos derechos de libertad han sido declarados por Rousseau como directamente contrarios al Estado. Especialmente la libertad religiosa. Quien no confiese la religión civil cuyos artículos hayan sido fijados por el soberano, puede ser proscrito.¹⁶ Y si la hubiera confesado y se condujera como si no creyese en ella, se le castigará con la muerte. Quien osare decir fuera de la Iglesia no hay salud, debe ser echado del Estado.¹⁷ Después el

10 Car l'État, à l'égard de ses membres, est maître de tous leurs biens par le Contrat social, I, 9.

11 ...les possesseurs étant considérés comme dépositaires du bien public, I, 9.

12 On convient que tout ce que chacun aliène, par le pacte social, de sa puissance, de ses biens, de sa liberté, c'est seulement la partie de tout cela dont l'usage importe à la communauté; mais il faut convenir aussi que le souverain seul est juge de cette importance, *ibidem*, II, p. 4.

13 Aussi, par la nature du pacte, tout acte de souveraineté, c'est-à-dire toute acte authentique de la volonté générale, oblige ou favorise également tous les citoyens, II, 4.

14 La puissance souveraine n'a nul besoin de garant envers les sujets, I, 7.

15 Il est contre la nature du corps politique que le souverain s'impose une loi qu'il en puisse enfreindre... il n'y a ni en peut y avoir nulle espèce de loi fondamentale obligatoire pour le corps du peuple, pas même le Contrat Social, I, 7.

16 Il y done une profession de foi purement civile dont il appartient au souverain de fixer les articles, non pas précisément comme dogmes de religions, mais comme sentiments de sociabilité... Sans pouvoir obliger personne à les croire, il peut bannir de l'Etat quiconque ne les croit pas, IV, 8.

17 Que si quelqu'un, après avoir reconnu publiquement ces mêmes dogmes, se conduit comme ne les croyant pas qu'il soit puni de mort... Quiconque ose dire: *Hors de l'Église point de salut*, droit être chassé de l'Etat, IV, 8.

derecho de asociación. Las asociaciones políticas que dividen al pueblo impiden la expresión de la voluntad general y no deben ser, por tanto, favorecidas.¹⁸

Estos ejemplos deben bastar, de una vez para siempre, para rechazar la idea de que Rousseau haya querido asegurar a la libertad del individuo una esfera infranqueable.¹⁹

La Declaración de Derechos pretende trazar la línea de separación eterna entre el Estado y el individuo, línea que debe tener siempre el legislador ante su vista, como el límite que se le impone de una vez para todas por “los Derechos del Hombre, naturales, inalienables y sagrados”.²⁰

Los principios del *contrat social* son, por tanto, absolutamente contrarios a una Declaración de Derechos. Porque de ellos proviene, no el derecho del individuo, sino la omnipotencia de la voluntad general, jurídicamente sin límites. Mejor que Janet, ha recogido Taine las consecuencias del *contrat social*.²¹

La Declaración del 26 de agosto de 1789 está hecha en contradicción con el *contrat social*. Sin duda las ideas de esta obra han ejercido un cierto influjo sobre algunas fórmulas de esa Declaración. Pero el pensamiento mismo de la Declaración debe venir necesariamente de otra fuente.

18 Il importe done, pour avoir bien l'énoncé de la volonté générale, qu'il n'y ait pas de société partielle dans l'Etat, et que chaque citoyen n'opine que d'après lui, II, 3.

19 Cuando Boutmy, *loc. cit.*, pp. 417 y ss., a pesar de esto, alaba a Rousseau como el precursor de los derechos de libertad, contempla el *Contrat social*, no como Rousseau lo ha escrito, sino como él lo escribiría.

20 Constitution du 3 septembre 1791, titre premier: Le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois que portent atteint et mettent obstacle à l'exercice de droits naturels et civils consignés dans le présent titre, et garantis par la Constitution.

21 Cons. Taine, *op. cit.*, *L'Ancien Régime*, pp. 321 y ss. Si se siguiera del *contrat social* la exigencia de una Declaración de Derechos, nada menos que un cuarto de siglo habría podido correr desde la aparición hasta la exigencia. Antes de 1776, en Francia, no se manifiesta ésta en parte alguna.

III. SU MODELO SON LOS “*BILLS OF RIGHTS*” DE LOS ESTADOS PARTICULARES DE LA UNIÓN NORTEAMERICANA

La idea de una Declaración de Derechos se había expresado ya en Francia antes de la reunión de los Estados generales. Consta en numerosos *cahiers*. El del Bailiage de Namours es especialmente digno de nota, pues contiene un capítulo con este título: “De la necesidad de establecer cuáles son los Derechos del Hombre y del Ciudadano”,²² presentando un Proyecto de treinta artículos. Entre los demás Proyectos, el que se encuentra en el expediente del *tiers état* de la ciudad de París tiene un particular interés.²³

En la Asamblea Nacional fue Lafayette quien, el II de julio de 1789, proponía añadir a la Constitución una Declaración de Derechos, y presentaba un Proyecto de tal Declaración.²⁴

La doctrina dominante estima que Lafayette hizo esta proposición bajo el influjo de la Declaración de Independencia del Norte de América.²⁵ Se considera además esta última como el Modelo que la Constituyente tenía presente en su espíritu al deliberar sobre semejante Declaración. Algunos hacen notar con elogio la forma concisa y breve, así como el carácter positivo del documento americano, frente a la oscuridad y al doctrinarismo de la Declaración francesa.²⁶ Otros oponen como contraste más típico las primeras

22 De la nécessité d'établir quels sont les droits de l'homme et des citoyens, et d'en faire une déclaration qu'ils puissent opposer à toutes les espèces d'injustice”. *Archives parlementaires*, I, serie IV, p. 261.

23 *Archives parlementaires*, V, pp. 281 y ss.

24 *Archives Parlementaires*, VIII, pp. 221 y 222.

25 Cons. por ejemplo, H. v. Sybel, *Geschichte der Revolutionszeit von 1789-bis 1800*, 2a. ed., I, p. 73.

26 Cons. Häusser, *Geschichte der franz. Revolution*, 3a. ed., p. 169. H. Schulze, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, I, p. 368. Stahl, *Staatslehre*, 4a. ed., p. 523. Taine, *op. cit.*, *Le Révolution*, I, p. 274. Ici rien de semblable aux déclarations

Enmiendas de la Constitución de la Unión,²⁷ o creen en su influjo sobre la Declaración francesa, aunque no hayan sido adoptadas sino después del 26 de agosto de 1789, error que proviene del hecho de que la Declaración de 1789 se produjo literalmente en la Constitución del 3 de septiembre de 1791, siendo inevitable para quien no conoce bien la historia constitucional francesa y sólo tiene a la vista los textos constitucionales, de los que parece resultar que la Declaración de 1789 es de fecha posterior.

Es opinión general, en cuantos se remontan más allá de la Declaración francesa, que la proclamación de Independencia de los Estados Unidos de 4 de julio de 1776 es la primera exposición de una serie de derechos del hombre.²⁸

Está concebida en estos términos:

Consideramos como incontestables y evidentes por sí mismas —*to be self-evident*— las verdades siguientes: que todos los hombres han nacido iguales; que han sido dotados por el Creador con ciertos derechos inalienables; que entre esos derechos deben colocarse en primer lugar: la vida, la libertad y la busca de la felicidad; que para asegurarse el goce de esos Derechos, los hombres han establecido entre sí los Gobiernos cuya justa autoridad emana del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno resulte destructora de esos fines para los cuales fue establecida, el pueblo tiene el derecho de cambiarla o de abolirla y de instituir un nuevo Gobierno, estableciendo sus fundamentos sobre los principios y organizando sus poderes en la forma que más propia le parezca para procurarle la seguridad o la felicidad.

précises de la Constitution américaine. Ad. Nota I, comp. la Déclaration d'indépendance du 4 juillet 1776. Qué poco fundada es esta alabanza de la americana a costa de la francesa, pronto habrá de verse.

27 Stahl, *op. cit.*, p. 524. Taine, *loc. cit.*, Advierte también en la nota que Jefferson propuso una Declaración de Derechos que fue rechazada.

28 Stahl, p. 523, *cit.* pasada de las Declaraciones de los Estados particulares; pero no indica con exactitud de qué época proceden o en qué relación están con la Declaración francesa, y además se infiere de su indicación que no la conocía de cerca. Janet, *op. cit.*, t. II, pp. XIV y ss., reconoce la analogía de la Declaración americana y la francesa; pero no señala con precisión la relación exacta entre ellas, y considera a Rousseau como la fuente de la Declaración francesa.

Esta proposición está tan universalmente concebida que es difícil ver en ella o inferir en ella todo un sistema de derechos. Por adelantado, pues, resulta inverosímil que haya sido el modelo de la Declaración francesa.

Esta suposición se convierte en certidumbre gracias a Lafayette. En un pasaje de sus Memorias, que hasta aquí ha pasado por completo inadvertido, designa el modelo que ha tenido presente al hacer su Proposición en la Constituyente.²⁹ Precisamente hace observar que el Congreso de la nueva Confederación de los Estados libres norteamericanos no estaba entonces en situación de declarar reglas de derecho para las colonias particulares que se habían elevado al rango de Estados soberanos. Expone que en la Declaración de Independencia únicamente se ha formulado el Principio de la Soberanía Nacional y el derecho a cambiar la forma de gobierno. Los otros Derechos se hallan sólo contenidos de una manera implícita en la enumeración de las violaciones de derechos justificativas de la separación de la madre patria.

Pero no ocurría esto con las Constituciones de los Estados particulares de la Unión, las cuales iban precedidas de Declaraciones de Derechos, con fuerza obligatoria para los representantes del pueblo. *El primer Estado que ha producido una Declaración de Derechos, en el pleno sentido de la palabra, fue el de Virginia.*³⁰

La Declaración de Virginia y de los demás Estados particulares americanos eran la fuente del proyecto de Lafayette. Y no sólo para él, sino para todos cuantos quisieron hacer adoptar una Declaración de Derechos. Ya los expedientes antes citados estaban bajo el influjo de semejantes Declaraciones.

29 *Mémoires, correspondances et manuscrits du général Lafayette*, publiés par sa famille, II, p. 46.

30 Mais les Constitutions que se donnèrent successivement les treize états, furent précédées de déclarations des droits, dont les principes devaient servir de règles aux représentants du peuple, soit aux conventions, soit dans les autres exercices de leur pouvoirs. La Virginie fut la première à produire une déclaration des droits proprement dite, *op. cit.*, p. 47. También Condorcet, *Oeuvres*, IX, p. 168, había indicado que Virginia había acordado la primera verdadera Declaración de Derechos, y así "l'auteur de cet ouvrage a des droits à la reconnaissance éternelle du genre humain".

Las nuevas Constituciones de los Estados particulares americanos eran entonces muy conocidas en Francia. En 1778 había aparecido en Suiza una traducción francesa dedicada a Franklin.³¹ Otra traducción, debida a la iniciativa del mismo Benjamín Franklin, se publicó en 1783.³² Su influjo sobre la legislación constitucional de la Revolución francesa no se reconoció hasta ahora suficientemente. En general, hasta los tiempos más recientes, en Europa sólo se reconocía un lugar eminente en la Historia constitucional moderna a la Constitución de la Unión, no a la de los Estados particulares. La importancia de estas últimas se ha realzado especialmente por el hecho, ignorado hasta por historiadores y profesores de política eminentes, de que los Estados particulares americanos han tenido las primeras Constituciones escritas. En Inglaterra y en Francia, se ha comenzado ya a apreciar la importancia de las Constituciones de los Estados americanos;³³ en Alemania han pasado hasta ahora inadvertidas. Sin duda, durante largo tiempo, los textos constitucionales antiguos eran de difícil manejo en Europa, en su conjunto. Sin embargo, gracias a la edición que en 1877 se hizo, por orden del Senado, de todos los textos constitucionales americanos³⁴ desde los tiempos más remotos, es posible ahora orientarse

31 *Recueil des lois constitutives des colonies angloises, confédérées sous le dénomination d'Etats-Unis de l'Amérique-Septentrionale. Dedié. à M. le Docteur Franklin.* En Suisse, chez les librairies associées.

32 Cons. Ch. Borgeaud, *Etablissement et revision des Constitutions en Amérique et en Europe*, París, 1893, p. 27. Sobre las numerosas traducciones de las Constituciones americanas y su influjo en Francia, véase también ahora la explicación de A. Aulard, *Histoire politique de la Révolution française*, París, 1901, pp. 19 y ss., el cual expresamente afirma que la Declaración de Virginia es: "presque la future Déclaration des Droits français", p. 21; además, H. E. Bourne, *American Precedents in the French National Assembly*, *American Historical Review*, VIII, 1903, pp. 466 y ss. Ya la Literatura contemporánea se ocupaba con los documentos constitucionales americanos; especialmente la obra en cuatro volúmenes que sobre Virginia envió, como agente de los Estados Unidos en Francia, Mazzei —un italiano de origen—, *Recherches historiques sur les Etats-Unis*, 1788; hizo gran impresión. Cons. Bourne, p. 467; G. Koch, *Beiträge zur Geschichte der poliischen*, *ibidem*, II, 1896, pp. 208 y ss.

