



SANTIAGO
MUÑOZ MACHADO

LOS ITINERARIOS
DE LA LIBERTAD
DE PALABRA

CRÍTICA

LOS ITINERARIOS DE LA LIBERTAD DE PALABRA

CRÍTICA
BARCELONA

I

Preliminar

La libertad de palabra, el derecho al discurso y a la comunicación son conquistas recientes en las sociedades occidentales, que aún, de vez en cuando, se ven acosadas por restricciones imprevisibles e injustas. El poder de expresarse es tan antiguo como la raza humana; hacerlo con palabras suficientes y un orden adecuado ha dependido de los progresos del lenguaje. Usar las palabras para transmitir creencias, opiniones o informaciones y hacerlo con plena libertad ha necesitado, en fin, muchos años de maduración, un largo proceso que no puede darse por concluido del todo.

Pretendo seguir el itinerario de la libertad de palabra en los Estados y sociedades occidentales hasta poderse ejercer con garantías. El proceso se ha desarrollado en un arco temporal que abarca, por lo menos, desde principios del siglo xvi hasta la actualidad. Desde un punto de vista territorial, el movimiento favorable a su reconocimiento y a la eliminación de los estorbos que hacían imposible su ejercicio se inició en Europa. Pero a medida que se fueron alumbrando y consolidando ideas en el Viejo Continente, pasaron a América, donde se inició un movimiento parejo que, al cabo de los siglos, alcanzaría la misma clase de victorias de la libertad frente al poder.

Antes de que naciera la libertad aludida apareció en el mercado de las ideas la lucha por la tolerancia. Estableció esta el caldo de cultivo del que emergió la libertad de religión, o de conciencia y pensamiento, y la de palabra, que acompaña inescindiblemente a cualquiera de las demás porque, para realizarse plenamente, necesitan de la comunicación de lo que se opina, conoce o cree.

La acción contra la intolerancia consistió en una fuerte reacción contra la uniformidad del pensamiento religioso y científico, y, derechamente, contra los abusos, persecuciones, procesamientos, torturas y muertes con que los poderes civil y eclesiástico sancionaban a los disidentes. Se desarrolló este movimiento principalmente a partir de las primeras décadas del siglo xvi.

Las obras esenciales de Castellio, Coornhert, Milton, Spinoza, Grocio o Locke y, antes que las de estos, las de humanistas cristianos como Erasmo, Moro o Vives reclamaron la libertad de discutir y comunicar. Pero solo marcaron el inicio de la lucha por conquistar la libertad de palabra. La tolerancia, por la que clamaron con tanta fuerza, no fue alcanzada ni en el siglo xvi ni en los sucesivos.

El camino que va de la tolerancia a la consagración de las libertades ha sido recorrido durante siglos.

En el setecientos, aquellos mismos filósofos que se manifestaron en favor de la tolerancia alegaron también contra la censura de la edición de impresos de cualquier clase, especialmente los que tenían más capacidad de penetración e influencia que, en aquel siglo, fueron los libros. Pero tampoco lo consiguieron plenamente. Solo en algunos países europeos decreció la importancia de la censura, como en Inglaterra, pero a cambio del establecimiento de otros métodos no menos severos para la represión de los abusos, reales o imaginarios, de esa libertad. Abuso fue durante mucho tiempo, según el criterio de los imperantes, cualquier clase de crítica a las acciones de los Gobiernos o de las Iglesias.

Esta situación se prorrogó hasta las revoluciones americana y francesa, la emergencia del constitucionalismo y la consagración, en las declaraciones de derechos, de nuevas categorías de libertades reconocidas por igual a todos los hombres. Entre ellas, las de pensar y expresarse, de palabra o por escrito, fueron las primeras. Tal reconocimiento se llevó a cabo empleando, además, fórmulas literarias muy enfáticas que prohibían, por ejemplo en la Primera Enmienda norteamericana de 1791, que el Congreso hiciera en lo sucesivo ninguna ley que las limitara. La réplica en las constituciones europeas, desde la Declaración de Derechos francesa de 1789, se centró en la abolición de la censura.

Pero para entonces se había desarrollado ya un nuevo instrumento de comunicación, la prensa escrita, que puso a los Gobiernos ante nuevos retos. La consagración constitucional de la libertad coincidió con la proliferación de folletos, hojas sueltas, panfletos y periódicos de todo tipo, que tuvieron en vilo a los primeros Gobiernos constitucionales. Esta circunstancia determinó la aparición de una densa legislación sobre la libertad de imprenta, en Europa, o de legislación conducente a preservar la seguridad pública, en América, que garantizaba a los poderes públicos su protección frente a las críticas excesivas.

Puede tenerse por cierto, además, que las contundentes declaraciones constitucionales en favor de la libertad de palabra quedaron marginadas durante largos períodos de los siglos XIX y XX. Es errónea la idea de que la libertad de palabra fuera una conquista definitiva desde que las primeras constituciones la proclamaran como un derecho solo limitable en supuestos excepcionales para la salvaguarda de los intereses generales o la defensa de otros derechos de los ciudadanos. Resultan sorprendentes los resultados de cualquier investigación que se introduzca en el conocimiento de la situación real porque es fácil descubrir cómo en la mayor parte de los países europeos, igual que en Estados Unidos, la superación plena de las limitaciones a la libertad de comunicación,

especialmente cuando afectaba a la crítica política, no se produjo hasta bien pasada la primera mitad del siglo xx.

Fue en esta última época cuando los itinerarios que había seguido en Estados Unidos y en Europa la libertad de palabra confluyeron y se ajustaron a un mismo orden de valores y principios, tanto respecto de su contenido garantizado como de los límites a su ejercicio. Así como el pensamiento filosófico y político en favor de la tolerancia y la libertad de palabra surgió en Europa y de aquí se trasladó a América, han sido muchas las ideas procedentes de América que los Estados europeos han incorporado a sus sistemas jurídicos en la segunda mitad del siglo xx. Actualmente se ha conseguido una práctica uniformidad de conceptos, sin perjuicio de que las tradiciones de partida y los procesos seguidos, en uno y otro lado del Atlántico, hayan sido diferentes.

