

MARIO CÁMPORA (H)

# EN LOS ORÍGENES DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE: LA POLÉMICA JELLINEK- BOUTMY\*

## I. Introducción

Este artículo reconstruye la notable controversia respecto del origen histórico de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 (en adelante “la DF”) que mantuvieron el alemán Georg Jellinek y el francés Emile Boutmy a principios del siglo XX.

La polémica es significativa, pues versa sobre el origen del texto bajo el cual se ha formado el derecho positivo de los Estados de Europa y de América y con él, la esencial noción de los derechos subjetivos del hombre.

La cuestión apunta por esa vía al origen histórico jurídico de las constituciones como expresión de una forma de derecho político. El origen de la DF está íntimamente ligado al origen del derecho constitucional: en cierto aspecto, son el mismo problema.

La polémica consta de 4 movimientos. En 1895, el alemán Georg Jellinek publica un trabajo en el que examina el origen histórico de la Declaración<sup>1</sup>. Profesor de Derecho público, Filosofía del derecho y Derecho internacional público de la Universidad de Viena y de Heidelberg, Jellinek es

---

\* En la polémica Jellinek-Boutmy anida el debate original por la ampliación de los derechos, el cual en nuestra Argentina remite a la lucha por la protección del más vulnerable, del más desprotegido. Es entonces auspicioso recordar sus términos en el marco del Seminario de Derechos Fundamentales de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Agradezco por ello muy especialmente a Alicia Pierini y a Raúl Gustavo Ferreyra la posibilidad de haber expuesto y debatido este trabajo con distinguidos colegas en ese ámbito el 2 de julio de 2013.

<sup>1</sup> Jellinek, Georg, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, traducción de la segunda edición y estudio preliminar por Adolfo Posada, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1908.

esencialmente uno de los más prominentes miembros de la escuela del positivismo legal. De hecho, Hans Kelsen, asistente a los seminarios que dicta Jellinek en Heidelberg, reconoce en él a su inolvidable maestro<sup>2</sup>.

Del otro lado del Rin, sus conclusiones despiertan en 1902 la respuesta airada del francés Émile Boutmy<sup>3</sup>, profesor de Derecho público, de Historia comparada de las civilizaciones y de la arquitectura; fundador de la Escuela Libre de Ciencias Políticas de París (Sciences Po). Ese mismo año contesta Jellinek<sup>4</sup>. Finalmente, en 1907, Boutmy amplía su respuesta en sus *Études Politiques*<sup>5</sup>.

En el origen de la polémica se encuentra la tesis central de Jellinek, que cuestiona la idea que la DF es un producto 100% francés. De hecho, considera que es un producto 100% anglosajón, que se origina en las colonias inglesas de Norteamérica, y –supremo desafío a los franceses– remonta el origen de la declaración a la reforma protestante y a la organización política de los pueblos alemanes del Medioevo.

La cuestión merece una fulminante respuesta por parte de la Academia francesa: Émile Boutmy no tarda en escribir un texto desestimando la tesis de Jellinek. De acuerdo a su posición, la DF es el resultado del pensamiento del siglo de las luces europeo.

De este intercambio trata este trabajo.

## II. El objeto de la polémica

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (DF) fue aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789. Al establecer que el principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación, pone un término a la monarquía absoluta de los Capetos en Francia; establece que el objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del individuo, y que esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión; la igualdad; la presunción de

---

<sup>2</sup> En el Prólogo de la *Teoría general del Estado*, escribe Kelsen “Compréndase que de modo especial me haya referido a la Teoría general del Estado de Georg Jellinek, cuyo mérito más duradero es el de haber sintetizado de modo perfecto y magistral la teoría del Estado de la última centuria; en la mayoría de los casos, sus concepciones representan lo que podríamos llamar el patrimonio científico del universitario medio. Por eso, cuantas veces necesitaba referirme a esto, encontré un apoyo esencial en el standard work de mi inolvidable maestro” (p. IX).

<sup>3</sup> Boutmy, Émile, *La Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen et M. Jellinek*, *Annales des sciences politiques*, Revue bimestrielle, Dix-septième année, 1902, pp. 415-443.

<sup>4</sup> Jellinek, Georg, « *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*, T. XVIII, 1902, pp. 385-400.

<sup>5</sup> Boutmy, Émile, *Études Politiques*, *La Déclaration des Droits de l’homme et du citoyen et M. Jellinek*, *Annales des sciences politiques*, Librairie Armand Colin, Paris, 1907, pp. 119-182.

inocencia e irretroactividad de la ley; la libertad de opinión, de prensa y de conciencia<sup>6</sup>.

