

# LA INCORPORACIÓN DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES (DE LIBERTAD<sup>(\*)</sup>) POR LAS PRIMERAS DECLARACIONES MODERNAS DE DERECHOS.

ANTONIO VILLACORTA CAÑO-VEGA<sup>(\*\*)</sup>

- SUMARIO: 1. LAS DECLARACIONES ANGLOSAJONAS DE DERECHOS.
- 1.1. EL PROCESO INGLÉS DE RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS.
  - 1.2. LAS DECLARACIONES DE DERECHOS NORTEAMERICANAS.
2. LAS DECLARACIONES EUROPEAS; POR TODAS, LA DECLARACIÓN FRANCESA DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO DE 26 DE AGOSTO DE 1789.
- 2.1. LA DECLARACIÓN Y SU CONCEPCIÓN ACERCA DEL CARÁCTER PREESTATAL DE LOS DERECHOS NATURALES Y UNIVERSALES DEL HOMBRE.
  - 2.2. EL “LEGICENTRISMO” EVIDENCIADO POR LA DECLARACIÓN, Y SUS REPERCUSIONES MÁS NOTORIAS.

---

(\*) Por todos, escribiré Herbert KRÜGER para referirse a los derechos de libertad, definiéndolos como aquellos referidos al “ámbito de la vida del ser humano en que el Estado no puede decidir nada, ya que este, en ese marco, conforme a la propia naturaleza de las cosas (...), nada puede decidir o (...), incluso, nada debería decidir”, citado por Friedrich Müller, *La positividad de los Derechos Fundamentales. Cuestiones para una Dogmática práctica de los Derechos Fundamentales*, Editorial Dykinson, Madrid, 2016, p. 78, nota núm. 59.

(\*\*) Becario de investigación. Doctor en Derecho por la Universidad de Cantabria.

**Resumen.**— Las revoluciones inglesa, norteamericana y francesa se cimentaron precisamente sobre la idea de los emergentes Derechos Fundamentales innatos e inalienables del hombre; su *ubi consistam*: naturales, universales, inviolables y preestatales. Estos Derechos, fundamentalmente en la Europa continental, no se emplean inicialmente en la acepción técnico-jurídica de derechos subjetivos dentro de un orden jurídico, sino como derechos que se encuentran en un plano diferente al nivel del derecho positivo y le presuponen. Compartiendo básicamente la misma visión del mundo, se piensa en los tres ámbitos como *ethos* de los Derechos conforme a la visión moderna del hombre, en una exigencia ideal desde la perspectiva iusnaturalista presente pues en las mismas raíces del constitucionalismo, en un imperativo de estimativa o axiología jurídica, esto es, apoyando la *ratio* (y su primacía sobre la *voluntas*) en un juicio de valor intrínsecamente fundado sobre presupuestos propiamente morales, como concluyera estimando Ronald Dworkin; la novedad de la relación Derecho-moral de las sociedades modernas que lleva a la prioridad de los Derechos sobre la Sociedad misma.

**Abstract.**— The English, American, and French Revolutions were founded precisely on the idea of man's emerging innate and inalienable fundamental rights; *ubi consistam*: natural, universal, inviolable and pre-state. These rights, fundamentally in continental Europe, are not initially used in the technical-legal sense of subjective rights within a legal order, but as rights that are on a different plane to the level of positive law and presuppose. Basically sharing the same view of the world, we think of the three spheres as *ethos* of Rights according to the modern vision of man, in an ideal demand in naturalistic perspective present in the same roots of constitutionalism, in an imperative of estimation or axiology (and its primacy over *voluntas*) in a value judgment intrinsically based on properly moral presuppositions,

as Ronald Dworkin concluded; the novelty of the moral-law relationship of modern societies that leads to Priority of the Rights over the Society itself.

**Palabras clave:** Declaraciones de derechos, Derechos Fundamentales, Derechos naturales, Constitución, Ley, Teoría constitucional.

**Keywords:** Declarations of rights, Fundamental rights, Natural Rights, Constitution, Law, Constitutional theory

## 1. LAS DECLARACIONES ANGLOSAJONAS DE DERECHOS.

### 1.1. *El proceso inglés de reconocimiento de los Derechos.*

Al margen del discurrir histórico previo, el proceso inglés de reconocimiento de Derechos de la persona, tiene su hito verdadero histórico, naturalmente, con ocasión del influjo de la Revolución Gloriosa (*Glorious Revolution*, 1688) muy respaldada por las ideas pactistas de John MILTON (partidario del tiranicidio universal) uno de los portavoces de los *levellers*, y seguida del *Bill of Rights* (1689) que aporta nuevos y quizá los primeros Derechos Fundamentales; aunque inicialmente fuera planteada la declaración más bien como defensiva de las libertades existentes adquiridas durante un proceso evolutivo de considerable continuidad. Precedido asimismo el *Bill* como estuvo de una serie de textos, entre los más representativos: la *Magna Charta Libertatum seu concordia Inter regem Johanem et Varones pro concesione libertatum* (1215)(1), con su referencia a los *liber homines* y a las *libertates, iura et concesiones* de los *homines in regno nostro*(2); la *Charta confirmationis*

---

(1) Subraya la historiografía británica (al menos parte) la influencia en los defensores de la Carta Magna del *Tractus de Legibus et Consuetudinibus Angliae*, debido a Ranulfo DE GLANVILLE, y aparecido hacia 1190.

(2) No obstante, centrándose en el artículo 39 de la Carta Magna (protección frente a las detenciones arbitrarias y la persecución vía penal, pero para ciertos estratos sociales o ciudadanos *optimo iure*), arrancada por lo barones a Juan Sin Tierra más que concedida por este, como insiste Klaus STERN, tan solo consiste en una “*ständische-korporative Freiheits-gewährleistung*” de los barones, tendente a recortar el poder del rey y respondiendo a una lógica dualista, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Allgemeine Lehren der Grundrechte*, Band. III/1, C.H. Beck Verlag, München, 1988, pp. 62 y ss, y 79 y ss. Insiste acerca de la idea de contrato, muy presente en y aplicable a la Magna Carta, Hans-Peter SCHNEIDER, “Die Funktion der Verfassung”, en *Einführung in das öffentliche Recht*, edición de Dieter Grimm, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1985, pp. 4-5, especialmente. La Carta

*regis Edwardi I* (1227)(3), recuerdo y confirmación de la anterior, y no firmada por Eduardo I sino apócrifa según Manuel GARCÍA-PELAYO; de las *Provisions of Oxford* (1258); las *Provisions of Westminster* (1259); del parcialmente vigente *Statute of Marlborough* (1267); del *Statutum de Tallagio non concedendo* (1297), referido a las exacciones y tributos exigidos sin el consentimiento del reino; la *Petition of Rights* (1628)(4); del *Agreement of the People* (1647, Convenio del Pueblo in-

---

fue realmente un acuerdo con voluntad de futuro entre la Iglesia y el Estado, los barones y el rey, plasmada en 63 artículos, escrita y jurada a la orilla del río Támesis (en el prado de *Runnymede*, e inicialmente fueren hechas cuatro copias, con muy leves variaciones), cuyo artículo primero hace referencia a la libertad de la Iglesia cristiana respecto de la autoridad secular del rey, según el estudio de 1759 realizado por William BLACKSTONE (1723-1780), quien escribiera cuatro volúmenes de comentarios sobre las Leyes de Inglaterra entre 1765 y 1769, y en 1759 publicó asimismo *The Great Charter and the Charter of the Forest* [La Gran Carta y la Carta del Bosque], obra donde por primera vez aplicó el método de análisis comparativo que diera a conocer el monje Jean Mabillon, según documenta al respecto Marc BLOCH, *The Historian's Craft*, Manchester University Press, Manchester, 1954, pp. 81 y ss. Solo tras el 11 de septiembre de 1217, cuando fueron acordados los artículos de paz que pusieron fin a la Guerra Civil, Enrique III concedió una nueva Carta y también incluyó novedosos fueros del bosque. La Carta del Bosque extendía, ampliaba o corregía artículos de la Gran Carta, y por ello, ambos textos serían publicados como documento conjunto en 1225. Según el citado Blackstone, la Carta del Bosque original, y todos los registros auténticos que había de ella, se habían perdido. Su propia publicación parte de un original hallado en la catedral de Durham, cuyo sello verde estaba aún intacto, conforme nos dice el autor.

Interpretaciones más entusiastas de la Carta Magna, caso de Paolo BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale: (Lo stato democratico moderno)*, Vol. I Jovene Editore, Milano, 1949, han defendido que, con todo, reconocía la existencia en el Estado de leyes y derechos concernientes a los ciudadanos que debían ser respetados también por el rey, porque, de ser violados por este, ello hacía cesar la obligación de la fidelidad a cargo de los súbditos, y tal incumplimiento les facultaba para oponerse a la ilegítima voluntad regia.

(3) La Carta Magna fue varias veces confirmada, pero esta es la considerada más significativa. Dos años antes había sido confirmada por Enrique III, y de tal confirmación es destacada la fórmula empleada al efecto: “*spontanea et bona voluntate nostra*”.

(4) Formulada inicialmente por Edward COOKE (al parecer respaldada su conformación inicial sobre manera para el concepto de razón propio del *common law*, en buena medida, por la obra de Henry? DE BRATTON, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, aparecida hacia 1250, e influida a su vez esta por Glanvill-e, paradójicamente el supremo asesor jurídico de Enrique III), quien mantuviera respecto de la Carta Magna su “carácter” de una compañera, una igual (*fellow*) que nunca tendría soberano, para con posterioridad escribir: “no hay ley que justifique la tortura en esta tierra”. Aunque fuera destituido por su defensa del derecho común como *fundamental law* frente a la *equity* de la corona y al atropello de las viejas libertades y garantías inglesas, al alimentar ya una idea clara de individualización de los derechos fundamentales, como *Chief Justice of the Common Pleas* [Juez del Tribunal Con-

clusivo de un *Bill* de Derechos y echado abajo por el *Rump Parliament*); del *Instrument of Government* (1654)(5); de la *Declaration of Rights*

---

suetudinario, el Tribunal tercero del país), siendo confinado a la Torre de Londres (1621), en 1628 solicitaron nuevamente su ayuda para expresar la voz del Parlamento en la redacción de la *Petition of Rights*. Tomando como fuentes la Gran Carta inglesa de las Libertades (*the Great Charter of the Liberties*), las costumbres, las leyes *terrae* y los estatutos reales autorizados por el Parlamento, y apelando, entre otros documentos de la tradición jurídica anglosajona, a la *Carta Magna* y al *Statutum de Tallagio non Concedendo*, plasmaría la superioridad del Derecho común (*common law*, apasionadamente defendido por él) ante la Ley del Parlamento y por supuesto frente al poder del rey, idea que habría de esperar su triunfo definitivo hasta las revoluciones coloniales, y se daría la mano con la penetración del pensamiento de Hugo Grocio en las islas. Una vez aceptada por Carlos I (como bien se recuerda, posteriormente decapitado en 1649) no antes de varias vicisitudes, reivindicaba y reafirmaba principios tradicionales consolidados, algunos previamente simbolizados por la Carta Magna y viejos *Statutes*, sobre todo garantías judiciales, procesales y policíacas frente a los abusos y opresiones de la autoridad, especialmente contra las peticiones hechas al pueblo para los préstamos de dinero al rey (Edward Coke, un claro representante de la clase media comercial, respetaba sin embargo enormemente la concepción medieval del Derecho, y en noviembre de 1608 ya había espetado directamente a Jacobo I: “el *common law* protege al rey”, ante lo que este le respondió muy enojado, “esta afirmación constituye traición”, pues “el rey protege al Derecho, no el Derecho al rey”). Y consagra, pues, el no establecimiento de tributos o gravámenes sin el consentimiento del Parlamento, principio cuya violación supondría un atentado contra el derecho de propiedad (derecho inalienable fuera de la autorización del Parlamento), la supresión de la ley marcial, la prohibición de detener y juzgar a alguien fuera de los casos previstos por la ley: “mediante el debido proceso legal”, de modo que ningún hombre, cualquiera fuera su estado o condición, pudiera ser detenido o encarcelado, ni ser expulsado de sus tierras, o privado de sus derechos o de sus posesiones, ni puesto fuera de la ley o desterrado, ni privado de su posición de cualquier otra forma, ni usar de la fuerza contra él, ni enviar a otros para que lo hagan, sino en virtud de juicio lícito de sus pares o con arreglo a la ley del reino, ni ser desheredado, sin permitírsele la defensa en un debido proceso legal. En fin, incorpora una garantía contra cualquier intento de restringir el derecho de propiedad (declarado derecho fundamental por la Cámara de los Comunes en 1610), y junto al mismo, también el de herencia. El poder debía estar limitado, pues, no solo por su organización orgánica (*checks and balances*), sino también por un núcleo indisponible de derechos históricos e inalienables cuya tutela correspondería al Poder judicial en su condición de garante del *common law* iusnaturalista, con lo cual, pasaba este a convertirse en su principal configurador, en cuanto serían concretados por medio de las sucesivas sentencias concretizantes de una realidad objetiva existente *a priori*. Ahora bien, los jueces determinaban sí el ámbito protector de esos derechos, pero con ello asimismo se erigen en los principales valedores de su garantía y de la apuntada indisponibilidad de los mismos a cargo de los poderes públicos; puede verse William Searle HOLDSWORTH, *History of English Law*, Vol. 6, Merthuen Published, London, 1925, pp 234 y ss.

(5) Estos dos últimos, bien es sabido, constituyeron intentos no logrados de dotar a Inglaterra de una Constitución escrita y jerárquicamente superior a la Ley, pero, a pesar

(1666); de la *Habeas–Corpus–Amendment–Act* (1679), proclamada por el Parlamento bajo Carlos V, cuyo título completo era “*An act for the better securing of the liberty of the subject, and for the prevention of imprisonments beyond the seas*”: una ley para mayor seguridad de la libertad del individuo y para la prevención de encarcelamientos en Ultramar, que reivindicaba, bajo castigo con severas sanciones para los jueces y los funcionarios policiales y penitenciarios, el derecho de los ciudadanos detenidos por cualquier motivo al objeto de que fueran puestos a disposición de Tribunal competente, dentro de un plazo no superior a 20 días, con la clara finalidad de poner límite a los arrestos y encarcelamientos arbitrarios y es donde por primera vez aparece el auténtico *pactum libertatis* así como el correspondiente concepto de garantía para los ingleses(6); de la *Indulgence Declaration* (1687); y de todo un conjunto normativo de naturaleza constitucional desde la vertiente material, “que convierte a Inglaterra en el primer Estado Liberal de Derecho, un Estado en el que ya podemos apreciar la separación «moderna» de poderes, el reconocimiento de la primacía de la ley y la garantía de espacios de libertad para los ciudadanos”(7). E incluso se ha

---

del fracaso, dejaron asimismo su huella, fundamentalmente el *Instrument of Government* de OLIVER Cromwell, mucho menos avanzado que el primero, donde se estableciera una dictadura militar provisional y temporal, si bien se esforzara en el intento de separar poder legislativo y ejecutivo, como bien muestra fundamentalmente su artículo XXIV.

(6) Julius HATSCHEK, si bien, la ruptura definitiva del pacto de vasallaje con el monarca desconocedor de ciertos Derechos, entiende es llevada a cabo a través del *Bill of Rights*, al reconocer los Derechos de los ingleses, y cuya infracción del contenido de las libertades era proscrita incluso para el rey, como bien demostró la Historia con Jacobo II, *Das Staatsrecht des vereinigten Königreich Grossbritannien und Irland*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, Tübingen, 1914, pp. 284 y ss. No obstante, la *Petition of Rights* (1628) impulsada como dijimos por Edward COKE, reconoce el derecho del Parlamento respecto a la autorización para la recaudación de impuestos; y el *Habeas–Corpus–Act* (1679) confirma el Derecho de protección frente a detenciones arbitrarias, imponiendo el apresamiento mediante orden escrita, y de no ser así, establece un plazo de veinte días para ser conducido ante el juez.

(7) Juan María BILBAO–Fernando REY–José Miguel VIDAL, *Lecciones de Derecho Constitucional* I, 2ª ed., Editorial Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 82. Más ampliamente, puede verse Gerard STOURZH, “Grundrechte zwischen Common Law und Verfassung. Zur Entwicklung in England und den nordamerikanischen Kolonien im 17. Jahrhundert”, en *Grund und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte. Beiträge zur Geschichte der Grund– und Freiheitsrechte vom Ausgang des Mittelalters bis zur Revolution von 1848*, edición de Günter Birtsch, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, Göttingen, 1981, pp. 59 y ss.

matizado en superior medida, al señalar que la *Carta Magna* de 1215, el *Habeas Corpus Act* de 1679 y el *Bill of Rights* de 13 de febrero de 1689, impuesto este por el Parlamento inglés al príncipe Guillermo de Orange como paso previo para permitirle suceder al rey Jacobo II, si bien aparecen como conquistas del pueblo frente al poder del rey, no lo hacen al modo de derechos inherentes a las personas, pues, ciertamente, lo que establecen son obligaciones para quien detenta el dominio sobre la Sociedad, con objeto de limitar las prerrogativas regias y proteger los derechos históricos. Propiamente no se produce a través de estos documentos un reconocimiento de Derechos de los individuos(8); y ello es verdad desde luego en su vertiente activa o libertad positiva, pero sí resulta cierto también que, mediante el último documento citado, el Parlamento pasa a dominar el escenario político, y los ciudadanos así como los parlamentarios elegidos por los miembros de la comunidad, van adquiriendo nuevos derechos y libertades individuales (libertad de expresión entre otros), además de limitar en superior medida los poderes regios. Ahora bien, asimismo puede entenderse que en 1689 se impone el principio de supremacía del Derecho, el conocido principio de la *Rule of law* sobre todos los órganos estatales y por encima de la totalidad de las personas públicas y privadas(9), aunque las *Acts* del Parlamento son establecidas aún por acuerdo entre el rey, luego su gobierno, y las dos cámaras parlamentarias, en tanto una vez adoptadas se imponen a todos, incluidos los parlamentarios y el monarca(10). Esta intención de supremacía del Derecho(11), aparece marcada en las disposiciones I y II

---

(8) Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales*, Editorial Universidad Autónoma de México, México, 2003, p. 1.