Cuando este bagaje estaba ya formado, han aparecido en el itinerario, ahora unificado y común, nuevos retos.

Uno muy principal es el uso, personal o colectivo, en la calle, de la libertad de palabra, sin ninguna intermediación de los medios de comunicación. Sus manifestaciones son múltiples, y algunas inquietantes, porque revelan un cierto retorno de la intolerancia. Marchas o manifestaciones racistas, intransigencia religiosa, discriminación por razón del sexo o el origen, antisemitismo, antiislamismo, o resistencia al empleo de conceptos o de símbolos propios de una determinada religión, dificultades de integración en las escuelas, etc.

Y, por otro lado, se ha abierto un nuevo territorio para la utilización de la libertad de palabra, que son las infovías. Internet, que asombra por la novedad de los retos que plantea, pone en cuestión si la uniformidad de conceptos, lograda en todos los países occidentales respecto de la utilización y límites de la libertad de palabra, puede ser utilizada en dicho entorno.

Es seguro, en todo caso, que el universo digital marca el inicio de un nuevo itinerario para la libertad de palabra.

II

La invención de la primera libertad

Se aprobaron con muy poca diferencia de tiempo las diez primeras enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos y la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en 1791 aquellas y en 1789 esta. La Constitución americana fue un poco anterior a esos documentos (1787), pero no contenía ninguna relación de derechos de los ciudadanos.¹ Algunas afir-

1. Los estudios clásicos sobre la declaración de derechos americana siguen siendo los de Irving BRANT, *The Bill of Rights*, Bobbs-Merrill, Nueva York, 1965; Learned HAND, *The Bill of Rights*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1958; Alexander MEIKLEJOHN, *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People*, Oxford University Press, Nueva York, 1965, y Bernard SCHWARTZ, *The Great Rights of Mankind: A History of the American Bill of Rights*, Oxford University Press, Nueva York, 1956. Específicamente sobre la Primera Enmienda, Waltar BERNS, *The First Amendment and the Future of American Democracy*, Regnery Gateway, Chicago, 1985, y Nat HENTOFF, *The First Freedom*, Delacorte, Nueva York, 1980. Y resúmenes de la evolución concerniente a la interpretación de la Primera Enmienda, en Robert J. WAGMAN, *The First Amendment Book*, Pharos Books, 1991, y en George ANASTAPLO, *Reflections on Freedom of Speech and the First Amendment*, the University Press of Kentucky, 2007.

maciones, aunque no ordenadas y articuladas, se incluyeron en la Declaración de Independencia de 1776.² En América, en ver-

Para los debates y el pensamiento de los padres fundadores, son muy ilustrativas las exposiciones contenidas en los siguientes estudios monográficos: la muy influyente, conocida y debatida tesis de Charles A. BEARD, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, 1.^a ed., 1913, Dover Edition, Nueva York, 2004; Bernard BAILYN, *To begin the World Anew. The Genius and Ambiguities of the American Founders*, Vintage Books (Random House), Nueva York, 2003. También de BAILYN, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1967 (edición ampliada), 1992 (traducción española en Tecnos, Madrid, 2012); Joseph J. ELLIS, *Founding Brothers. The Revolutionary Generation*, edición en Vintage Books (Random House), Nueva York, 2002; Jack N. RAKOVE, *Original Meanings. Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, Vintage Books, Nueva York, 1997; Michael KAMMEN, *The Origins of American Constitution. A Documentary History*, Penguin Books, Nueva York, 1986 (reimp. 1987).

2. El texto, debido a la pluma de Jefferson, y aprobado por el Congreso, que reunía a las trece colonias, después de una breve introducción en la que se resume que la Declaración explica las causas que impulsan a la separación de la metrópoli, decía: «Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos derechos están la vida y la libertad y la búsqueda de la felicidad...».

La autobiografía de Jefferson, donde explica su contribución y los cambios sucesivos introducidos en la Declaración de Independencia y otros documentos constitucionales, así como su valoración de la Revolución francesa, en *Jefferson Writings*, The Library of America, 1984. La autobiografía está incluida en las págs. 1-103.

Los borradores de la Declaración, para poder apreciar la evolución del texto hasta su redacción final, pueden consultarse en el libro de David ARMITAGE, *Las declaraciones de independencia. Una historia global*, trad. de Antonio J. Carrasco, Marcial Pons Historia, 2012, págs. 129 y sigs.

Excelentes compilaciones de los documentos del período constituyente son las de Bernard BAILYN, *The Debate on the Constitution. Federalist and Antifederalist Speeches, Articles and Letters during the Struggle over Ratification*, 2 vols., Literary Classics of the United States, Nueva York, 1993. Y,

dad, la primera declaración de derechos fue la del «Buen Pueblo de Virginia», aprobada, casi simultáneamente con la Declaración de Independencia, el 12 de junio de 1776, secundada inmediatamente por otras colonias.

Todos los Estados europeos en los que había influido la Revolución francesa de 1789, por lo tanto España entre ellos y las colonias centro y sudamericanas, tuvieron por cierto que las garantías de los derechos y su proclamación en un texto legal de primer nivel fue el mayor legado que la Revolución difundió por todas las partes del mundo.

A su vez, tales conquistas, decisivas en la historia de la humanidad, eran tributarias de la filosofía racionalista que se había desarrollado en Europa central durante los siglos XVII y XVIII, y que concluía en la obra de los grandes pensadores ilustrados, que influyeron decisivamente en los cambios políticos y constitucionales acontecidos al final del XVIII, de los que la Revolución fue el máximo exponente.