33 Cons., especialmente, la excelente obra de James Bryce, *The American Commonwealth*, vol. I, parte II., *The Sate Governments*, y Borgeaud, *op. cit.*, pp. 28 y ss.

34 *The Federal and State Constitutions, colonial charters, and other organic laws of the United States. Compiled under an order of the United States Senate*

fácilmente mediante esos documentos, cuya importancia es tan grande.

La Declaración de Derechos francesa está tomada en su conjunto de los *Bills of Right* o *Declarations of Rights*.³⁵ Todos los proyectos de Declaración francesa, desde los contenidos en las actas hasta los veintiún proyectos presentados en la Asamblea Nacional, desenvuelven con más o menos amplitud y habilidad las ideas americanas. En punto a adiciones originales sólo contienen desarrollos de doctrina pertenecientes, más bien, al dominio de la metafísica política. Es superfluo detenerse en esto aquí, ya que sólo se trata de la influencia práctica de los principios jurídicos franceses. Atengámonos al resultado: La Declaración tal como fue adoptada, después de largos debates, en las sesiones desde el 20 hasta el 26 de agosto.³⁶

by Ben. Perley Poore. Washington, 1877; 2 vols. con paginación continua. En cuanto a los documentos de la época colonial, sólo constan los más importantes. Cons. también Gourd, *Les Chartes Coloniales et les Constitutions des Etats-Unis de l'Amérique du Nord*, París, 1885, 2 vols.

35 No ha sido esto visto claramente ni aun por el mismo autor francés que mejor conoció la historia americana, La boulaye, como se advierte en su exposición de la *Histoire des Etats-Unis*, II, p. 11. En Inglaterra ha señalado el influjo de las declaraciones americanas sobre la francesa, D. C. Ritchie, *Natural Rights*, pp. 3 y ss.

36 Cons. *Archives Parlementaires*, VIII, pp. 461-489. Sobre la historia de la Declaración véase ahora también Emile Wach, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et l'Assemblée constituante Travaux préparatoires*, París, H. Jouve, 1903.

IV. LA DECLARACIÓN DE VIRGINIA Y LAS DE OTROS ESTADOS NORTEAMERICANOS

El 15 de mayo de 1776, el Congreso de Filadelfia, que representaba las colonias resueltas a separarse de la madre patria, las invitaba a darse una Constitución. De los trece Estados que en el origen formaban la Unión, once habían seguido la invitación antes de la Revolución francesa. Los otros dos conservaron las Cartas coloniales que la Corona inglesa les había otorgado, limitándose a darles el carácter de Constituciones; de este modo tuvo Connecticut la Carta de 1662, y Rhode Island la de 1663; de hecho éstas son las más antiguas Constituciones escritas, en el sentido moderno de la palabra.³⁷

De los otros Estados, el de Virginia fue el primero que en la Convención reunida en Williamsburg desde el 6 de mayo hasta el 29 de junio de 1776 adoptó una Constitución, la cual llevaba, a manera de preámbulo, un solemne *Bill of Rights*,³⁸ acordado el 12 de junio por la Convención. Su autor fue Jorge Mason. Madison ejerció un considerable influjo en su redacción definitiva.³⁹ Esta Declaración de Virginia fue un verdadero modelo para todas las demás, hasta para la del Congreso de los Estados Unidos, que fue adoptada sólo tres semanas después, siendo de notar que la redactara Jefferson, ciudadano de Virginia. Pero en las otras Declaraciones hay muchas disposiciones diferentes de las de Virginia: muy a menudo se añaden en ellas disposiciones nuevas.⁴⁰

37 Connecticut sustituyó su antigua Carta colonial por una nueva Constitución en 1881, y Rhode Island sólo en 1841.

38 Poore, II, *op. cit.*, del apéndice, pp. 1.908 y 1.909.

39 Sobre la formación del *Bill of Rights* de Virginia véase Bancroft, *History of the United States*, Londres, 1861, VII, cap. 64.

40 La Declaración de Virginia comprende 16 artículos; la de Massachusetts, 30

Antes de 1789, y después de la de Virginia, todavía se formularon Declaraciones expresas de Derechos en las Constituciones de:

- Pennsylvania de 28 de septiembre de 1776.
- Maryland de 11 de noviembre de 1776.
- Carolina del Norte de 18 de diciembre de 1776.
- Vermont de 8 de julio de 1777.⁴¹
- Massachusetts de 2 de marzo de 1780.
- Nuevo Hampshire de 31 de octubre de 1783, puesta en vigor el 2 de junio de 1784.

En las más antiguas Constituciones de Nueva Jersey, Carolina del Sur, Nueva York y Georgia, no hay *Bill of Rights* particulares; sin embargo, contienen varias disposiciones que se refieren a este género de conceptos.⁴² La traducción francesa de las Constituciones americanas del año 1778 contiene en la de Delaware una *Déclaration expositive des Droits*⁴³ del 11 de septiembre de 1776, pero falta en la Colección de Poore.⁴⁴

A continuación colocaremos las proposiciones particulares de la Declaración francesa, concordadas convenientemente con las correspondientes de las declaraciones americanas. De entre éstas he elegido en cada caso las que más se acercan, hasta en la forma,

y la de Maryland, 42. La Declaración de Virginia no contiene nada relativo al derecho de emigración, estatuido por primera vez por el artículo XV de la de Pennsylvania; tampoco dice nada del derecho de reunión ni del de petición, que aparecen también por primera vez en el *Bill of Rights* de Pennsylvania (artículo XVI).

41 Se disputó a Vermont la cualidad de Estado hasta 1790; hasta el 28 de febrero de 1791 no fue reconocido como miembro autónomo de los Estados Unidos.

42 Especialmente la libertad religiosa se reconoce de una manera particularmente enérgica por la Constitución de Nueva York de 20 de abril de 1777, artículo XXXVIII, Poore, *op. cit.*, II, p. 1.388.

43 V. pp. 151 y ss. Consta de 23 artículos.

44 El texto original de ella se publicó y analizó recientemente por Max Ferrand. V. *The Delaware Bill of Rights of 1776. American Historical Review*, III, 1895, pp. 648 y ss.

al texto francés. Debe notarse una vez más que las ideas fundamentales de las declaraciones americanas son, en la mayoría de los casos, absolutamente idénticas, y que, por lo tanto, se repite el mismo pensamiento bajo una forma distinta en la mayor parte de los *Bill of Rights*.

Prescindiremos del preámbulo que la Constituyente puso al frente de la Declaración, para empezar por la enumeración de los Derechos. Este mismo preámbulo en el cual la Asamblea Nacional, *en présence et sous les auspices de l'Être suprême*, proclama solemnemente el reconocimiento y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, así como su importancia, tuvo por modelo, en gran parte, la Declaración del Congreso, así como varias de los Estados particulares de la Unión, que querían motivar su rompimiento con la madre patria.

V. COMPARACIÓN DE LAS DECLARACIONES
FRANCESAS Y AMERICANAS

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen *Bills of rights americanos*

Art. I. Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.

2. Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance a l'oppression.

Virginia I. That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or devert their posterity; namely the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety.

Massachusetts I. All men are born free and equal, and have certain natural, essential and alienable rights.⁴⁵

Virginia IV. That no man, or set of men, are entitled to exclusive or separate emoluments or privileges from the community, but in consideration of public services.

45 Boutmy, libro *cit.*, p. 424, sostiene, refiriéndose a la Declaración de Virginia, que la igualdad está en ella rechazada, a diferencia de lo que pasa en la Declaración francesa, y que por esto el paralelo del texto ha tenido que aludir a Massachusetts. ¡Boutmy parece no conocer las declaraciones americanas sino por mis citas!

Massachusetts Preamble of the Constitution. The end of the institution, maintenance, and administration of government is to secure the existence of the body politic, to protect it, and to furnish the individuals who compose it with the power of enjoying, in safety and tranquillity, their natural rights and the blessings of life.

Maryland IV. The doctrine of non-resistance, against arbitrary power, and oppression, is absurd, slavish and destructive of the good and happiness of mankind.

3. Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressement.

Virginia II. That all power is vested in, and consequently derived from, the people; that magistrates are their trustees and servants, and at all time amenable to them.

4. La liberté consiste a pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui; aussi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.

Massachusetts Preamble. The body politic is formed by a voluntary association of individuals; it is a social compact by which the whole people covenants with each citizen and each citizen with the whole people that all shall be governed by certain laws for the common good.

5. La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles á la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.

Massachusetts X. Each individual of the society has a right to be protected by it in the enjoyment of his life, liberty, and property, according to standing laws.

Massachusetts XI. Every subject of the commonwealth ought to find a certain remedy, by having recourse to the laws, for all injuries and wrongs which he may receive in his person, property, or charakter.

North-Carolina XIII. That every freeman, restrained of his liberty, is entitled to a remedy, to inquire into the lawfulness thereof, and to remove the same, if unlawful; and that such remedy ought not to be denied or delayed.

Virginia VII. That all power of suspending laws, or the execution of laws, by any authority without the consent of the representatives of the people, is injurious to their rights, and ought not to be exercised.⁴⁶

46 V. *Bill of rights* inglés, I.

6. La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et leurs talents.

Maryland V. That the right in the people to participate in the Legislature, is the best security of liberty, and the foundation of all free government.

Massachusetts IX. All elections ought to be free;⁴⁷ and all the inhabitants of this commonwealth, having such qualifications as they shall establish by their frame of government, have an equal right to elect officers, and to be elected, for public employments.

New-Hampshire XII. Nor are the inhabitants of this state controllable by any other laws than those to which they or their representative body have given their consent.

47 *Bill of rights*, 8.

7. Nul homme ne peut être accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes quelle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant; il se rend coupable par sa résistance.

Massachusetts XII. No subject shall be held to answer for any crimes or no offence until the same is fully and plainly, substantially and formally, described to him; or be compelled to accuse, or furnish evidence against himself; and every subject shall have a right to produce all proofs that may be favorable to him; to meet the witnesses against him face to face, and to be fully heard in his defence by himself, or his counsel at his election. And no subject shall be arrested, imprisoned, despoiled or deprived of his property, immunities, or privileges, put out of the protection of the law, exiled or deprived of his life, liberty, or estate, but by the judgment of his peers, or the law of the land.⁴⁸

Virginia X. That general warrants, whereby an officer or messenger may be commanded to search suspected places without evidence of a fact committed, or to seize any person or persons not named, or whose offence is not particularly described and supported by evidence, are grievous and oppressive, and ought not to be granted.

8. La loi ne doit établir que des peines strictement nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée.

9. Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi.

New-Hampshire XVIII. All penalties ought to be proportionated to the nature of the offence.⁴⁹

Maryland XIV. That sanguinary laws ought to be avoided, as far as is consistent with the safety of the State: and no law, to inflict cruel and unusual pains and penalties, ought to be made in any case, or at any time hereafter.⁵⁰

Maryland XV. That retrospective laws, punishing facts committed before the existence of such laws, and by them only declared criminal, are oppressive, unjust, and incompatible with liberty; wherefore no ex post facto law ought to be made.

V. antes *Massachusetts XII.* Además:

Massachusetts XIV. Every subject has a right to be secure from all unreasonable searches and seizures of his person, his houses, his papers, and all his possessions.

Massachusetts XXVI. No magistrate or court of law shall demand excessive bail or sureties, impose excessive fines...⁵¹

49 Magna Charta, 20.

50 *Bill of rights* inglés, 10.

51 *Bill of rights* inglés, 10.

10. Nul doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi.

New-Hampshire V. Every individual has a natural and unalienable right to worship God according to the dictates of his own conscience, and reason; and no subject shall be hurt, molested or restrained in his person, liberty or estate for worshipping God, in the manner and season most agreeable to the dictates of his own conscience, or for his religious profession, sentiments or persuasion; provided he doth not disturb the public peace, or disturb others, in their religious worship.

11. La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi.

Virginia XII. That the freedom of the press is one of the great bulwarks of liberty, and can never be restrained but by despotic governments.

Pennsylvania XII. That the people have a right to freedom of speech, and of writing, and publishing their sentiments.

12. La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique. Cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée.

Pennsylvania V. The government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection and security of the people, nation or community; and not for the particular emolument or advantage of any single man, family, or sett of men, who are a part only of that community.

13. Pour l'entretien de la force publique et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable; elle doit être également répartie entre tous les citoyens en raison de leurs facultés.

Massachusetts X. Each individual of the society has a right to be protected by it in the enjoyment of his life, liberty, and property, according to standing laws. He is obliged, consequently, to contribute his share to the expense of this protection; to give his personal service, or an equivalent, when necessary.

14. Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux mêmes ou par leur représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la qualité, l'assiette, le recouvrement et la durée.

Massachusetts XXIII. No subsidy, charge, tax, impost, or duties, ought to be established, fixed, laid or levied, under any pretext whatsoever, without the consent of the people, or their representatives in the legislature.