(9) Según ha resumido Albert Wenn DICEY, el *Rule of law* ha tenido, histórica y básicamente, un triple significado: 1º la absoluta supremacía o predominio del *regular law* (derecho ordinario) frente a la influencia del poder arbitrario; 2º la igualdad ante la Ley; 3º la formalización judicial de los derechos públicos, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8ª ed., MacMillan Published, London, 1915, pp. 183 y ss.

(10) Jacques CADART, *Institutions politiques et Droit Constitutionnel*, Tomo I, 2ª ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1979, p. 18. Esta intención de supremacía del Derecho, aparece marcada en las disposiciones I y II del *Bill of Rights*, al declarar ilegal “el pretendido poder de la autoridad real de suspender y dispensar las leyes”.

(11) Puestos a rastrear algo más antecedentes, podemos ir fácilmente hasta las Cortes (Curia) de León de 1188, donde es más probable, según el texto original de los *Decreta* auténticos de 1188, que los *cives* asistentes fueran *electis civibus ex singulis civitatibus*, y esto es lo importante no la cuestión de si fue o no la primera reunión “parlamentaria”,

del *Bill of Rights*, al declarar ilegal “el pretendido poder de la autoridad real de suspender y dispensar las leyes”. Se da con ello continuidad, de un lado, a una secular línea evolutiva jurídica de reglas tradicionales, algunas ya enunciadas por los textos normativos singulares vistos y datados de fechas muy diversas, ampliando y modificando algunas de esas reglas(12); aun cuando, de otra parte, no cabe silenciar que desde 1215 se había ido produciendo, más allá de esa aparente línea de continuidad aludida, una perceptible evolución constitucional en Gran Bretaña; evolución suave que proseguirá después(13).

Por cuanto hace a Horst DIPPEL, según nos expresa, entiende que la regulación de los derechos del Parlamento, “realizada en

---

cuestiones para las que remitimos a José María FERNÁNDEZ CATÓN, *La curia regia de León de 1188 y sus Decreta y Constitución*, Editorial Centro de Estudios e Investigación “San Isidoro”, León, 1993; tales *Decreta*, según parece, contienen ahora formalizados, entre otras materias, pactos y contratos entre señores y vasallos previamente impuestos en la realidad social de la época por encima de las leyes. Asimismo, las Cortes leonesas entendidas como órgano político legislativo y de fiscalización de la actuación regia, hasta llegarse a convertir a partir de ahí la mera regla jurídica del famoso *quod omnes tangit* en gran principio constitucional de Castilla, es destacado por Luis GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Curso de Historia de la Instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad Media*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, pp. 463 y ss.

Desde el punto de vista cronológico, matiza Rosa RIPOLLÉS SERRANO que las Cortes de León ciertamente son precedidas por las reuniones celebradas en Zaragoza de Cortes de la Corona Aragón, hacia 1164 o 1186, “Las Cortes Generales: tradición y modernidad, de las funciones tradicionales a la legitimación del Sistema Político”, en *Escritos en conmemoración del XXV aniversario de la Constitución*, edición de María Isabel Álvarez Vélez, Editorial Universidad Pontificia de Comillas–ICADE, Madrid, 2004, p. 56. Porque, importa destacar que Manuel GARCÍA–PELAYO y ALONSO habla sin reparo alguno de derechos subjetivos al estudiar la Constitución estamental como la forma política de gobierno propia de la Baja Edad Media, y, según sostiene, la misma constituye el pacto de “concordia o acuerdo entre dos derechos subjetivos: por una parte, los del rey, y por otra, los privilegios de los señores feudales”, “La constitución estamental”, en *Revista de Estudios Políticos*, 1949, Vol. 24, pp. 105 y ss; es decir, hay concordia de o entre derechos y no aún sometimiento del rey a la Ley, cuya característica esencial del modelo, nos dice, era la distinción *rex* y *regnum*.

(12) Como documentos complementarios propios de la época que fueron incorporando nuevos derechos, suelen ser considerados fundamentalmente: la *Mutiny Act* (1689); la *Toleration Act* (1689); el *Act of Recognition* (1690); la *Triennial Act* (1694); o el *Act of Settlement* (1701).

(13) John James PARK, *The Dogmas of the Constitution*, B. Fellowes, Published, London, 1832, reproducción del original por la Harvard Law School Library, electrónica reproducción, Farmington Hills, Mich, Thomson Gale, 2004.



detrimento de los del monarca, no se prestaba, desde luego, a equívocos”; a su juicio, realmente, “más que una *Declaration of Rights*, era una Declaración de derechos del Parlamento lo que el monarca debía admitir”(14). Los Derechos ingleses se revelaban entonces, ante todo, como Derechos del Parlamento, y solo en un segundo momento aparecían a modo de Derechos individuales de libertad(15). De esta suerte, el proceso de construcción inglés de una Sociedad organizada sobre la base de “la libertad y a la propiedad data de la Revolución Gloriosa de 1668–1669”, larvado desde hacía más de treinta años y desarrollándose con continuidad de manera gradual, “lo que no excluye, como es obvio, momentos de crisis y relevantes transformaciones”(16). En ese sentido, introduce Walter BAGEHOT matizaciones, cuando al referir que Inglaterra había dispuesto del “*minimun* de una revolución” era debido a factores de diversa índole entre los que sobresale la oposición al absolutismo de la corona frente a cuyas prerrogativas enerva su oposición el *common law*, porque, realmente, se habían limitado a “cambiar legalmente de dinastía”, y la autoridad del Parlamento defensor del derecho común pasó a tener su fundamento mediante el concurso conjuntamente de “los que de ordinario estaban por la monarquía y de aquellos que estaban en contra de ella”, pero el “resultado fue de escaso valor durante largo tiempo”(17). Referido a la posición expresada por Pedro CRUZ VILLALÓN, le va a resultar obligado aceptar que a partir propiamente de los grandes documentos ingleses “del siglo XVII (*Petition of*

---

(14) Horst DIPPEL, *Constitucionalismo moderno*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 25.

(15) Por todos, en este sentido, Dieter GRIMM, “Die Grundrechte im Entstehungszusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft”, recogido en *Die Zukunft der Verfassung*, 2ª ed., Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1994, p. 79.

(16) Pietro COSTA, “Derechos”, en *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, edición de Maurizio Fioravanti, Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 56. Un buen resumen sobre estas consecuencias durante la etapa histórica de “La Gloriosa”, puede seguirse en Nicola MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad. Historia del Constitucionalismo moderno*, Editorial Trotta, Madrid, 1998, pp. 143 y ss.

(17) Walter BAGEHOT, *La Constitución inglesa*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, p. 240; e incluso, con carácter antecedente, introduce otra matización importante, cuando señala que la libertad era previa a la Magna Carta, al puntualizar que la misma “existía antes de esta Carta, y el derecho de votar los impuestos fue una consecuencia de ella y una prueba, pero no su fundamento”, *ibidem*, 238.

*Right, Habeas Corpus Act, Bill of Rights*) ya puede hablarse de unos derechos en el sentido moderno de la palabra, aunque bajo la forma de *common law* de los ingleses”(18); comenzando por el derecho de libertad religiosa (o una aproximación al mismo), porque después de las luchas provocadas a causa de la Reforma, es sancionado como el Derecho Fundamental y primero del hombre, y reconocido en cuanto tal en la Inglaterra del siglo XVII(19); aunque las cosas no fueran exactamente así para los católicos ni en estos documentos ni tampoco en el *Act of Settlement* (1701), cuyas restricciones para la subida al trono de los católicos están aún vigentes. Durante el siglo XVII, más bien a su final, si efectivamente en algún Estado podemos atisbar desde la perspectiva histórica algo próximo a la libertad religiosa real, sería Holanda, dónde los distintos credos religiosos lograron alcanzar un acuerdo de mínimos al objeto de no enfrentarse constantemente unos a otros, coexistiendo en un espíritu de tolerancias recíprocas que alcanzaba incluso a los practicantes de la religión judía; todo ello, como colofón de fuertes enfrentamientos religiosos previos. Más tarde, los colonos norteamericanos de la generación revolucionaria conocían precisamente lo ocurrido en Holanda, ahora bien, sus actos fueron ante todo el dictado de su propia experiencia como colonias británicas, y serían realmente los primeros en formalizar esta libertad, al margen de sus escaramuzas más o menos fuertes al respecto. Con todo, en la propia considerada Holanda, no es hasta la primera Asamblea nacional (5 de agosto de 1795) cuando se adopta la decisión de poner fin a los privilegios favorables a la Iglesia oficial(20).

---

(18) Pedro CRUZ VILLALÓN, “Formación y evolución de los Derechos fundamentales”, en *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 30. En el mismo sentido, incluso con considerables inferiores dudas, Carsten DOERFERT, “Freiheitsschutz nach englischem Recht”, en *Juristische Arbeitsblätter*, 1997, pp. 255 y ss.

(19) Por todos, esta exégesis de la que discrepamos, incluso podemos verla en la obra del positivista Gerhard ANSCHÜTZ, quien sostuviera también que es el inicial reconocimiento de un derecho producido en la Revolución de las Colonias de Norteamérica, “Religionsfreiheit”, en *Öffentliches Recht der Gegenwart. Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Band II, edición de Gerhard Anschütz/Richard Thoma, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, Tübingen, 1932, pp. 675 y ss.

(20) Y la Constitución de 1798, bajo la inspiración ya de las ideas del iluminismo, postula el valor inequívoco de la religión, en cuanto manifiesta: “El reconocimiento respetuoso de un Ser Supremo, que gobierna, fortalece los vínculos de la Sociedad y se recomienda

## 1.2. *Las Declaraciones de Derechos norteamericanas.*

En el contexto histórico burgués–revolucionario y de asentamiento de un nuevo modelo de organización política, las Declaraciones norteamericanas, comenzando por la primera y más precisa, a saber, la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776, muy expresiva de las ideas agitadoras del nuevo tiempo y bajo la inicial preparación de George MASON, contemplaban el problema de los derechos y libertades en el marco de la relación individuo–Estado, dentro a su vez del contexto de una realidad social menos compleja que la francesa(21); pero con un acentuado pluralismo y superior grado de agitación e intranquilidad social al del panorama casi idílico que a

---

vivamente a todo ciudadano”, extendiendo la libertad y la igualdad a todas las religiones, al manifestar que “Cada ciudadano tiene libertad de religión según sus propias convicciones. La Sociedad otorga, bajo este punto, a todos una seguridad y protección iguales, con tal que el orden público, establecido por la ley, no sea perturbado por su culto público”. Pero, realmente, viene entendiéndose que el salto cualitativo de la fundamentalización y constitucionalización de la libertad religiosa, tiene lugar por primera vez en Norteamérica, siendo preciso tener a la vista que buena parte de los puritanos perseguidos, calvinistas y congregacionalistas, buscaban precisamente en las colonias norteamericanas del nuevo mundo un espacio de libertad. Según observa Jónatas Eduardo MENDES MACHADO, en las vísperas de la revolución americana, la mayor parte de las colonias mantenía una religión oficial o una íntima relación substancial entre los planos político y religioso, jurídico y moral, más todavía, se observaba un discurso teológico–político exclusivista, que protegía y sustentaba la confesión dominante, y al mismo tiempo proseguían discriminados los católicos, judíos y grupos puritanos minoritarios. Frente a ello, una importante alteración en el plano de los principios estructurantes de la Comunidad política se produjo a partir de la Constitución Americana de 1787, más concretamente al establecerse luego dos cláusulas sobre la religión que sobrepasaban con mucho la mera tolerancia. La primera garantizando el derecho a libertad religiosa, y, la segunda, consagrando el principio de separación de las confesiones religiosas del Estado: *Free exercise clause* y *establishment clause*, respectivamente, lo que constituye parte del contenido de la primera enmienda. Respecto a la eficacia de ambas, solo fueron ganando gradualmente operatividad, ante la ausencia inicial de una interpretación unánime e inequívoca y por la posición de los Estados federalistas que unían lo religioso a lo político. A luz de estas afirmaciones, el principio de la separación constituía una norma de competencia negativa, colocando ciertas situaciones de facto y de derecho, fuera del alcance de la intervención estatal; ideas extraídas de la obra del autor, *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

(21) Según explica Maurizio FIORAVANTI, en la tradición constitucional americana se funden el principio historicista de derivación británica y el principio individualista–contractualista modelado por las ideas revolucionarias, *Appunti di storia delle costituzioni*

veces se nos dibuja. Desestabilización social más acusada sobre todo a partir de 1765, con la aprobación en marzo de ese año de la *Stamp Act* (o Ley sobre el impuesto del sello), luego rechazada por las colonias en la Convención de New York, debido a la que fuera considerada incompetencia del Parlamento inglés al objeto de imponer impuestos sin autorización de las asambleas coloniales.

Centrándonos más específicamente sobre las Declaraciones norteamericanas de Derechos, claramente recogieron las mismas los calificados Derechos naturales, inviolables, inalienables e imprescriptibles del ciudadano, según las concepciones difundidas entre los constituyentes. Más o menos resultaban estas reconducibles a las teorías del iusnaturalismo individualista de John LOCKE y sobre todo de Willian PEN –“*great and primary Rights*”–, pero asimismo con muy notables influencias entre otros de Samuel PUFENDORF y Christian WOLFF(22), partiendo de la premisa de su no entendimiento como derechos puestos por el constituyente sino simplemente declarados a través del mismo. Y dibujarían solemnemente a su través la fisonomía y esencialidad político-social de las inmediatas constituciones que promovieran y dieran lugar al inicio de un nuevo régimen político de carácter liberal-democrático, favorecido ello por el mayor grado de homogeneidad e integración social(23).

---

*moderne. Le libertà: presuposti culturali e modelli storici*, Giuseppe Giappichelli Editore, Torino, 1991, pp. 74-75.

(22) Roman SCHNUR, *Die Erhlärung der Menschen- und Bürgerrechte*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft Verlag, Darmstadt, 1964, pp. 39 y ss, aunque asimismo registraremos otras influencias. Al haber citado por vez primera a Christian WOLFF, es importante destacar que sus monumentales obras, entre las que seguramente sobresalen *Jus naturae scientifica pertractatum* (1744), e *Institutionis juris naturae et gentium* (1750), traen causa de aportaciones teóricas debidas a Gottfried Wilhelm VON LEIBNIZ (1646-1716), desarrolladas luego más sistemáticamente por el primero. Cuajan así las ideas de Leibniz acerca de los derechos innatos e inalienables del ser “hombre”, en la distinción entre el derecho “conatural” o “innato” (*ius connatum*), según Wolff, todo derecho emanación de la naturaleza del hombre, de su concepto y de su esencia, y la totalidad de los derechos fundamentados en una determinación accidental, de carácter estos azaroso y mutable, denominados derechos adquiridos o contractuales (*iura contracta*).

(23) Para la integración social como condición de establecimiento de la democracia, por todos Friedrich MÜLLER, “Qual o grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por uma democracia”, en Direitos Humanos, *Globalização Econômica e Integração Regional*, edición de Flávia Piovesan, Max Limonad Editora, São Paulo, 2002, pp. 567 y ss.

Según la síntesis de las concepciones filosófico-políticas inspiradoras, los Derechos fueron entendidos como racionales y primarios del individuo(24), vale decir, de carácter natural, innato, absoluto y eterno; la sociedad política, únicamente les presta reconocimiento y protección. Eran, *prima facie*, espacios de inmunidad y libertad considerados “naturales”; dicho con otras palabras, pertenecientes a un Derecho de naturaleza independiente del puesto por los hombres, y al efecto, superiores y supra-ordenados(25), entendidos cual “*basis and foundation of Government*” por el Preámbulo de la *Virginia Declaration of Rights* de 1776. Desde luego, la pretensión de la Declaración de Virginia expuso estos referenciados ideales, expresándose a la par tanto de forma un tanto mítica como al mismo tiempo racional, según ha venido a confirmar el devenir de los tiempos, aspecto en el que se ha porfiado suficientemente y, por razones de coherencia, es improcedente ahora detenernos más sobre ello(26).

---

(24) Expresión clásica de John LOCKE, quien en su *Two Treatises of Government* enumera como derechos primarios y reservados, ante los que había de detenerse la voluntad común (pacto), a la *liberty* y a la *property*, entendida esta en sentido amplio, al comprender la propiedad como derecho natural irrenunciable, vale decir, la facultad de disponer de la libertad de ser propietario de su propia persona y la libertad de actuación, así como de sus bienes (luego añadiría el derecho a la vida). A partir de estos dos derechos, en su forma de entendimiento por el Derecho natural inglés, se apoyaría la teoría económica liberal desarrollada por la escuela francesa de los fisiócratas (la existente ley natural del mercado, que de no haber intervención del poder funcionaría a la perfección, teorizada por su fundador François Quesnay en 1758, siendo además los primeros en utilizar el método científico para realizar sus análisis), en el intento de trazar firmemente la órbita del poder y su relación con la libertad. Vale decir, el magno problema político intemporal, expresado por todos al efecto a cargo de Hermann HELLER, y su insatisfacción frente a la ingenua fórmula kantiana que creyera encontrar la solución definitiva aupando al Derecho como conjunto de disposiciones limitativas de la libertad, a través de cuya observancia se produciría la coexistencia armónica, y respecto de cuyas trasgresiones debía estar atento el Estado, *Las ideas políticas contemporáneas*, Editorial Labor, Barcelona-Buenos Aires, 1930. Luego influirían las posiciones de la precitada escuela en Jean Jacques Rousseau, a muchas de cuyas ideas diera el ginebrino la vuelta; y serían combatidas fuertemente por Alexander Hamilton, por medio de su anatema frente a la idea de impuestos y renta sobre la tierra.