Así estaba el asunto de generalmente asumido cuando, al final del siglo XIX, uno de los más importantes juristas de Alemania, Georg Jellinek, publicó una pequeña, y para muchos irritante, obrita titulada *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte* (1895), que sostenía como más verosímil una trayectoria de los derechos diferente a la tradicionalmente asumida: no habrían irradiado desde Francia al mundo, sino desde América. En España tradujo la obra, algunos años después, Adolfo Posada (1908) sin disimular su admiración por Jellinek, aunque poniendo al texto un prólogo conciliador. Y en Francia fue recibida con las esperables críticas hacia un pensador que se había atrevido a cuestionar una de las mayores glorias de la historia gala.

entre nosotros, la de Luis GRAU, *Orígenes del constitucionalismo americano. Selected Documents Illustrative of the American Constitutionalism*, Universidad Carlos III, Madrid, 2009.

La verdad es que Georg Jellinek nunca dejó de destacar su admiración por la obra revolucionaria francesa ni de rendir tributo a la importancia de la Declaración de 1789. Esta se convirtió en un nuevo catecismo que introdujo conceptos que cambiaron el curso de la historia. Gracias a la Declaración entró a formar parte del derecho positivo la noción de «derechos subjetivos».³ Antes era un concepto que se manejaba por los cultivadores del derecho natural, pero del que no se habían hecho cargo textos con valor constitucional. La literatura y los escritos políticos manejaban como derechos los de los reyes y grandes privilegiados, o los de algunas entidades y corporaciones, pero no reconocían propiamente la categoría de los derechos generales de los ciudadanos.

Constatado todo lo anterior, Jellinek desarrolló su tesis en la que sostenía, nada menos, que la Declaración de 1789 no era tributaria de las ideas expuestas por Rousseau en el *Contrat social*; es decir que negó la doctrina que era de uso corriente en el pensamiento francés de su tiempo. A cambio sostuvo la siguiente proposición: «La Declaración de Derechos francesa está tomada en su conjunto de los *Bills of Rights* o *Declarations of Rights* americanos».⁴ Para la demostración de su tesis se valió no solo de una documentada argumentación, sino también de

3. Un desarrollo de esta observación, en el estudio de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1994 (fue su discurso de ingreso en la Real Academia Española, el 24 de octubre de ese mismo año). Sobre el concepto de «derecho subjetivo» y su aplicación en la Declaración de 1789, págs. 47-97.

4. La versión española del libro de Georg JELLINEK, con el título *La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, con traducción y estudio preliminar de Adolfo Posada, cuenta con una edición moderna de la UNAM, México, 2000, por la que cito. La tesis que entrecomillo en el texto se reitera a lo largo del ensayo de Jellinek.

una simple comparación entre los textos coloniales y los franceses.

Añadió a su original planteamiento la negación de que Rousseau hubiera influido en la Declaración francesa; y concluyó justificando por qué los textos americanos se anticiparon en el reconocimiento de los derechos.

Su lectura del *Contrato social* le lleva a sostener que, de acuerdo con la filosofía de Rousseau, los hombres, para poder convivir en sociedad, aceptan el sacrificio de su autonomía individual, de su voluntad propia y capacidad de decisión, para integrarlas en la voluntad general, donde reside la soberanía. Esta voluntad general es la suma de las voluntades individuales de los ciudadanos que forman parte del Estado. La integración de la voluntad general exige la renuncia a los derechos propios. Sostiene Jellinek que en la filosofía del *Contrato social* el individuo «no conserva para sí ni un átomo de derecho en cuanto entra en el Estado». ⁵ Por tanto, «la concepción de un derecho originario que el hombre transfiere a la sociedad y que se presenta como una limitación jurídica del soberano se rechaza expresamente por Rousseau». ⁶ Y concluye, en fin: «La Declaración de 26 de agosto de 1789 está hecha en contradicción con el *Contrato social*». ⁷

Eliminada la influencia del filósofo francés, se apresta a demostrar cómo los americanos se anticiparon en la consagración positiva de los derechos individuales. La idea de esa anticipación no es de Jellinek, sino que la había utilizado pocos años antes Janet. ⁸ Pero el autor alemán se entretuvo en explicar las

5. JELLINEK, *op. cit.*, págs. 85 y sigs.

6. JELLINEK, *op. cit.*, pág. 86.

7. JELLINEK, *op. cit.*, pág. 87.

8. JANET, *Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale*, 3.^a ed., París, 1887, págs. xi y sigs. Un comentario respecto de este prece-

razones por las que se habían formado tan primerizamente las declaraciones americanas. No fue la Declaración de Independencia el primer texto que relacionó los derechos fundamentales, sino el *Bill of Rights* del Estado de Virginia, adoptado el 12 de junio de 1776, que fue secundado el mismo año, aunque no con idénticos contenidos, por Pennsylvania, Maryland y Carolina del Norte y, en los años siguientes, por otras colonias importantes.⁹ Las mencionadas declaraciones no tenían parecido alguno con las proclamaciones históricas existentes en el derecho inglés, desde la *Carta Magna* de 1212 al *Bill of Rights* de 1689. Estos textos reconocieron retrospectivamente, confirmaron o interpretaron derechos de los súbditos, pero no pretendieron situarlos por encima del legislador. En contraste, las declaraciones americanas establecían criterios de organización política y, además, límites al poder legislativo ordinario fijando claramente las líneas de separación entre el Estado y los individuos. El reconocimiento de la igualdad de todos, la afirmación de que los derechos son patrimonio de cada uno y la enumeración más extensa de estos no tienen, para Jellinek, ninguna rai-gambre en los textos ingleses.

El origen de esta nueva concepción de los derechos es, para el autor alemán, religioso; arranca en el siglo XVI, en el marco de los movimientos reformistas, y alcanzaría sus primeras manifes-

dente, que reconoce el propio Jellinek, en A. POSADA, «Estudio preliminar», a JELLINEK, *La Declaración...*, cit., págs. 47 y sigs.