De esta forma, supone la existencia del individuo con derechos: se erige entonces en la afirmación del hombre frente al Estado con un ámbito de libertad que no depende de aquél. Desde esta perspectiva, constituye un momento crucial para la comprensión moderna de los derechos fundamentales. Veamos cuál es el contenido de la polémica analizando las tesis de sus protagonistas.

### III. La tesis de Jellinek

Jellinek plantea en *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* su posición desde la óptica del positivismo, como un científico: explica que busca el origen de la DF independientemente de su valor histórico, filosófico y social.

Su aporte se transforma en un gran éxito académico y se traduce al francés<sup>7</sup>, al inglés<sup>8</sup> y al español<sup>9</sup>. El texto, explica el autor, es en realidad un estudio previo a su monumental *Teoría General del Estado*.

A pesar de ser una de las obras más significativas del derecho constitucional, es una obra corta<sup>10</sup>, dividida en 10 capítulos concatenados con una eficaz prelación lógica que intentaré resumir a continuación.

En el primero de ellos, titulado *La Declaración de Derechos francesa del 26 de agosto de 1789 y su significación*<sup>11</sup>, Jellinek explica que la DF es uno de los acontecimientos más importantes de la Revolución Francesa. Su alcance despierta apasionados debates. Ciertos estudiosos suelen concluir que sus fórmulas abstractas eran ambiguas y, por tanto, peligrosas en la medida en que no respondían a la realidad política e implicaban desconocimiento de las cuestiones prácticas del Estado. Otros por el contrario, principalmente franceses, han valorado que constituye un fundamento eterno del orden político.

Sea cual fuera su valor, gracias a esta declaración se ha formado con toda amplitud en el derecho positivo la noción hasta entonces sólo conocida en el derecho natural de los derechos subjetivos del miembro del

---

<sup>6</sup> Artículos 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10 y 11.

<sup>7</sup> *La Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen*, traduit de l'allemand par Georges Fardis. Edition Française revue de l'auteur et augmentée de nouvelles notes, avec un Préface de M. F. Larnaude. Albert Fontemoing, Éditeur, Paris, 1902.

<sup>8</sup> *The Declaration of the Rights of Man and of Citizens*, Authorized translation from the German, by Max Farrand. Revised by the author, Henri Holt and Company, New York, 1901.

<sup>9</sup> Es la edición de Posadas, que se citó en la nota 1.

<sup>10</sup> Consta de 110 páginas en la edición que nos llega en español, traducida en 1908 con el citado estudio de Adolfo Posada.

<sup>11</sup> Capítulo I.

Estado frente al Estado todo: en efecto, la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791 fijó una serie de derechos naturales y civiles garantidos por la constitución sobre la base de la DF. En las constituciones europeas posteriores, estos catálogos de derechos se reprodujeron a gran escala.

Es por ello que resulta esencial la formulación de estos principios abstractos, aunque su operatividad esté sujeta a las normas que los reglamenten en detalle. A continuación, Jellinek se ocupa de buscar desde una investigación histórico-jurídica el origen de la DF.

Empieza por desvirtuar la opinión según Jellinek más extendida: que el *Contrato Social* de Rousseau sea la fuente de la DF<sup>12</sup>.

Sostiene que en esencia, el Contrato Social se resume en la cláusula siguiente: la que establece la enajenación de todos los derechos del individuo es la sociedad. En los términos de Rousseau, explica que la propiedad misma pertenece a los individuos sólo en virtud de concesión del Estado; la libertad civil consiste en lo que queda al individuo en la definición de sus deberes cívicos. Así, no hay ley fundamental que pueda ligar a la comunidad, ni aun el Contrato Social mismo.

Jellinek nota que ciertos derechos de libertad han sido declarados por Rousseau como directamente contrarios al Estado: en primer término, la libertad religiosa (debe profesarse la religión civil); y en segundo término, el derecho de asociación. Rousseau las consideraba contraproducentes: si dividen al pueblo, favorecen la dispersión y, por tanto, impiden la expresión de la voluntad general.

La conclusión de Jellinek es la siguiente: Rousseau no quería asegurar una esfera infranqueable a la libertad del individuo, y por esa razón los principios del Contrato Social son absolutamente contrarios a la DF, dado que ella quería reconocer los derechos del individuo y no la omnipotencia de la voluntad general.

En conclusión, aunque Jellinek reconoce algún influjo del Contrato Social en la DF, sostiene que su fuente en tanto reconoce derechos subjetivos, debe ser otra.

El modelo de la DF son los “*bills of Rights*” de los Estados particulares de la Unión Norteamericana<sup>13</sup>.

Descartada la fuente francesa, Jellinek sostiene que el modelo de DF son las declaraciones de derechos –los *bills of Rights*– de los Estados particulares de la Unión Norteamericana.

En ese tránsito, recuerda el proyecto que presentase Lafayette en la

---

<sup>12</sup> Capítulo II.