(25) Conforme Nicola MATTEUCCI precisa e insiste, la Revolución Americana confía a la misma Constitución, colocada por encima de la clase política (la cual es destituable), la tutela de los derechos individuales de libertad y participación, *La Rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, Il Mulino Società Editrice, Bolonia, 1987, *passim*.

(26) Para el sentido específico de la cuestión aludida en el texto, remitimos a la esclarecedora exposición de Winfried BRUGGER, “Stufen der Begründung von Menschenre-

Atendido sea su carácter antiestatalista e individualista, pues, los Derechos del hombre no fueron concebidos como un mero añadido, sino en cuanto Derechos naturales e innatos referidos al individuo habida cuenta su condición de ciudadano inserto en una comunidad, un aspecto a subrayar. En este sentido se manifiesta Christian STARCK, quien considera que ello inclusive viene mostrado en sus mismas expresiones lingüísticas, pues “los representantes del buen pueblo de Virginia reunidos en asamblea conjunta y libre declaran los derechos que les pertenecen a ellos y a sus descendientes, señalándolos también como la base del gobierno (1776). El pueblo de los Estados Unidos estatuye su Constitución, entre otras cosas, para establecer la justicia, asegurar la paz interior, promover el bienestar general y proteger para sí mismo y sus descendientes los beneficios de la libertad (1787)”(27).

Siguiendo esta línea de principios, los representantes del Buen Pueblo de Virginia dicen de sí mismos estar reunidos en una “Convención plena y libre, como derechos que les pertenecen a ellos y a su posteridad como la base y el fundamento de su gobierno”. A su vez,

---

chten”, en *Der Staat*, Band. 31, 1992, pp. 19 y ss, especialmente aquí, pp. 24 y ss; pone el autor de relieve, cómo la mítica Declaración fue capaz de aunar la idea de universalidad de los Derechos humanos, de una parte, y la particularista asertividad de reivindicaciones de culturas individuales, de otra, algo que nos debería servir de ejemplo actualmente en cuanto modelo adaptativo, para lograr una sociedad mundial de Derechos humanos, partiendo de la resistencia de lo común a todas las culturas, que sería delimitado por lo razonablemente posible en todas ellas como “necesario”, o, dicho de otro modo, lo que resultaría imprudente negar también por la totalidad; y lo considera factible, tal como se ha demostrado para la funcionabilidad de los sistemas económicos, políticos, científicos... hábitos de consumo, compatible con el respeto de estándares éticos y morales e incluso estéticos, considerados como estilos de vida más finos para el comportamiento diario, por comunidades o áreas sociales más pequeñas. Igualmente, nos permitimos la remisión por todos a Ernst CASSIRER, al ser uno de los autores, de entre los conocidos por nosotros, más insistentes respecto de que una misma idea es susceptible de ser formulada de forma mítica y de forma racional, e incluso sostuvo que ambas formulaciones pueden ser aunadas por medio de una única expresión, como puso de manifiesto en su obra póstuma (Ernst Cassirer falleció en abril de 1945, en New York), *The Myth of the State*, Yale University Press, New Haven, 1946.

(27) Christian STARCK, *Jurisdicción constitucional y Derechos fundamentales*, Editorial Dykinson, Madrid, 2011, p. 235. En el mismo sentido, pero con carácter más general, a través de la recomposición de los sistemas jurídicos partiendo del individuo, de su poder y de su voluntad, expone Marcel WALINE que toda *Déclaration des droits de l’Homme*, tiene un acusado marchamo individualista–funcional, *L’individualisme et le Droit*, Domat Montchrétien Éditions, Paris, 1945, pp. 375 y ss.

el artículo primero de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia refleja tales ideas de los derechos naturales y universales del hombre claro, desde postulados iusnaturalistas(28), y cristianos(29). El pueblo conserva sus derechos, como se ha indicado, pese a su entrada en el estado de Sociedad, al establecer con rotundidad y términos expresivamente categóricos: “Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y poseen ciertos derechos inherentes, de los que, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden por pacto alguno privar o desposeer a su posteridad, a saber: el disfrute de la vida y de la libertad, junto con los medios de adquirir y poseer la propiedad, así como el derecho a la búsqueda y logro de la felicidad y la seguridad”. La Declaración, al igual que sucede con el resto de sus homólogas norteamericanas, requiere distinguir

---

(28) Quizá las ideas iusnaturalistas tienen una de sus fundamentales vías de penetración a través de los escritos de John P. WISE, quien estaba a su vez muy influido por el citado Samuel Pufendorf, al que declara tener como fuente principal y guía para el tratamiento del Derecho natural, asunto del que se ocupa el primero en su principal obra *A Vindication of the Government of New-England Churches*. Conforme teoriza, en el estado de naturaleza el hombre es libre, estando solo sujeto a sí mismo, y precisamente entra a formar parte de la comunidad con el fin de mejor proteger su libertad e igualdad natural. A este pacto de unión le sigue el pacto de sujeción, establecido con quienes les es conferida la soberanía en calidad de depositarios, los cuales se obligan a la tutela de la paz y del bienestar común, y, de otro lado, como contrapartida, los individuos adquieren la obligación de obedecerlos fielmente si su gobierno es conforme a las leyes. Asimismo, ha sido destacado el conocimiento de las ideas iusnatural-racionalistas de Jean Jacques BURLAMAQUI, a través de la recepción hecha por James WILSON. Respecto de los ideales democráticos referidos a la afirmación de la libertad individual y los límites de la autoridad de los gobernantes, insistiría particularmente Jonathan MAYHEW (*Observations on the charter and conducted of the Society for the Propagation of the Gospel in Foreign Parts*). Por su parte, John WINTHROP también deslizaría como parte de su doctrina que “ningún bienestar puede fundarse sino sobre el consentimiento”, en tanto “los estados nacen de la aceptación voluntaria por parte de los ciudadanos de las normas y leyes dirigidas al bienestar común”, y “los hombres no pueden estar sujetos a ninguna norma sino de conformidad con su voluntad y por el contrato”, *A Model of Christian Charity* (1630), según documenta Francis BREMER, *John Winthrop: America's Forgotten Founder*, Oxford University Press, New York, 2003, y el propio Bremer valora cómo el autor describía lo que debiera ser el modelo de sociedad puritana, derivando gran parte de sus ideas propiamente de una exégesis extraída del Sermón de la Montaña.

(29) La posición teórica del iusnaturalismo racionalista, como bien mantiene Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “con influencia cristiana, ha sido asumida por las declaraciones de derechos de fines del siglo XVIII en Norteamérica”, *Teoría y Dogmática de los Derechos Fundamentales...*, *op. cit.*, p. 2; si bien, desde 1643 era reconocido para la Colonia el credo anglicano con prohibición de todos los demás.

entre lo contenido “de «fundamentalización» o «iusnaturalización» y lo que en ellas mismas hay de «constitucionalización»”, pues sus hermanas francesas únicamente van a compartir con las mismas “el momento de la «iusnaturalización», pero no así –al menos de forma lograda– el de la «constitucionalización»”(30); cuando, propiamente, no se mostró tensión alguna entre Derecho Natural y Derecho positivo. Y el matiz diferenciador de la Declaración virginiana respecto de las predecesoras, indiquemos previo a continuar con este último aspecto suscitado, radicaba en su carácter por primera vez limitador del poder estatal, mientras las anteriores (desde el emblemático 1620, destacando con luz propia el Cuerpo de Libertades de la Bahía de Massachusetts de diciembre de 1641 o *Massachusetts Body of Liberties*(31)) perseguían esencialmente la reducción de los poderes del soberano a fin de esquivar para los súbditos de la colonia algunos o varios tipos de arbitrariedad y, consecuentemente, lograr la protección de sus libertades correspondientes, al amparo también del derecho tradicional inglés, que poco a poco iría perdiendo relevancia. De cualquier modo, recordemos que la idea del pacto (fundacional), el *Covenant* o *Compact* como fundamento de la organización social y política de la comunidad, incluso precede temporalmente al desembarco de los primeros puritanos en las costas norteamericanas(32).

---

(30) Pedro CRUZ VILLALÓN, “Formación y evolución de los Derechos...”, *loc. cit.*, p. 33.

(31) Su fundamental importancia estriba en que hay ya un cuasi-reconocimiento de la libertad religiosa, y presta importante atención a los derechos de las minorías. Libertad religiosa en cuyo reconocimiento se avanzará mediante el *Acta de Tolerancia de Maryland*, de 21 de abril de 1649.

(32) El día once del mes de noviembre de 1620, a bordo del barco que les transportara, los llamados Padres Peregrinos (*Pilgrin Fathers*), estipularon el *Mayflower Compact*, así bautizado por ser el nombre de la nave a bordo de la cual navegaban por el Atlántico cerca de *Cape Cod* donde se firmara, y regitivo luego de la colonia de *Plymouth* (en recuerdo del puerto inglés del que partieran, y después se unirían en 1691 a la colonia de *Massachusetts*): “En el nombre de Dios, Amén (...) Los presentes, solemne y mutuamente, en la presencia de Dios y unos con los otros, constituimos Convenio y nos unimos en un civil Cuerpo Político para nuestro mayor orden y preservación y fomento de los fines antedichos; y por virtud de esto establecemos y aprobamos, constituimos y formamos, tales justas e iguales Leyes, Ordenanzas, Actas, Constituciones y Oficios, de tiempo en tiempo, según sea considerado muy propio y conveniente para el General bienestar de la Colonia; a la cual prometemos toda sumisión y obediencia”. A partir de aquí, se han hecho muchas interpretaciones del texto. Últimamente, en la propia historiografía norteamericana, va prevaleciendo la com-



La Colonia de *Massachusetts*, poblada por anglicanos, no introduce el reconocimiento de la libertad religiosa hasta el artículo 16 de la Declaración; la tolerancia religiosa para los credos cristianos había hecho aparición previamente en sentido propio, por medio un texto jurídico, a través del Edicto de Nantes (13 de abril de 1598), que recogiera la pretensión del rey Enrique de Francia, a fin de poner término a los conflictos religiosos, proponiendo fuera el Estado el encargado

---

preensión acerca de que la idea subyacente de Pacto de la Gracia establecido, estaba teniendo en cuenta el pasaje de la Biblia mediante el que se nos refiere el pacto de Dios con Abraham (*Libro del Génesis XVII*): el fundamento de la autoridad se remonta a Dios, algo que aquí parece indiscutible punto de partida. De este modo, a través del Pacto de Gracia, la voluntad de Dios actúa por medio de la de los hombres, a quienes corresponde entonces la construcción voluntaria de la Sociedad y confían el ejercicio de poder a los gobernantes del que estos son depositarios. El Pacto de Gracia, trasferido al ámbito político, legitima la voluntad de los hombres, porque constituye a esta en el instrumento de Dios para su actuación. A la postre, el Pacto de Gracia como fundamento del Contrato social norteamericano, acentúa un perfil de este sensiblemente distinto del construido por las teorías contractualistas mayoritarias propias del iusnaturalismo europeo: arrancando casi imperceptiblemente de una premisa teocrática, se opera su deslizamiento hacia una idea democrática de la Sociedad y del poder, reconociendo así el principio de igualdad y el sufragio universal. De este modo, como sostuviera Pedro DE VEGA GARCÍA, concorde con la tradición puritana, la fundación de las congregaciones religiosas libres se hacía consensuadamente a través de un contrato firmado por todos los asociados, mediante el cual establecían las reglas del culto y elegían un pastor, y, de igual modo, los colonos norteamericanos de algunas colonias creyeron que, de idéntica forma, podían constituir y organizar libremente la Comunidad política por medio de un pacto fundacional similar que adquiriría el carácter de verdadero pacto social, *La reforma de la Constitución y la Problemática del Poder Constituyente*, Editorial Tecnos, Madrid, 1982, p. 31. Observaciones similares le harían concluir a Carl SCHMITT: “El derecho al error religioso, se ha transformado en fundamento del Derecho Constitucional”. De entre los referidos *Convenants*, han adquirido asimismo relevancia histórica importante las *Fundamental Orders of Connecticut* (1639), la *Newport Declaration* (1641), el *Frame of Government of New Haven* (1643), o el *Frame of Government of Pennsylvania* (1682) muy influido por la ideas religiosas y políticas del cuáquero inglés William PENN y mediatamente por las de James HARRINGTON (*Oceana*), además del citado *Massachusetts Body of Liberties* (1641). Dentro del modelo las *Charters* otorgadas por la Corona inglesa a un propietario singular, primero llamadas de Compañía y luego Reales, además del otorgamiento de la concesión, a pesar de su carácter privado, habitualmente incluían una serie de reglas para la administración de la colonia. La teoría del pacto social tomó cuerpo fundamentalmente en sentido propio a partir de la obra de Thomas HOOKER, nítidamente expuesta en su *Surrey of the sume of Church discipline* (1648), donde subrayaría principalmente la importancia del individuo, y teniendo sus ideas mucho menos acogida en las colonias del Sur por ser muy inferiormente proclives a las ideas democráticas, en cuanto conservadoras de la tradición anglicana y realista.

de garantizar la convivencia pacífica entre todas las religiones, pero con limitaciones prácticas aún evidentes para la religión reformada.

Ahondando a partir de las ideas expuestas anteriormente, la especial trascendencia de la Declaración de Virginia, que tanto debiera asimismo a la teorización sobre el *Common Sense* (1776) por Thomas PAINE –el inglés de aldeano de *Theford*– sobre la bondad y beneficios de la separación de las colonias(33), no proviene tan solo de la circunstancia de ser una de las primeras aportaciones al constitucionalismo moderno, mantiene Horst DIPPEL, más bien lo hace “del hecho de que en él están asimismo enunciados sus principios

---

(33) Thomas PAINE, *Collected Writings: Common Sense / The Crisis / Rights of Man / The Age of Reason / Pimples, Articles, and Peters*, edición de Eric Foner, Library of America, Nueva York, 1995, pp. 17, 33-34, 43; entre otras, sin poder olvidar su *Bloudy tenent of persecution for cause of conscience* (1644). La expresión *Common Sense* ha recibido en inglés un doble significado: sentido común y sentido de lo común, y fue un documento impreso en enero de 1776, siendo divulgado por la totalidad de las colonias que, después de dos años de autogobierno, se hallaban en trances de dificultad e incertidumbre, teniendo como fundamental objetivo conformar las conciencias del hombre común habitante de las colonias, al objeto de empujarlas hacia la independencia como dictaba el sentido común y la razón. Abogaba por la libertad de conciencia con apoyo en las Sagradas Escrituras y la formación de un Gobierno civil bajo el consentimiento contractual del pueblo, carente de jurisdicción en asuntos eclesiásticos. El primer documento denominado *Crisis*, aparecería en enero de 1777, y en él se hablaría por vez primera de “Los Estados Unidos de América”, llamados a sonar “tanto en el mundo y en la historia, como el reino de Gran Bretaña”. El autor, como es sabido, mostraba su considerable desprecio por la Constitución no escrita inglesa (en contraposición en buena medida a la veneración que la practicara Edmund BURKE, debido a la circunstancia de basarse en la evolución natural de los hechos y el desarrollo constante y progresivo de los Derechos), y tenía asimismo un sentimiento negativo respecto de la Carta Magna, por entenderla un despreciable documento feudal; sin embargo, a pesar de su antihistoricismo, rememoraba elogiosamente los fueros aragoneses (el Privilegio General y el Privilegio de la Unión, concedidos por el rey y limitativos de su autoridad, con remisión a las libertades de la tierra, y los Fueros de Sobrarbe), y el juramento prestado por sus reyes: “Nosotros, que valemus tanto como vos, os hacemos Rey, y Señor, con tal que nos guardéis nuestros fueros y libertades, y si no, no”. Su obra más madura *Los derechos del hombre* (*Rights of Man*) ahora en castellano, Editorial Orbis, Barcelona, 1954, aparecida su primera parte en 1791 y la segunda en 1792, en clara polémica con la obra *Reflexiones sobre la Revolución francesa* (1790) de Edmund Burke, con el objetivo de aclarar la percepción del pueblo inglés acerca de la Revolución francesa, y en la que distingue entre derechos del hombre por completo inalienables y derechos cuya custodia encomienda el individuo a la Sociedad, auténtica necesidad pues de la vida humana, toda vez por su carácter serán imposible de garantizarse por el solo individuo.

básicos, cuya legitimidad jamás se ha cuestionado a lo largo de los dos últimos siglos. Es decir, la soberanía del pueblo, los principios universales, los derechos del hombre, el gobierno representativo, la Constitución como ley suprema, la separación de poderes, la imparcialidad del poder judicial, el gobierno limitado y el derecho del pueblo a enmendar y revisar la Constitución. Estos diez principios fundamentales del constitucionalismo moderno están presentes en la Declaración de Derechos de Virginia, y, a lo largo de más de doscientos años, ninguna de las constituciones que han pretendido seguir los mismos han osado contradecir abiertamente ni siquiera uno solo de ellos, aunque también es verdad que no siempre los han incorporado en su integridad”(34).

Justamente por las razones apuntadas, la capital relevancia de la Declaración de Derechos de Virginia estriba, desde esta perspectiva, en haber sido la pionera a la hora de establecer específicos “conceptos y valores que más adelante se verían reflejados en las constituciones de los demás estados e incluso en la Constitución federal de 1787 y en sus primeras enmiendas, y, por extensión, en la mayoría de las constituciones modernas de los estados occidentales”. Por consiguiente, es preciso reconocer a los representantes del Buen Pueblo de Virginia, el hecho haber sido los primeros en orden a mostrarnos el valor acerca de “cómo establecer un gobierno basado en la soberanía del pueblo y constituido estrictamente para el beneficio común”(35); solo formalmente, porque desde la vertiente sustancial es preciso esperar a la muy similar Declaración de Pensilvania y, más específicamente, a la Constitución de este Estado inspirada en la propia Declaración(36).

---

(34) HORST DIPPEL, *Constitucionalismo moderno ...*, op. cit., p. 186.

(35) LUIS GRAU, *El constitucionalismo americano. Materiales para un curso de historia de las constituciones*, Editorial Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2011, pp. 45-47.