15. La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration.

V. antes *Virginia II.* Además: *Massachusetts V.* All power residing originally in the people, and being derived from them, the several magistrates and officers of government vested with authority, whether legislative, executive or judicial, are the substitutes and agents, and are at all times accountable to them.

16. Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.

17. La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lors que la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.

New-Hampshire III. When men enter into a state of society, they surrender up some of their natural rights to that society, in order to insure the protection of others; and without such an equivalent, the surrender is void.

Massachusetts XXX. In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them; the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them; the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them; to end it may be a government of laws, and not of men.

Massachusetts X... but no part of the property of any individual can, with justice, be taken from him, or applied to public uses, without his own consent, or that of the representative body of the people... And whenever the public exigencies require that the property of any individual should be appropriated to public uses, he shall receive a reasonable compensation therefor.

Vermont II. That private property ought to be subservient to public uses, when necessity requires it; nevertheless, whenever any particular mans property is taken for the use of the public, the owner ought to receive an equivalent in money.

VI. CONTRASTE ENTRE LAS DECLARACIONES DE DERECHOS AMERICANAS Y LAS INGLESAS

Comparando la Declaración americana con la francesa, se advierte desde luego que ambas enuncian, con el mismo pathos, principios abstractos y, por ende, de diferentes sentidos ambiguos. Los franceses no sólo han adoptado las ideas americanas, sino que aceptaron la forma bajo la cual fueron aquéllas expresadas al otro lado del océano. Ante la abundancia de expresiones de los americanos, hasta se distinguen los franceses por la concisión característica de su lengua. En punto a adiciones originales, la Declaración francesa contiene, principalmente en los artículos 4o. a 6o., la definición de la libertad⁵² y de la ley, las cuales pueden parecer superfluas y sin gran valor, y además, en los artículos 4o., 6o. y 13 del texto francés, la igualdad ante la ley está acentuada de una manera enérgica, mientras en las americanas, a causa de sus condiciones sociales y de sus instituciones democráticas, aparece como cosa natural y que allí surge incidentalmente. En esta fórmula de los franceses se reflejan los influjos del *contrat social*; pero nada hay en ello de nuevo o desconocido para los americanos.

Pero en un punto esencial, la Declaración francesa se queda detrás de las americanas. Sólo de un modo tímido y disimulado se atreve el artículo 10 a tocar lo de la manifestación de las opiniones en materia religiosa: como la Constituyente quería contemporizar con los sentimientos de sus miembros eclesiásticos y de la gran masa del pueblo, no se aventura a proclamar la libertad religiosa, sino únicamente la tolerancia.

52 En definitiva se refiere a la antigua definición de Florentino. L. 4, pr. D., *statu homo*, 1,5, *Libertas est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi dut jure prohibetur.*

La Declaración francesa evidentemente no es una imitación servil de las americanas; al fin, las condiciones políticas de Francia en el año 1789 eran completamente distintas de las de América en 1776. Un pueblo que recibe del extranjero instituciones y leyes,⁵³ jamás lo hace sin transformar las concepciones extrañas en relación con el carácter nacional. El Parlamento francés actual es de origen inglés, y, sin embargo, es distinto de su modelo británico. Pero si es cierto que sin la Inglaterra parlamentaria no habría Francia parlamentaria, también lo es que los franceses, sin los *Bill of Rights*, jamás habrían proclamado una Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

En un punto, sin embargo, y en verdad de los más esenciales, coinciden por completo americanos y franceses: en la fijación de los límites precisos del poder del Estado. La significación jurídica de ambos documentos es absolutamente la misma. La limitación *legal* de aquellas esferas en que el Estado no debe penetrar, ha obtenido un valor universal y permanente. Hoy sabemos que los derechos de libertad no son de naturaleza positiva, sino negativa; que no se fundan en una pretensión respecto de la acción, sino en una abstención del Estado. En esto además, única y exclusivamente, estriba su significación práctica. Sin embargo, en cuanto a la determinación de los derechos especiales de libertad, los franceses dependen por completo de los americanos. Frente a las normas americanas, los franceses no han tenido ni una sola concepción original. No hay ningún derecho especial de libertad que los franceses hayan añadido a la enumeración americana. Por el contrario, faltan en la Declaración francesa la proclamación de derechos tan esenciales como los de Asociación y Reunión; la libertad de residencia además del Derecho de Petición, que sólo aparece en la Constitución del 3 de septiembre de 1791 entre los derechos naturales y civiles garantidos por la Constitución.

Los demás Derechos, los que se refieren a la organización del Estado, la participación en la formación de la voluntad de éste, la

53 Cons Aulard., *op. cit.*, pp. 44 y ss. Cuando Boutmy, p. 432, hace resaltar la elevada libertad filosófica del pensamiento francés del siglo XVIII en la Declaración francesa, en oposición a la limitación religiosa de los americanos, o no ve o no quiere ver estos miramientos que en ella hay respecto de la Iglesia católica.

igualdad para el desempeño de los cargos, la concesión de impuestos por el pueblo, el derecho de éste a exigir responsabilidades a todo magistrado, han recibido la misma expresión de parte de los americanos que de la del legislador francés. A quien lo dude le corresponde el deber de señalar qué nuevo principio de derecho ha visto la luz en el año 1789 sin que haya tenido ya en 1776, y años siguientes, un antecedente precursor.

Desde el punto de vista del historiador, no deja de tener interés el resultado logrado para el juicio de los efectos de la Declaración francesa. Los Estados americanos, con sus *Bills of Rights*, se han desenvuelto como comunidades organizadas; no habían tenido jamás que quejarse de las consecuencias revolucionarias a que podían llegar sus principios. Las perturbaciones que se produjeron en Francia después de la Declaración de los Derechos del Hombre no pueden atribuirse a las fórmulas de la misma. Antes bien, ello demuestra las perturbaciones que pueden resultar de la aceptación prematura de instituciones extranjeras. Los americanos, especialmente en 1776, han edificado sobre cimientos ya antiguos en ellos; y los franceses, por el contrario, han trastornado los fundamentos de su régimen político. Lo que allí era un momento en el proceso de consolidación, fue aquí un agente destructor. Y esto se reconoció ya por hombres clarividentes con Lalley Tollendal,⁵⁴ y sobre todo Mirabeau.⁵⁵

Para el historiador del Derecho surge del estudio de los *Bills of Rights* americanos otro problema, a saber: ¿cómo llegaron los americanos a formular semejantes cláusulas legislativas?

Un examen superficial parece conducirnos a una respuesta fácil. Ya el mismo nombre indica la fuente inglesa. El *Bill of Right* de 1689, el *Habeas Corpus* de 1679, la *Petition of Right* de 1627, y, por fin, la *Magna Charta libertatum*, parecen ser los precursores indiscutibles del *Bill of Right* de Virginia.

Ciertamente, el recuerdo de estas célebres leyes inglesas, consideradas por los americanos como una parte de sus derechos propios, ejerció un influjo importante en las Declaraciones de Derechos desde 1776. Muchas proposiciones de la *Magna Charta* y del

54 *Arch. parl.* VIII, p. 222.

55 *Arch. parl.*, VIII, pp. 438 y 453.

Bill of Right ingleses se incorporaron directamente por los americanos a su Catálogo de Derechos.

Sin embargo, hay un abismo entre las declaraciones americanas y las citadas leyes inglesas. El historiador de la Revolución americana, al hablar de la Declaración de Virginia, dice que contiene una protesta contra toda tiranía a nombre de las leyes eternas de la humanidad: “La petición de Derechos inglesa del año 1688 era histórica y retrospectiva; la declaración de Virginia viene directamente del corazón de la naturaleza, y proclama los principios de gobierno para todos los pueblos de todos los tiempos futuros”.⁵⁶

Las leyes inglesas, las que estatuyen sobre los derechos de los súbditos, fueron adoptadas con ocasión de hechos precisos, y son la confirmación o la interpretación de un derecho anterior. La misma *Magna Charta* no contiene ningún derecho, como ya sir Edward Coke, el gran jurisconsulto del Derecho inglés, reconocía a principios del siglo XVII.⁵⁷ Las leyes inglesas están muy lejos de querer reconocer los derechos generales del hombre; no tienen ni la fuerza ni la intención de limitar los factores legislativos, ni tampoco tratan de formular principios para una legislación del porvenir. Según el Derecho inglés, el Parlamento es omnipotente: todas las leyes por él aceptadas o elaboradas tienen igual valor.

Las Declaraciones americanas, por el contrario, contienen reglas que están por encima del legislador ordinario. Tanto en la Unión como en los Estados particulares hay órganos distintos para la legislación ordinaria y para la Constitución, y el juez vela por que el Poder legislativo ordinario no infrinja los límites de la Constitución: aquél debe negarse a aplicar una ley si la creyese contraria a los derechos fundamentales. Las Declaraciones de Derechos se consideran aun hoy por los americanos como la garantía práctica para las minorías.⁵⁸ Tal es lo que las distingue de los “Derechos

56 “The english petition of right in 1688 was historic and retrospective; the Virginia declaration came directly out of the heart of nature and announced governing principles for all peoples in all future times”, Baneroft, VII, p. 243.

57 Véase Blackstone, *Commentaries of the Laws of England*, t. I, 1, p. 127; edic. Kerr, Londres, 1887, t. I, p. 115.

58 Véase además Cooley, *Constitutional Limitations*, 6a., ed., Boston, 1890, cap. VII. Aun cuando la disposición de los *Bills of Rights*, según la cual únicamente *by the law of the land* puede uno ser expropiado, no figure en la Constitución de

garantidos” en los Estados europeos. Las Declaraciones americanas no son sólo Leyes formales de naturaleza superior, sino que son también la obra de un legislador superior. En Europa conocen las Constituciones, es verdad, procedimientos enderezados a dificultar las reformas de las mismas; pero esto no obstante, casi siempre es el mismo legislador quien decide sobre los cambios que hayan de efectuarse. La intervención judicial no existe ni aun en la Confederación suiza, aunque allí, al igual que en los Estados Unidos, la Ley constitucional proceda de órganos distintos de los que elaboran las ordinarias.

Los *Bills of Rights* americanos no quieren sólo formular ciertos principios de organización política, sino que, ante todo, determinan las líneas de separación entre el Estado y el individuo. El individuo no debe, según ellos, al Estado, sino a su propia naturaleza de sujeto de derecho, los derechos que tiene inalienables e inviolables. Nada de esto saben las leyes inglesas. No quieren éstas reconocer un derecho eterno, natural; sólo reconocen un derecho que viene de los antepasados: los “derechos antiguos, indiscutibles, del pueblo inglés”.

En este punto es donde se manifiesta, con la mayor precisión, la concepción inglesa del derecho de los súbditos. Cuando se examina con cuidado el *Bill of Rights*, se advierte que en él se trata muy poco de los derechos individuales. Que no se suspenda la ley, que no se dispense de ella a nadie, ni se establezca ningún tribunal excepcional, ni se dicten penas crueles, que los jurados se nombren convenientemente, que no se cobre impuesto sin ley, que no se arme ejército permanente sin el consentimiento del Parlamento, que se garantice la libertad de las elecciones del mismo, que se convoque al Parlamento con regularidad: todas estas cosas no son derechos del individuo, sino deberes del Gobierno. De los trece puntos de que habla el *Bill of Rights*, sólo dos contienen disposiciones que están expresadas en forma de derechos de los súbditos,⁵⁹ en tanto que uno se refiere a la libertad de opiniones de los

un Estado, una ley que fuese contra esta regla sería nula, porque la competencia propia del Legislativo es esencialmente limitada, *op. cit.*, p. 208.

59 El derecho de dirigir peticiones al rey (n. 5) y el derecho de los súbditos protestantes de usar, según su rango, armas para su defensa (n. 7).

miembros del Parlamento. Si, a pesar de esto, todas las cláusulas del *Bill of Rights* se designan como Derechos y Libertades del pueblo inglés,⁶⁰ débese a la idea de que las restricciones impuestas por la ley a la Corona son, al propio tiempo, Derecho del pueblo.

Esta idea procede directamente de la concepción medioeval del Estado germano. Mientras que el Estado antiguo se nos aparece en el comienzo de su historia como *πολις* ó *civitas*, como comunidad unitaria, el Estado monárquico germano entraña desde su origen una dualidad: el príncipe y el pueblo no forman una unidad interior, sino que se oponen como dos sujetos independientes. Según la concepción de aquélla época, el Estado es esencialmente una relación contractual entre ambos. Bajo el influjo de las tradiciones antiguas, la escuela jurídica canónico-romana trata, desde el siglo XI, de reducir a unidad en teoría los dos elementos, bien sea a partir del fundamento de la idea del contrato, haciendo al pueblo renunciar a su derecho en favor del príncipe, y colocando por tal modo al Estado en el gobierno, o bien sea viendo en el príncipe sólo al mandatario del pueblo, e identificando así este último con el Estado. Pero las teorías dominantes en el derecho político, especialmente desde que el Estado se forma por órdenes o Estados, estiman que media una relación esencialmente contractual entre el príncipe y el pueblo. El contenido de este contrato lo constituye la Ley. Ella dará al príncipe el derecho para exigir al pueblo la obediencia legal, y al pueblo el de imponer al príncipe los límites de la Ley. Por tal manera, el pueblo tiene el derecho a la ejecución y al respeto de las leyes por parte del príncipe. En su virtud, todas las leyes conferirán al pueblo un derecho subjetivo, designándose bajo la palabra pueblo, de una manera vaga, tanto los particulares como la comunidad —*singuli et universi*⁶¹ Desde este punto de vista constituyen derecho del pueblo lo de que el Parlamento se reuna con frecuencia, que el juez no pueda imponer

60 “And they do claim, demand, and insist upon all and singular the premises, as their undoubted rights and liberties”.