9 Pennsylvania, el 28 de septiembre de 1776; Maryland, el 11 de noviembre de 1776; Carolina del Norte, el 18 de diciembre de 1776; Vermont, el 8 de julio de 1777; Massachusetts, el 2 de marzo de 1780; New Hampshire, el 31 de octubre de 1783. Las constituciones y declaraciones de derechos que se citan están compiladas en el vol. III del libro de Luis GRAU, *Orígenes del constitucionalismo americano. Selected Documents Illustrative of the American Constitutionalism, 1765-1787*, Universidad Carlos III, Madrid, 2009.

taciones en la obra de Robert Brown y sus adeptos. Brown, como tantos otros perseguidos por sus ideas religiosas, tuvo que abandonar Inglaterra y se refugió en Holanda. Su movimiento acabó transformado en el Congregacionismo, que sostenía como principios esenciales la separación de la Iglesia y el Estado y la autonomía de cada comunidad, para la que exigía el derecho a gobernarse y administrarse en los asuntos espirituales mediante el consentimiento libre del pueblo y bajo la autoridad inmediata de Cristo.¹⁰

En materia religiosa estas ideas suponían que la libertad de conciencia era previa y no había sido otorgada por ningún poder terrenal, ni podía tampoco ser impedida. Pero también se proyectaban en el plano político porque consideraban que el Estado, al igual que la Iglesia, solo podía concebirse como una reunión de individuos soberanos. Ambas asociaciones, Iglesia y Estado, se forman sobre la base de pactos fundacionales celebrados usando los derechos originarios de los individuos. Su finalidad no es solo garantizar la seguridad y el bienestar, sino también asegurar la libertad de conciencia.

Aunque estas ideas tenían muchos antecedentes en la Europa de la Reforma, en América se ejecutan en la práctica por primera vez, ya que fue allí donde se celebraron pactos para organizar tanto las comunidades civiles como las religiosas. El más conocido de estos pactos es el que los peregrinos congregacionistas desterrados celebraron a bordo del *Mayflower*, la nave que les había llevado a América. Cuarenta y dos personas firmaron, el 11 de noviembre de 1620, un acta en la que se comprometían a asociarse en un cuerpo político y civil, establecer leyes, nombrar autoridades y someterse a sus determinaciones, para preservar su seguridad y alcanzar los fines comunes.¹¹

10. JELLINEK, *op. cit.*, págs. 115 y sigs.

11. El *Mayflower Compact* de 1620 y la mayor parte de los documen-

De este tipo de pactos fundacionales se celebrarían muchos en los años inmediatos. En 1631 llegó a Massachusetts Roger Williams, a quien la comunidad de Salem, constituida poco antes (1629), eligió como pastor. Predicó la más absoluta separación entre la Iglesia y el Estado, y la libertad religiosa más amplia. Alcanzaba esta no solo a los cristianos sino también a los judíos y paganos, a los que el Estado debía reconocer los mismos derechos que a los demás. Williams acabó siendo proscrito y tuvo que huir, fundando seguidamente, con algunos de sus seguidores, la ciudad de Providence en 1636. Allí celebraron, los perseguidos por su manera de entender la religión, un nuevo pacto en el que se comprometían, como era habitual en estos *covenants*, a someterse a las leyes, pero remarcando que tal obediencia se ofrecería «only in civil things». Algunos separados de la comunidad de Providence crearon otra, en 1638 en Rhode Island, acogiéndose al mismo tipo de pacto.¹²

tos más importantes de la historia constitucional de Estados Unidos están compilados en los dos volúmenes preparados por Melvin I. UROFSKY y Paul FINKELMAN, *Documents of American Constitutional & Legal History*, 3.^a ed., Oxford University Press, 2008; el pacto citado en I, págs. 8 y sigs. También el texto completo en la compilación de Luis GRAU, *Orígenes del constitucionalismo americano. Selected Documents Illustrative of the American Constitutionalism, 1765-1787*, Universidad Carlos III, Madrid, 2009, vol. I, págs. 191 y sigs.

12. «We whose names are underwritten do here solemnly, in the present of Jehovah, incorporate ourselves into a Body Politic, 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 be guided and judged hereby». Una detallada exposición de los orígenes de la libertad religiosa en las declaraciones anteriores a la Constitución, las deliberaciones que llevaron a incluirla en la Primera Enmienda, y la jurisprudencia inmediata, en el libro de Barry ADAMSON, *Freedom of Religion the First Amendment and the Supreme Court*, Pelican Publishing Company, Gretna, Louisiana, 2006. Un análisis sobre los orígenes de la libertad de religión en Estados Unidos, conec-

El derecho de libertad religiosa estaba presente y era la finalidad esencial de los pactos fundacionales hasta para los puritanos que, no obstante, se mostraron bastante intransigentes en cuanto a las creencias y prácticas de los demás. De esta manera, el derecho de libertad religiosa fue tomando carta de naturaleza en los códigos y documentos elaborados por las colonias o en las cartas otorgadas por el rey, hasta que fue consolidándose como un derecho superior al Estado, que este no podía ni regular ni violar.

Este derecho de libertad de conciencia fue el primero de todos los derechos y, vinculados a él, como complementos indispensables, aparecieron otros considerados también como inalienables: el de manifestar o expresar los pensamientos, la libertad de palabra y, más tarde, la de prensa, de asociación y reunión, de emigración, de petición, las garantías frente a la imposición, ante los procedimientos y leyes penales, o la participación en la vida política del Estado.