(36) Para una mínima comparación de textos, el inicio de la Constitución de septiembre de 1776, es el siguiente: “Considerando que todo gobierno debe instituirse y mantenerse para seguridad y protección de la Comunidad como tal y para posibilitar que los individuos que la componen puedan disfrutar sus Derechos naturales y las demás bendiciones que el Autor de la existencia ha concedido al hombre; y que cuando estos grandes fines de gobierno no se consiguen, el pueblo tiene un Derecho, con el consentimiento general, a cambiarlo y a tomar las medidas que considere necesarias para fomentar su seguridad y felicidad. Y considerando que hasta ahora los habitantes de esta Comunidad han reconocido su fidelidad

Y, asimismo, entendemos que también debe atribuírseles el mérito de mostrarnos la senda por la que discurrirían los Derechos Fundamentales, en sentido general, viniendo a ser reflejados mediante un texto dotado de positividad(37). Por consiguiente, conforme van arreciando los vientos de independencia, había calado entre los colonos la idea de unas normas supraleales, con apoyo en las cuales así como en los derechos naturales que contienen, les legitima para oponerse a los impuestos exigidos por la metrópoli. Combinaban sus derechos con los postulados teóricos de Edward COKE, quien dedujera un principio general de la Constitución inglesa, de conformidad con el cual, la exigencia de nuevos tributos debía ser aprobada por los representantes de quienes fueran a soportarlos, y, así las cosas, no estaban obligados los colonos a sufragar los aprobados por el Parlamento inglés donde carecían de representación(38). De ahí deriva su fuerte oposición a la *Stamp Act* (1765), reflejada en la *Resolutions of the Stamp Act Congress*, redactada por las colonias ese mismo año durante el Congreso de New York, rechazando el impuesto, aun cuando reconocen todavía su sujeción al Rey, al Gobierno y al Parlamento inglés, pero reivindicando al mismo tiempo sus derechos y libertades inherentes e iguales a los del resto de súbditos de la Corona.

En sintonía con las ideas reproducidas hasta ahora, merece recordarse que, la resolución de 2 de julio de 1776 del Congreso de Filadelfia, sería seguida dos días más tarde por la ruptura con la

---

al rey de Gran Bretaña únicamente a cambio de protección; y que dicho rey no solo ha retirado su protección sino que ha iniciado, y aún la lleva a cabo con total venganza, la más cruel e injusta guerra contra ellos, utilizando para tal no solo las tropas de Gran Bretaña sino mercenarios extranjeros, salvajes y esclavos, con la manifiesta intención de reducirlos a una total y abyecta sumisión a la despótica dominación del Parlamento Británico, además de muchos otros actos de tiranía (que se han explicado con más detalle en la Declaración del Congreso, por lo cual queda disuelta y finalizada toda fidelidad y lealtad feudal a dicho rey y a sus sucesores, todo el poder y autoridad procedente de él ha terminado en esta Colonia”; acerca de la radicalidad democrática de la Constitución de Pensylvania, puede verse José ACOSTA SÁNCHEZ, *Formación de la Constitución y Jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, pp. 79-83.

(37) Bodo PIEROTH, “Grundlegend zur Geschichte der Menschenrechte”, en *Juristische Ausbildung*, 1984, p. 571.

(38) Manuel GARCÍA-PELAYO y ALONSO, *Derecho constitucional comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984, pp. 328-329.

metrópoli mediante la *Declaration of Independence* de 4 julio de 1776, cuyo contenido fuera sugerido por Thomas JEFFERSON, pero a partir de la premisa atinente a que los Derechos naturales del hombre pertenecen a todos como principios *a priori* derivados de la razón y el consentimiento, ante lo cual debían ser garantizados en cuanto constituyen los Derechos Fundamentales del pueblo norteamericano. La idea de estipular legislativamente los Derechos naturales inalienables e inviolables no fue de origen político sino religioso, según Georg JELLINEK expuso, para quien, “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 la libertad de las creencias, y cuyo nombre recuerdan los americanos aún hoy con veneración” (39), por ello, los redactores de la Declaración, a fin de justificar la ruptura con la metrópoli, en lugar de apelar a los principios constitucionales ingleses, a sus garantías y derechos individuales históricos, más concretamente, “al *common law*, a los derechos de los súbditos británicos o a las franquicias de la Constitución inglesa”, exclusivamente lo hacen “a las leyes naturales y de Dios”, y a través de la Declaración, por primera vez, la “legitimidad jurídico-política racionalista hace entrada total y franca en la Historia”(40). Estableciendo al efecto los siguientes fundamentos, expresados como recogemos: “Nos consideramos como incontestables y evidentes por sí mismas las siguientes verdades: que todos los hombres han nacido iguales, y que han sido dotados por el Creador con ciertos derechos inalienables, entre los cuales deben colocarse en primer lugar la vida, la libertad y la persecución de la felicidad. Que los Gobiernos han sido instituidos entre los hombres para asegurar estos derechos, derivando sus justos poderes del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno tiende a destruir esos fines, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla, a instituir un nuevo gobierno que se funde en principios, y a organizar sus poderes en

---

(39) Georg JELLINEK, *La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Estudio de historia constitucional moderna*, traducción y edición de Adolfo Posada, Editorial Victoriano Suárez, Madrid, 1908, p. 169.

(40) Manuel GARCÍA-PELAYO y ALONSO, *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, p. 331.

aquella forma que a su juicio mejor garantice su seguridad y su felicidad”(41). En consecuencia, no se esgrime una legitimación con apoyo “en normas concretas del derecho británico o de cualquier otro derecho positivo”, se apela a un “plano superior”, esto es, “«al juicio de un mundo imparcial» a quien se dirigen con la esperanza de que tal alto tribunal dictará una sentencia favorable a las colonias”(42).

Así pues, según da cuenta la Declaración, siguiendo la mejor tradición calvinista (específicamente puritana) de los Derechos naturales inalienables pertenecientes a todos, incompatibles con los derechos tradicionales, son originariamente otorgados por Dios, en tanto la tarea del gobierno creado por los hombres, tiene por objetivo garantizarlos y defenderlos(43). El preámbulo de la Declaración dice también, a su inicio como hemos dicho hace unas líneas, que el fundamento de la Nación norteamericana viene constituido por “las leyes de la naturaleza y del Dios de esa naturaleza”, frase tomada deliberadamente de los elegantes y sobrios escritos del sajón William BLACKSTONE (*Commentaries On The Laws Of England*)(44); pues bien, “Las leyes de la naturaleza”, reflejan la voluntad de Dios, revelada por Él en el mundo natural, esto es, “Las leyes de Dios en la naturaleza”, referidas a la voluntad de Dios revelada por medio de las Sagradas Escrituras. Y el segundo párrafo de la Declaración, mediante las frases: “todos los hombres son creados iguales” y “dotados por su Creador de

---

(41) Entre otros autores, destaca Louis HENKIN la enorme trascendencia que han tenido y siguen teniendo las ideas de Thomas JEFFERSON, como verdadero crisol a efectos de la interpretación judicial de los Derechos Fundamentales de la Constitución norteamericana, *The Age of Rights*, Columbia University Press, New York, 1990, especialmente p. 83 y ss. El mismo Thomas JEFFERSON a la hora de defender la *Declaration of Independence*, manifestaría: “*I have little doubt that the whole country will soon be rallied to the unity of our Creator; and, I hope, to the pure doctrines of Jesús alzo*”.

(42) Manuel JIMÉNEZ DE PARGA y CABRERA, *Los regímenes políticos contemporáneos*, 6ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1983, pp. 406-407.

(43) Subraya esta diferencia Mark C. TAYLOR, *Después de Dios. La religión y las redes de la ciencia, el arte, las finanzas y la política*, Editorial Ciruela, Madrid, 2011, p. 115, entre otros momentos.

(44) Así documentado por Stanley Nader KATZ, en la *Oxford International Encyclopedia of Legal History*, editada bajo su dirección, Oxford University Press, Oxford, 2009, de donde hemos tomada esta y otras referencias e interpretaciones históricas reflejadas en el texto.

ciertos derechos inalienables”, pone de relieve incuestionablemente que los fundadores creían en la versión bíblica del origen del hombre y muestra con superior claridad su afianzamiento en el Libro del Génesis. Para terminar invocando en su lucha por la libertad y la independencia exclusivamente al “Juez Supremo del mundo”, bajo cuyo nombre conducirán a su pueblo, de nuevo a la imagen de como Moisés dirigiera al pueblo de Israel hacia la libertad; no había, pues, rebelión alguna, sino cumplimiento del mandato divino de gobernar conforme a la Ley de Dios<sup>(45)</sup>. El origen de la comunidad política es, pues, un pacto, mediante el que esta (sus componentes) decide libre, racional y voluntariamente organizarse política y jurídicamente. Las colonias se convierten por esta vía en Estados independientes y reconocen los Derechos naturales, inalienables e inherentes al hombre, incluido los Derechos a la titularidad y ejercicio de los derechos políticos, a los que tanta relevancia otorgara Thomas Jefferson. Los Derechos sancionados por la Declaraciones americanas, sostuvo Felice BATTAGLIA, no son debidos por el individuo al Estado, sino correspondiente a su propia esencia humana, inviolable e inalienable, frente a las leyes inglesas ignorantes de todo esto, pues no hacen referencia alguna a un derecho eterno y natural, sino que invocan como su presupuesto el derecho nacional e histórico; el subrayado

---

(45) Expresiones e ideas aportadas por Samuel RUTHERFORD, pastor presbiteriano escocés del siglo XVII, quien apoyó su obra constantemente en el Antiguo Testamento, y por medio de su extensa *Lex Red – The Law and the Prince* (1644), rechazó con ardor el postulado de que el rey de Inglaterra gobernara por Derecho divino, sosteniendo contrariamente el principio del gobierno legal aplicable a los reyes de la totalidad de naciones, idea que el autor deriva directamente del Antiguo Testamento, concretamente, de la promesa hecha por Dios de un rey legal vinculado al pacto con el pueblo de Israel; y, desde luego, muestra conocer a su vez *Vindica contra Tiranos. Del poder legítimo del príncipe sobre el pueblo y el pueblo sobre el príncipe* (Basilea, 1579), de Stephens JUNIUS BRUTUS (¿Philippe Dulosis–Moray?), ahora en Editorial Tecnos, Madrid, 2008, y muy probablemente, casi seguro, era asimismo conocedor de la obra *De regem et regis institution* (1599), de Juan DE MARIANA. Importantes pinceladas de la comparativa entre estas dos obras, pueden encontrarse en Harold E. BRAUN, *Juan de Mariana and Eral Modern Spines Política Thought*, Ashgate, Aldershot, 2007, donde el autor ajusta muy bien las posiciones del propio Juan de Mariana, a quien de modo justificado se le ha atribuido específicamente la condición de última voz de unas tradiciones contractualistas medievales a punto de fenecer, así como de su condición de divulgador del principio de la Ley por encima del rey, pero olvidando más o menos deliberadamente, algo obvio, que la guía fundamental para sus construcciones es otra vez el Antiguo Testamento.

carácter de las Declaraciones americanas las aproxima en cambio a la Declaración francesa de 1789(46).

Existe, sin embargo, una diferencia capital entre la Declaración de Independencia americana y la Carta Magna, explicable por el tiempo histórico–concreto de elaboración y el carácter genético de uno y otro texto, o, en fin, el contexto socio-político al que iban dirigidos. El propósito de la Declaración, entre otros, fue justificar los poderes del Estado en relación con la guerra, la paz, las alianzas y el comercio; la finalidad de la Carta Magna era restringir los poderes del soberano. En cuanto a la Constitución de 1787, no incluyó precisamente en los momentos iniciales una expresa Declaración de Derechos, pero lo hizo el 15 de diciembre de 1791 mediante las Diez primeras Enmiendas incorporadas a la versión original, que arrancaran del texto de doce presentado por James MADISON al Congreso (aprobadas por este el 3 de junio, y luego ratificadas por los Estados integrantes), ante la presión de los Estados independientes que se negaban a subscribir la federación si no eran protegidos los Derechos Fundamentales; de este modo, concluiría consolidándose un documento conocido como el *The Bill of Rights* norteamericano(47). Y ese espíritu pactista sería básicamente asumido por la Convención de Filadelfia, como bien reflejara el propio presidente de la misma George WASHINGTON, a la vista de las realidades políticas de la época: “Los amigos más cálidos y los mejores defensores de la Constitución no afirman que está libre de imperfecciones; pero las encontraron inevitables, y son sensatos al sostener que, si de ellas se derivara algún mal, debería buscarse el remedio”.

Con todo, a pesar de lo expresado hasta ahora, hemos visto la introducción en determinadas ocasiones (abundantes) de un matiz no siempre compartido, cual es nuestro caso. Nos referimos a la afirmación de que las Declaraciones de Derechos americanas, a pesar de

---

(46) Felice BATTAGLIA, *La Carte dei diritti (dalla Magna Charta alla Carta di San Francesco)*, 2ª ed., edición a cargo de Felice Battaglia, Sansoni, Editore, Firenze, 1946.

(47) El borrador original de la *Declaración de Independencia* escrito por Thomas JEFFERSON en junio de 1776, se conserva como una *Carta de Libertades*, junto con la *Constitución de Estados Unidos* y la *Declaración de Derechos*, en la Rotonda de los Archivos Nacionales de Washington DC, inaugurada por Harry S. Truman en diciembre de 1952.



“su revestimiento iusnaturalista, son estrictamente derecho positivo, emanado de una Convención producto de la soberanía popular y sometidas, en lo que a su subsistencia se refiere, a la misma voluntad popular expresada a través de su adecuada delegación”(48). Pues bien, entendemos a contrario, que según la estructura constitucional norteamericana finalmente dispuesta y luego respetuosamente seguida en perspectiva histórica, el Poder legislativo ordinario encontraba un sólido fundamento a su capacidad de crear Derecho en el marco de las Libertades constitucionales reconocidas, y un fundamento tanto más eficaz y penetrante cuanto superior eran justiciables esas Libertades, esto es, cuanto más nítidamente fuesen esclarecidas las concretas posiciones subjetivas y existía un órgano judicial capaz de tutelarlas incluso frente al Poder legislativo(49). En efecto, al finalizar el siglo XVIII, las Colonias inglesas de Norteamérica pasan a su autoconstitución en Estados soberanos, y la estructura constitucional que iban adoptando repetida por las prosigüentes, a fin de establecer un mecanismo de seguridad infranqueable, constaba de dos partes diferenciadas, aunque claramente procuraran su interconexión práctica: la primera, constituida por la pertinente Declaración de Derechos del ciudadano, habitualmente denominada *Bill of Rights*, que inspiran luego la redacción en 1791 de las diez primeras enmiendas a la Constitución de 1787, ante la omisión inicial por esta de referencia explícita a las libertades públicas y sus garantías pertenecientes al ciudadano norteamericano; y, la segunda, integrada al hilo de un esquema de organización del poder, normalmente apelada como *Form or Frame of Government*. La relación entre las dos partes fue siempre considerada de carácter jerárquicamente funcional, en el sentido de que la organización del gobierno aparecía como un instrumento técnico con el fin de garantizar la tutela de los derechos individuales consignados a través de las Cartas de Derechos que tenían la naturaleza arriba descrita, y definían la posición del individuo por conexión al poder

---

(48) Pedro CRUZ VILLALÓN, “Formación y evolución de...”, *loc. cit. en op. cit.*, p. 37.

(49) Giovanni TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Vol. I, Il Mulino Società Editrice, Bologna, 1974, pp. 67 y ss; asimismo, en términos semejantes apunta Bodo PIEROTH, “Grundlegend zur Geschichte...”, *loc. cit. en op. cit.*, pp. 568 y ss.

estatal limitado(50). Pero, esencialmente, la primera se nutre de un *higher law* que arranca del *ius naturae* medieval y coloca en lugar privilegiado el principio de la primacía del Derecho, situándolo por encima del Legislador ordinario, constituyendo los Derechos Fundamentales el citado *higher law* de esos sistemas jurídicos creados; recoge esta concepción el artículo 6 de la Constitución Federal, al disponer, “Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado”. Tal enunciado había tenido su primer precedente escrito en el preámbulo de la Constitución de *Massachusetts* de 1780, cuyo texto, por demás, reflejara emblemáticamente la concepción pactista del movimiento constitucional a la que hemos aludido: “El fin de la institución, mantenimiento y administración de un gobierno es asegurar la existencia del cuerpo político para protegerlo y facilitar a los individuos que lo componen el poder de disfrutar, con seguridad y tranquilidad, sus derechos naturales y las bendiciones de la vida. Y cuando estos grandes objetivos no se alcanzan, el pueblo tiene un derecho a cambiar el gobierno y a tomar las medidas necesarias para su seguridad, prosperidad y felicidad. El cuerpo político está formado por una asociación voluntaria de individuos. Es un pacto social por el que todo el pueblo pacta con cada ciudadano, y cada ciudadano con todo el pueblo, que, para el bien común, todos se gobernarán mediante ciertas leyes. Es la obligación del pueblo, por tanto, al elaborar un Constitución de Gobierno, estipular una forma equitativa de hacer leyes así como una interpretación imparcial y su precisa ejecución, para que todo hombre, en todo momento, encuentre su seguridad en ellas. Por tanto nosotros, el pueblo de *Massachusetts*, reconociendo con corazones agradecidos la bondad del Gran Legislador del Universo al darnos, en el camino de su providencia, una oportunidad pausada y pacíficamente, sin fraude, violencia ni sorpresa, de llegar unos con otros a un pacto original, explícito y solemne, y de elaborar una nueva Constitución de Gobierno Civil para nosotros y para nuestra descendencia”.

---

(50) Un excelente estudio acerca del origen, significado y evolución de este aspecto considerado en el texto, referido a la Primera Enmienda, lo ha realizado David YASSKY, “Eras of the First Amendment”, en *Columbia Law Review*, Vol. 91, núm. 7, 1991, pp. 16 y ss.