<sup>13</sup> Capítulo III.

Asamblea Nacional el 11 de julio de 1789. Sostiene que este texto fue inspirado en la Declaración de Independencia de América del Norte del 4 de julio de 1776 (DA), que sería a su vez la primera exposición normativa de una serie de derechos del hombre. El marqués de Lafayette, recuerda Jellinek, fue testigo privilegiado no sólo de los acontecimientos revolucionarios que alumbraron el texto de la DA, sino también partícipe de los debates que alumbraron la DF.

Prosigue explicando que la DA implicó para las colonias de Norteamérica romper los lazos con la potencia colonial británica. En particular, el texto comienza afirmando que esos derechos son *self evident*, es decir, evidentes por sí mismos<sup>14</sup>.

Jellinek considera a la DA como un texto general y universal. Sostiene que esas características impiden que pueda inferirse del mismo un sistema de derechos. Apela a los escritos de Lafayette, en cuyas memorias sostuvo que en la DA únicamente se formuló el principio de soberanía popular y el derecho a cambiar la forma de gobierno. Los otros derechos se encuentran contenidos en forma implícita dado que el Congreso de la Nueva Confederación no estaba en situación de declarar reglas de Derecho para las colonias particulares que se habían elevado al rango de Estados soberanos.

Jellinek sigue apoyando su argumento en Lafayette: esta limitación de naturaleza política y propia del naciente federalismo americano no corría para los Estados particulares. Sus constituciones iban precedidas de declaraciones de derechos con fuerza obligatoria para los representantes del pueblo. La primera de ellas fue la declaración de derechos del estado de Virginia, que Lafayette tomó entonces como inspiración para su propuesta en los debates de la DF. Para justificar la difusión de los textos americanos en Europa en el siglo XVIII, Jellinek precisa que ya habían sido traducidos y circulaban desde 1778 por Francia y Suiza.

Desde esta perspectiva, concluye que la DF está tomada en su conjunto de los *bills of right* o *Declaration of rights* de los estados de la unión. Explica que todos los proyectos de Declaración francesa, desde las actas hasta los 21 artículos, desenvuelven con más o menos amplitud y habilidad las ideas americanas. Y agrega: las adiciones originales sólo

---

<sup>14</sup> La parte pertinente de la Declaración dice: "Sostenemos como evidentes por sí mismas dichas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se vuelva destructora de estos principios, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla, e instituir un nuevo gobierno que base sus cimientos en dichos principios, y que organice sus poderes en forma tal que a ellos les parezca más probable que genere su seguridad y felicidad".

contienen desarrollos de doctrina pertenecientes, más bien, al dominio de la metafísica política.

Así, Jellinek sostiene que la declaración de Virginia y la de otros estados norteamericanos<sup>15</sup> son la fuente de la DF. A la Declaración de Derechos de Virginia, adoptada el 12 de junio de 1776 (3 semanas antes que la DA) la valora como la primera declaración de derechos humanos moderna de la historia en la medida en que el documento proclama a todos los hombres por naturaleza libres e independientes. También les reconoce una serie de derechos inherentes de los cuales no pueden ser privados: el “goce de la vida”; el “goce de la libertad”; a “los medios para adquirir y poseer propiedades”; a la “felicidad”; a la “seguridad”; el derecho a la democracia, y el derecho a la resistencia.

Seguidamente, compara textualmente la declaración francesa y las americanas<sup>16</sup>, y llega a la conclusión que unas y otras son igualmente abstractas: nada hay en la DF nuevo o desconocido por los americanos.

Pero explica que la gran diferencia es que la francesa sólo encara tímidamente la libertad religiosa, para no afectar a los miembros religiosos de la asamblea nacional francesa y al pueblo; en ese sentido, anota, la DF no es una imitación de la DA, pues las condiciones políticas eran totalmente distintas en uno y otro caso.

Sí encuentra identidad en los textos en tanto establecen la limitación legal de la libertad individual en la que no debe penetrar el Estado. En este punto, los franceses no han tenido ninguna idea original.

Respecto de los efectos de una y otra, anota que la DA fue aceptada por las comunidades en las que se aplicó, mientras que en Francia, tras la DF se produjeron revueltas que, si bien no pueden atribuirse a fórmulas de la misma, son ilustrativas de las perturbaciones que pueden resultar de la aceptación prematura de instituciones extranjeras.

Se pregunta entonces Jellinek cómo llegaron los americanos a formular semejantes cláusulas legislativas. Presume, entonces, que las leyes inglesas –el *bill of rights* de 1689, el *habeas corpus* de 1679 y la Magna Charta *libertatum*– parecen ser los precursores del *Bill of Rights* de Virginia: los americanos las consideraban leyes propias.