Todo este complejo de derechos, nacidos a partir del reconocimiento de la primera libertad, que fue la de conciencia, se consagraron en la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, ya citada. Todo lo cual permitió a Georg Jellinek asentar la siguiente conclusión: «El principio de libertad religiosa alcanzó en América una consagración jurídico-constitucional, según límites más o menos amplios. Este principio, que está ligado al gran movimiento político-religioso de donde ha surgido la democracia americana, proviene de la convicción de que hay un derecho natural del hombre, y no un derecho otorgado al ciudadano, en lo de tener libertad de conciencia y libertad de pensa-

tando con las teorías sobre la tolerancia religiosa de John Locke hasta concluir con la cláusula de libre ejercicio de la religión, en el estudio de Michel W. McCONNELL, «The origins and historical understanding of free exercise of religión», en *Harvard Law Review*, vol. 103, May 1990, n.º 7.

miento en materia religiosa, siendo tales libertades un derecho superior al Estado que este no puede violar». «La idea de consagrar legislativamente esos derechos naturales 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 por su entusiasmo religioso, emigraba hacia las soledades, para fundar un imperio sobre la base de la libertad de creencias, y cuyo nombre los americanos aún hoy recuerdan con veneración».¹³

La referencia a Lafayette en este pasaje rememora su activa participación en la elaboración del borrador de la Declaración de Derechos francesa, inspirada por su experiencia americana (había participado con los revolucionarios en la lucha por la independencia), cuya preparación para Francia había sido vivamente recomendada por Jefferson, que fue partidario acérrimo de esta clase de textos.¹⁴

Complementariamente concluye Jellinek que la doctrina del derecho natural, tan importante en Europa, no llegó a ser la fundadora del sistema de los derechos del hombre. Reconoce que fue importantísima aquella doctrina. Algunos de los más destacados pensadores de esa corriente incluso llegaron a preparar listas de derechos (Puffendorf y Wolff). Pero para el jurista alemán, la existencia de toda una relación de derechos fundamentales especializados, que el Estado debe reconocer expresamente, «no se halla en parte alguna antes de la Revolución americana».

De cómo estas listas americanas de derechos son imitadas a la letra por los revolucionarios franceses ofrece otras muestras

13. JELLINEK, *op. cit.*, págs. 120 y sigs.

14. La mención a esta intervención de Lafayette, en la obra de JELLINEK, *op. cit.*, pág. 125. Con carácter más general, en los estudios sobre la Declaración de derechos citados en la nota 1.

incluyendo en su obra cuadros con los que trata de expresar la similitud de las redacciones entre los preceptos de los *Bills of rights* americanos y los de la *Déclaration* francesa.

Una tesis como la de Jellinek, tan radicalmente contraria a las convicciones culturales de los franceses y tan rompedora con la valoración, sostenida hasta entonces, de la influencia de los filósofos racionalistas en el reconocimiento de los derechos humanos, no resultó indiferente a los estudiosos de principios del siglo xx.¹⁵ Algunas obras inmediatas, que ponían la Reforma protestante en el centro de la renovación de las instituciones políticas, la cultura y la economía europea, como la de Max Weber (*La ética protestante y el espíritu del capitalismo*) o la de Troeltsch (*El protestantismo en la formación del mundo moderno*)¹⁶ pueden entenderse conectadas con el pensamiento de Jellinek, que, en definitiva, pone por delante las ideas derivadas de la Reforma religiosa como fundamento del enorme cambio cultural y político que tiene lugar en América. Aquel pangermanismo merecería muchas críticas ulteriores.

Pero *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, de Georg Jellinek fundó verdaderamente una corriente bibliográfica que alimentaron muchas publicaciones aparecidas en los años inmediatos y que han seguido editándose hasta hoy.¹⁷

15. Georg JELLINEK había publicado tres años antes su importantísimo *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, del que la obra comentada puede considerarse un análisis complementario y parcial.

16. Max WEBER, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, trad. Joaquín Abellán, Alianza Editorial, Madrid, 2001. Ernst TROELTSCH, *El protestantismo y el mundo moderno*, Fondo de Cultura Económica, 2008.

17. Los principales textos de la época e inmediatamente posteriores están recogidos en el libro al cuidado de R. SCHNUR, *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte, wissenschaftliche Buchgesellschaft*, Darmstadt, 1964, que recoge los trabajos de E. BOUTMY, J. HASHAGEN, O. VOSSLER, G. RITTER, H. WELZEL y J. BOHATEC.

La reacción más destacable que provocó en la doctrina francesa la obra del jurista alemán se debió a E. Boutmy, quien le imputó no haber interpretado bien a Rousseau, confundir a propósito publicando cuadros comparativos a conveniencia y minusvalorar el impulso europeo de la tolerancia y de la libertad de conciencia, que fue mucho más importante que el empeño de Roger Williams y los suyos en favor de la libertad religiosa.¹⁸

Leyendo bien a Rousseau, objeta Boutmy, podrá comprobarse que en su *Contrato social* no consideraba que los individuos tuvieran que entregar todo su poder al soberano, sino que asume la reserva de parcelas de autonomía precisamente para impedir la posible arbitrariedad de aquel. Esas facultades que el individuo no pierde son la materia propia de la Declaración de Derechos. Aunque Boutmy no reconoce que la Declaración francesa sea la simple realización del pensamiento de Rousseau, de Locke o de cualquier otro pensador, o de los *Bills* americanos, sino que es el resultado del gran movimiento intelectual y cultural del siglo XVIII.

Lafayette no citó en la Asamblea ni una vez, afirma Boutmy, las declaraciones americanas, mientras que sí pueden apreciarse referencias a la obra de Rousseau. Por otra parte, los cuadros comparativos entre textos usados por Jellinek están hechos eligiendo lo que más le convenía para confirmar sus tesis, pero no eran ni sistemáticos ni totales.

Los franceses, sostuvo nuestro autor, no necesitaban recibir de América ideas porque los independentistas de aquel conti-

18. El texto de BOUTMY es *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek*, *Annales de Science Politique* XVII, 1902. La polémica Jellinek/Boutmy fue estudiada también entre nosotros por G. ROBLES MORCHÓN, «El origen histórico de los derechos humanos: comentario a una polémica», en su libro *Epistemología y Derecho*. Ed. Pirámide, Madrid, 1982, págs. 219-252.

nente las habían tomado de Inglaterra que, en último término, quedaba más cerca de Francia para poderla utilizar directamente como fuente. Más de la mitad del contenido de los *Bills* americanos procede del *common law* inglés.