Con lo cual, al elaborarse sobre las precitadas bases la Constitución federal, como hemos dicho, se da la vuelta al principio absolutista continental referido a la supremacía del poder y su carácter de ilimitable por el Derecho(51). Por eso, cuando Mauro CAPPELLETTI hace referencia al modelo de control de constitucionalidad propio del sistema estadounidense, alberga pocas dudas acerca de que tiene desde su temprano nacimiento impronta iusnaturalista, y no dice que se fundamenta en el Derecho positivo (se traduce en), la misma idea que llevó a entender la Constitución como Ley Superior y tabla de valores; traducándose en un sistema de jurisdicción constitucional fuertemente basado sobre la tutela de los derechos subjetivos (algo poco considerado en la moderna reconstrucción europea de estos), y modalidad respecto de la cual, el control de constitucionalidad de o sobre la Ley, ocurre *per incidens*, durante el transcurso de procedimientos judiciales que implican de modo concreto los derechos subjetivos de las partes, en los cuales las razones del Legislador, a la hora de la verdad, no hallan algún espacio de representación(52). No obstante, aun cuando muchos de los padres constituyentes de 1787 deseaban individualmente que los tribunales asumieran un control constitucional sobre la legislación, dejaron abierta la cuestión de modo intencionado, guardándose de expresar que la Constitución federal reflejara de forma explícita tal posibilidad con el fin de evitar un eventual fracaso de la misma(53). Sin embargo, pronto se adquiere la convicción de que pueden ser anuladas por el juez las leyes infractoras de los Derechos Fundamentales, algo que no ocurría en Inglaterra, cuyos *Bills* son creación del Legislador ordinario, a quien se le reconoce disponer de facultad para su transformación, y se trata de un planteamiento que propulsara con insistencia Thomas JEFFERSON para las Colonias, esta vez sin éxito. Y es que, con más o menos imperfecciones, en Norteamérica se afirma el principio de soberanía popular desde el inicio, con superposición de la voluntad del

---

(51) Antonio REPOSO–Mario PATRONO, *La Costituzione degli Stati Uniti d'America. Duecento anni di storia, lingua e diritto*, Arnoldo Mondarone Editore, Milano, 1988, *passim*.

(52) Mauro CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1968; conclusiones muy similares a las que llegara en su memoria de habilitación Winfried BRUGGER, plasmada ahora en *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1987, a la que remitimos *in toto*.

(53) Edouard LAMBERT, *El gobierno de los jueces*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010, p. 21.

pueblo a la de todos los poderes constituidos, incluido naturalmente el Legislativo. La Constitución como *We the people*, adquiere su condición de norma suprema ordenadora de los poderes de la comunidad política, a partir de esta legitimidad democrático-sustancial de origen. Y a esta concepción material de legitimidad se adicionaría luego el elemento formal, consagrándose asimismo la conocida tesis de la supralegalidad constitucional en cuanto “Ley de leyes”. De este modo, la Ley estaba imposibilitada para disponer del contenido de los Derechos y Libertades, pues era la Constitución la que se colocaba por encima de todo poder, y en ella se contenían los Derechos naturales, respecto de los cuales, el pueblo, titular de los mismos, no había hecho renuncia, ante lo que se configura una formalización del pacto social diferente de la continental. La Novena Enmienda, al hacer expresa referencia a los Derechos conservados por el pueblo, es una buena prueba de lo que terminamos de decir: “*The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage other rights retained by the People*”. Los Derechos, para expresarlo con Gustavo ZAGREBELSKY, constituían un patrimonio subjetivo existente por sí mismo de modo evidente y superior al derecho legislado, el cual debía ser resguardado frente a potenciales violaciones(54). Por eso estuvo en condiciones de teorizar en febrero de 1803 John MARSHALL, al examinar la legalidad de la *Judiciary Act* de 1789 en el caso *Marbury versus Madison*: “La cuestión de si una Ley incompatible con la Constitución puede convertirse en Ley de la Nación, es una cuestión de gran interés para los Estados Unidos; pero, felizmente, no es de dificultad proporcional a su interés. Solo resulta necesario establecer ciertos principios que, se supone, han sido bien y largamente establecidos para decidirla (...) o la Constitución controla cualquier acto legislativo incompatible con ella, o, (...) la legislatura puede alterar la Constitución por medio de una Ley ordinaria (...) La Constitución escrita ha sido considerada siempre como Ley Fundamental y Superior de la Nación y consecuentemente la teoría de los gobiernos ha de ser que un acto de la legislatura que repugne a la Constitución es nulo (...) Los poderes del Congreso están definidos y limitados. Y para que estos límites no se confundan u olviden, la Constitución es escrita (...) y/o la Constitución

---

(54) Gustavo ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil. LEY, DERECHOS Y JUSTICIA*, Editorial Trotta, Madrid, 1995, *op. cit.*, p. 54.

es la Ley Suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y del modo, como sucede con cualquiera de ellas, puede reformarse al efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una Ley contraria a la Constitución no es Ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza. Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder judicial es decidir qué es ley”. La Constitución es “la Ley Suprema y Soberana de la Nación y un acto incompatible con su normativa es nulo”, por lo tanto, “Si, por lo tanto, las Cámaras tienen que observar la Constitución y la Constitución es superior a cualquier ley ordinaria de la legislatura, es la Constitución, y no esa ley ordinaria, la norma que debe regir el caso al cual ambas se aplican (...) “Si una Ley está en oposición a la Constitución, y si ambas, la Ley y la Constitución, son aplicables al caso particular, el Tribunal tiene que determinar cuál de estas reglas en conflicto es la que rige el caso”; y, atendiendo a “La lógica preeminencia de la Constitución: si los Tribunales han de observar la Constitución, y la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura, la Constitución y no tal acto ordinario ha de regir el caso al que ambas se aplican, ya que otra cosa sería subvertir el verdadero fundamento de todas las constituciones escritas”(55). A partir de estos razonamientos, institucionalizaría el

---

(55) Con todo, bien ha observado Gregorio CÁMARA VILLAR, el “origen político de la jurisdicción constitucional”, pues la construcción del famoso juez norteamericano, tenía “como trasfondo y explicación la situación política y, como motor, la firme decisión del genial *Chief Justice* de conseguir cimentar sólidamente los pilares constitucionales de una nación surgente para hacerla efectiva; y para lo cual, como es bien conocido, afrontó cuando la ocasión se produjo, bajo los cánones de la argumentación jurídica, los problemas de gobierno de la federación que no habían podido ser previstos por los *founding fathers*”, *Votos Particulares y Derechos Fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional Español (1981-1991)*, Editorial Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 15. José ACOSTA SÁNCHEZ destaca que el Consejo de Censores contemplado por el artículo 47 de la Constitución de Pennsylvania de 1776 (abolido en 1789), constituyó “la positivización del primer control orgánico de constitucionalidad de las leyes, más democrático que la posterior *judicial review*”, *Formación de la Constitución...*, *op. cit.*, p. 81.

El antecedente de la construcción norteamericana suele situarse, como es sabido, en el fallo del juez Edward COKE referido al *Bonham's case* (1610), a cuyo efecto elaborara la teoría del *Fundamental law* o Derecho superior de los ingleses, vinculado a los valores de equidad y de justicia e incluso comprensivo del Derecho natural; la cual inspiraría más tarde la teoría de los cuatro fundamentos de OLIVER CROMWELL, constitutivos de un Derecho fundamental más alto y situado por encima del Parlamento y del Derecho producido a cargo

control judicial de la constitucionalidad de las leyes (*judicial review of legislation*), declarando la nulidad de la Sección 13 de la precitada *Judiciary Act* por entrar en contradicción con lo dispuesto por el artículo 3, Sección II de la Constitución. Pues bien, según BOYCE, la genial intervención de John Marshall, logró vencer todo tipo de hielos y resistencias, de tal modo que, al finalizar su trabajo como presidente del Tribunal Supremo (1835), podía contemplarse la regulación con plenitud de la materia casacional por inconstitucionalidad de las leyes, sin estar dicho control expresamente previsto ni por la Constitución ni por disposición alguna dictada al particular por el Legislador(56). Ahora bien, cauteloso, el Tribunal Supremo no volvería a declarar la inconstitucionalidad de una Ley federal hasta 1857, con ocasión de hacerlo a través de la tristemente célebre *Dred Scott versus Sandford Decision*, considerada uno de los más significativos detonantes de la Guerra de Civil iniciada en 1861, y, a través de la cual, el *Chief Justice* Roger B. TANEY negara la posibilidad de que las personas de raza negra pudieran ser consideradas ciudadanos, declarando la nulidad de la Ley Federal de 1820 que prohibiera la esclavitud en las tierras que, una vez adquirida mediante compra la Louisiana, habían pasado a ser de dominio público.

---

de este. La fundamental aportación teórica provenía de los escritos de HAMILTON y MADISON recogidos en *El Federalista*, donde se propugna una vinculación más fuerte de los jueces a la Constitución que la mantenida ante la Ley, y la defensa de los derechos de las minorías frente a los eventuales abusos de las mayorías; sin embargo, la obra, valedora de un Gobierno fuerte, fue en general perjudicial para los Derechos constitucionales. Adicionalmente, el Preámbulo de la Constitución incorporó expresamente la idea de que el Pueblo era quien estatúa la Constitución, cuyo artículo sexto la define como el “supremo Derecho del país”, y son varios los topoi a lo largo del texto alusivos a su naturaleza de norma fundamental, además de incorporar el principio de rigidez constitucional; en fin, la Primera Enmienda, dispuso la imposibilidad para el Congreso de aprobar leyes atentatorias contra los Derechos constitucionales.

(56) El Poder judicial se establecería en Norteamérica, resume Alexis DE TOCQUEVILLE, a modo de “contrapeso y barrera al poder legislativo (...) El juez americano se parece, por tanto, perfectamente a los magistrados de otras naciones. Sin embargo, está revestido de un inmenso poder político que estos no tienen. Su poder, conforma la más terrible barrera contra los excesos de la legislatura (...) La causa está en este solo hecho: los americanos han reconocido a los jueces el derecho a fundar sus decisiones en la Constitución más que sobre las leyes. En otros términos, le han permitido no aplicar las leyes que le parezcan inconstitucionales”, *De la démocratie en Amérique* (1835), Garnier-Flammarión, Éditions, Paris, 1981, Tomo I, pp. 71 y ss.

2. LAS DECLARACIONES EUROPEAS; POR TODAS, LA DECLARACIÓN FRANCESA DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO DE 26 DE AGOSTO DE 1789.

2.1. *La Declaración y su concepción acerca del carácter preestatal de los Derechos naturales y universales del Hombre.*

Las Declaraciones europeas, evidentemente también revolucionarias, nacen del empeño en atribuir naturaleza legislativa a las teorías iusnaturalistas y antiabsolutistas sobre la limitación del poder estatal así como a los Derechos naturales, inalienables y sagrados de los ciudadanos, considerados universales e imprescriptibles.

Su apelación a un Derecho natural en la vertiente iusrracionalista, decía reconocer igualdad de libertad a todos los sujetos, pues, de pretender el respeto en la mayor medida posible del estado originario del hombre regido por ese aludido Derecho, ello debería forzosamente abocar a una posición de absoluta igualdad en derechos de todos los seres humanos. Porque todos provenían de una situación originaria, anterior a la constitución de la comunidad política, caracterizada por el apellidado estado de naturaleza, en el cual, carentes los individuos de vínculo social alguno, estaban todos ellos en la misma posición de igualdad, y, como lógica consecuencia, eran asimismo en su totalidad titulares de idénticos derechos de carácter absoluto otorgados por la Naturaleza a los efectos de la autorrealización personal individual(57). De este modo, los Derechos Humanos (derivación del Derecho natural) pasan a ser concebidos ahora de todos los hombres y con independencia de referirse a específicos ordenamientos positivos (por eso haría referencia Maximilien François DE ROBESPIERRE, al hecho de tratarse de la Constitución de todos los pueblos), cuya naturaleza es la condición inherente que se pretende marque la condición de *status*

---

(57) Winfried BRUGGER, "The Image of the Person in the Human Rights Concept", en *Human Rights Quarterly*, Vol. 18, núm. 3, 1996, pp. 594 y ss, donde se destaca por el autor el aporte que supone una imagen de persona humana con la que todos se puedan identificar en importante medida, bajo la pretensión de superar las tensiones provocadas como consecuencia de reivindicar la universalidad y la particularidad; y esa imagen facilita un enfoque integral y holista que, en su contemplación con la concepción de Derechos Humanos, añade una idea de base emocional de compromiso con los mismos, y permite a las personas que se reconozcan en esa imagen y aprecien sus características humanas y sus iguales derechos comunes.

titular de los mismos: el hombre es en su condición de tal, poseedor de una serie de Derechos inherentes a su naturaleza, los cuales de ninguna manera admiten ser desconocidos, sean o no reconocidos por el ordenamiento jurídico, y eran constitutivos de los Derechos individuales (civiles y políticos); contrastando claramente con la tradición británica que proclama los derechos correspondientes a los ciudadanos ingleses, invocando el precedente de la *lex terrae*. Ello se apoya sobre las ideas filosófico-políticas impuestas ya durante el siglo XVIII, lo que constata un reconocido avance en la consolidación de los Derechos del ser humano, al trascender al ciudadano nacional francés, mostrado inequívocamente por su vocación universalista e intemporal evidenciada desde su propio título que, como decimos, pretende hacer referencia a todo ser humano en cuanto portador de derechos inalienables e inviolables. Y cuenta para ella, desde luego, las Declaraciones previas norteamericanas, como no sin contestación bien mostrara Georg JELLINEK, parcialmente comprensible esta, si bien, a nuestro juicio, debía haber incidido más el autor en la diferente concepción de pacto fraguada; a buen seguro de inferior cohesión, con todo, porque el contexto sociopolítico era diferente. Tampoco era un contexto socio-político el americano tan fácil como deslizamos alegremente con frecuencia, porque existió el conflicto tanto externo como interno, llegando a su grado máximo en Pennsylvania. Colonia en la cual se desencadenaron, como en ninguna otra, “tan agudamente los antagonismos raciales, políticos y económicos”, y de igual modo, “en ninguna otra parte la clase dirigente se opuso tanto al cambio o al pacto, y en ninguna otra la revolución fue tan completa”(58).

Los Derechos corresponden por consiguiente al hombre en el estado de naturaleza (son derechos de la humanidad), siendo precedentes, pues, al Estado y a la Comunidad política, y concerniendo al poder político su genuino respeto y garantía jurídica, lo cual constituye la expresión de una idea típicamente iluminista, encontrando su traducción más elocuente en el movimiento alentador del fenómeno de nueva naturaleza que se va a concretar a través del movimiento

---

(58) Merrill JENSEN, citado por José Acosta Sánchez, *Formación de la Constitución...*, *op. cit.*, p. 78.



constituyente desplegado(59). Ahora bien, importa matizar, en el sentido que una vez celebrado el pacto social entre los individuos libres en el estado de naturaleza, ello implica renunciaciones y cambios de entidad. Constituidos la Sociedad y el Estado, es a este a quien corresponde la garantía de los derechos de todos los residenciados sin embargo en la esfera social, cuyo contenido ha sido ahora alterado, pero no su fundamentación última, al pasar los derechos de cada individuo a estar limitados por los de los restantes; e incluso cambian de denominación, toda vez se abandona el concepto de naturales y vienen a ser conocidos con el nombre de derechos individuales o civiles, pertenecientes al ciudadano. Nos encontremos así luego, conforme a las tesis liberales, con los derechos individuales frente al Estado, consistentes en libertades negativas e impeditivas de intromisión en sus ámbitos de garantía, y los derechos ciudadanos a participar en el ejercicio y dirección del poder estatal, que tienen el carácter de libertades positivas, de titularidad restringida y creados por el propio derecho positivo (pensados teóricamente al servicio de los primeros). No obstante, se ha matizado entre nosotros, al señalar que el triunfo del individuo en la Declaración de 1789, verdaderamente supuso el “del *homo juridicus* inventado por el pensamiento moderno. Pero, al mismo tiempo, los constituyentes conceden una gran importancia al vínculo social, tal como se pone de manifiesto en el art. 4, del que se puede deducir que la idea de libertad en sociedad complementa la otra idea de libertad personal. El individualismo revolucionario se desmarca así de la imagen distorsionada que de él proyectarán posteriormente los detractores de la Revolución”(60); en lo que supone a nuestro modo de ver una cierta desatención de la evolución sufrida en el seno del propio liberalismo por aquellos no tan hostiles al proceso revolucionario. Y un poco más adelante, si bien se descarta la oposición para el individualismo liberal de 1789 entre el individuo y la sociedad, de inmediato admite la existencia de “una jerarquía en virtud de la cual no se rechaza la colectividad, pero no se le reconocen

---

(59) Por todos, puede verse al efecto Simone GOYARD-FABRE, *Les Principes Philosophiques du Droit Politique Moderne*, Presses Universitaires de France, Éditions, Paris, 1997, *passim*.

(60) María VENEGAS GRAU, *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Editorial Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 125.

finés, pues la sociedad (pensada como una suma de individualidades) siempre ha de estar al servicio del individuo” (61). De este modo, viene a ser considerado por ejemplo Norberto BOBBIO, uno de los autores que mejor ha explicado la concepción individualista de la Sociedad, “común a la doctrina de los derechos humanos y de las tesis contractualistas, como aquella «de acuerdo con la cual primero está el individuo con sus intereses y necesidades, que toman la forma de derechos en virtud de una hipotética ley de naturaleza y luego la sociedad, y no al contrario, como sostiene el organicismo en todas sus formas»” (62).

Podemos así advertir que la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, redactada a partir del proyecto-borrador debido a Marie-Joseph-Paul LAFAYETTE (antes marqués de La Fayette, y luego *le Héros des Deux Mondes*), da por supuesto el concepto de ciudadano. Sin embargo, la gran parte de los derechos y libertades recogidos por la Declaración son atribuidos expresamente al hombre y no al ciudadano; a este último tan solo hacen referencia el artículo sexto, al otorgarle la facultad de concurrir personalmente o por medio de sus representantes a la formación de las leyes y en el desempeño de toda clase de dignidades y empleos públicos; el decimotercero para imponerle la obligación del pago de tributos; y finalmente en el decimocuarto, con objeto de

---

(61) María VENEGAS GRAU, *Derechos fundamentales y Derecho privado...*, op. cit., p. 128.