61 Las antiguas cartas de libertad inglesas asignan como sujeto de los “*jura et libertates*”, ya sea a la “*hommines in regno nostro*”, ya al *regnum* mismo. La *Petition of Right* habla de “rights und liberties” de los súbditos, pero designándolos también como “*he laws and free customs of this realm*”.

ninguna pena cruel, y todos los demás preceptos contenidos en la más reciente de las Cartas de libertad inglesas.

La concepción de la ley como una norma bilateral de derecho para las dos partes del Estado, existe en la historia inglesa más antigua. El derecho que confiere la ley se transmite de generación en generación, y se convierte en un derecho hereditario que adquiere todo miembro del pueblo al nacer. Bajo Enrique VI se indicaba así la Ley: *La Ley est le plus haute inheritance que le roy ad: car par la ley il même et toutes ses sujets sont rulés, et si la ley ne fuit, nul roy et nul inheritance sera.*⁶² Y en la *Petition of Right*, el Parlamento invocaba el hecho de que los súbditos han heredado sus libertades,⁶³ pues según se expresa el *act of settlement*, la ley es un “birthright”, un derecho originario, heredado por el pueblo de sus antepasados.⁶⁴

Así encontramos que las leyes inglesas del siglo XVII sólo hablan de los antiguos “Derechos y Libertades”; el Parlamento únicamente pide la confirmación de las “laws and statutes of this realm”, es decir, la confirmación de las relaciones entre el rey y el pueblo. No se trata, en modo alguno, de crear un nuevo derecho en estos Documentos. He ahí por qué no se mencionan los principales derechos fundamentales, como la libertad religiosa, el derecho de asociación, la libertad de la Prensa, la libertad de residencia; hasta en nuestros días los ignora el Derecho inglés, no estando tales ramas de la libertad individual protegidas más que por la regla universal de derecho, que prohíbe restringir la libertad de la persona a no ser en virtud de disposición legislativa.⁶⁵ Según

62 *Year Books*, XIX, Gneist, *Englische Verfassungsgeschichte*, p. 450.

63 “By wích the status before-mentioned, and other the good laws and statutes of this realm, your subjects have inherited this freedom”, Gardiner, *The constitutional documents of the Puritan revolution*, 1889, pp. 1 y 2.

64 “And whereas the laws of England are the birthright of the people thereof”, *Act of Settlement*, IV, Stubbs Select chartes, 7a., edic., 1890, p. 351. “Birthright—right by birth, the rights, privileges or possessions to wích one is entitled by birth: inheritance, patrimony (Specifically used of the special right of the first born)”. Murray, *A new English dictionary on historical principles*. Sobre *birthrights*, consúltese también Firth, prólogo a los *Clarke Papers*, I, 1891, pp. LX y LXI.

65 Cons. las instructivas explicaciones de Dicey, *Introduction to the Study of the Law of Constitution*, 3a. edic., 1889, pp. 171 y ss.

la concepción actual inglesa, el derecho de libertad consistirá en el imperio de la ley; es un derecho objetivo, no subjetivo.⁶⁶ La teoría fundada en Alemania por Gerbar y seguida por Laband y otros, y que sostiene que los derechos de libertad no son más que deberes del Gobierno, se ha desenvuelto en Inglaterra con entera independencia de la doctrina alemana, después que la construcción del derecho natural de Locke y Blackstone, sobre los derechos subjetivos y públicos, había perdido su influjo.

Esta misma construcción se encuentra hasta en Locke íntimamente unida a las antiguas ideas. Si bien Locke sostiene que la propiedad, que comprende la vida y la libertad, es un derecho originario del individuo, un derecho anterior al Estado, y que el Estado es una asociación fundada para la protección de ese derecho, habiendo este por ello adquirido el carácter de un derecho civil, sin embargo, debe notarse que no atribuye a los hombres que viven en el Estado derechos fundamentales estrictamente determinados, sino que señala al Poder legislativo límites que nacen del fin mismo del Estado.⁶⁷ Estos límites, vistos más de cerca, no son otra cosa que las proposiciones más esenciales del *Bill of Rights*, anterior en un año a la aparición de los *Two treatises on government*.⁶⁸

Solo Blackstone, fundándose en la doctrina de Locke y del *Bill of Rights*, expone su teoría de los derechos absolutos de la persona según las ideas del derecho subjetivo del individuo, haciéndolo primeramente en una obra anónima⁶⁹ que contiene los fundamentos de sus célebres comentarios-1765. La Seguridad, la Libertad y la Propiedad son derechos absolutos de todo inglés; pero no serán en el fondo otra cosa que lo que permite la libertad natural, prescindiendo de las restricciones que la ley pueda imponer al individuo,

66 Dicey, *op. cit.*, pp. 184 y ss., 193 y ss., 223 y ss, etcétera. Dicey trata de la doctrina de los derechos de libertad en la Sección "the rule of law". La libertad individual es en Inglaterra como la consecuencia de la regla según la cual sólo las leyes pueden poner limitaciones al individuo.

67 Esta materia se trata en el capítulo titulado *Of the Extent of the Legislative Power. On Civil Government*, XI.

68 Véase *On civil Government*, t. XI, § 5.142.

69 *An Analys of the Laws of England*, Oxford, 1754, 2a. ed., 1757; cons. cap. IV, p. 78.

a nombre del interés común.⁷⁰ La ley se ofrece como una garantía de esos derechos; la organización parlamentaria, la limitación de la prerrogativa real, el derecho a la protección judicial, el derecho de petición y el derecho de usar armas, se consideran, al modo del *Bill of Rights*, como derechos de los ingleses, y sobre todo, como derechos auxiliares y subordinados destinados a garantizar cada uno de los tres derechos principales.⁷¹ A pesar de sus concepciones de derecho natural, Blackstone no reconocía más que a los súbditos ingleses el goce y ejercicio de esos derechos.⁷²

Las declaraciones americanas de Derechos, por el contrario, comienzan por consignar que todos los hombres nacen absolutamente libres, y que “every individual”, “all mankind” o “every member of society” tienen derechos. Enumeran una porción mucho mayor de derechos que las Declaraciones inglesas, y los consideran como derechos innatos e inalienables. ¿De dónde viene esta manera de ver de las leyes americanas?

No proviene del derecho inglés. Parece que debería buscarse el origen en las concepciones del derecho natural de la época. Pero podrían encontrarse doctrinas del derecho natural ya en tiempo de los helenos, no obstante lo cual ninguna de estas teorías llegó a producir las fórmulas de los derechos fundamentales. Las teorías del derecho natural no han vacilado para consignar la antinomia entre el derecho natural y el positivo, no habiéndose esforzado, ni pretendido siquiera elaborar el derecho natural en el positivo. Hay incluido en el Digesto un pasaje en que Ulpiano proclama la igualdad de los hombres por derecho natural, pero declara que la esclavitud es una institución de derecho civil.⁷³ Esta y análogas doctrinas han suavizado el derecho de los esclavos,⁷⁴ pero los romanos permanecen muy distantes de una supresión de la esclavitud, a pesar de todas las exigencias teóricas contrarias. Aun en el curso

70 Political liberty is no other than natural liberty so far restrained by human laws (and no farther) as is necessary and expedient for the general advantage of the public. *Commentaries*, p. 123 (113).

71 *Op. cit.*, pp. 141 y ss. (127 y ss.).

72 *Op. cit.*, pp. 122 (114), 144 (130).

73 L. 32 de R. J. Cons. L. 1. D. de just. et jure, 1.1. Florentino, L. 4. § 1. D. de statu hom, 1.4, considera que la esclavitud es “contra naturam”.

74 Véase Overbeck, *Studien zur Geschichte der alten Kirche*, pp. 169 y ss.

del siglo XVIII muchos escritores concilian la libertad natural del hombre con la servidumbre jurídica. El propio Locke, para quien la libertad constituye la esencia misma del hombre, en su Constitución para Carolina del Norte, en cuya composición no tuvo positivamente completa libertad,⁷⁵ sancionaba la esclavitud y la servidumbre.

La literatura no produce nunca por sí efectos positivos, si no resulta favorecida por las condiciones históricas y las relaciones sociales. Cuando se indica el origen literario de una idea, no se ha mostrado sin más, en manera alguna, la historia de su significación práctica. La historia de la Política es hoy todavía demasiado mera historia de la literatura, y en cambio, muy poco la historia de las instituciones mismas. El número de ideas políticas nuevas es muy escaso; la mayoría de ellas parecen haber sido conocidas ya por las más antiguas doctrinas del Estado. Y, sin embargo, las Instituciones están en perpetua transformación, debiendo ser comprendidas en su evolución histórica particular.

75 Fechtner, *John Locke*, 1898, p. 54.

VII. LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LAS COLONIAS
ANGLOAMERICANAS COMO ORIGEN DE LA IDEA
DE LA CONSAGRACIÓN LEGISLATIVA DE UN DERECHO
UNIVERSAL DEL HOMBRE

La idea democrática, base de la constitución de la Iglesia reformada, se desenvolvió a fines del siglo XVI en Inglaterra, y esto en primer lugar por obra de Roberto Brown y sus adeptos. Para éstos, la Iglesia debía identificarse con la Comunidad en una comunidad de creyentes que, mediante un pacto con Dios, se han sometido a Cristo; y además reconocían como norma directora la Voluntad de la asociación, es decir, la de la mayoría.⁷⁶ Perseguido en Inglaterra, refugióse en Holanda el Brownismo, donde, bajo el influjo especialmente de John Robinson, se transformó en el Congregacionismo, que no es sino la forma primitiva del Independientismo. Los principios del Congregacionismo son, ante todo, la separación de la Iglesia y del Estado, y luego la autonomía, para cada comunidad, según expresaba una Petición a Jacobo I en 1616, con el derecho de gobernarse y administrarse en los asuntos espirituales, mediante el consentimiento libre y común del pueblo, y bajo la autoridad inmediata de Cristo.⁷⁷

Este Individualismo soberano en materia religiosa, tuvo consecuencias prácticas extraordinarias. Según sus principios, resultó asentada plenamente la libertad de conciencia, y además, la reclamación de esta libertad como un derecho que, no habiendo sido otorgado por ningún Poder terrenal, no debe ser constreñido por ningún Poder terrenal.

⁷⁶ Weingarten, *Die Revolutionskirchen Englands*, p. 21.

⁷⁷ “—of spiritual administration and government in itself and over itself by the common and free consent of the people, independently and immediately under Christ”; Weingarten, *op. cit.*, p. 25.

El Independentismo no se confinó al mero terreno espiritual por una necesidad lógica; sus doctrinas fundamentales se transportaron al campo político. Consideraba al Estado, y a toda asociación política, al igual que la Iglesia, como el resultado de un contrato entre sus miembros, originariamente soberanos.⁷⁸ Este contrato tendría, ciertamente, por fuente un mandato divino; pero eso no obsta para que al fin constituyera el fundamento jurídico de la comunidad política. Se habría celebrado en virtud de un derecho originario del individuo, y tendría por objeto, no sólo garantizar la seguridad y el bienestar, sino, y sobre todo, garantizar y consagrar el derecho inalienable e innato de la conciencia. Y es todo el Pueblo, hombre por hombre, quien habrá pactado este contrato, porque sólo así será como cada cual puede respetar la autoridad y la ley que por sí mismo ha creado.

Las primeras huellas de estas ideas político-religiosas se remontan muy lejos; no se ofrecen primeramente en la Reforma, son anteriores. Lo enteramente nuevo, y único, es la práctica efectuada sobre la base de esas ideas. Es la primera vez, en la historia, que semejantes contratos sociales, no sólo se han proclamado, como fundamento del Estado, sino celebrado realmente. Lo que hasta entonces durmiera en los polvorientos escritos de los sabios, se convirtió en un poderoso movimiento que dió nueva dirección a la vida. Los hombres de aquella época creían que el Estado descansa en el contrato, y aplicaron su creencia en la práctica. La nueva doctrina del Estado sólo ha tenido un conocimiento imper-

78 El hecho de que la doctrina del Independentismo puritano sobre el contrato político se relaciona con la idea puritana de los *covenants* eclesiásticos fue señalado por Borgeaud, *op. cit.*, p. 9. Hablando Weingarte, p. 288, de los Independientes, advierte que: "El derecho de toda comunidad religiosa para decidir, con propia autoridad, sobre sus asuntos y para gobernarse libremente, constituye la base de la doctrina de la soberanía del pueblo, que por tal modo se introdujo en la conciencia del mundo moderno". Véase sobre esto Gardiner, *Constitutional Documents of the Puritan Revolution*, Oxford, 1889, pp. 54 y ss.; Walker, *A History of the Congregational Churches in the United States*, New York, 1894, pp. 25-66 y ss.; además la excelente obra de Ricker, *Grundsätze reformierter Kirchenverfassung*, 1899, pp. 73 y ss. Sobre la relación de la idea de la separación del Estado y de la Iglesia con las doctrinas de la reforma en Inglaterra, véase también E. Tröltzsch, *Realencyklopädie für prot. Theologie und Kirche*, 3a. ed.; Moralisten, pp. 445 y ss.

fecto de esos hechos, que cita, a menudo, como un ejemplo del fundamento posible del Estado mediante un contrato, sin sospechar que estos contratos eran sólo la realización práctica de una teoría abstracta.