En definitiva, la diatriba de Boutmy concluye afirmando que, al menos para los Estados del continente europeo, resulta irrefutable que «la Declaración de Derechos es esencialmente francesa y revolucionaria... Quien habla de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano alude necesariamente a Francia y a la Revolución». Son aseveraciones estas con las que Jellinek estuvo de acuerdo porque lo que discutió en su obra fue el origen de la primera consagración normativa de la libertad, no cuál había sido el texto más reconocido e influyente en el mundo, que al alemán tampoco le cupo duda de que fue la Declaración francesa.

Desde que se publicó la obra de Jellinek y hasta hoy mismo no han dejado de difundirse otros estudios que, al considerar sus aportaciones, han subrayado algunos excesos valorativos y recalado limitaciones de su análisis que han permitido establecer con más precisión las diferencias entre las declaraciones americanas y la francesa.

Algunos posteriores estudios que afectan a las tesis del profesor alemán son las de S. Rials, M. Gauchet, Fioravanti, G. Öestrich.¹⁹ Destaco entre ellos la crítica de G. Öestrich, que se de-

19. La aportación más aguda de S. RIALS (*La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Pluriel, Hachette, París, 1988; sus tesis sobre la polémica Jellinek-Boutmy en págs. 355 y sigs.) es su observación sobre la importancia que la Declaración francesa reconoció a la ley. Aunque en ambos lados del Atlántico se hicieron proclamaciones que, respecto de su contenido, presentan bastantes identidades, las relaciones de los ciudadanos con el poder del Estado se organizan de una forma marcadamente distinta. Los americanos desconfían del Gobierno, pero lo aceptan pese a sus insuficiencias. Los asambleístas franceses, en cambio, pretenden proteger los dere-

tiene fundamentalmente en la cuestión del origen religioso y colonial de los derechos.²⁰ Su tesis es que los orígenes de las

chos mediante leyes perfectas. Las garantías radican en la ley. «Las trompetas del progreso mediante ley [...] suponen creer en la ley perfecta, que realiza la racionalización del Derecho, asegura inevitablemente la garantía de los derechos y reconciliará al ciudadano, es decir, al hombre y al estado».

FIORAVANTI [*Los derechos fundamentales (apuntes de historia de las Constituciones)*, Trotta, Madrid, 1995; su comparación entre las revoluciones y doctrinas en la Revolución francesa y americana en págs. 55 a 97] ha destacado, siguiendo el criterio de Rials, el papel fundamental que se atribuye a la ley en la Declaración francesa, que no existe en la misma medida en los *Bills* americanos. Al convertirse el legislador en el intérprete de la voluntad popular, la ley quedará convertida en la más firme garantía de que nadie podrá ejercer el poder o la coacción sino en nombre de la ley general y abstracta. La Constitución americana se concibió, subraya Fioravanti, como un lugar de compartición entre los individuos y las fuerzas políticas y sociales, más que como un proyecto social para el futuro. En Francia el estatalismo de la Declaración supone al legislador no solo el deber de protección y conservación de los derechos individuales, sino la creación de un marco de convivencia en el que sean realizables los derechos del conjunto de la sociedad haciendo posible su transformación. Un legislador fuerte era indispensable para esa tarea.

M. GAUCHET destaca especialmente la inclinación social de la Declaración francesa (*La Révolution des droits de l'homme*, Éditions Gallimard, París, 1989; su comparación con América, en págs. 37 a 60; y las características de la Declaración de Derechos, en págs. 135 y sigs.). Los franceses pretendieron garantizar la plenitud de los derechos sociales, pero también asegurar la acción del Estado para transformar la sociedad y las instituciones remanentes del Antiguo Régimen creando una nueva Administración pública al servicio de dichos cambios.

20. Otro grupo importante de autores ha puesto en cuestión también la extensión de la libertad religiosa durante el período colonial. Son relevantes los análisis de J. HASHAGEN y G. TARELLO, *Zur ens Entstelugsgesichte der nordamerikanische Erklärungen der Menschenrechte*. También pueden verse las críticas a la obra de Jellinek en HÄGERMANN, «Die Erklärung der Menschen – ünd Bürgerrechte», en *Historische Zeitschrift*, LXXVIII, 1910;

declaraciones americanas fueron más bien profanos y una manifestación propia de la situación revolucionaria. Se formularon los derechos como instrumentos de lucha, para justificar la secesión armada de Inglaterra más que para prescribir la etiología moral de los revolucionarios. Östrich cree difícil sostener, «dado el contexto intolerante de los puritanos de América», que baste el ejemplo de Roger Williams para la consagración de la libertad de conciencia y su conversión en ley. «El hecho de que en la mayor parte de las Declaraciones —prosigue—, la libertad religiosa y de conciencia aparezca en los primeros artículos es sin duda singular. Pero es más verdadero, en sustancia, que tales artículos no pretendían otra cosa que asegurar el *common law* y algunos antiguos derechos británicos de libertad».²¹

Verdaderamente los revolucionarios americanos conocieron muy bien las ideas provenientes de Europa, estudiaron los textos de los grandes pensadores y fundaron sociedades en las que, por primera vez, podían llevarse a la práctica de verdad las ideas contractualistas. El americano era un territorio virgen. En Europa, la idea del estado de naturaleza en el que los hombres viven antes del contrato social fue siempre una ficción. En Amé-

O. VOSSLER, «Studien zur Erklärung der Menschenrechte», 1930, y G. RITTER, «Ursprung und Wesen der Menschenrechte, 1958, ambos en *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, cit.; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Il Mulino, Bolonia, 1976. Las situaciones en las colonias diferían mucho de unas a otras. Tarello, estudiando los *covenants* coloniales, señaló que «las comunidades de Nueva Inglaterra no fueron igualitarias, no fueron libertarias, no fueron tolerantes: al contrario, fueron esencialmente comunidades religiosas dedicadas a la persecución, incluso violenta, de la heterodoxia». Por tanto, es infundado situar en Nueva Inglaterra el origen del constitucionalismo liberal.