Sin embargo, anota que hay un abismo entre unas y otras leyes: las leyes inglesas están muy lejos de querer reconocer los derechos generales del hombre. No apuntan a reconocer un derecho eterno, natural, sino que limitan el reconocimiento a “los derechos antiguos, indiscutibles del pueblo inglés”, que fueron heredados de generación en generación: la

---

<sup>15</sup> Capítulo IV.

<sup>16</sup> Capítulos V y VI.

seguridad, la libertad y la propiedad. En Inglaterra, explica Jellinek, las leyes tampoco tienen fuerza ni vocación a limitar los factores legislativos ni formular principios para el futuro. En ese parlamentarismo, el parlamento es omnipotente y su vocación no se encuentra limitada por el texto de la ley. Examinado con atención, explica, el *Bill of Rights* inglés trata muy poco de los derechos individuales.

Las declaraciones americanas, por el contrario, establecen que los hombres nacen absolutamente libres y que todo individuo tiene derechos. Esos derechos son innatos e inalienables. Las declaraciones de los estados americanos están por encima del legislador ordinario; son la obra del constituyente, y un juez se asegura de la supremacía constitucional. Las declaraciones de derechos son la garantía práctica para las minorías: es lo que las distingue de los derechos garantizados en los Estados europeos.

Visto los dos modelos, ¿de dónde viene esta elección por la supremacía, por la generalidad y la universalidad de los derechos en las declaraciones americanas?

Jellinek encuentra entonces la noción de libertad religiosa en las colonias angloamericanas como origen de la idea de consagración legislativa de un derecho universal del hombre<sup>17</sup>. Sostiene que la idea democrática surge de la reforma religiosa europea, según la cual la comunidad ha establecido un pacto con Dios por el que se han sometido a Cristo. A su vez, esa idea surge del movimiento anglicano reformista liderado por Roberto Brown, que bajo el influjo de John Robinson se transformó en congregacionismo. En este movimiento debe encontrarse la forma primitiva del independentismo, según Jellinek.

Explica que los principios del Congregacionismo son la separación del Estado y la Iglesia; y el derecho de gobernarse y administrarse en los asuntos espirituales. Ello, mediante el consentimiento libre y común del pueblo bajo la autoridad inmediata de Cristo. Como esta libertad no había sido otorgada por ningún poder terrenal, no podía ser limitada por ningún poder terrenal.

Nuestro autor considera que estas doctrinas se transportaron al campo político: en forma originaria, todo el pueblo, hombre por hombre, habría pactado su parte en el contrato comunitario.

Explica que las primeras huellas de estas ideas político-religiosas son anteriores a la Reforma, pero se aplican realmente en las comunidades coloniales británicas que se instalan en la costa este de Norteamérica en

---

<sup>17</sup> Capítulo VII.

el siglo XVII a través de los “pactos de establecimiento”.

Los colonos ingleses estimaban necesario estos acuerdos para fundar una colonia de conformidad con sus principios eclesiásticos y políticos. Jellinek cita en concreto el caso de los peregrinos congregacionistas a bordo del *May Flower* el 11 de noviembre de 1620, y también el de los Puritanos de Salem que en 1629 arman una colonia. Pero explica que la intolerancia religiosa de estos modelos sociales causó disidencias rápidamente: por ello en 1636 Roger Williams funda nuevas colonias donde predica la separación de la Iglesia y del Estado, y establece la convivencia en absoluta libertad religiosa: nacen entonces Providence y Aquedneck. En su pacto fundacional, los secesionistas prometen obedecer a las leyes dictadas por la mayoría, sólo en cuestiones civiles: la cuestión religiosa queda al margen.

En todas estas colonias primaba la idea de la necesidad de un contrato social al fundar una nueva colonia.

Es así que estas ideas encontraron un buen contexto geográfico y ambiental en el nuevo mundo: Jellinek ve en ellos puñados de hombres que se dispersan por la inmensa tierra y comienzan una obra civilizadora; que creían vivir en un estado de naturaleza y cuando dejaban ese estado lo hacían libremente sin que intervenga ninguna potencia terrenal. Por el resto, su pequeño grupo permitía organizar un sistema democrático directo a través de las asambleas ciudadanas (*town meetings*) como centros de toma de decisión.

Jellinek explica que las ideas políticas que inspiraron a los redactores de la DA surgían de una generación que tenía estas bases políticas.

También agrega que la libertad religiosa fue obtenida por estos colonos en forma jurídica oficial: el rey de Inglaterra Carlos II se las otorgó en 1663 a las colonias de Rhode Island, también en la católica Maryland, en Nueva Jersey (1664) y Nueva York (1665). William Penn lo plasma ese mismo año en una constitución. La libertad religiosa que se negaba en forma terminante en la metrópoli sí estaba autorizada en las colonias. La idea de consagrar por ley derechos naturales inalienables e inviolables del individuo no es de origen político, sino religioso.