También el derecho originario del individuo se acentuó por primera vez, de una manera clara y enérgica, en esta época, sobre la base de las doctrinas religiosas. La propiedad y la libertad pertenecen naturalmente a todos los hijos de Adán. Los “natural rights” se indican en los Estados independentistas con expresiones como estas: “Todos estamos dotados de libertad y propiedad naturales e innatas”; así dice una proposición del “Sectario”.⁷⁹

El 28 de Octubre de 1647 fue sometido al consejo general del ejército de Cromwell el *agreement of the people*, un proyecto de una nueva Constitución para Inglaterra elaborada por los Levellers,⁸⁰ el cual fue más tarde ampliado y modificado⁸¹ y presentado al Parlamento con el ruego de someterlo a suscripción de todo el pueblo inglés.⁸² En este notable documento se limitaba el poder del Parlamento, como más tarde han hecho los americanos, señalando una serie de puntos respecto de los cuales no podría ejercerse el Poder legislativo. Figuran en primer término las materias religiosas, que deben depender exclusivamente de la conciencia.⁸³ Co-

79 “—for by naturall birth all men are equally and alike born to like propriety, liberty, and freedom: and as we are delivered of God by the hand of nature into this world ‘every one with a naturall innate freedom, and propriety, even so are we to live, every one equally and alike, to enjoy his birthright and propriety’ ”. *The Clarke Papers*, ed. by C. H. Firth I, I, Preface, p. LXII (del Informe de Thomas Edwards en su *Gangraena*).

80 Reimpreso por primera vez por Gardiner, *History of the great civil war*, III, Londres, 1891, pp. 607-609. En parte se encuentra el *agreement*, en su forma primitiva, en Foster, *Commentaries on the Constitution of the United States*, I, 1896, pp. 49 y ss. Sobre el origen de este importante e interesante documento véanse *The Clarke Papers*, I; además, Gardiner, *History*, III, pp. 219 y ss.; Bernstein, *Geschichte des Socialismus in Einzeldarstellungen*, 1-2, pp. 60 y ss., 533 y ss.; Forster, *loc. cit.*, p. 46; W. Rothschild, *Der Gedanke der geschriebenen Verfassung in des engl. Revolution*, 1903, pp. 92 y ss.

81 El texto definitivo en Gardiner, *Constitutional Documents of the Puritan Revolution*, Oxford, 1889, pp. 270 y 282.

82 Gardiner, *History*, III, p. 568.

83 “That matters of religion and the ways of Gods worship are not at all entrusted by us to any human power”. Gardiner, *History*, p. 68.

rresponden a los derechos innatos, a los *natives rights*, que el pueblo está decidido a defender con todas sus fuerzas contra cualquier atentado.⁸⁴

Tal fue la primera y última vez que en Inglaterra se había de afirmar, en un proyecto de ley, un derecho innato de libertad religiosa. Esta libertad es hoy en Inglaterra reconocida de hecho, pero sin que resulte expresamente formulada como principio en parte alguna.⁸⁵

Siguen otros desenvolvimientos las relaciones religiosas en las colonias inglesas norteamericanas.

Conocido es el pacto que los padres peregrinos congregacionistas, perseguidos y desterrados, celebraron el II de noviembre de 1620, antes de fundar a Nueva Plymouth, a bordo de la nave *Flor de Mayo*. Cuarenta y una personas suscribieron entonces un Acta, en la cual declaraban, para gloria de Dios y para la extensión de la fe cristiana, y en honor del Rey y de la Patria, fundar una Colonia. Prometían allí asociarse en un cuerpo político y civil establecer leyes, nombrar autoridades y someterse a sus determinaciones, todo con el objeto de mantener el orden y alcanzar el fin perseguido.⁸⁶

Inaugúrase así la serie de los “Pactos de establecimiento” que los colonos ingleses estimaban necesario acordar, al fundar una colonia, de conformidad con sus principios eclesiásticos y políticos. No debemos considerarlos aquí sino en sus relaciones con la libertad religiosa.

El año 1629 fundaron los puritanos Salem la segunda colonia de Massachussets. Olvidando las persecuciones que ellos mismos sufrieran en la madre patria, se manifestaron intolerantes respecto de cuantos profesaban principios religiosos distintos de los suyos. En 1631 desembarcó en Massachussets un joven independiente, Roger Williams, a quien la Comunidad de Salem eligió muy pronto

84 Véase el texto en Gardiner, *History*, p. 609.

85 Véase Dicey, *op. cit.*, pp. 229 y 230, donde se mencionan varias leyes limitando la libertad de manifestaciones religiosas, y que han caído en desuso, sin haber sido expresamente derogadas.

86 El texto completo véase en Poore, I, p. 931. Resulta del documento que los colonos no querían fundar un Estado independiente, pues se designan a sí propios como “subjects of our dread Sovereing Lord King James”.

su pastor. Este predicó la separación de la Iglesia y del Estado, y reclamó además una absoluta libertad religiosa, no sólo para todos los cristianos, sino también para los judíos, turcos y paganos, los cuales debían tener en el Estado iguales derechos civiles y políticos que los creyentes. La conciencia del hombre pertenece a él mismo, no al Estado.⁸⁷ Proscrito y perseguido, abandonó Williams Salem y fundó con algunos fieles, en 1636, en los territorios de los indios de Narraganset, la ciudad de Providence, en la cual todos los que sufrieran persecución por sus creencias religiosas encontrarían refugio. En su pacto fundamental, los secesionistas prometían obedecer a las leyes dictadas por la mayoría, pero “only in civil things”, la religión no es materia sometida a la legislación.⁸⁸ Así se reconoció, por primera vez, la plena libertad en asuntos religiosos, y eso por un hombre que era un creyente lleno de ardor.

En 1638, diez y nueve colonos de Providence fundaron Aquedneck, la segunda colonia en el Rhode Island de hoy, celebrando también un pacto muy notable, desde el punto de vista de su forma.⁸⁹

La idea de la necesidad de un Contrato social al fundar una nueva Colonia, dominaba el pensamiento aun de aquellos que estaban lejos de reconocer la libertad de conciencia, tan ampliamente como Roger Williams. Los puritanos que emigraron de Massachusetts para fundar en 1638 Connecticut, declaraban con las *fundamental orders* que se asociaban según la palabra de Dios en un cuerpo político, a fin de conservar la libertad del Evangelio, así

87 Sobre Williams véase Weingarten, *op. cit.*, pp. 36 y ss.; Bancroft, I, pp. 276 y ss.; Masson, *The Life of John Milton*, p. 560. Posteriormente véase Gooch, *English Democratic Ideas in the Seventeenth Century*, Cambridge, 1898, pp. 83 y ss.; Merriam, *A History of American Political Theories*, Nueva York, 1903, pp. 7 y ss. En estas dos obras se examina la famosa controversia entre Williams y John Cotton sobre la teocracia. El rasgo característico del Independientismo relativo a la libertad religiosa plena y completa se trata por Weingarten, *op. cit.*, pp. 110 y ss.

88 Samuel Greene Arnold, *History of the State of Rhode Island*, Nueva York, 1859, t. I, p. 103.

89 “We whose names are underwritten do here solemnly, in the presence of Jehovah, incorporate ourselves into a Bodie Politick, and as he shall help, will submit our persons, lives and estates unto our Lord Jesus Christ, the King of Kings and Lord of Lords, and to all those perfect and absolute laws of his given us in his holy word of truth, to be guided and judged hereby— Exod. XXIV, 3, 4; 2 Chron. XI, 3, 2 Kings XI, 17”, Arnold, p. 124.

como su disciplina eclesiástica, y gobernarse conforme a las leyes, en los asuntos civiles.⁹⁰ Aquellos puritanos, que sostenían opiniones en las relaciones eclesiásticas en desacuerdo con las de la madre patria, no obstante su escasa tendencia hacia la tolerancia, partían del principio según el cual el Estado debe realizar en primer término la libertad religiosa, aunque, dada su idea, semejante libertad se confundiera con el libre ejercicio de su religión.

La concepción en virtud de la cual el Estado y el Gobierno descansan en un contrato, que tuvo tanta importancia en el desenvolvimiento del pensamiento americano de la libertad individual, se afirma más aún en el Nuevo Mundo por la fuerza de los acontecimientos históricos. Un puñado de hombres acuden allí para fundar nuevas colonias, se dispersan por la inmensa tierra, y comienzan su obra civilizadora en la sociedad de los bosques vírgenes.⁹¹ Esos hombres creían vivir fuera del Estado en el estado de naturaleza, y cuando dejaron este estado, imaginaron hacerlo libremente, sin estar constreñidos por ninguna potencia terrenal. Su pequeño número les consentía, al principio, prescindir de una representación, y trataban de sus negocios comunes juntos en las *town meetings*, a las cuales podían concurrir todos los que pertenecían a la Comunidad; la forma de la Democracia directa surgía, en tales circunstancias, de un modo natural, contribuyendo los hechos mismos a reafirmar la concepción, tan contraria a las antiguas nociones inglesas, de la soberanía del pueblo, como base de la Legislación y del Gobierno. Las ideas políticas en que más tarde se inspiraron los hombres de 1776, surgían en una generación que tenía tales bases políticas, evidentes por sí mismas: ellas son "self-evident", como decía la Declaración de Independencia.

El derecho innato de libertad religiosa, por el cual luchara tan enérgicamente Roger Williams, encuentra en el curso del siglo XVII su confirmación jurídica oficial, primeramente en el Código de Rhode Island de 1647, y luego en la Carta que Carlos II otorgaba en 1663 a las colonias de Rhode Island y a las Plantaciones

90 *Fundamental orders of Connecticut*, en Poore, I, p. 249.

91 El número de los inmigrantes en Nueva Inglaterra era hacia 1640 de 22,000 a lo sumo: de ellos llegaron a New Plymouth 3,000; a Connecticut, menos de 2.000. Véase Masson, *op. cit.*, pp. 548-550.

de Providence.⁹² A requerimiento de los Colonos se les concedió, en un acto memorable, que en adelante nadie sería molestado, condenado ni procesado a causa de sus opiniones religiosas, y que toda persona debía gozar, en todo momento, la libertad de conciencia más absoluta, a condición, por lo demás, de observar una conducta pacífica y quieta, de no convertir esa libertad en licencia o en profanación, ni causar daños o perturbaciones exteriores a otros.⁹³ De este modo, pues, se otorgaba a una Colonia lo que con tanto encarnizamiento se negaba a la madre patria. En Europa no se encuentran principios análogos antes de las Máximas de Federico de Prusia. El principio de la libertad religiosa se reconoció también, con más o menos amplitud, en otras colonias. La católica Maryland concedía en 1649 a todos los creyentes en Jesucristo la libertad de practicar su religión.⁹⁴ La Constitución elaborada por Locke, por encargo de Shaflesbury y de otros para Carolina del Norte y puesta en vigor en 1669, tan poco en armonía con los Principios de los *Two treatises on government*, no se fundaba sobre el principio de la igualdad completa para todos, sino sobre el de la tolerancia para los disidentes, y también para los judíos y pa-

92 La gran distancia entre esta colonia y la madre patria hacía que pareciesen poco religiosas esas concesiones de libertades, en contradicción con las condiciones de Inglaterra entonces. Además, Carlos II, en su aversión a los puritanos, trataba de favorecer a las colonias que se habían separado del Massachussets.

93 “—our royall will and pleasure is, that noe person within the sayd colonye, at any time hereafter, shall be any wise molested, punished, disquieted, or called in question, for any differences in opinione in matters of religion, and doe not actually disturb the civill peace of our says colony; but that all and everye person and persons may, from tyme to tyme, and at all tymes hereafter, feelye and fullye have and enjoye his and their owne judgments and consciences, in matters of religious concerns, throughout the tract of lande hereafter mentioned; they behaving themselves peaceable and quietlie, and not using this libertie to licentiousnesse and profanenesse, nor to the civill injurye or outward disturbance of others; any law, statute or clause, therein contayned or to bee contayned, usage or custome of this realme, to the contrary hereof, in any wise, notwithstanding”, Poo-re, II, pp. 1.596 y ss.