(62) María VENEGAS GRAU, *Derechos fundamentales y Derecho privado...*, op. cit., p. 129. Por añadidura, aunque ahora no nos vamos a detener en ello, Rudolf SMEND, entendía que los Derechos Fundamentales constituían el factor esencial de integración constitucional sustancial con carácter general, requeridos, pues, de una “interpretación distinta de su contenido material”, y al tiempo se opondría tenazmente a la concepción tradicional predominante técnico-jurídica de la época y al entendimiento correspondiente de los mismos como derechos que no significaban a la postre algo distinto que el principio de legalidad administrativa, resumiendo asimismo la carga negativa de la definitoria del “burgués” mayoritariamente “seguida”, al poner en “la boca de quizá la mayoría de los alemanes” el significado del “*bourgeois*”, como “el egoísta calculador y cicatero de la era capitalista, incapaz de cualquier acto heroico o valeroso, imposibilitado para percibir la belleza y los valores espirituales; el hombre, en definitiva, del pasado, del que no se puede esperar nada para la construcción de un mundo nuevo y más dinámico”, en definitiva, un individuo pasivo “Ciudadano y burgués en el derecho político alemán”, en *Constitución y derecho constitucional*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 251

concederle el derecho de intervenir en la votación de los impuestos. Asimismo, se continúa un Estado nacional previo; con lo cual, en oposición a lo realizado por las Colonias inglesas de Norteamérica, resaltamos la constitución de un Estado sobre renovados fundamentos. Aunque Carl SCHMITT fuera en su juicio aún más radical, al expresar que la Revolución francesa trajo como consecuencia la toma por un pueblo “en sus manos, con plena conciencia, su propio destino”, y la adopción de una decisión libre “sobre el modo y forma de su existencia política”(63). Desde la apelación a los cánones de la razón y dignidad de la persona humana, ese novedoso Estado apoya ahora su fundamentación a partir de la concepción clásica de los Derechos Fundamentales, en su consideración por substancia y función como límites al poder estatal, o más propiamente fundamentos de legitimidad del nuevo poder(64); naciendo, pues, o cambiando de naturaleza, con la clara vocación de obligar “no solo al Legislador sino también a la propia Constitución”(65).

Con independencia lo previo de lo ocurrido luego en la realidad política propia de la experiencia histórica, en la que ha sido perfectamente posible detectar graves disparidades de facto relativas al compromiso y verificación de las aludidas premisas(66). Ahora

---

(63) Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1992, p. 126.

(64) Hanna ARENDT, citada por María Venegas Grau, *Derechos fundamentales y Derecho privado...*, *op. cit.*, p. 127.

(65) Luis VILLACORTA MANCEBO, “Igualdad y Estado Liberal: Perspectiva de un desencuentro”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 61, 2004, p. 25, y la bibliografía allí citada.

(66) Según enfatiza Walter LEISNER, la condena recaía en el ejercicio arbitrario del poder y no iba únicamente dirigida contra este en sí mismo considerado, *Grundrechte und Privatrecht*, C.H. Beck Verlag, München und Berlin, 1960, pp. 22 y ss. No obstante lo anterior, destaca asimismo el autor reseñado que la Declaración Francesa consideraba al individuo como una entidad aislada y no en su faceta de miembro encuadrado dentro de la comunidad, de ahí su singular preocupación por remarcar la independencia jurídica individual, a fin de preservar ese aislamiento *ibidem*, pp. 25-26. Y, en similares términos, destaca Roberto L. BLANCO VALDÉS, que la Revolución Francesa y las que la siguieron en aquel momento histórico, se alzaron contra el despotismo y la arbitrariedad monárquica, frente al Estado absoluto y la Sociedad estamental que estaba en sus cimientos, y se llevarían a cabo esgrimiendo la implantación de parlamentos representativos así como el reconocimiento de los Derechos de las personas, *La construcción de la Libertad. Apuntes para una historia del constitucionalismo europeo*, Editorial Alianza Editorial, Madrid, 2010. Efectivamente, así fue entendido para nuestro Estado desde la monumental obra sobre el primer liberalis-

bien, tal como ha precisado por ejemplo Giorgio LOMBARDI, el movimiento revolucionario francés nace, más que ante una exigencia limitativa de los poderes públicos, como un antagonista frente a los privilegios, y, además, se endereza sobre todo contra determinadas formas de estructura social. También matiza el autor en la dirección de que el privilegio a combatir por las Declaraciones de Derechos revolucionarias, no era un privilegio derivado del ejercicio del poder privado, sino la traducción económico- social de privilegios jurídicos, y es forzoso comprender también su derivado de naturaleza iuspublicista, concentrado mediante la formalización de principios antiabsolutistas y antirrestauradores(67). Es este el sentido, expresaría Lorenz VON STEIN, en el que la Declaración de Derechos era expresiva de la nueva ley fundamental social de la Nación(68).

Realmente, los Derechos Fundamentales finalmente plasmados en estos documentos, responden al menos formalmente a similar *ratio* que la expresada por las Declaraciones americanas, por cuanto reconocen los Derechos naturales del hombre como fin de toda institución política(69), que debe limitarse a respetarlos(70), pretendiendo sus autores a través de

---

mo español a cargo de José María QUIPO DE LLANO y RUÍZ DE SARABIA (Conde de Toreno), aparecida en cinco volúmenes, publicados entre 1835-1837, con el título de *Historia del levantamiento, guerra y revolución de España, por el conde de Toreno*, Editorial Imprenta de Tomás Jordán, Madrid, 1835-1837, donde defiende su autor que la Constitución de 1812 fue fruto aún del movimiento revolucionario de 1808, teniendo como finalidad esencial derrocar el poder arbitrario del monarca, mediante el afianzamiento de los sentimientos y ansias de libertad e independencia de los españoles, al establecer asimismo los pilares que condujeran a una ordenación social nueva, con superación para ello de todas las trabas y dificultades que suponían la diversidad de usos y costumbres diseminados por el conjunto de la Nación.

(67) Giorgio LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Vol. I, Giuseppe Giappicheli Editore, Torino, 1970, pp. 55-57.

(68) Lorenz VON STEIN, *Der Begriff der Gesellschaft und die soziale Geschichte der französischen Revolution bis zum Jahre 1830*, Otto Wigand Verlag, Leipzig, 1855, p. 214.

(69) Insiste acerca de la idea del carácter de Derechos naturales del ser humano el Preámbulo de la Constitución de 1791 y su Prólogo, así como el artículo 3 de la Declaración de 21 de junio 1793, en el bien entendido sentido que los Derechos comprendidos en la *Déclaration de 1789*, fueron luego repetidos, con pequeñas variaciones, por las Declaraciones y Constituciones sucesivas, Lucien JAUME, *Les Déclarations des Droits de l'Homme: Du débat 1789-1793 au Préambule de 1946*, Grupe Flammarion Éditions, Paris, 1989, *passim*.

(70) Las Declaraciones de ambos lados del Atlántico “respondían a la misma idea central”, por lo tanto, no es “una diferente concepción de los derechos en donde está el

los mismos y su filosofía liberadora, la cristalización de un reconstructivo plan “moral, social y político, un proceso de liberación humana”(71). Según entienden los propios revolucionarios, los Derechos ni podían ni debían ser regulados, porque no eran creados sino “declarados”, toda vez se encuentran ahí “desde siempre como acervo ineliminable de la naturaleza humana, y la tarea de la asamblea revolucionaria solo consiste en sustraerlos de la humillación y del olvido al que el pasado y el despotismo los había condenado”(72). Estos Derechos naturales del hombre, preexistentes al Estado, tenían por destinatario al género humano, otorgaban soporte al *status* negativo del individuo –libertades negativas o espacios inexpugnables sustraídos a la acción del Estado–, y protegen substancialmente a su titular mediante una delimitación exhaustiva con la pretensión de constituir barreras infranqueables frente a la actividad estatal, de tal modo que, considerados desde la perspectiva del poder público, “representaban limitaciones de actuar, y, en relación a los particulares, pretensiones de omisión”(73); si bien siempre, considerando han perdido su carácter de ilimitados, como ya dijimos.

---

origen de la divergente evolución constitucional de los mismos en los Estados Unidos y en Europa”, más bien, la divergencia, “va a estar en una diferente fundamentación del poder”, donde apreciamos una cierta contradicción parcial, porque el poder en Norteamérica sí se fundamentó claramente en los Derechos superpuestos al mismo, Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, 14ª ed.; revisada y puesta al día por Manuel CARRASCO DURÁN, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 185. Así, y por esta vez, compartimos más bien la posición de Roberto L. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del constitucionalismo liberal*, Editorial Alianza Editorial, Madrid, 1994, donde incide acerca de la importancia de la garantía de los Derechos como esencia del contrato, algo que los colonos realmente llevaron a la práctica, porque tenían diferente concepción respecto del significado de los Derechos; o, cuando menos, dispusieron de mejor oportunidad para mostrarlo.

(71) Javier DE LUCAS MARTÍN, “Sobre la Ley como instrumento de certeza en la Revolución de 1789. El modelo del Code de Napoleón”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol. VI, 1989, p. 131.

(72) Pietro COSTA, “Derechos”, *loc. cit.* en *op. cit.*, p. 52. La ausencia de una Declaración de Derechos antepuesta a nuestra Constitución de 1812, es explicada por Ángela FIGUERUELO BURRIEZA en clave histórica, pues valora fue debido fundamentalmente a no proseguir dando pábulo a las frecuentes acusaciones que se vertían acerca del afrancesamiento de los constituyentes, pero por su amplio articulado hallamos dispersos algunos derechos individuales consustanciales al primer liberalismo, “La Constitución de Cádiz en el trienio medieval”, en *Letras jurídicas*, núm. 27, 2013, p. 112.

(73) Dieter GRIMM, *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, p. 183.

La doble referencia al hombre y al ciudadano fue entusiastamente comprendida dándole un sentido unitario, porque, de facto, es la misma persona a la que, atendiendo a su naturaleza, le corresponden ciertos derechos propios del Estado de naturaleza pre y supra estatales, y, dado su carácter de ciudadano, concretos derechos dentro de la Comunidad política, operantes como fundamentos de legitimidad del poder estatal y a respetar por este. Una idea, la de legitimidad del poder, que tanto se buscara a través de la teoría del contrato social, y tan presente estuviera en la obra de autores como LOCKE, KANT o ROUSSEAU(74), por referirnos a algunos de los de mayor resonancia. No obstante, la contraposición frente al Antiguo Régimen comporta la desestimación de todo planteamiento historicista, porque el pasado consideraron era rechazable en bloque, sin que cupiera valorizar, ni siquiera, una mínima parte del mismo(75). Los “derechos individuales” eran los derechos morales de los que disponían los hombres no por cierta relación especial con otros hombres, tampoco por ocupar determinado cargo o función, ni por ciertas particularidades físicas o intelectuales, ni por las circunstancias en que un individuo puede encontrarse, sino por el hecho de ser hombres: siendo la propiedad de ser individuo humano la circunstancia antecedente que sirve de condición suficiente de estos derechos, pues todos los hombres tenían un título igual a ellos(76). Se conforma así, de acuerdo al pensamiento político liberal, una sólida versión subjetivo-individual de los Derechos, para cuya vivencia era entendido que la actividad política constituía una amenaza de la libertad individual, naturalmente de quien disponía de la mismas, en todo caso, por lo que realmente era una situación

---

(74) Rainer WAHL, “Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts”, en *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internalisierung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 2003, pp. 346 y ss. Acerca del carácter mítico-instrumental del contrato social, así como respecto de su función legitimadora del Derecho, pueden verse las “desmitificadoras” y esclarecedoras páginas dedicadas a la cuestión por Jesús Ignacio MARTÍNEZ GARCÍA, *La imaginación jurídica*, Editorial Debate, Madrid, 1992, pp. 169 y ss, especialmente 186 y ss.

(75) La idea de preestatalidad de los Derechos naturales individuales está claramente contenida en los dos primeros artículos de la Declaración, como bien recuerda Maurizio FIORAVANTI, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las constituciones*, Editorial Trotta, Madrid, 1996, p. 61.

(76) Carlos SANTIAGO NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 417.

encubierta bajo el disfraz legitimador del discurso referido al bien común, lo que se iba a garantizar mediante el desarrollo de un proceso político competitivo entre intereses particulares.

En importante cualidad política, la Declaración muestra evidente discontinuidad con la etapa pretérita y, por lo referente al plano jurídico, el despliegue de las preocupaciones, intereses y anhelos de la burguesía(77); pero, sobre todo, era una revolución social, por lo que no podemos aislar en modo alguno ambos momentos, conformadores por demás de un único contexto(78). Con todo, varios autores

---

(77) Christian STARCK, *Jurisdicción constitucional...*, *op. cit.*, p. 235; con parecidos términos argumenta Dieter GRIMM, *Constitucionalismo...*, *op. cit.*, p. 87.

(78) Para Lorenz VON STEIN, toda revolución verdadera era una revolución social, y, en tal sentido, la Revolución Francesa había sido también una auténtica revolución social, por haber desplegado muy importantes consecuencias para las relaciones sociales, *Der Begriff der Gesellschaft...*, *op. cit.*, p. 97, entre otros momentos; y en el acto revolucionario de 1789, la Sociedad nueva en gestación, frente a la Sociedad vieja incapaz de apereibir y conducir su propia transformación, se había apoderado del Estado, lo que simbolizaba perfectamente el acto de transformación de los Estados Generales en Asamblea Nacional, *ibidem*, pp. 193 y ss.

Referido por ejemplo a nuestro Estado, según recuerda Miguel REVENGA SÁNCHEZ, el Decreto aprobado el 24 de septiembre de 1810 por las Cortes Generales y Extraordinarias reunidas en la Isla de León, evidenciaba eran las propias Cortes “quienes se investían a sí mismas de atributos para desarrollar una tarea”, utilizando “un lenguaje de ruptura con el pasado que prefigura el porvenir y convierte la tarea constituyente en algo así como la ejecución de un designio. De soberanía de la Nación española representada «por los diputados que componen este congreso» habla el Decreto de 1810, que los declara, además, «legítimamente constituidos en Cortes generales y extraordinarias»”; pero, también rememora que procederían “luego a reconocer, proclamar y jurar fidelidad, como legítimo, al rey”, y dejarían así “sentadas las bases de funcionamiento de un sistema con arreglo al principio de la división de poderes”, “Las Constituciones de 1812 y 1978: una comparación”, en *Revista de Historiografía editada por el Instituto de Historiografía Julio Caro Baroja*, Año XI, núm. 21, 2014, p. 202. Destaca asimismo esta pretensión de tránsito del Antiguo Régimen al “nuevo sistema representativo”, como pretensión de la Constitución de 1812, Ángela FIGUERUELO BURRIEZA, si bien, considera que fue en el trienio liberal cuando surge la consciencia de estar ante la situación de un texto demasiado avanzado para efectuar ese tránsito de forma regular, y ello debido fundamentalmente a la estructura social española, unido a la falta de un sentimiento constitucional equilibrado que no llegó a cuajar, así como la fuerte división dentro del seno del liberalismo español entre exaltados y moderados, y, por si todo ello fuera poco, desde el exterior acechaba el recelo de diversas naciones europeas, “La Constitución de Cádiz...”, *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 105-106. Antonio TORRES DEL MORAL subraya la posición mutuamente excluyente entre absolutistas y liberales, sin posibilidad

han insistido prevalentemente en su carácter político como auténtica plataforma revolucionaria, sin propiamente valor normativo, ante lo cual no puede afirmarse que se constituyeron los Derechos enunciados en auténticos derechos subjetivos constitucional o jurídicamente garantizados(79).

Adicionalmente, contribuyeron poderosamente a su impulso argumentos tipo intelectual, pues la revolución se mantuvo “desde sus inicios bajo el dominio de una ideología”, y tal componente ideológico “contribuyó decisivamente a los pasos dados en su desarrollo ulterior”(80). De esta suerte, y debido a tales motivaciones, el acuerdo implicaría la consignación a través de “Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que

---

alguna de consenso, así como la división de estos últimos en dos facciones, resultando más fuertes los radicales en la restauración del trienio liberal, pero eran “doceañistas irreductibles” con los que poco se podía hacer, *Constitucionalismo Histórico español*, Editorial Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2004, p. 52. De cualquier modo, al margen de las primeras constituciones francesas precedidas por las Declaraciones de derechos, dos de nuestras constituciones decimonónicas, como son la de 1812 y la de 1869, si bien la primera desordenadamente, compiten con cualquier otra europea de la época referente a la amplitud de los Derechos reconocidos, e incluso la superan, hasta la fecha de la Constitución de Weimar de 1919.

(79) Insistiría en este aspecto de no haber sido una Declaración de auténticos Derechos, por carecer de formulación de verdaderas reglas jurídicas que colocaran a los ciudadanos en situación de hacerlos valer frente a los tribunales, Raymon CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie Générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Vol. II, Sirey, Paris, 1922, p. 582. Asimismo, para otro constitucionalista clásico de la época, como es Adhémar ESMEIN, las Declaraciones de Derechos “ne sont pas des articles de lois précis et exécutoires”, sino pura y simplemente “des déclarations des principes” que tienen por objeto proclamar los principales “axiomes dégagés par les philosophes et les publicistes”, como fundamentos de una organización política justa y racional; en consecuencia, solo mediante la intermediación de las “garanties des droits”, incorporadas en el cuerpo mismo de las constituciones, se transformarían en “véritables lois positives et obligatoires”, *Eléments de droit constitutionnel française et comparé*, Tomo I, Sirey Éditions, Paris, 1921, pp. 553 y 558.