Seguidamente sostiene que la doctrina del derecho natural no ha creado por sí sola el sistema de los derechos del hombre y del ciudadano<sup>18</sup>. Aun supuesta toda la eficacia de las teorías del derecho natural (que reconocen en teoría el derecho a la vida, libertad y propiedad), no puede deducirse de ella sola la idea de una declaración de derechos, tal como en primer

---

<sup>18</sup> Capítulo VIII.

lugar 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.

Se ocupa, entonces, de la formación del sistema de los derechos del hombre y del ciudadano durante la revolución americana<sup>19</sup>. Explica que las instituciones democráticas de las colonias en el siglo XVIII a menudo entraron en contradicción con la metrópoli por nuevos intereses económicos y políticos: la metrópoli apareció entonces como el extranjero cuyos intereses diferían de los de las colonias.

Las antiguas concepciones puritanas e independentistas comenzaron a actuar en un nuevo sentido de acuerdo al cual los derechos no surgen de las constituciones escritas sino que son inherentes por naturaleza e inseparables de las personas: desde esa óptica, las cartas pueden cambiar, pero esos derechos durarán hasta el fin del mundo.

Esta visión conlleva límites absolutos al Poder Legislativo: límites establecidos por dios y por la naturaleza. En primer orden menciona los límites al derecho de cobro de impuestos de la metrópoli, que ya se perfilaba como el principal objeto de desencuentros.

Desde las colonias, el argumento era el siguiente: imponer contribuciones sin el consentimiento de los representantes de los pueblos de Norteamérica no iba en contra de las leyes de la metrópoli, pero sí en contra de las leyes imprescriptibles de la libertad.

Es en este sentido, según Jellinek, que los norteamericanos redefinen las doctrinas de John Locke y de Juan Jacobo Rousseau. Mientras que para éstos el individuo se sujeta al designio de la mayoría –la cual tiene como límites el fin del Estado–, en el caso americano es el individuo quien da condiciones según las cuales consiente estar en sociedad y conserva derechos propios ante el Estado.

De esta forma, las declaraciones de derechos de los estados no han hecho otra cosa que expresar en fórmulas generales una organización jurídica de hecho, que incluyen la libertad personal, la propiedad y libertad de conciencia; los derechos nuevos: libertad de reunión de prensa y de establecimiento; la petición y el debido proceso.

Jellinek expresa la noción eficazmente: 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.

Explica que la existencia de estos derechos supone delinear un plan de

---

<sup>19</sup> Capítulo IX.

gobierno en torno a la división del poder, la responsabilidad y temporalidad de los funcionarios públicos. Todo esto se apoya en el principio de la soberanía del pueblo; en la idea de que la constitución es un pacto concertado por todos los hombres libres, pues Jellinek remarca que la esclavitud seguía siendo la norma tras la DA.

Y en este final Jellinek vuelve a la DF: lo que los americanos proclaman en 1776 como un patrimonio eterno de los pueblos libres es lo que ya poseían; por el contrario, los franceses procuran en 1789 lo que no tienen aún: las instituciones en relación con los principios generales. Tal es la diferencia más importante entre los dos textos.

En *Los derechos del hombre y la concepción germánica del derecho*<sup>20</sup>, la última pregunta de Jellinek remite al origen de su razonamiento, ¿por qué la idea de los derechos originarios del hombre y del contrato social alcanzó tanta importancia primero en Inglaterra y después en sus colonias?

Presume que, por un lado, en Inglaterra no hubo una fuerte influencia del derecho romano. En particular, nunca rigió la concepción del absolutismo romano del Estado. En vez, el derecho público estuvo influenciado por las ideas jurídicas germanas: en ese esquema, el Estado es débil, frente a la preponderancia de la familia, de la tribu, de las asociaciones corporativas. Y aun cuando la monarquía puede haber sido omnipotente en las islas británicas tras la llegada de los normandos, hay un límite que no puede sobrepasarse, que se plasma en la *bill of rights* y en la Magna Carta.

Por otro lado, el movimiento de la reforma religiosa ya explicada favoreció esta concepción, en la medida en que marcó los límites del poder estatal y eclesiástico en la Edad Media: es según Jellinek la definición moderna que delimita respectivas esferas de acción entre el Estado y la Iglesia en los países que adoptaron la reforma.

En esta concepción, el Estado no crea libertad, sino que se limita a reconocer un concepto histórico que ya estaba escrito en los pueblos germanos. El espacio libre así definido más que un derecho es una situación de hecho.

Concluye, entonces, Jellinek: El contrato social de Rousseau no deja margen para la existencia de derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre: no puede ser entonces la fuente de una DF que sí los reconoce; tampoco es la DA: ella es demasiado abstracta y general, y no reconoce derechos.