21. Su libro es *Geschichte des Menschenrechte und Grundfreiheiten in Umsiss*, Dunker y Humblot, Berlín, 1978, especialmente la totalidad del capítulo VIII, dedicado a los *Bills of Rights* en América.

rica, los *covenants* daban lugar verdaderamente a la fundación de las comunidades coloniales. También eran conocidas las libertades y privilegios existentes en el *common law* inglés, que tuvieron vigencia en el nuevo territorio americano. Pero se acogieron indudablemente en América libertades que nunca habían formado parte de los viejos derechos británicos, como la libertad de prensa, que aparece en la Declaración de Virginia y nunca antes había sido recogida en las declaraciones inglesas.²²

No me parece que el texto de Jellinek excluya la presencia de otras influencias, además de la libertad religiosa, en las primeras declaraciones de derechos. Lo que el estudioso alemán enfatiza es la importancia de aquella libertad por encima de cualquier otra idea, para justificar la elaboración de listas de derechos fundamentales y fijarlas en una norma estable y de máxima jerarquía, dispuesta para regir las relaciones entre el poder y los miembros de la comunidad política.

Pero las influencias intelectuales fueron verdaderamente mucho más ricas, y quizá no pueda atribuirse a ninguna una preferencia absoluta. En el gran y clásico estudio de Bernard Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*,²³ el autor sostiene que el estudio sobre las fuentes que sirvieron de inspiración a los abundantísimos folletos que se publicaron en los años cruciales del movimiento revolucionario permite concluir sobre la existencia de «un eclecticismo general, aparente-

22. Entre las críticas más modernas a las tesis de G. Jellinek, también H. HOFMANN, *Zur herkunft des menschenrechts Erklärungen*, en Jus.XI.1988. Es esclarecedora la exposición de M. STOLLEIS, «Georg Jellinek Beitrag zur Entwicklung der Menschen und Hügerrechte», en *Georg Jellinek: Beiträge zu Leben und Werk*, a cargo de S. L. PAULSON y M. SCHULTE, Siebeck, Tübingen, 2000, pág. 103.

23. Traducción al español, *Los orígenes intelectuales de la Revolución norteamericana*, Tecnos, Madrid, 2012. Cito por esta edición.

mente indiscriminado». ²⁴ No les faltó ni una gran obra de la herencia cultural de Occidente, conocieron la filosofía y la literatura griegas y romanas que citaron con parecida asiduidad que las obras de los filósofos racionalistas y los pensadores ilustrados; tuvieron próximas las tradiciones y el *common law* inglés; y se emplearon con enorme entusiasmo en los escritos de los grandes polemistas y opositores a los Gobiernos establecidos en Inglaterra desde finales del siglo xvii y durante todo el siglo xviii.

Las citas de autores clásicos se explican porque su estudio formaba parte de los programas educativos de las escuelas o eran enseñanzas obligatorias por parte de los preceptores privados. Charles F. Mullet ²⁵ ha rastreado la presencia de aquellos autores en la literatura americana del xviii, constatando cómo, entre los griegos, están todos los escritores importantes (Homero, Sófocles, Platón, Eurípides, Heródoto, Tucídides, Jenofonte, Estrabón, Aristóteles...), y que lo mismo ocurrió con los romanos (Cicerón, Horacio, Virgilio, Tácito, Lucano, Séneca, Tito Livio, César...). Aunque no siempre las citas parecen reflejar un conocimiento preciso de las obras. E incluso algunos políticos e intelectuales americanos que las habían leído de verdad y en profundidad mostraron su desencanto sobre la calidad y vigencia de determinados autores (Jefferson y John Adams declararon su desilusión respecto de obras de Platón, como los *Diálogos* o *La República*). ²⁶

24. Bernard BAILY, *op. cit.*, pág. 35.

25. Ch. F. MULLET, «Classical Influences on the American Revolution», en *Classical Journal* 35 (1939-1940), págs. 93 y 94. Las influencias de los escritores griegos y romanos sobre los revolucionarios americanos, también en Carl J. RICHARD, *Greeks & Romans Bearing Gifts. How the Ancients Inspired the Founding Fathers*, Rowman & Littlefield Publishers Inc., Lanham, 2008.

26. MULLET, *op. cit.*, pág. 37.

La doctrina de los derechos naturales, desarrollada por Grocio, Puffendorf, y los textos clásicos de la Ilustración europea son continuamente utilizados por Franklin, Adams o Jefferson. James Otis transcribe ampliamente la obra de Locke, Rousseau, Grocio o Puffendorf. Locke es, entre los pensadores racionalistas, el que más influye directamente en los escritores y políticos americanos. Sus ideas sobre gobierno basado en la cesión parcial, por cada individuo, de su libertad, como una exigencia de la integración en la sociedad, para poder, de esta manera, conservar sus bienes y autopreservarse, están continuamente reproducidas en los folletos y debates revolucionarios.²⁷ Los escritos de James Otis, Samuel o John Adams muestran su acertado conocimiento de Puffendorf, aunque con variable profundidad. Las obras de derecho natural de J. J. Burlamaqui, que tuvieron una muy extensa difusión en el siglo XVIII (...), fueron manejadas ampliamente por Jefferson. Todos los principales actores de la Revolución americana conocieron y citaron la obra de Cesare Beccaria *Dei delitti e delle pene*, publicada en

27. La finalidad de toda sociedad política, según las expresivas frases del filósofo en el *Second Treatise of Government* (vid. edición española, *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, Tecnos, 2010), consiste en la «mutua salvaguarda de sus vidas, libertades y tierras»; «la finalidad máxima y principal que buscan los hombres al reunirse en estados [...] es la de salvaguardar sus bienes»; «una sociedad de hombres constituida solamente para procurar, preservar y hacer avanzar sus propios intereses de índole civil». Cada una de estas sentencias fueron lemas continuamente reproducidos. Los principios ideológicos que más caracterizadamente defienden los líderes coloniales son los mismos que dejó escritos Locke: «La vida, la libertad, la salud, el descanso del cuerpo y la posesión de cosas externas, tales como dineros, tierras, casas, muebles y otras semejantes». Es decir, «regular y preservar la *property*».