(80) Ernst CASSIRER, “La idea de la constitución republicana (1928)”, ahora en ISEGORÍA. *Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 40, 2009, p. 157.



esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y deberes; con objeto de que los actos del poder legislativo y los del poder ejecutivo, al ser susceptibles de comparación a cada instante como finalidad de toda institución política, sean más respetados; con objeto de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas ahora en principios simples e incontestables, tiendan siempre a la preservación de la Constitución y a la felicidad de todos. En consecuencia, la Asamblea Nacional reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano”. Reproducido ello, antes de proseguir, no encontramos la razón por la cual, a modo de ejemplo, Costantino MORTATI (desde luego tenía fama de buen dialéctico y escritor) ha logrado convencer a un gran constitucionalista actual como es Gustavo ZAGREBELSKY, para que el último pueda afirmar: esa doble dinámica, constitucionalización de la política y politización de la Constitución y del Derecho, precisamente, nos revela el punto esencial de los principales problemas del Derecho Constitucional moderno; porque, o bien no había Derecho Constitucional antiguo (en cuyo caso, tampoco habrá Derecho Constitucional moderno, solo habrá Derecho Constitucional), o bien, cómo han logrado los autores citados, liberar al Derecho Constitucional antiguo de esas denunciadas amenazas cernidas, también ciertamente, sobre el Derecho Constitucional moderno(81); cuando menos, entendemos que nuestra impugnación es válida para el Derecho Constitucional europeo.

Así las cosas, una vez finalizado el Preámbulo con el enunciado de que era la Asamblea nacional la encargada de reconocer y declarar los Derechos, “en presencia del Ser Supremo y bajo sus auspicios”, el artículo primero de la Declaración proclama el principio de igualdad, al expresar: los hombres nacen y permanecen libres e iguales en Derechos, en tanto las distinciones sociales no pueden estar fundadas más que sobre la utilidad común. Y el importante artículo segundo

---

(81) Además, es el único momento que encontramos, desde nuestro modesto juicio, discordante con todo lo dicho por el autor a lo largo la introducción a la obra de Mortati, un escrito en el que pueden leerse afirmaciones tan testimoniales, como por ejemplo: “*La costituzione è opera di quanti hanno vinto una battaglia, della «parte» vincente*”, “Premessa”, en *La Costituzioni in senso materiale*, de Costantino Mortati, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1998, p. XXX.

recoge la siguiente idea: “*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme*”, a saber, la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión; para, seguidamente, proclamar por medio del artículo tercero que es la Nación la auténtica soberana (soberanía nacional): ningún cuerpo, ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de ella (de la Nación)(82). En fin, el artículo cuarto, introduce la idea de limitación (renuncia) del contenido de los derechos antes señalada, al definir la libertad como algo consistente en la facultad de “hacer todo lo que no perjudica a los demás”, y estableciendo como únicos límites al ejercicio de “los derechos naturales de cada hombre”, aquellos encargados de asegurar “a los demás miembros de la Sociedad el goce de esos mismos derechos”, que se concretarán por medio de la Ley. Partiendo de estos mimbres, a la vez que parando mientes sobre la experiencia absolutista, aún reciente para la memoria revolucionaria, los poderes públicos, y en primer lugar la Administración, eran considerados, expresa Guillermo ESCOBAR ROCA, “el peligro natural para la libertad de los ciudadanos; de ahí que la superioridad jerárquica de la ley sobre el reglamento fuera considerada una garantía insuficiente”, por lo tanto, “el Estado constitucional conoce, al menos desde mediados del siglo XIX, una institución destinada a conjurar el peligro de un poder reglamentario vulnerador de los derechos: la reserva de ley”(83).

---

(82) El artículo primero, Título III, de la Constitución de 1791, establecería: “1. La soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la Nación; ninguna sección del pueblo, ni ningún individuo, puede atribuirse su ejercicio. 2. La Nación, de la que emanan todos los Poderes, no puede ejercerlos más que por delegación (...)”.

(83) Guillermo ESCOBAR ROCA, “Los derechos fundamentales sociales de prestación (doctrina general)”, en *Derechos Sociales y Tutela Antidiscriminatoria*, edición de Guillermo Escobar Roca, Editorial Thomson Reuters–Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 565. En el mismo sentido, la consideración de la reserva de Ley en esta concreta época histórica como reserva de intervención en la libertad y en la propiedad que deben apoyarse sobre un fundamento legal, Luis VILLACORTA MANCEBO, *Reserva de Ley y Constitución*, Editorial Dykinson, Madrid, 1994, pp. 48-53. Fundamentalmente en el constitucionalismo de legitimación dual, conforme al cual, la libertad jurídicamente garantizada coincidía con el ámbito de la reserva de Ley, y, de este modo, los Derechos configuraban el campo de actuación abierto a las intervenciones administrativas. Precisamente por esta razón, Rainer WAHL nos participa que los documentos constitucionales alemanes del siglo XIX hacían referencia reiterativamente a los “derechos de los súbditos”, “*Rechtliche Wirkungen und Funktionen der...*”, *loc. cit. en op. cit.*, pp. 349 y ss.

Por ello, conforme al explícito decir de Hermann HELLER, la primera reivindicación trasladada por el liberalismo al terreno de la lucha política, fue la conquista de “la legalidad de la Administración”, pues, obviamente, esperar “la «seguridad de la libertad legal» de manos del monarca y de sus órganos, hubiera exigido una confianza sobrehumana, pronto desilusionada, por parte de los súbditos”(84). Vistas las cosas de esta manera, el poder público era estimado el enemigo potencial de las recién conquistadas libertades liberales, surgiendo a partir de semejante temor la idea de lograr la propia autolimitación del Estado, un mal necesario(85); consecuentemente necesitado de ser sometido a control en beneficio de la libertad propia de la Sociedad civil, esto es, a favor de los individuos en sí mismos considerados(86). De acuerdo al sentido expresado, para los revolucionarios franceses “la libertad consiste en el poder hacer todo lo que no perjudique a los demás; y, de esta forma, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que aquellos destinados a asegurar a los restantes miembros de la sociedad el disfrute de esos mismos

---

(84) Hermann HELLER, *Las ideas políticas...*, *op. cit.*, p. 106.

(85) El Estado como mal necesario y la Sociedad en cuanto ente benéfico, fueron ideas teorizadas con fuerza por Thomas PAINE. No obstante, como ya se dijo, autores de la categoría de Walter LEISNER, han matizado que, realmente, se condena y establecen precauciones frente a un uso arbitrario del poder, pero el anatema no es extensivo al poder en sí mismo considerado, de quien son conscientes era necesario servirse instrumentalmente para preservar el “modelo”, *Grundrechte und...*, *op. cit.*, pp. 23 y ss. En cuanto a Raúl MORODO LEONCIO lo ha resumido como sigue: “En un principio, regeneración excluye revolución, es decir, sería la expresión de una actitud reformista, con el objetivo claro de evitar un deslizamiento hacia radicalizaciones —que, sin embargo, serán inevitables—, pero que, en las fases pre-revolucionarias, por algunos, se intentaba excluir. Starovinski, con su habitual perspicacia, dirá, en este sentido, que «en 1789 pocos hablaban de abolir todo para emprender una reconstrucción total» (Bamave) sobre términos enteramente nuevos: las palabras más frecuentes eran *regeneración* y *restauración*. No se quiere innovar, sino reencontrar el origen olvidado». Renovar sin romper. La tradición renovada implicaría, en este orden de cosas, la no eliminación de la institución monárquica, que podría adoptarse y reformarse: en definitiva, una monarquía regenerada como monarquía constitucional. Pero, al mismo tiempo, el término regeneración va por otro camino: la regeneración como resultado de un previo proceso revolucionario: regenerar es establecer un «hombre nuevo», una «sociedad nueva», “Reformismos y regeneracionismo: el contexto ideológico y político de la Constitución de Bayona”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 83, 1994, p. 31; con mayor detalle *Las Constituciones de Bayona (1808) y Cádiz (1812). Dos ocasiones frustradas*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2011, *passim*.

(86) Maurizio FIORAVANTI, *Los Derechos Fundamentales...*, *op. cit.*, p. 41.

derechos. Límites que solo pueden establecerse por medio de una ley” (artículo cuarto de la Declaración). De todos modos, es también conocida la frase célebre de Rudolf VON GNEIST, cuando afirmara que las Declaraciones continentales fueron algo muy similar a un artículo de fe de la Sociedad (*Glaubensartikel der heutigen Gesellschaft*), y ello, desde su experiencia respecto de que los tribunales alemanes a la hora de aplicar los Derechos Fundamentales observaron su disolución progresiva en el antiguo principio de juridicidad de la Administración, traduciéndose así los derechos del hombre en un único principio, la libertad personal frente a la coacción ilegal (*Grundrecht auf Freiheit von ungesetzlichem Ztvang*)(87).

## 2.2. El “legicentrismo” evidenciado por la Declaración, y sus repercusiones más notorias.

En lógica correspondencia con lo reseñado, y mediante una fórmula nítidamente liberal–individualista presuntiva de la libertad, el artículo quinto de la Declaración Francesa mantiene: “todo lo que no está prohibido por la ley, no puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer lo que ella no ordena”. Así, el artículo sexto da continuidad a la idea, y, por su parte, define a la Ley como “la expresión de la voluntad general”, es decir, como instrumento jurídico al que “todos los ciudadanos tienen el derecho de concurrir a su formación, personalmente o por medio de sus representantes”. Con lo cual, la Ley debe ser igual para todos, proteja o castigue, y siendo todos los ciudadanos iguales a sus ojos, resultan admisibles al conjunto de las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos(88).

---

(87) Rudolf VON GNEIST, *Die nationale Rechtsidee von den Ständen und das preussische Dreiklassenwahlssystem: eine sozial–historische Studie*, Springer Verlag, 1894, pp. 115 y 184.

(88) A pesar de tal enunciado, finalmente la Declaración Francesa deja sin recoger la filosofía expresada como objetivo central del pensamiento de Jean–Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat social* [1ª ed., 1762], ahora en *Oeuvres complètes*, Vol. III, Gallimard, Éditions, Paris, 1964; de modo que estamos, en puridad, ante dos reinos diferentes de la Ley, aun cuando lleven el mismo nombre. En ambos casos, hay coincidencia respecto de que la nueva noción de Ley, a partir de la cual comienza para el autor el orden jurídico positivo, se encuentra enteramente fundada sobre la razón humana y la correspondiente concepción

## Más allá de lo apuntado *ut supra*, el artículo decimoséptimo califica

sustancialmente idealista, reflejo de un Derecho natural domeñado por la conciencia de cada individuo: la soberanía es indivisible, no puede hacerse por cuerpos, e inalienable, porque no se delega. Pero, mientras para el ginebrino esa voluntad general al ser conformada por todos los ciudadanos siempre iba a ser recta a la búsqueda de la utilidad pública, habida cuenta su entusiasmo con la democracia directa, la genuina democracia a su parecer (recordemos la pretensión de hacer de todo individuo un *citoyen* en lugar de un *sujet*, participe de la voluntad colectiva y elemento para su formación, sobre el ejercicio de dos polos: la libertad y la igualdad), la Asamblea Nacional vendría a operar por el contrario mediante la *fiction représentative*, ante el triunfo de esta forma de democracia apoyada en la soberanía nacional, con Emmanuel SIEYÉS como mayor baluarte de la misma, y la consiguiente clara derrota de las tesis revolucionarias más radicales; hasta llegar luego a su expresión más alta mediante la concepción de Asamblea propia de los jacobinos, investida de todos los poderes que corresponden al pueblo, en lugar del cual actúa como representante del mismo. Sobre este asunto, Adhémar ESMEIN, *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814. Révolution, Consulat et Empire*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, Éditions, Paris, 1911, pp. 774 y ss; y también Georges BURDEAU, "Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français", en *Archives de philosophie du droit*, núms. 1-2, 1939, pp. 10 y ss. Era la imposición de la oscura idea de la soberanía nacional en cuanto concepto expresivo de una soberanía de la Sociedad; como lo explicara luego LORENZ VON STEIN, la máscara bajo la que se escondía una Sociedad dividida, contradictoria, con lo que la contradicción estaba ahí enquistada, *Der Begriff der Gesellschaft...*, *op. cit.*, pp. 248 y ss.

Entre nosotros, José Antonio PORTERO MOLINA trae con frecuencia oportunamente a colación a Hans Kelsen, y la denuncia hecha por este de la ficción representativa caracterizadora del Estado Democrático, a modo de ejemplo, "Sobre la representación política", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991, pp. 61 y ss; y, claro está, ni se plantea el calificativo a emplear para el modelo de representación propio del Estado Liberal; atinadamente, no lo considera necesario. Una de las obras de Han KELSEN, de las por nosotros conocidas, entre las que con más frecuencia se denuncia la ficción propia de la representación, es *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Ein Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, J. B. C. Mohr (Paul Siebeck) Verlag, Tübingen, 1920. Siguiendo esta línea de principios, para sintetizarlo con Carlos DE CABO MARTÍN, a partir de esa filosofía finalmente inspiradora del texto revolucionario globalmente valorado, puede evidenciarse que la voluntad general de Rousseau sería "vaciada de todo contenido real transformándose en algo puramente formal", *Contra el Consenso – Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, Editorial Universidad Autónoma de México, México, 1997, p. 95. Ello finalmente se tradujo en la exacerbación del individualismo, de la salvaguarda de la libertad individual, descuidando el aspecto de los fines racionales del hombre, equilibrio que sí lograron las revoluciones norteamericanas. Sin embargo, algo más optimista respecto de la valoración acerca de la influencia roussoniana, muestra ser Hasso HOFMANN, pero dando un poco por supuesta cierta posición e influencia roussoniana, en este caso y frente a lo habitual en él, sin argumentar excesivamente con fuerza, "Rousseau Gesetzgeber oder: Rousseau in der europäischen Verfassungsgeschichte", en *Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit – Freun-*

a la propiedad como “derecho sagrado e inviolable”, del que nadie puede verse privado “sino en el caso de necesidad pública, legalmente fijada que lo exija con evidencia y a condición de una previa indemnización justa”. Estas ideas, nacidas del Derecho natural europeo, sin perjuicio de que su inmediato modelo constitucional fueran los *Bill of Rights* norteamericanos, denotan la falsedad de pretender ver en ellas “algo específicamente francés”, concluiría Hermann HELLER, por tratarse de concepciones comunes a uno y a otro lado del Atlántico, pero la tierra en la que germinaron no era la misma(89).

Corolario de todo lo afirmado hasta ahora, puede entenderse normal que las ideas aquí expresadas hayan conducido al empleo con acierto por un autor como Stéphane RIALS, la caracterizadora expresión de “*légicentrisme*”, ante la omnipresencia de la Ley a lo largo del texto de la Declaración; una locución que luego ha calado en sede doctrinal, al objeto de singularizar el emplazamiento privilegiado del que se adueñaría esta fuente del Derecho para la trama ideológica jurídico-revolucionaria(90). En todo caso, tal y como han señalado, entre otra

---

*desgabe für Bernhard Schlinck zum 70. Geburtstag*, edición de Jakob Nolte / Ralf Poscher / Henner Wolter, C.F. Müller Verlag, 2014, Heidelberg, pp. 99 y ss.

De cualquier modo, una relectura del Contrato social roussoniano, permite incluso apreciar el empleo en el mismo de dos tipos de “mayorías”; una primera, y a la que casi siempre se refiere, constituida por la suma de voluntades libres, individuales, iguales y soberanas que integran la voluntad general soberana inalienable, formándose una comunidad a la que aparentemente el individuo hace entrega de sus derechos originarios, voluntad numérica unánime (aquí está su tendón de Aquiles, pues es la adición de los yo individuales y no síntesis o idea, sino mero agregado), conforma la voluntad de la formación social originaria de la *civitas* mediante pacto, y exalta, por lo tanto, el valor del individuo, quien, no obstante, se reserva ciertos derechos naturales e innatos; y una voluntad mayoritaria para los demás casos, que no puede identificarse con la voluntad de los demás, contraviene su postulado de la indivisibilidad de la soberanía, por la expresión del ginebrino en contradicción consigo mismo, y alzando una perspectiva pluralista frente a su tradicional supraindividualismo del “cuerpo moral”. En todo caso, su concepto de soberanía popular, fue objeto de otra “traición” no menor a manos de los revolucionarios. Por todos, Augusto BARBERA ha puesto de relieve que el constitucionalismo francés fundió desde sus inicios el principio roussoniano de soberanía popular con la tradición estatista heredada del absolutismo, “Introduzione”, en *Le basi filosofiche del costituzionalismo: lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, edición de Augusto Barbera / Gianfrancesco Zanetti, Laterza Editore, Roma-Bari, 1997, pp. 3 y ss.

(89) Hermann HELLER, *Las ideas políticas...*, op. cit., p. 98.

(90) Stéphane RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette Littératures, Éditions, Paris, 1988, p. 156. En los mismos términos, aunque más explícito

abundante literatura jurídica, “Duguit y Orlando, (...) los constituyentes de 1791 se contradecían a sí mismos al declarar, por una parte, a los tres poderes iguales e independientes, y, por la otra, al subordinar el Ejecutivo y el Judicial al Poder Legislativo”(91). Producto de la ideas del iluminismo acerca de la luz arrojada por la discusión pública y de la fuerte reticencia francesa hacia el poder judicial (la Constitución de 1791 establecería su carácter temporal y la elección popular de los mismos) lo cual supuso incluso el no sometimiento de la administración a su propio control (autocontrol de esta), concluye con una situación sensiblemente diferente a la norteamericana, desconfiada esta frente a la Ley en cuanto riesgo para los Derechos, ante lo que consagra la inequívoca supremacía jurídica de la Constitución. No obstante, aun cuando quedara en algo retórico, el Preámbulo de la Constitución francesa de 1791 también pretendió reflejar esa posición de Derecho más alto propia de la Constitución, al enunciar el rechazo para toda Ley de reconocer compromiso alguno contrario a la Constitución, y dispuso en el Título I, como una de sus “disposiciones garantizadas por la Constitución”, la imposibilidad para el Poder legislativo de “hacer leyes que mermen y dificulten el ejercicio de los derechos naturales y civiles consignados en el presente título y garantizados por la Constitución; pero como la libertad no consiste más que en poder hacer todo aquello que no dañe a los derechos de los demás, ni a la seguridad pública, la ley puede establecer penas contra los actos que, atacando bien la seguridad pública o los derechos de los demás, fueran perjudiciales para la Sociedad”.