Sostiene que la fuente son las declaraciones de derechos que figuraban en las constituciones de los estados (especialmente Virginia), que habían

---

<sup>20</sup> Capítulo X.

surgido de los pueblos congregacionistas, herederos, a su vez, de la mentalidad de la Reforma protestante. En última instancia, esa cuestión debe remontarse a la influencia que los pueblos germanos conservaron sobre los pueblos anglosajones.

### III. La respuesta de Boutmy

Émile Boutmy cuestiona la idea central de Jellinek según la cual la DF fue construida en base a las declaraciones de derechos (*Bill of Rights*) de las constituciones de los estados americanos. Sospecha además de las motivaciones del profesor alemán: “No indagaré en si el Señor Jellinek ha obedecido, sin darse cuenta, al deseo más que natural de hacer remontar a una fuente alemana la manifestación más brillante del espíritu latino de fines del siglo XVIII; es esa una cuestión que deberá resolver por sí mismo, en su conciencia más íntima. Estudio su tesis como estudiaría la de un especialista puro, sin buscar sus motivaciones más recónditas”<sup>21</sup>. Cuando Jellinek sostiene que la idea y el hecho de la DF son absolutamente contrarios a los principios del Contrato Social, Boutmy responde que en ese contrato está ínsita la idea de igualdad ante la ley, que siempre debe ser general: desde el principio hay algo fijo que queda fuera del arbitrio del soberano, y ese algo puede ser objeto de una declaración de derechos.

De todos modos, sostiene Boutmy, la DF no es más el resultado de la obra de Rousseau que la de Locke, ni de la *bill of Rights*, sino que tiene una causa invisible: el gran movimiento del pensamiento de la Ilustración en el siglo XVIII.

Desestima las pruebas indirectas que Jellinek encuentra en las *bills of rights*, al sostener que no fueron mencionadas en la Asamblea más que una vez (la de Virginia), y que Lafayette no las mencionó en sus intervenciones en ese marco; en realidad, concluye Boutmy, Lafayette recién hizo el acercamiento entre la declaración de Virginia y la DF al escribir sus memorias, mucho tiempo después, en la búsqueda de dar unidad de pensamiento a lo sostenido en su vida pública.

Respecto del método comparativo que utiliza Jellinek, Boutmy afirma que la comparación textual artículo por artículo de las constituciones estaduales que precedieron a la DA con el texto de la declaración de la DF resulta defectuosa. En cada caso, explica que Jellinek elige y recorta el artículo que mejor se adapta a su necesidad. Boutmy impugna la metodología:

---

<sup>21</sup> *Idem* nota 3, p. 416 (traducción del autor).

otros textos –u otros artículos de esas mismas constituciones– podían ser utilizados para demostrar tesis diversas a la propuesta por Jellinek. La comparación es entonces tendenciosa, pues recorta el texto de 7 u 8 constituciones locales para enfrentarlas con un solo texto de la DF: de esa forma, el parecido surge selectivamente, mas no genuinamente en su conjunto.

En realidad –dice Boutmy– todos los razonamientos de la constituyente francesa parecen haber surgido del análisis de las nociones de libertad e igualdad, es decir, de una concepción del cuerpo político que bien podría surgir del pensamiento de Rousseau.

Más aún, todo el pensamiento del siglo XVIII, en las letras de Locke, Montesquieu, Voltaire y Rousseau había penetrado occidente, incluyendo las colonias británicas: es de ese pensamiento ya absorbido que surge la parte especulativa de las declaraciones de derechos. En estos términos, la DA y la DF son ambas producto de esta forma similar de pensamiento. Por el resto, no hay por qué pensar que el pensamiento del derecho británico, ampliamente conocido en la Francia del siglo XVIII, debía pasar por el tamiz americano para llegar a los revolucionarios de 1789.

Respecto de los objetivos de la DA y de la DF, Boutmy sostiene que no podrían ser más disímiles: mientras que las declaraciones de derechos americanas pretendían reconocer derechos exigibles ante los tribunales, y redactadas con estilo meticuloso y jurídico –a veces también lloroso y tierno cuando reconoce, por ejemplo, el derecho a gozar de la felicidad, acota Boutmy–, la DF resulta una pieza oratoria que no es susceptible de fundar un juicio, sino que pretende expresar la idea del filósofo que propone al mundo una verdad. La DF le habla a los pueblos, mientras que las *Bill of Rights* han sido delineadas para ventaja y comodidad de los ciudadanos de Norteamérica. No hay, concluye, dos textos más distintos en el mundo.