1764.²⁸ También fueron seguidos con gran entusiasmo los escritores ingleses del XVII, que se habían enfrentado en la práctica con el poder y luchado por la libertad. Muy especialmente Milton, Harrington, Sydney y Neville.²⁹ El estudio de las fuentes

28. Escrita por Beccaria cuando tenía veintiséis años, contiene planteamientos muy originales, aunque sea visible en ella la influencia de los filósofos franceses y el estado de la práctica judicial de su tiempo. Muchos argumentos aparecen también en Voltaire o Montesquieu, pero tuvieron un reflejo manifiesto en todas las declaraciones de derechos, donde la legalidad de los delitos y las penas, y su aplicación en el marco de un proceso justo e imparcial, y atendiendo a criterios de igualdad y proporcionalidad, aparecerá en todas las declaraciones de derechos. Remito a la edición de F. Tomás y Valiente, BECCARIA, *De los delitos y las penas*, Aguilar, Madrid, 1974.

29. Del primero no tuvieron tanto en cuenta su obra poética, tan importante, como sus escritos políticos, principalmente *Paradise lost*, de 1644, y *Areopagítica*, a la que hago detalladas referencias en el capítulo cuarto. En la primera describe un mundo de hombres libres y con derechos, que forman asociaciones basadas en su exclusivo consentimiento. La voluntad individual permite reconducir los poderes a la posición de servidores de la sociedad, y limitar sus atribuciones, que son, exclusivamente, las que le han sido delegadas. Existe para Milton un *birth right* de libertad que permite actuar en cualquier campo sin interferencias del poder.

Harrington (1611-1670) fue mucho más influyente y estuvo más presente en los escritos y debates americanos. Un político tan destacado como John Adams le otorgaba la misma importancia que a John Locke. Y James Otis lo menciona en sus obras (especialmente en *The right of the British Colonies Asserted and Proved*) como el más grande de los pensadores. La obra de Harrington que utilizan es *The Commonwealth of Oceana*, un relato utópico sobre la Inglaterra de la guerra civil, fuertemente crítico contra los poderes constituidos y sus arbitrariedades más comunes. En dicho libro está la distinción entre los dos tipos de gobierno cuya formulación se convertiría en clásica: «the empire of laws and not of men» y «the empire of men and not of laws».

Sydney (1622-1682) fue otro de los escritores favoritos de John Adams, hasta el punto de que se ocupó personalmente de la reedición de sus obras

ideológicas de la revolución norteamericana que llevó a cabo el citado Bernard Bailyn destaca, como conclusión de estas visibles comunicaciones entre la literatura europea y los escritores y políticos norteamericanos, que «las figuras importantes de la Ilustración europea —y no pocas de las menores— contribuyeron sustancialmente al ideario de los norteamericanos; pero su influencia, exceptuando la de Locke, aunque más relevante que los autores de la Antigüedad clásica, no llegó a ser claramente dominante, ni del todo decisiva».³⁰

Señala lo anterior Bailyn porque le parece necesario reconocer también la influencia que ejerció el *common law* inglés sobre la generación revolucionaria y, por otro lado, también la de un grupo de escritores ingleses de comienzos del siglo XVIII, radicales y políticos de oposición, que, aunque no han llegado a ser tan conocidos, «contribuyeron a formar el pensamiento de la generación revolucionaria norteamericana mucho más que cualquier otro grupo aislado de escritores».³¹ Respecto de la tradición del *common law*, la figura más ilustre, conocida y utilizada fue Edward Coke, cuya obra y sentencias estuvieron continuamente presentes en la literatura de la época. El derecho inglés, como ha sostenido J. G. A. Pocock, influyó en los revolucionarios americanos de forma conjunta con el racionalismo de la

en las colonias. Jefferson también se refiere a él con frecuencia. Lo utilizaron como defensor de los derechos del Parlamento frente a las prerrogativas previas.

Y Neville, en fin, también publicó una obra, *Plato redivivus* (1680), cuyas ideas fueron ampliamente difundidas en América.

Además del estudio clásico de Bernard Bailyn ya citado, entre nosotros, sobre esta cuestión, puede seguirse el libro de Á. APARISI MIRALLES, *La revolución norteamericana. Aproximación a sus orígenes ideológicos*, CEC y BOE, Madrid, 1995, págs. 161 y sigs.

30. BAILYN, *op. cit.*, pág. 42.

31. BAILYN, *op. cit.*, pág. 47.

Ilustración.³² Y en cuanto a los intelectuales que lucieron por sus escritos contra la situación política en Inglaterra, ninguno tan conocido en Norteamérica como la pareja formada por John Trenchard y Thomas Gordon, fundadores del semanario *Independent Whig* y, sobre todo, autores de las *Cato's Letters*, que se reproducirían en los periódicos americanos y editarían compiladas, alcanzando un éxito y consiguiendo una influencia extraordinarios.

Salvo estas experiencias y tradiciones tan específicas, las demás influencias intelectuales tienen origen en el continente europeo y son las mismas que estarán en la base del alumbramiento de la Declaración francesa de Derechos de 1789. Aquellas apelaciones a la tradición jurídica inglesa, que suponían fundamentar derechos basándose en una jurisprudencia histórica, era de imposible traslación al continente porque eran inasumibles por el racionalismo de la Ilustración, que pretendía prescindir de costumbres e instituciones del pasado creando un sistema político nuevo y acomodado a los dictados de la razón.

32. J. G. A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, Cambridge, 1957, pág. 31. Hay traducción española en Tecnos, 2011.