94 Bancroft, I, p. 193. E. Lloyd Harris, *Church and State in the Maryland Colony*, Disertación inaugural. Heidelberg, 1894, pp. 26 y ss.

ganos.⁹⁵ Todo grupo de siete personas de cualquier religión que fuera, podía fundar una Iglesia o Comunidad religiosa.⁹⁶ Se prohibía toda coacción en asuntos religiosos; esto no obstante, todo habitante debe declarar, a los diez y siete años, a qué Comunidad pertenece e inscribirse en una Iglesia, sin cuya condición no se afirma la protección de la ley.⁹⁷ Todo atentado contra una Sociedad religiosa se reprime severamente.⁹⁸ No se manifiestan aquí ninguno de los principios de la libertad política que Locke acariciaba, sino que se trata tan sólo del establecimiento de una libertad religiosa plena. En el Tratado *On civil government* no se discute la libertad de conciencia que tan enérgicamente defendiera, por lo demás, Locke en otra de sus obras, especialmente su célebre trabajo sobre la Tolerancia, no obstante lo cual ocupa el primer lugar en sus concepciones prácticas, como lo demuestra la Constitución de Carolina del Norte. Para él la libertad de conciencia es un derecho superior a todos los demás, primordial y sagrado. El filósofo, que sostenía que la libertad es un don natural inalienable de los hombres, no experimentaba escrúpulos al consagrar la esclavitud y la servidumbre, a la vez que establecía la tolerancia religiosa, de una manera muy enérgica, en aquel nuevo Estado feudal que organizaba.

De las otras colonias se proclamó una gran tolerancia en New Jersey en 1664 y en New York en 1665.⁹⁹ En Nueva York, que antes ya, bajo la dominación holandesa, profesaba principios de libertad en asuntos de religión, se proclamó en 1683 que todo hombre creyente en Jesucristo no debía ser molestado en razón de cualquier divergencia dogmática. En el mismo año, Guillermo Penn, al dar una Constitución de base democrática a la Colonia, que le concediera la corona en propiedad y que llevaba el nombre de su padre, como Colonia de Pennsylvania, proclamaba que todo el que

95 La Carta de Carolina del Norte de 1665 prescribía ya la tolerancia, Poor, II, p. 1.397. El mismo Locke quería otorgar la plena libertad en materia religiosa. Cons. Laboulaye, I, p. 397.

96 Artículo 97, Poore, II, pp. 1.406 y 1.407.

97 Artículo 101, Poore, II, p. 1.409.

98 Artículo 102, 106 *idem*.

99 Ellis Stevens, *Sources of the Constitution of the United States*, Nueva York, 1894, p. 217.

creyese en Dios no podía ser cohibido en manera alguna a cumplir una obligación religiosa, no pudiendo ser molestado de ningún modo.¹⁰⁰ Y en la Constitución que Penn daba más tarde (1701), y que estuvo vigente hasta 1776, hacía resaltar, en primer término, que un pueblo, aun cuando goce de las más amplias libertades, no será verdaderamente feliz si no se le reconoce la libertad de conciencia,¹⁰¹ prometiendo solemnemente por sí y por sus herederos al final, que la libertad de conciencia sería eternamente respetada, y que los artículos a ella relativos no serían violados ni modificados, en ningún punto.¹⁰² Se concedía a la ley fundamental la fuerza de una *lex in perpetuum valitura*.

En una Carta de 1692 otorgada por Guillermo III a Massachusetts, se garantizaba, como hacía el Acta de Tolerancia inglesa de 1688, la plena libertad de conciencia a todos los cristianos, salvo a los católicos,¹⁰³ y Jorge II otorgaba en 1732 una ley análoga a Georgia.¹⁰⁴

Así pues, el principio de la libertad religiosa alcanzó en América una consagración jurídico-constitucional, según límites más o menos amplios. Ese principio, que está íntimamente ligado al gran movimiento político-religioso de donde ha surgido la democracia americana, proviene de la convicción, según la cual, hay un derecho natural del hombre, y no un derecho otorgado al ciudadano, en lo de tener libertad de conciencia y libertad de pensamiento en materia religiosa, siendo tales libertades un derecho superior al Estado, que éste no puede violar. Este derecho, tanto tiempo desconocido, no es una “inheritance” ni una parte del patrimonio de nuestros mayores, como los derechos y libertades de la *Magna Charta* y de las otras leyes inglesas: no es el Estado, sino el Evangelio, quien lo proclama.

100 Laws agreed upon in England, artículo XXXV, Poore, II, p. 1.526.

101 Charter of privileges for Pennsylvania, artículo I, en Poore, p. 1.537; Gourde, *op. cit.*, I, p. 305. Para obtener un cargo público no era necesario pertenecer a una religión dada, sino hacer profesión de fe en Jesucristo como Salvador del mundo.

102 Artículo VIII, sec. 3.

103 Poore, I, p. 950; véase sobre esto Lauer, *Church and State in New England*, en los *John Hopkins University Studies*, 10a. serie, II-III, Baltimore, 1892, pp. 35 y ss.

104 Poore, I, 375.

Lo que en Europa, en aquella época, y más tarde aún, no tenía una expresión oficial más que en algunos textos de poca importancia,¹⁰⁵ no manifestándose sino en la gran corriente intelectual que comenzara en el siglo XVII con Moro y Bodin, para alcanzar su apogeo en el período filosófico de la época siguiente, era ya a mediados del siglo XVII un principio político reconocido en Rhode Island y las demás colonias. El derecho de libertad de conciencia se proclamaba allí, naciendo así la idea de un derecho del hombre. En el año 1776, en casi todas las *Bills of Rights* se hablaba de una manera un tanto enfática, y en primer lugar, de ese derecho natural e innato.¹⁰⁶

El carácter de este derecho está indicado en el “Bill of Rights” de New-Hampshire, de un modo singular, cuando declara que al-

105 En Inglaterra fue el Acta de Tolerancia de Will and Mary, c. 18, quien la prescribía para los disidentes, habiendo sido esa libertad restringida bajo la reina Ana y restablecida bajo Jorge I. Desde Jorge II los disidentes son admitidos a los cargos públicos. Las restricciones a católicos y judíos no fueron abolidas, como es sabido, hasta el siglo XIX. En Alemania, después de las concesiones incompletas de la paz de Osnabruck, se produjo una situación análoga a la de América, en otro tiempo, merced al Edicto de tolerancia de José II, al de Federico Guillermo II de 9 de julio de 1788, que codificaba las máximas de Federico, y sobre todo al *Allg. Landrecht* (Segunda parte, título II §§ 1o. y ss.) prusiano. Código general prusiano.

106 Sin embargo, la práctica efectiva de este derecho en la legislación positiva, desde el punto de vista de la igualdad absoluta política entre los partidos de las diversas confesiones, ha variado según los Estados: New York y después Rhode Island fue el primero en llevar a cabo la separación de la Iglesia y el Estado. Siguió Virginia en 1785. En otros Estados, durante algún tiempo, se exigía profesar la religión protestante, o cuando menos ser cristiano, para desempeñar un cargo público. En nuestros días aun, en ciertos Estados se pide la creencia en Dios, en la inmortalidad del alma y en la recompensa en otro mundo. Massachussets establecía en su “*bill of rights*”, no sólo el derecho, sino también el deber de practicar el culto divino, y hasta 1799 el descuido en la asistencia a la iglesia se castigaba. Esas restricciones y otras más desaparecieron durante el siglo XIX, salvo algunas raras excepciones. En cuanto a la Unión, el artículo VI de la Constitución precisa que el ejercicio de los derechos políticos no dependerá de ninguna exigencia religiosa, así como el célebre artículo primero de la Enmienda prohíbe otorgar privilegios o negar la igualdad de condiciones a ninguna religión. Sobre el estado de esta cuestión en los diversos Estados, véanse la exposición de Cooley, cap. XIII, pp. 541-586, y además Rüttimann, *Kirche und Saat in Nordamerika*, 1871.

gunos derechos naturales son inalienables porque nadie puede cambiarlos por nada equivalente. Tales son los derechos de conciencia.¹⁰⁷

La idea de consagrar legislativamente esos derechos naturales, inalienables e inviolables del individuo, no es de origen político, sino religioso. Lo que hasta aquí se ha recibido como una obra de la Revolución, es en realidad un fruto de la Reforma y de sus luchas. Su primer apóstol no es Lafayette, sino aquel Roger Williams que, llevado de su entusiasmo religioso, emigraba hacia las soledades, para fundar un imperio sobre la base de libertad de las creencias, y cuyo nombre los americanos aun hoy recuerdan con veneración

107 Among the natural rights, some are in their very nature unalienable, because no equivalent can be given or received for them. Of this kind are the Rights of Conscience, artículo IV, Poore, II, 1280.

VIII. LA DOCTRINA DEL DERECHO NATURAL NO HA CREADO POR SÍ SOLA EL SISTEMA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO

Conviene considerar ahora el influjo que las doctrinas del Derecho natural han tenido sobre la idea de la Declaración de Derechos por el legislador.

El derecho natural, que desde el siglo XVII se desenvuelve como una fuerza científica deriva en todos sus sistemas del Estado de tan diversa formación, de los actos voluntarios de los individuos, que antes que aquél aparecen como seres libres, manteniéndose como iguales en medio de toda desigualdad natural en el acto de la fundación de los Estados. Libertad e igualdad, son pues, cualidades originarias, innatas, de los hombres. Estas cualidades se conciben también como derechos, y así nace la doctrina de los derechos innatos de igualdad y libertad. Según la tendencia política de los autores, estos derechos se resuelven en el Estado o quedan como un límite del poder de éste. A su vez, este límite, o es concebido incompletamente como en Puffendorf, o se opone al poder del Estado como infranqueable. En los últimos sistemas, esos derechos innatos son únicamente limitados hasta donde el fin del Estado lo exige, fin que precisamente consiste en la protección de las esferas de sus derechos innatos que se reservan al hombre.

La vida, la libertad, la propiedad, son las tres direcciones según las cuales se despliega el derecho innato humano de los individuos, originariamente iguales en la teoría de Locke, y las que, de tan extraordinaria importancia han sido, en las concepciones teóricas de ingleses y americanos.¹⁰⁸ Para protegerlas es para lo que el Estado se funda, y así, la seguridad constituye la exigencia natural

108 Que los independientes en esto le han precedido, se ha indicado antes.

de los ciudadanos respecto de aquél. Estos derechos, que de ese modo nacen, ni están todavía, según se ha dicho, claramente expresados, ni se halla en el siglo XVII lista alguna de derechos especiales, que son los que han dado una importancia práctica a la idea de los derechos generales del hombre.

No obstante, comienza por entonces ya, en la teoría, esta especialización de los derechos, en relación con las violentas luchas de la época. En el fondo, están los intereses religiosos y la resistencia contra la grave opresión de conciencia que los poderes políticos ejercen. Por esto surge como primer derecho individualizado de libertad, en las doctrinas de filósofos y juristas, el de la libertad de pensamiento, de creencia y de conciencia. No mucho después que la Carta de Rhode Island hubiera proclamado la libertad de la creencia afirmaba Spinoza la libertad de pensamiento y de fe interior, como un derecho inalienable del hombre.¹⁰⁹

Pero tuvo mucho más importancia el que, en la escuela de las teorías independentistas, Locke, que tan alta posición había alcanzado, estableciese la libertad religiosa como el primer derecho natural inalienable.¹¹⁰ Con él recibe, de esta suerte, forma filosófica lo que era ya un resultado de las ideas y teorías religiosas.

También en el siglo XVIII ofrece la teoría del derecho natural al principio únicamente los derechos mencionados. Pero Chr. Wolff expone toda una lista de derechos innatos.¹¹¹ Sin embargo, como se refieren a los ya conocidos, son de naturaleza puramente doctrinal, y por tanto, sin influjo práctico alguno.

Todos estos derechos son limitables por la ley, formando un freno para el arbitrio ilegal, no para el legislador. Por el cual, pierden con su amplitud e interna vaguedad todo valor real. El catálogo de los derechos innatos no ha impedido, sin embargo, a Wolff, llegar a ser el representante típico del Estado de policía.

109 Comp. también Ad. Menzel, *Wandlungen in der Staatslhre Spinozas*, 1898, p. 19. La teoría del derecho político del siglo XVIII, que establecía el derecho de la libertad religiosa, véase en Gierke, p. 114, núm. 98.

110 *Letters Concerning Toleration. Works*, II, p. 234, 1714.

111 Jus ad ea, sine quibus obligationi naturali satisfieri nequit, ius petendi officia humanitatis, ius alterum sibi obligandi ad ea perfecta, aequalitas, libertas, ius securitatis, ius defensionis, ius puniendi. *Institutiones iuris natura et gentium*, 1750, § 95.

Poco después de él establece Blackstone, en su *Análisis de las leyes inglesas*, los derechos absolutos de los ingleses, tomándolos de Locke.¹¹²

Pero tampoco llega a la exigencia de derechos firmemente definidos, que se desarrollan sustantivamente desde la idea fundamental de la libertad originaria.

La exigencia de toda una lista de derechos fundamentales especializados, dirigidos a una determinada conducta, derechos que el Estado debía reconocer expresamente, no se halla en parte alguna antes de la Revolución americana. La proclamación de la libertad religiosa por el legislador, antes de este tiempo, es un fenómeno completamente aislado. Sin duda, se apela frecuentemente a los derechos incoloros de la teoría del derecho natural, para apoyar ciertas pretensiones frente al Estado; pero no es al legislador a quien esas pretensiones se dirigen.