Boutmy descarta que la fuente de la libertad religiosa venga de las comunidades reformadas de América del Norte. Jellinek remonta la DF a las declaraciones de derecho estatales, al brownismo, y a la Reforma protestante. Este tránsito es, en realidad, una afirmación que Jellinek no demuestra. Más aun, Boutmy afirma que esa explicación falla, porque deja absolutamente de lado toda mención a la posible influencia de la filosofía del Iluminismo.

Así, para Boutmy la Reforma no engendró más libertad de conciencia, sino que profundizó la fe: en las colonias primó el puritanismo; precisa que el caso de Rhode Island y la experiencia de Roger Williams resultan absolutamente anecdóticas; de hecho, explica que esas comunidades

causaron escándalo en América por su organización social, y no respondieron al patrón general de las comunidades instaladas en la costa este de Norteamérica.

Boutmy explica que es la idea de tolerancia la que permite el desarrollo de la libertad religiosa en América, y reitera que esa idea de tolerancia es ajena a la que motivó la fundación de Rhode Island y otras comunidades satelitales. La idea de tolerancia surge del Iluminismo europeo y avanza en América por la necesidad de atraer inmigrantes europeos cuyas creencias eran diversas.

Seguidamente, Boutmy pretende buscar la fuente de las otras libertades civiles y políticas: sostiene que los colonos, al haberse encontrado en América lejos de la autoridad central, se organizaron en torno a la igualdad ante la ley, ante el fisco y para el acceso a los cargos: de ello se derivó naturalmente la libertad electoral, es decir, de elegir sus gobernantes, en el entendimiento que la autoridad del rey era nominal y muy lejana.

Concluye diciendo que es el pensamiento del siglo XVIII, destructor de tradiciones y creador de derechos naturales entendidos en un determinado medio social y político el que explica la DF.

#### **IV. De nuevo Jellinek a Boutmy, y Boutmy a Jellinek**

Jellinek redacta en 1902 una respuesta específica a Boutmy. En ella ratifica su tesis, su método, y pone particular empeño en desestimar la presunción nacionalista que deslizó el académico francés: “M. Boutmy parece creer que me he dejado llevar, quizá inconscientemente, por el deseo de atribuir al genio germánico ‘la más brillante manifestación del espíritu latino a fines del siglo XVIII’. Lo declaro abiertamente: cuando se trata de profundizar en una cuestión científica, sea la que fuere, mi principio consiste en mantener siempre en la misma disposición de espíritu Busco exclusivamente la verdad, y me importa muy poco satisfacer un sentimiento de vanidad nacional”.

En 1907 se baja el telón, cuando aparece en forma póstuma *Études Politiques* de Émile Boutmy. Agrega en ese texto que la metodología utilizada por Jellinek es facticia y sospechosa. En síntesis, dice, la comparación entre textos normativos constituye un asunto anti-científico<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> *Idem* nota 5, p. 135.

## V. Conclusión

Así es la notable controversia entre Jellinek y Boutmy relacionada con el origen, el alcance y el valor de la Declaración de 1789. ¿Quién prevalece en el debate?

Las posiciones son menos irreductibles y más compatibles de lo que a primera vista parecen. Adolfo Posada, el profesor español que dedicó gran examen a la cuestión considera que las causalidades de Jellinek están probadas y resultan sólidas. Explica que Jellinek intenta un trabajo de historia jurídica donde busca cada eslabón para terminar armando una línea de causalidades históricas.

Pero no es esa su conclusión. Su conclusión es que, ante todo, la historia es un conjunto complejo de ideas, de corrientes, de hechos e intereses a veces concordantes, muchas veces contrapuestos.

En ese sentido, dice Adolfo Posada, las conclusiones dependen en gran medida de la posición de cada uno, y del criterio general según el cual se concibe la historia.

Ante la misma pregunta sobre el origen de la DF, Jellinek no alcanzará la misma respuesta al bucear en las corrientes íntimas, intensas y oscuras que sólo el análisis descubre, que Boutmy cuando propone el análisis a la luz de las grandes corrientes de pensamientos que atravesaron en la modernidad el tiempo y el océano para influir sobre los constituyentes americanos y asambleístas franceses.

Es, por otra parte, claro que no puede separarse la obra de Rousseau de la Revolución francesa, tal vez no por el hecho de que en el *Contrato Social* se encuentren las cláusulas abstractas que nutren la DF y que, por tanto, inspiraron los legisladores de la constituyente francesa de 1789, sino porque, como marca Adolfo Posada en forma general resultaría imposible negar a Rousseau una influencia en el espíritu que sopla en la obra entera de la Revolución francesa.

Boutmy lo dice con claridad, y el punto no es menor: resultaría más lógico imaginar que las ideas británicas que fundaron la monarquía parlamentaria en base a las ideas de Locke cruzaron simplemente el Canal de La Mancha para llegar a París, sin que resulte evidente la necesidad de que hayan necesitado cruzar el Atlántico, ser examinada y trabajada primero por las constituciones estatales, y después por Jefferson y los restantes autores de la DA para volver en 1789 a Francia.