---

aún, Marcel GAUCHET, “Droits de l’Homme”, en *Dictionnaire critique de la Révolution française, Chapitre 4, Idées*, directores François Furet / Mona Ozouf, Champs Flammarion, Éditions, edición de 1992, p. 121, y, de manera particular, p. 131. Y del Estado de Derecho francés y europeo durante el siglo XIX como Estado legislativo (*législateur; Gesetzgebungstaat*), hablará Carl SCHMITT desde las primeras páginas de su *Legalität und Legitimität*, 1ª ed., Duncker & Humblot Verlag, München-Leipzig (1932), ahora en Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1987, donde explica, con su habitual agudeza y capacidad de síntesis, la crisis política y jurídica liberal del siglo XIX, cuyos postulados teóricos estuvieron empeñados en proyectar el mundo político como un seminario ideal, y el mercado un lugar de intercambios libres, con lo cual, el concepto de Estado y su realidad no fueron una autoridad clara y definida, siendo así dependiente de la política cuando debiera haber sucedido a la inversa; llegadas las crisis, el Estado no estaba nunca en situación de resolverla y debía requerir de otros para que le sacaran del atolladero, idas estas últimas que aparecen mejor desarrolladas en otras obras del autor.

(91) Carlos DE CABO MARTÍN, *Contra el Consenso...*, op. cit., p. 57.

A partir de las más arriba consideradas premisas, surge el Estado Liberal, a saber, un modelo de Estado que, fundamentado en el contrato social y respetuoso con el orden natural, se revela plenamente acorde para la defensa de los intereses de la clase burguesa, encargada de “dispensar derechos” de acuerdo con su interés, del que se teorizara ser el de la propia Sociedad; la Revolución no fue así un acto contranatura, contrahistórico, sino la consecuencia de la propia evolución histórica. Consiguientemente, según hemos reflejado, estamos ante la forja un nuevo modelo de Estado que, inicialmente, se erigió como el vehículo de la salvaguarda de las Libertades individuales ante su principal amenaza, esto es, el propio poder público en tanto contemplado como adversario de aquellas, traducándose mediante la idea de que el Derecho vincula positivamente a los órganos del Estado; de manera particular a la Administración. Estimarían desde el inicio que la última solo puede hacer aquello expresamente permitido a través de las leyes elaboradas por los representantes de la burguesía en la Asamblea, y a las que asimismo debía inexorablemente quedar sujeto el Poder Ejecutivo. La Ley, como verdadera norma jurídica vinculante de modo negativo para los particulares, se pasa a entender, en favor de los cuales opera “justamente lo contrario: el principio de autonomía, mientras no se traspasara el límite de la ley”(92); convirtiéndose de este modo la figura jurídica en un auténtico instrumento de lucha para la defensa de los intereses de la burguesía(93), y toda vez no se lograra cambiar el espíritu de la Nación consagrando una organización del Poder judicial de acuerdo con los “designios” de la clase revolucionaria(94).

Con arreglo a lo cual hemos previamente reseñado, frente a la estructura del Estado absoluto de los privilegios propio de la Sociedad estamental del *Ancien Régime*, se reivindicaban en la época de la Revolución Francesa los Derechos naturales e imprescriptibles del

---

(92) Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil...*, *op. cit.*, p. 28.

(93) Así, Roberto L. BLANCO VALDÉS, *El valor de la Constitución...*, *op. cit.*, especialmente, pp. 207 y ss.

(94) Algo considerado necesario como exclamara el destacado diputado Nicolás BERGASSE ante la Asamblea Nacional constituyente francesa, por todos los que pretendieran cambiar el espíritu de las naciones, citado por Roberto L. Blanco Valdés, *El valor de la Constitución...*, *op. cit.*, p. 274.



hombre a fin de que sirvan de fundamento del nuevo poder, claramente consonante la idea con el principio de que la soberanía reside esencialmente en la Nación; de esta forma, ningún cuerpo o individuo podía ejercitar una autoridad distinta de las emanadas expresamente de la misma(95). Asistimos entonces, por consiguiente, a la transformación de la organización del poder, proceso del que germina el Estado Liberal de Derecho, u ordenación racionalmente construida y pautaada a través de la legalidad formal(96), donde la Ley fundamenta el acto público y limita el acto privado en pro de la garantía de los Derechos del hombre(97). Ciertamente, la Ley había de decretar por medio de los representantes electos cuáles eran los límites de la libertad a aceptar por cada individuo en “interés de la libertad igual”, lo que trajo como correlato su carácter instrumental, y que de esta manera, pudiese aparecer como *expression de la volonté générale*. De forma correlativa, percibía el Estado su “programa de actuación de la ley aprobada por el parlamento”, de suerte tal que únicamente “podía actuar dentro de la esfera protegida por los derechos fundamentales basándose en una autorización legal”(98). Bastante más desprendido de la concepción iusnaturalista se mostró nuestro constitucionalismo patrio, beligerante desde su punto de partida con la concepción de los Derechos como supremos y previos a la Ley. A tal propósito, son elocuentes las frases de Antonio ALCALÁ GALIANO, que vamos a reproducir: “Al hablar de ciertos derechos abstractos considerados

---

(95) Para comprender el verdadero significado de la Declaración, es preciso naturalmente aperebirnos bien del momento histórico y ambiente social en el que es fraguada, y respecto del hecho de presentarse como efectivamente revolucionaria en clara antítesis con *L'ancien régime* y su sistema social jerarquizado por estratos, en cuyo ámbito las distintas funciones sociales venían sustancialmente determinadas por el nacimiento y la pertenencia a una concreta categoría social; y ahí precisamente incide Walter LEISNER, por haber encontrado la base específica ya referida acerca de la dirección del combate, esto es, frente a los abusos y arbitrariedades cometidos en el ejercicio del poder, sin alcanzar a una crítica frontal y descalificadora de la existencia de este último, además de que, recuerda, en Europa continental siempre quedaron resabios o rescoldos historicistas, *Grundrechte und...*, *op. cit.*, pp. 22 y ss, y 27-29; unas páginas, las últimas reseñadas y en algún otro momento, donde destaca el autor la gran ficción que supuso en la práctica la reiteradamente teorizada conformidad de los Derechos Fundamentales a la Ley.

(96) José Joaquín GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina Editora, Coimbra, 2007, p. 49.

(97) Christian STARCK, *Jurisdicción constitucional...*, *op. ci.*, pp. 249 y ss.

(98) Dieter GRIMM, *Constitucionalismo...*, *op. cit.*, p. 60.

por algunos como naturales o imprescriptibles en los hombres declaró muchos de ellos falsos a mi entender, impugné otros como mal explicados y peligrosos, insinué que no hay otros derechos políticos que los nacidos de la misma sociedad, ya formada, y de las leyes, y condene tales máximas abstractas y vagas como pésima base para sentar en ella la fábrica de las constituciones”(99).

En el marco de coordenadas descrito, los Derechos Fundamentales producían eficacia jurídica a través de la Ley(100), y el Estado Liberal de Derecho hacía su presentación por medio de un modelo de Estado Legislativo, afirmándose a sí mismo mediante la instrumentalización del principio de legalidad formal como metanorma(101). Ahora bien, aunque la Ley efectivamente “lo podía todo”, resulta obligado conocer y hacerse cargo del patrón “de «homogeneidad social» que presupone el Estado Liberal”, en el bien entendido sentido, que esa homogeneidad simplemente quedaba reducida a quienes participaban y eran genuinos titulares de los derechos reconocidos(102); especialmente del derecho de propiedad privada que, como sustituta de la antigua propiedad feudal, se constituye en el pilar básico para la construcción del nuevo orden económico. Algo que no ocurre a partir de un único acto histórico, sino a través de un proceso más o menos homogéneo e intermitente, según los distintos Estados, pero acompañado siempre por una intensa actividad

---

(99) Antonio ALCALÁ GALIANO, *Lecciones de Derecho político* (Imprenta de D.I. Boix, 1843), Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 279.

(100) Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil...*, *op. cit.*, p. 21. Por su parte, Maurice HAURIU, en su *Précis élémentaire de Droit Constitutionnel* (edición de 1933), escribiría: “un derecho individual para el que no se haya hecho una ley orgánica no puede ser ejercido de forma lícita, incluso en el supuesto de que el principio se encontrase inscrito en las declaraciones de derechos o en la constitución”, citado por Javier PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 186-187.

(101) Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil...*, *op. cit.*, p. 24.

(102) Luis VILLACORTA MANCEBO, “Igualdad y Estado Liberal...”, *loc. cit.* en *op. cit.*, 2004, p. 33. Y, no debemos olvidar, el jarro de agua fría que un decenio después de la Revolución Francesa vertiera Immanuel KANT sobre el género humano de la época, *Reflexionen zur Anthropologie* (1798), cuando señalara se hallaban “en una minoría de edad civil. Somos juzgados por leyes que no somos capaces de conocer enteramente y por libros que no entendemos (...) Esto nos ha situado en una condición de minoría de edad tal que, si cesara toda coacción, seríamos incapaces de gobernarnos (...) No tenemos la facultad de juzgar por nosotros mismos. En vez de una conciencia natural tenemos una artificial y nos guiamos por el juicio de los instruidos; en lugar de costumbre y virtud tenemos mera observancia”.

legislativa(103). Con todo, y avanzando a partir de esta línea de ideas, es destacado igualmente por Pedro CRUZ VILLALÓN, que los derechos individuales comenzaban y acababan en Europa durante el siglo XIX con el principio de legalidad, lo que es insuficiente para poder hablar, con carácter general, de verdaderos Derechos Fundamentales(104).

No obstante lo anterior, vamos a procurar realizar alguna suave matización, en el sentido de que, durante el proceso revolucionario, la expresión “*tous les citoyens égaux devant la loi*”, de manera paradójica, reivindicaba un concepto eminentemente material de Ley como presupuesto de la libertad; algo que se deja ver, entre otros, por un autor tan clásico como Alexis DE TOCQUEVILLE, constituyendo no solo uno de los horizontes a alcanzar por la esperanza, sino también uno de los pilares esenciales sobre los que se cimentó el movimiento. Es más, dicho postulado aparece expresamente recogido por el artículo primero de la Declaración Francesa(105), a partir del acogimiento de premisas de cuño iusnaturalista claramente subrayadas en la obra de MONTESQUIEU, donde concretamente viene a decir: “*dans l'état de nature, les hommes naissent bien dans l'égalité: mais ils n'y sauraient rester. La société la leur fait perdre, et ils ne redeviennent égaux que par les lois*”(106). Sencillamente, los avatares sufridos en la conformación evolutiva de dicho principio, debido a la concepción teórica subyacente acerca del mismo, y por la imposición en última instancia de su versión más individualista y de carácter formal, así como las causas de esa cristalización, están bien descritos en diversas obras, y pueden verse, por ejemplo, acudiendo a las aportaciones de Pierre DANNEY, Stéphane CAPORAL o Georges VEDEL(107).

---

(103) Por lo referido a nuestro Estado, la historiografía suele coincidir al señalar que el Decreto de 6 de agosto de 1811, debido a las propias Cortes de Cádiz, constituye el punto cero de inicio de ese proceso.

(104) Pedro CRUZ VILLALÓN, “Formación y evolución...”, *loc. cit.* en *op. cit.*, pp. 38-39; de la excepción producida en Suiza a partir de 1874, da cuenta asimismo en *ibidem*, p. 43.

(105) Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique...*, *op. cit.*, Tomo I, p. 66, Tomo II, pp. 122-123.

(106) Charles-Louis DE SECONDAT, SEÑOR DE LA BRÈDE y BARÓN DE MONTESQUIEU, *De L'Esprit des lois*, Tomo I, Garnier-Flammarion Éditions, Paris, 1979, Libre VIII, Chapitre III, pp. 245-246.

(107) Pierre DANNEY, *Le principe d'égalité*, Imprimerie René Samié, Éditions, Bordeaux, 1927, esencialmente pp. 11 y ss; Stéphane CAPORAL, *L'affirmation du principe d'égalité dans*

Dentro del marco de estas condiciones, el Estado Liberal de Derecho del siglo XIX, redujo su aspiración a la igualdad formal ante la Ley, favoreciendo las expectativas de la Sociedad burguesa de la época, con apoyo, justamente, en la concepción labrada por Immanuel KANT sobre la misma, quien supuso para el Estado Liberal racional a decir de algunos el “más grande de sus representantes”(108); cuyas ideas concebían la constitución del Estado mediante el contrato celebrado entre individuos autónomos con la finalidad exclusiva de asegurar su situación jurídica(109), y que terminaría por ganar decisivamente la batalla a la concepción material de la igualdad jurídica, la cual vino a encontrar quizá como máximo exponente y uno de sus principales defensores a Johann–Gottlieb FICHTE(110); a pesar de que fuera la igualdad material el motor originario de la transformación de los “États généraux” en “Assemblée nationale constituante” y condujera a la abolición de los privilegios durante la histórica sesión de la memorable noche 4 de agosto de 1789(111). En base a lo expresado desde estas últimas líneas, durante el siglo XIX, concluirá al efecto Hermann HELLER, que con el término Estado de Derecho se denominaría “a aquella forma de gobierno en la que la esfera de poder de los órganos del Estado respecto al ciudadano, está de algún modo delimitada por medio de un precepto jurídico formal, independientemente de que del mismo derive una mayor desigualdad y sujeción”(112). En fin, toda vez el individuo ha renunciado a su soberanía natural al establecerse el contrato social como condición necesaria para la celebración de este, reservaría, no obstante, ciertos derechos inviolables e inalienables frente al poder

---

*le droit public de la Révolution française (1789-1799)*, Éditeur Economica–Presses Universitaires d’Aix–Marseille, Aix–en–Provence, 1995, fundamentalmente pp. 14 y ss; Georges VEDEL, *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789, ses origines, sa pérennité*, La Documentation française Éditions, Paris, 1990, singularmente pp. 171 y ss.

(108) Por todos Hermann HELLER, *Las ideas Políticas...*, *op. cit.*, p. 99.

(109) *Ibidem*, p. 99.

(110) Hermann HELLER, *Las ideas Políticas...*, *op. cit.*, p. 73.

(111) Bien documentado todo ello por Patrick KESSEL, esto es, cómo después se escamotea aquel espíritu, *La nuit du 4 août 1789*, Arthaud Éditions, Paris, 1969. No obstante, con la Constitución de 24 de junio de 1793, la igualdad pasa a ocupar el primer rango de los derechos civiles que se proclaman y han de garantizarse.

(112) Hermann HELLER, *Las ideas Políticas...*, *op. cit.*, p. 88.

estatal, los calificados por los tratadistas del Derecho natural, como naturales, innatos y eternos del hombre(113).

Y sobre estas bases apostaría con fuerza Wilhelm VON HUMBOLDT (1767-1835), gran valedor de la concepción individualista liberal del Estado y de la libertad del individuo, quien arrancando de la vertiente optimista del Derecho natural clásico y depositando extrema confianza en la naturaleza humana, dibuja como ideal el correspondiente al de una organización de poder garante de la seguridad por medio de su legislación y actuación sobre presupuestos contractualistas, bajo la cual, cada individuo vive en una Sociedad formada previamente al Estado (a la que reconoce como derechos inviolables la libertad personal, la propiedad y la conciencia, negando de paso que la organización estatal constituya un fin en sí mismo sino un medio a fin de garantizar la subsistencia del individuo). Muy poco proclive a planteamientos revolucionarios, sí estima de suma conveniencia la eliminación de la burocracia y el intervencionismo de su época, y considera preferible potenciar de modo progresivo la iniciativa del individuo, quien con arreglo a su energía, podría desenvolverse por sí mismo, conforme a su voluntad, a la búsqueda de la propia felicidad, desarrollando al máximo sus facultades activas, sus capacidades; planteamientos donde es posible para este aspecto observar cierta influencia de Johann-Gottlieb Fichte y el impulso por la acción, a la realidad como anhelo del yo ideal (que ha de ser *realiter*: determinado y determinante a la vez) de este, que se concilia a su vez con la idealidad. La mejor manera de maduración y perfeccionamiento de la libertad humana es por medio del ejercicio de la libertad misma, impulsada a cargo de cada individuo limitando al máximo a tal fin la actividad estatal social, teorización basada en la razón y no en la experiencia. Lo que en él crezca proviene de sí mismo, de su idealidad sentida y reflexionada por su propia espontaneidad, no se le puede dar mediante injerencias desde fuera, será ciertamente una perfección de sí, y a tal efecto es preciso limitar la acción del Estado con el fin de evitar su inmiscuimiento marismático de corte uniforme y lograr el mayor margen de libertad para el individuo, preservando así el

---

(113) Hermann HELLER, *Las ideas Políticas...*, op. cit., p. 99.

proceso de formación del hombre(114); la misión encargada al Estado radica en garantizar los Derechos individuales (*Rechtsw Zweck*) y la defensa frente a ataques extranjeros. De este modo, vemos confluir de conformidad con la doctrina individualista del Estado Liberal, tres principios: el de la libertad, el de la seguridad, y el del derecho como conjunto de condiciones que permiten la coexistencia de las libertades individuales y la seguridad.

---

(114) Wilhelm VON HUMBOLDT, en castellano *Límites de la acción del Estado*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988; y, desde luego, su *Ideen zu einem Versuch die Gränzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*, parcialmente publicado en 1792, y completo por la Verlag Eduard Trenwendt, Breslau, 1851. El Derecho Constitucional liberal-burgués de la época, dirá Joseph H. KAISER, y piensa específicamente en nuestro autor, fue la teorización idónea para ayudar a la sujeción del poder de dominio de la organización con apoyo en los postulados de la separación de poderes y sumisión a la Ley parlamentaria, a modo de escudos protectores de los individuos y de la Sociedad, “Prolegomena zu einer Rechtslehre von Staat und Gesellschaft”, en *Freiburger dies Universitatis*, núm. 4, 1955-56, pp. 13 y ss.