Aun supuesta toda la eficacia de las teorías del derecho natural, no puede deducirse de ellas sólo la idea de una Declaración de Derechos, tal como primeramente se realizó en América. Era menester que concurrieran otras fuerzas para desenvolver los gérmenes legislativos existentes. Y estas fuerzas no podían ser otras que las fuerzas de la vida histórica.

112 Véase antes p. 147. De un "catálogo" de los derechos de libertad que Rehm, *loc. cit.*, p. 243, cree ver en Blackstone, no se halla nada fuera de los tres derechos de antiguo conocidos, seguridad, libertad, propiedad; tengo igualmente por inexacto que Blackstone haya sido influido por Wolff, como afirma Rehm. La idea de la inalienabilidad de los derechos innatos no ha sido expresada primeramente por Wolff, sino que está con perfecta claridad en Locke, *Two Treatise*, II, cap. IV, 23; cap. VIII, 25. Por esto es también inexacta la afirmación de Gierke, p. 347, núm. 1, apoyada en Rehm, del origen alemán de la doctrina de los derechos inalienables del hombre. Mucho más aceptable es la idea de que Locke haya influido en Wolff.

IX. LA FORMACIÓN DEL SISTEMA DE LOS DERECHOS
DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO DURANTE
LA REVOLUCIÓN AMERICANA

El siglo XVII fue la época de las luchas religiosas. En el siguiente vinieron a colocarse en primer término, en el movimiento histórico, los intereses políticos y económicos. Las instituciones democráticas de las colonias resultaban a menudo en contradicción con las de la madre patria, aflojándose de día en día el lazo moral que las une. Poco a poco se deja sentir un grave conflicto de intereses económicos. La prosperidad económica de las colonias exige, naturalmente, un mínimum de restricciones en la libertad de movimientos. Al fin se consideran gobernadas, no por la antigua madre patria sino por el extranjero.

Entonces fue cuando las antiguas concepciones puritanas e independientistas actuaron en un nuevo sentido. La doctrina del contrato social, que desempeñara tan alto papel en la fundación de las colonias, contribuyendo a establecer la libertad religiosa, favorece ahora, de una manera muy acentuada, la transformación de las instituciones existentes. No quiere esto decir que la doctrina haya actuado modificando directamente las instituciones, sino que les da nueva base.

Los colonos habían conservado sus libertades y derechos del otro lado del Océano, como ciudadanos ingleses de nacimiento. En una serie de Cartas otorgadas por los reyes ingleses, se había afirmado expresamente, que los colonos, y sus descendientes, gozarían de todos los derechos que corresponden a los ingleses en la madre patria.¹¹³ Antes ya de la Declaración de Derechos inglesa, la mayoría de las colonias votaron leyes en las cuales se resumían

113 Kent, *Commentaires on American Law*, 10a. ed., I, p. 611.

las antiguas libertades inglesas.¹¹⁴ Esos antiguos derechos experimentaron una profunda transformación en la segunda mitad del siglo XVIII. Los derechos y libertades heredados, así como la organización autónoma otorgada a los colonos en las Cartas por los reyes de Inglaterra, y por los gobernadores de las colonias, se modificaron profundamente, hasta el punto de no ser ya considerados como emanados de los hombres, sino de Dios y de la Naturaleza.

A estos antiguos derechos añadiéronse otros nuevos. Con la convicción adquirida de que hay un derecho, el de la conciencia, independiente del Estado, teníanse el punto del cual habían de partir, especializándose, los derechos inalienables del individuo. La presión que los Poderes dominantes ejercen sobre los movimientos libres del individuo, determinan la idea de que a cada una de las direcciones de la presión corresponda un derecho del hombre. Así se produjo, al lado de la exigencia de la libertad religiosa, la de la prensa, la de la palabra, las de asociación y de reunión, la de emigración, el derecho de petición, la liberación respecto del impuesto, la pena y la prisión arbitrarias, y además de esto el derecho a la participación del individuo en la vida del Estado, participación que protege todas esas instituciones, así como el derecho a organizar el Estado como una asociación de hombres libres e iguales. Esta plenitud de bienes jurídicos tangibles es el precio de la victoria de luchas rudas, no el resultado de sabias especulaciones.

Ciertamente las doctrinas de Locke, las teorías de Pufendorf,¹¹⁵ las ideas de Montesquieu, influyeron sobre las concepciones políticas americanas de aquel tiempo. Pero, como hemos visto, no es posible explicar con esto tan sólo la elaboración de una lista completa de los derechos generales del hombre y del ciudadano.

114 Véase Kent, *op. cit.*, I, 612 y ss.; Stevens, *op. cit.*, pp. 203 y ss. Esas leyes se designan hoy generalmente en América como *Bills of Rights*. Las codificaciones de 1776 y posteriores las han tenido por modelo.

115 Borgeaud, p. 17, *op. cit.*, cita en un tratado de John Wise, que debió tener gran influjo en las ideas democráticas en Massachussets. Pero este hombre, cuyo nombre es John Wise, no hizo otra cosa que tomar como base de sus desenvolvimientos la doctrina de Pufendorf, según él mismo declara. Véase J. Wise, *A Vindication of the Government of New England Churches*, Boston, 1772, p. 22. Se supone que este libro se publicó en 1717, según Ritche, el cual sin embargo, no parece haberlo utilizado directamente.

En el año 1764 apareció en Boston el trabajo de James Otis sobre los derechos de las colonias inglesas.¹¹⁶ Se decía allí que los derechos políticos y civiles de las colonias inglesas no se apoyaban para nada en una concesión de la Corona;¹¹⁷ la misma *Magna Charta* por antigua que sea, no ha sido el origen de todas las cosas. “Puede en verdad llegar el momento en que el Parlamento declarase nula y sin valor toda Carta americana; pero entonces no se tocará en los derechos que corresponden a los colonos como *hombres y ciudadanos*, derechos que les son inherentes por naturaleza, y, dada su cualidad, inseparables de sus personas. Las Cartas pueden cambiar; esos derechos durarán hasta el fin del mundo”.¹¹⁸

En este trabajo se fijaban ya, bajo la forma que más adelante sería la de los *Bills of Rights*, límites absolutos al Poder legislativo, límites “establecidos por Dios y por la Naturaleza”. Se fijaba especialmente en el derecho de los impuestos, causa principal de las desavenencias entre las colonias y la madre patria. Que se impusieran contribuciones o percibieran impuestos, sin el consentimiento del pueblo o de los representantes de las colonias, no iba contra las leyes del país, sino contra las leyes imprescriptibles de la libertad.¹¹⁹ Estos límites no son otros que los enumerados por Locke, las “restricciones que Dios y la Naturaleza han impuesto al Poder legislativo en todo Estado”.

Las proposiciones de Locke experimentan aquí una profunda transformación. De derechos objetivos se convierten en subjetivos.

116 *The Rights of the Colonies Asserted and Proved*. Sólo he podido utilizar la edición fraudulenta de Londres (de 1764 también) de este trabajo, raro en extremo.

117 Bajo la autoridad del derecho inglés y de Locke, enumera una serie de derechos, que “no man or body of men, not excepting the parliament, justly, equitably and consistably with their own rights and the constitution, can take away”, p. 52.

118 “Nor do the political and civil rights of the British colonists rest on a charter from the crown. Old Magna Charta was not the beginning of all things; nor did it rise on the borders of chaos out of the unformed mass. A time may come when parliament shall declare every American charter void; but the natural, inherent, and inseparable rights of the colonists as men and as citizens would remain, and whatever became of charters, can never be abolished till the general conflagration”. Vgl. Bancroft, IV, pp. 145 y 146.

119 Cons. John Adams, *Works*, X, Boston, 1856, p. 293. También la mencionada primera obra de Blackstone ha influido en seguida en los espíritus.

Mientras Locke, como Rousseau más tarde, sometía el individuo a la voluntad de la mayoría de la sociedad, la cual tiene como límites el fin del Estado, aquí el individuo es quien da condiciones según las cuales consiente estar en la sociedad, y las conserva como derechos propios en el Estado. Por tal modo tiene en el Estado y contra el Estado derechos que no provienen del Estado. Frente a las tentativas inglesas para limitar estos derechos, surgió la idea de declararlos solemnemente y de defenderlos. Esta transformación se verifica bajo el influjo del *Analysis* de Blackstone. La instrucción parlamentaria, puesta como apéndice al trabajo de James Otis, se expresa exactamente como la obra anónima de Blackstone.¹²⁰

El 20 de noviembre de 1772 los ciudadanos reunidos en Boston votaron, a propuesta de Samuel Adams, un proyecto, elaborado por él, de una Declaración de Derechos de los colonos como hombres, cristianos y ciudadanos. En ella, bajo la autoridad de Locke, se proclamaba que los hombres forman parte del Estado merced a su libre consentimiento, y que tienen derecho a formular previamente, en un pacto equitativo, las condiciones y reservas que estimen deban imponerse y velar por su observancia. Además, los colonos, como hombres, reclamaban el derecho de libertad y de propiedad; como cristianos, la libertad religiosa; como ciudadanos, los derechos de la *Magna Charta* y del *Bill of Rights* de 1689.¹²¹

El 14 de Octubre de 1774, por fin, el Congreso reunido en Filadelfia, y que representaba doce colonias, votó una Declaración de Derechos en la cual se afirma que los habitantes de las colonias norteamericanas tienen derechos que les corresponden, en virtud del derecho inmutable de la Naturaleza, de la Constitución inglesa y de sus propias Constituciones.¹²²

120 Es inexacto, pues, lo que Rehm, *Allg. Staatslehre*, pp. 247 y ss., afirma al señalar, como fuente de la Declaración de Derechos, los *Commentaries* de Blackstone, publicados después del trabajo de Otis. Cons. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, p. 375, n. I. Gierke, *op. cit.*, p. 347, núm. 52, concuerda con Rehm, pero evidentemente prescinde de mis observaciones a Rehm.

121 Cons. Wells, *The Life and Public Services of Samuel Adams*, Boston, t. I, pp. 502-507; Laboulaye, II, p. 171. Sobre la popularidad alcanzada entonces por los "derechos naturales", véase Merriam, *op. cit.*, pp. 47 y ss.

122 El texto completo se reproduce por Story, *Commentaries on the Constitution*

Desde ahí hasta la Declaración de Derechos de Virginia, parecía que no había más que un paso, y, sin embargo, hay un mundo entre ambos documentos. La Declaración de Filadelfia es una protesta; la de Virginia es una ley. Desaparece la invocación al derecho inglés. El Estado de Virginia reconoce solamente los derechos de las generaciones presentes y futuras, como base y fundamento del gobierno.¹²³

En estas y en las siguientes Declaraciones de Derechos, adoptadas después por los Estados ya soberanos de América del Norte, se otorgan, además de los derechos de libertad: libertad personal, de la propiedad, de conciencia; otros derechos nuevos relativos a las violaciones que la libertad individual experimentara recientemente de parte de Inglaterra: tales son el derecho de reunión, la libertad de la Prensa, la de establecimiento. Pero no sólo se mencionan esos derechos a la libertad, sino también figuran el derecho de petición, el de protección legal y el relativo al procedimiento judicial aplicable, especialmente en el juicio de jurado imparcial e independiente, así como otras garantías políticas que entrañan las bases de los derechos políticos del ciudadano. Contienen además, según la intención de sus autores, los fundamentos del conjunto de los derechos públicos del individuo. Suponen, por otra parte, el principio de la división de los Poderes y de la responsabilidad de los funcionarios. Deciden que las funciones públicas no pueden desempeñarse más que de un modo temporal, y proscriben las distinciones hereditarias, imponiendo, por último, algunas limitaciones a la función legislativa y al Gobierno, tal como la que entraña la prohibición de tener ejército permanente, o bien una Iglesia privilegiada; limitaciones estas, por lo demás, que no crean, a no ser indirectamente, un derecho subjetivo del individuo. Todo esto se apoya en el principio de la soberanía del pueblo, y en la idea de que la Constitución es un pacto concertado por todos. Se advierte bien, en este punto, la acción persistente de las antiguas

of the United States, 3a. ed., pp. 134 y ss.

123 El título del *Bill of Rights* dice así: "A Declaration of Rights made by the representatives of the good people of Virginia, assembled in full and free convention; which rights do pertain to them and their posterity, as the basis and foundation of government".

ideas puritanas, independentistas, de los *convenants*, que más tarde habían de desplegar, bajo una forma tan característica, una fuerza en cierto modo nueva. Cuando aun hoy las Convenciones constituyentes, o el pueblo mismo, deciden realizar reformas constitucionales en los Estados particulares, bien se advierte cómo las instituciones democráticas continúan animadas de la misma idea que en otros tiempos inspiraba a los colonos de Connecticut y Rhode Island.

El *Bill of Rights* en todas esas Constituciones ocupa la primera parte, viniendo en segundo lugar el *plan ó frame of government*. Primeramente se determina el derecho del creador del Estado, del individuo, que goza en el origen de una libertad ilimitada; luego se determina el derecho de lo que los individuos han creado, la comunidad.