¿No sería históricamente más probable imaginar que la DF retoma en la senda del Iluminismo las ideas muy conocidas por esa época del parlamentarismo británico?

Jellinek desestima esta opción, al considerar que el alcance general a futuro es el resultado de la dimensión de derechos universales que le dieron los americanos: para los ingleses esos derechos eran propios del pueblo inglés por herencia y, por ende, no universales.

Así, la polémica es ante todo un debate de juristas que trasluce dos formas diferentes de abordar el problema: el alemán con rigorismo metódico, señalando los jalones históricos, buscando los hitos de una evolución; el francés con espíritu, elocuencia y fluidez literaria pretende encontrar el ambiente universal –algo nebuloso– de las ideas del siglo de las luces. En ese sentido, son dos formas de abordar un problema conceptual, revelador de dos formas de ver el mundo.

En nuestras tierras, Carlos Sánchez Viamonte plantea elegantemente el paralelo de los dos textos: el sistema sajón de catalogar derechos tenía una finalidad práctica, inmediata y durable, que consistía en oponer la autoridad de la ley a la autoridad de los hombres. La mística democrática de los franceses tenía una finalidad trascendente, ideal, metafísica, que abarca todos los aspectos de la posible perfección humana. La actitud sajona es jurídica; la actitud francesa es moral y hasta religiosa. Para los norteamericanos, los derechos del hombre eran un código, para los franceses, un decálogo. Los norteamericanos, como los ingleses, se proyectaban hacia atrás, hacia el pasado, para rectificarlo o corregirlo; los franceses se proyectaban hacia adelante, hacia el futuro, para construirlo. Por eso es tan diferente el tono emocional de las dos declaraciones y sus términos tan parecidos<sup>23</sup>.

Finalmente, no se puede dejar de lado el trasfondo de nacionalismo que esbozan ambos autores: Jellinek termina en el capítulo X remontando todo su razonamiento al espíritu germánico del derecho: en estos términos, la DF tendría como fuente indirecta la organización política del Medioevo germano.

Boutmy se rebela contra esta interpretación, y comienza su respuesta deslizando que Jellinek, a pesar de ser un gran científico, ha sido sin quererlo preso de un sentimiento de patriotismo.

Jellinek contraataca: niega cualquier tipo de influencia en su pensamiento, y sostiene que su tarea ha sido tan aséptica como puede ser la tarea del científico. Sostiene que sólo pretendió demostrar el tributo de la Declaración francesa respecto de esas declaraciones; luego, el tributo de esos estados de Estados Unidos respecto de la doctrina luterana; finalmente, el tributo de la doctrina luterana al alma y el espíritu de la libertad

---

<sup>23</sup> Sánchez Viamonte, Carlos, *Los Derechos del hombre en la Revolución Francesa*, Ediciones de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1956, p.17.

de las antiguas tribus germánicas. Y así, a través de los siglos, invita al ciudadano a pensar que la DF es de origen alemán.

Esta conclusión, en el clima de rivalidad franco-alemana que se vive en el tránsito del siglo XIX al XX, equivale a una provocación. Émile Boutmy necesita esforzarse para reducir los argumentos del alemán y pretende dejar de lado la cuestión de orgullo nacional.

Vale de todos modos resaltar que el contexto político del contrapunto no es menor: la polémica transcurre entre 1895 y 1907, es decir, en el intervalo histórico entre la guerra franco-prusiana de 1870/1 –culmina en una derrota francesa– y la primera guerra mundial, que termina en 1918 en una derrota alemana; es, en suma, un tiempo de enorme rivalidad entre dos Estados preponderantes de Europa.

En el campo intelectual, Francia pretende conservar a través de los valores laicos de la IIIª república la influencia en Europa; se siente la heredera de los valores republicanos de la revolución de 1789, y custodia de esos valores.

De más está decir que el nivel del nacionalismo subliminal que conduce uno y otro autor son conjeturas que en ningún caso parecen obvias. Lo que sí resulta interesante es poder concluir que diversas metodologías permiten llegar a resultados contrarios sobre la misma cuestión. Desde esta perspectiva, el debate es uno que trasciende la coyuntura política de la época, entre sabios científicos que se apegan a las técnicas de la investigación jurídica positiva.

Por el resto, bien vale decir que este debate ha tenido trascendentales consecuencias en el siglo XX: de hecho, se erige en la primera discusión transnacional sobre la naturaleza de los derechos subjetivos; cincuenta años más tarde, tras los horrores de la segunda guerra mundial, las naciones los invocarán para escribir la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.