Los principios eran en todos los Estados particulares los mismos, aunque se aplicaban de distinta manera en las diferentes legislaciones, habiéndose atenuado mucho esas divergencias posteriormente, si bien todavía hoy mismo no han desaparecido por completo. Según antes hicimos notar, aun cuando en todas partes se haya reconocido de una manera igual el principio de la libertad religiosa, no se puso inmediatamente en práctica con todas sus consecuencias lógicas. A pesar de la afirmación según la cual todos los hombres son naturalmente libres e iguales, la esclavitud de los negros no se abolió inmediatamente. En lugar del “man” figura en los Estados esclavistas el *freeman*.

Los derechos solamente declarados se atribuyen originariamente a todos los *inhabitants*, y, en los Estados esclavistas, a todos los blancos. Sólo más tarde fue cuando se exigió la cualidad de *citizen* de los Estados Unidos, para el ejercicio de los derechos políticos en la mayoría de los Estados. Ya hemos visto por qué notable evolución se ha formado en el antiguo y en el nuevo derecho inglés, según se practicaba en las colonias, la concepción de una esfera jurídica independiente del Estado, esfera que no ha de limitarse a reconocer al individuo. En realidad, las declaraciones de derechos, no han hecho otra cosa que expresar, en fórmulas generales, una organización jurídica de hecho.

Lo que los americanos proclaman, como un patrimonio eterno de todos los pueblos libres, es lo que ya poseían. Por el contrario,

los franceses quieren otorgar lo que no tienen todavía, las instituciones en relación con los principios generales. Tal es la diferencia más importante entre la Declaración de Derechos de los americanos y la de los franceses, pues, entre los primeros, las instituciones precedieron al reconocimiento solemne de los derechos de los individuos, mientras entre los segundos vienen después. Tal fue también el error capital de la Asamblea nacional de Francfort, al querer determinar primeramente los derechos del individuo y sólo después las normas del Estado. No se había fundado el Estado alemán, y ya se determinaba lo que este Estado, nonnato aún, no debía hacer y lo que podría otorgar. Los americanos podían tranquilamente poner delante del *Plan of Government* el *Bill of Rights*, porque el *government* y las leyes directrices existían desde hacía mucho tiempo.

El que los franceses aceptasen con tan buena voluntad las ideas americanas, se debió a la igualdad de las tendencias prácticas a que ambas naciones se inclinaban: fundación de una Comunidad democrática compuesta de individuos con iguales derechos, y en la cual todo Poder público nace del pueblo, y todos los agentes del Poder son responsables, con más la garantía de una esfera de libertad de esos individuos delimitada en ciertas direcciones. Estas, según se ha dicho, se determinaron por la presión que habían ejercido los Gobiernos y por el desarrollo, históricamente condicionado, para emanciparse de esta presión. Si el hombre del siglo XVII había sentido de un modo especialmente doloroso la coacción en cuanto a su fe, aumenta esta sensibilidad en el siglo XVIII de la manera, que ahora exige imperiosamente del Estado una medida mucho mayor de libertad como intangible.

Estas exigencias pueden haber sido acompañadas en ambas naciones, y luego en los otros pueblos en que hallaron eco, de diversas representaciones sobre su valor y significación; en lo que toca a su eficacia práctica permanente, para determinar la relación del Estado con el hombre y el ciudadano, concuerdan por completo.

Por esto resulta con irrefutable certeza de esta indagación que los principios de 1789 son en verdad los de 1776.

Y, sin embargo, estos principios habrían permanecido limitados a América, si Francia no los hubiera recogido y defendido. Si hoy en todos los Estados de civilización moderna, asegura la ley al

individuo una esfera jurídica firme, y las instituciones públicas descansan sobre la convicción de que hay un derecho de la persona individual, frente a frente hasta del Poder soberano del Estado, corresponde en este resultado a Francia la parte más importante, cualquiera que pueda haber sido la eficacia política inmediata de la Declaración francesa, en los tiempos de la Revolución.

X. LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y LA CONCEPCIÓN GERMÁNICA DEL DERECHO

Nos queda aún por resolver una cuestión, para terminar. ¿Por qué la doctrina de los derechos originarios del hombre y del contrato social, que ya germinaba en la antigüedad entre los sofistas, que se ha desenvuelto en las teorías del derecho natural en la Edad media, habiendo llegado hasta nosotros en la corriente de la Reforma, ha alcanzado una importancia tan considerable, primero en Inglaterra y luego en sus colonias? ¿Cómo se explica que en un Estado esencialmente monárquico, cuyas instituciones, en junto, están íntimamente ligadas con la monarquía, y no pueden comprenderse sin ella, hayan penetrado las ideas republicanas, transformando desde los cimientos el cuerpo del Estado?

Fácilmente puede percibirse la causa directa de todo esto. Escriba en el contraste entre las concepciones jurídicas nacionales de los ingleses, y la de la dinastía de Estuardo, venía de fuera con su derecho divino, además de las luchas religiosas contra esta dinastía, tanto en Inglaterra como en Escocia, que favorecían la propagación por el país de las doctrinas que podían suscitar una violenta oposición contra ella. Una situación análoga existía a fines del siglo XIV hasta mitad del XVII en varios Estados del Continente. Hubo allí una oposición muy fuerte de las clases contra la monarquía, que aspiraba al absolutismo, y una literatura perspicaz que se esforzaba en oponer los derechos naturales del pueblo y del individuo, frente a la Realeza, produciéndose guerras religiosas que devastaron aquellos países. Las concepciones revolucionarias sobre el continente provocaron, es cierto, por aquel entonces, en Francia, el regicidio, pero sin que en ninguna parte se intentase transformar la organización del Estado. Las doctrinas del derecho natural de Locke no ejercieron su acción fuera de Inglaterra. Sólo

a fines del siglo XVIII es cuando las doctrinas del derecho natural continentales, desempeñan un papel importante en la gran transformación social provocada por la Revolución francesa.

A diferencia del Continente, Inglaterra había resistido, no sin éxito, el influjo del derecho romano. Aunque las ideas jurídicas inglesas no están libres del influjo romano, lo cierto es que no se ejerció éste con la preponderancia que en el Continente. Especialmente el derecho público se ha desenvuelto, en lo esencial, sobre bases germanas, y así las ideas jurídicas, originariamente germanas, nunca fueron denominadas por la concepción del absolutismo romano del Estado.

El Estado germano, a lo que de él sabemos de un modo cierto por la historia, a diferencia de los antiguos, no tuvo al principio sino un poder débil. La competencia del Estado germano es, en su origen, muy limitada: el individuo estaba sometido a la severa tutela de la familia y de la tribu; el Estado no le oponía restricciones. La vida política de la Edad Media se desarrollaba por las asociaciones corporativas, más que por el Estado, que alcanzaba sólo formas rudimentarias.

Al comienzo de los tiempos modernos se fue concentrando más y más el poder del Estado. En Inglaterra pudo hacerse esto, con tanta mayor facilidad, cuanto que los reyes normandos habían centralizado ya rigurosamente la administración. Ya a fines del siglo XVI podía decir sir Thomas Smith que el Parlamento inglés tenía un poder ilimitado,¹²⁴ poder que Cok consideraba después como “absoluto y trascendental”.¹²⁵

Pero esta potencia se concebía por los ingleses ilimitada sólo en un respecto jurídico formal. En Inglaterra es donde el pueblo tenía la concepción viva de que debe tener límites esenciales el Estado, y, por tanto, el Rey y el Parlamento.

124 “The most high and absolute power of the realm of England consisteth in the Parliament... all that ever the people of Rome might do, either in *centuriatis comitiis* or *tributis*, the same may be done by the Parliament of England, which representeth and hath the power of the whole realm, both the head and the body”. The Commonwealth of England, 1589, book II, reproducido en Prothero, *Select Statutes and Documents of Elizabeth and James I.* Oxford 1894, p. 178.

125 *La Just.*, p. 36.

La *Magna Charta*, declara, que los derechos y libertades que enuncia se conceden *in perpetuum*.¹²⁶ En el *Bill of Rights* se estatuye que todo cuanto contiene debe mantenerse “para siempre ley de este Reino”.¹²⁷ No obstante la omnipotencia formal del Estado, se reconoce expresamente, en las leyes fundamentales más importantes, que hay un límite que no debe traspasar.

En estas proposiciones, insignificantes, sin duda, en el respecto jurídico formal, se refleja la antigua concepción jurídica germana, según la cual el Estado encuentra en su acción límites necesarios.

El movimiento de la Reforma favoreció también mucho semejante concepción. Pero aquí media una segunda noción que es producto de la evolución histórica. El Estado de la Edad Media no está limitado sólo, por el poder de sus miembros, sino, además, por la acción de la Iglesia. La cuestión de la extensión del derecho del Estado, en los asuntos del espíritu, no podía suscitarse en toda su amplitud sino después de la Reforma, porque ésta es la que pone de nuevo en pleito la demarcación de límites de la Edad Media. La definición moderna de sus respectivas esferas de acción, fue la consecuencia de un desenvolvimiento histórico, así como la abolición de la intervención del Estado en los asuntos del espíritu.

También se ha visto que la idea de la superioridad del individuo ante el Estado se apoya en la historia toda de Inglaterra, y en su situación en el siglo XVII. Las doctrinas del derecho natural han venido, en rigor, a continuar antiguas concepciones jurídicas, que siempre han existido, dirigiéndolas por vías nuevas.

Lo mismo puede decirse de las teorías nacidas en el Continente. La Escuela histórica nos ha habituado a decir, que las doctrinas del derecho natural son ensueños sin base. Pero al pensar de ese modo se olvida que no hay teorías, por abstractas que sean, que puedan ejercer su influjo en su época, sin tener apoyo en alguna base de realidad histórica.

La penetración comprensiva de esta base histórica, es de gran importancia para darse buena cuenta, de la exacta relación jurídica del Estado y del Individuo. Dos aspectos se ofrecen aquí, los cuales pueden realizarse con todas sus consecuencias lógicas. Bajo el

126 Artículo 63, Stubbs, pp. 306.

127 Artículo XI, Stubbs, p. 527.

primer aspecto, todos los derechos del individuo no son sino el producto de una concesión o autorización del Estado. Bajo el otro aspecto, el Estado no crea sólo derechos individuales, sino que además deja al individuo toda la libertad compatible con el interés general. Esta libertad, sin embargo, no es creada por él; antes se limita a reconocerla y a consignarla.

La primera concepción se basa en la idea de la omnipotencia del Estado, tal como ha sido expresada, de una manera acentuada, por las doctrinas absolutistas de los siglos XVI y XVII. Sus consecuencias extremas han sido ridiculizadas por el poeta al formular este problema jurídico:

Desde hace años me sirvo de mi nariz para oler. Pero ¿tengo, en realidad, derecho a servirme de mi nariz?

La segunda teoría, por el contrario, entraña la noción jurídica germana; responde al hecho histórico del desenvolvimiento gradual del poder político. Si el derecho natural se identifica con un derecho no histórico, debería afirmarse que, para el Estado moderno, la primera es la teoría del derecho natural, y la segunda la teoría histórica del derecho. Por muy grandes que hayan sido los cambios ocurridos en el curso de los tiempos en la determinación de la libertad reconocida, la noción de que el derecho del Estado tenía sus límites estaba profundamente grabada en los pueblos germanos, aun en la época de los Estados absolutos.¹²⁸

128 Las opiniones respecto del contenido de la libertad se ofrecen en el continuo fluir de la historia. En medio del sentido literal igualmente constante de las leyes, los diversos pueblos y tiempos, tendrán convicciones formadas de un modo enteramente distinto acerca de la importancia y de los límites de la libertad, tanto como de las libertades particulares. Así la libertad de creencias de los puritanos es muy otra que la de los americanos del siglo XX, al modo como han cambiado radicalmente también, en el curso de los tiempos, las ideas sobre la participación del pueblo en el Estado, de suerte que nos puede aparecer como una institución simplemente aristocrática la representación nacional democrática, originariamente construída sobre el sufragio restringido, comparada con la actual, fundada sobre el sufragio universal (susceptible también de las más diversas modificaciones). Pero el principio persiste siendo el mismo, y por esto puede desplegar su poder constantemente de nuevo en condiciones sociales por completo diversas. Esto ha sido desconocido de raíz por Boutmy, quien (pp. 421 y ss.) en admirable negación de la conexión histórica producida mediante las ideas políticas, quiere mostrar que la libertad e igualdad francesas, son cosas absolutamente distintas de las ideas americanas correspondientes.

Esta libertad no se crea por el Estado, se reconoce por él, y eso limitándose a sí propio y determinando los espacios que deja libres y que necesariamente deben existir, en la trama de las normas que rodean al individuo. El espacio libre así definido, más que un derecho, es una situación de hecho. El gran error del Derecho natural consiste en considerar este estado de hecho de la libertad como un Derecho, y reconocer en ese Derecho una superioridad que habrá creado el Estado y limitado su poder.¹²⁹

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

129 Cons. antes y Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechts*, pp. 43-89 y ss.