

DORADO PORRAS, Javier, *La lucha por la Constitución. Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVII*, prólogo Gregorio Peces-Barba, Centro de Estudios Políticos, Madrid, 2001, 523 pp.

Javier Dorado Porras es actualmente profesor en el área de filosofía del Derecho y miembro del Instituto Bartolomé de Las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid. Esta publicación tiene su origen en el trabajo realizado en su tesis doctoral, el cual ha sido merecidamente objeto de dos importantes premios: el premio extraordinario de Doctorado (programa de derechos fundamentales) de la Universidad Carlos III y el premio «Nicolás Pérez Serrano» del Centro de Estudios Constitucionales y Políticos.

Con estos antecedentes es fácil imaginar la maestría con que aborda un tema no lo suficientemente estudiado en España y que sin duda reviste enorme relevancia en la construcción de la teoría actual de los derechos fundamentales en clave histórica¹. A lo largo de estas páginas expone la historia del constitucionalismo inglés del siglo XVII en un esfuerzo doble de análisis de la teoría y, a la vez, de su plasmación sobre las coyunturas políticas de la Inglaterra de aquella época. De este modo, Dorado facilita al lector un panorama previo acerca de los protagonistas intelectuales desde donde adentrar una profundización en las tesis sostenidas por aquellos y asimilar la evolución que fueron experimentando como consecuencia de los avatares políticos.

La tesis principal que se sostiene a lo largo de toda la obra insiste sobre la necesidad de controlar la monopólica acción del monarca, pero también la del Parlamento como institución que, abarcadora de todo el poder, puede convertirse en despótica. En la historia de las Constituciones se había insistido en la limitación de las monarquías absolutas, puesto que usurpaban los derechos tradicionales y/o naturales de los sujetos. Sin embargo, se había considerado poco que, en efecto, también otros poderes podían actuar restrictiva con los derechos, e incluso, tal vez, más de lo que lo hacía la misma monarquía. A partir de entonces, se intentaron articular e idear instrumentos de control aplicables a toda institución que a lo largo de los años darían lugar al llamado Estado constitucional de Derecho, definido y defendido hoy por el *garantismo constitucional* o *constitucionalismo*.

Esta noción de Estado creo que no debe confundirse con aquel que había sido perfilado hace ya algunos años por Elías Díaz². Elías Díaz presentaba al Estado de Derecho a partir de cuatro características básicas, ya presentes en los Estados liberales del siglo XVIII y XIX: 1) Imperio de la ley como expresión de la voluntad popular manifestada a través de un órgano de representación popular libremente elegido; 2) División de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) que se debe entender como distribución o división de funciones; 3) Principio de legalidad de la Administración, o dicho de otro modo, sometimiento de la Administración a la ley para lo que establece un control jurisdiccional.

¹ La perspectiva histórica es de gran importancia para el estudio de los derechos fundamentales y sus características, sobre todo si se considera que los derechos fundamentales son un concepto histórico con fundamento moral, esto es, que son unas exigencias morales que se han ido plasmando históricamente en textos jurídicos (visión del positivismo *matizado* encabezado por Peces-Barba).

² DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1974.

diccional: 4) Garantía y seguridad jurídica para los DDFD que constituyen hoy el elemento esencial del sistema de legitimidad en que se apoya el Estado de Derecho.

Ciertamente, algunos de estos rasgos pueden coincidir con el sistema anglosajón. No obstante, el imperio de la ley o la concepción de derechos fundamentales creados por el legislador no fueron compartidos en los sistemas ingleses y americanos. Por el contrario, en Inglaterra primero y en América después se desconfiaba del Parlamento y la figura más trascendente era la del juez. En este sentido también, el Estado constitucional de Derecho se caracteriza por una doble artificialidad de su «ser» y de su «deber ser» con lo que «la legalidad positiva o formal [...] no es sólo condicionante, sino que ella está a su vez condicionada por vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustanciales»³. Esta nueva validez de las normas jurídicas se refleja en un innovador papel del juez. Como afirma Ferrajoli, «la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional, cambian la relación entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de legalidad por parte de los poderes públicos»⁴.

Teniendo en cuenta estas diferencias, Dorado analiza los controles que estaban presentes, algunos de forma incipiente, en muchas de las teorías y de la práctica de la Inglaterra del siglo xvii. Para ello, divide su trabajo en dos secciones. La primera se centra en el personaje del juez Coke e indaga en la concepción historicista de los derechos que sirve de base al conocido *judicial review* como instrumento que, alegando el *Fundamental law*, hace de freno a la monarquía (en su versión *general*) y al parlamento (en su versión *constitucional*). La segunda de las partes analiza el pensamiento de los autores *whigs* radicales, es decir, los republicanos liberales influidos por el iusnaturalismo y el contractualismo en defensa de las libertades religiosas.

El juez Coke identifica el primero de los mecanismos de control de los poderes, esto es, la alegación del llamado *Fundamental Law*, entendiendo por tal los derechos que históricamente habían sido adquiridos por los ingleses y que se encontraban principalmente recogidos en la Carta Magna, la cual iba siendo adaptada a los nuevos tiempos gracias a las interpretaciones de los tribunales. De ahí, la unión entre historia y razón *artificial*, esto es, la idea perceptible en los escritos de Hume de que «la razón predispone a la cooperación mediante un juicio de experiencia (del hecho y de sus medios), no inhibiendo la meta del *self-interest* sino mostrando la vía de una estable y óptima satisfacción a través del *common interest*, o sea a través del respeto a las reglas de derecho que garantizan una interpretación general del interés público»⁵. Esta es la versión de los derechos fundamentales dada por Coke. Ahora bien, no se puede decir, según se deduce del propio texto, que las tesis aquí sostenidas correspondan sólo al tradicional modelo historicista tal y como lo había explicado Fioravanti.

³ FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2001 (1.ª ed. 1999), p. 19.

⁴ Ídem, p. 26.

⁵ PALOMBELLA, G., *Filosofía del Derecho moderna y contemporánea*, trad. José Calvo González, Tecnos, Madrid, 1999, p. 25. Vid, asimismo, *Diritto e artificio in David Hume*, Giuffrè, Milano, 1984; PÁRAMO ARGÜELLES, J. R., «La ilustración británica», en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., FERNÁNDEZ GARCÍA, E., y DE ASÍS, R., *Historia de los derechos fundamentales*, vol. I, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 254-307.

Para Fioravanti el *modelo historicista* tiene como país representativo a Inglaterra y sitúa las libertades en la historia considerándolas como derechos adquiridos que el mismo tiempo ha confirmado como indisponibles a la voluntad del poder político. De este modo las sustrae lo más posible a las intromisiones arbitrarias de los poderes constituidos, por lo que se tiende a privilegiar las libertades negativas que consisten más en una ausencia de impedimentos o de obligaciones. Este modelo se diferencia del *individualista* representado por Francia que pretende, más bien, a enfrentarse al pasado fundamentando los derechos no a través de su confirmación histórica sino, por un lado, alegando las teorías iusnaturalistas que los conciben como algo propio de la naturaleza de todos los seres humanos; y, por otro, acudiendo a los argumentos contractualistas que permiten el paso del estado de naturaleza a la sociedad civil y luego política por medio de un contrato voluntario y ficticio que se transforma en la fuente de legitimidad del nuevo poder. Así, la sociedad de individuos es anterior al Estado y las libertades son reconocidas por él pero no creadas, y, además, las libertades políticas quedan afianzadas por la Asamblea Constituyente representante de la soberanía popular. En definitiva, Fioravanti distingue en cuanto a los derechos fundamentales, un modelo historicista inglés, un modelo individualista y estatalista francés, y un modelo mixto (historicista e individualista) americano ⁶.

Aquí precisamente se sitúa una de las tesis más significativas que se desprenden de la obra comentada. Dorado parece demostrar que la influencia inglesa en el constitucionalismo americano como sistema que a través de los derechos intenta limitar el poder, no se reduce a la visión historicista que reclama los derechos históricos de los sujetos sino que, además, los derechos como límites al poder son fruto, asimismo, de las teorías iusnaturalistas y contractualista, las cuales enrolaron defensores no sólo en Francia sino también en Inglaterra. El problema es que el éxito que estos autores ingleses disfrutaron en las colonias americanas no se corresponde con el que tuvieron en Inglaterra (quizás cegados por las teorías desde luego brillantes de Locke) y, por eso, han permanecido un tanto en el olvido. Este sería el caso de los Levellers, Milton, Harrington, Sydney y Catón, autores que acentuaron las libertades negativas, especialmente las religiosas, en las que incluyen la libertad de con-

⁶ FIORAVANTI, M., *Historia de los derechos fundamentales. Apuntes para una historia de las constituciones*, trad. Manuel Martínez Neira, Trota, Madrid, 1993 (3.^a ed.). Vid., asimismo, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III/BOE, Madrid, 1999. En este libro explica que son tres los modelos de derechos. En primer lugar, el *modelo inglés* vinculado a la historia, arrancando de una evolución del constitucionalismo medieval y del viejo y buen derecho inglés. En segundo lugar, el *americano* que se trata de un modelo mixto que tomando el modelo de derechos inglés también viene muy influenciado por el iusnaturalismo racionalista de los derechos naturales y el contractualismo. Por último, el *modelo francés*, que rechaza el constitucionalismo histórico francés para reconstruirse en un racionalismo laico que contrasta también con el modelo americano más impregnado de valores religiosos (p. 146). También, PALOMBELLA, G., *Filosofía del Derecho moderna y contemporánea*, op. cit.: «A diferencia de Inglaterra, cuya historia se caracteriza por una progresiva consolidación y potenciamiento de las tradiciones constitucionales, Francia afrontará el absolutismo, a su vez fuertemente enraizado en las tradiciones, con una transformación histórica y con el recurso al poder constituyente del pueblo [...] Es característico de este punto de vista [...], distanciar, más que otros, la constitución tradicional en Inglaterra de la que toma forma en Norteamérica» (pp. 37-44).

ciencia y la libertad de expresión junto con ideas como la separación de la Iglesia y el Estado o la tolerancia religiosa; pero que, igualmente, trataron otros derechos de participación como el derecho a voto, elecciones periódicas, y, sobre todo, el derecho a la resistencia contra el poder tiránico.

Se ha de advertir, empero, que el hecho de que estas teorías individualistas procedieran también de Inglaterra no significa que Dorado niegue la influencia francesa en la concepción de los derechos y el constitucionalismo americano. En lo que firmemente se insiste es sobre la evolución de las ideas surgidas en Francia y también en Inglaterra, y su distinto desarrollo constitucional⁷. De nuevo traigo a colación a Fioravanti, quien al respecto del proceso constitucional tras las revoluciones inglesa, francesa y americana, señala tres aspectos de interés. En primer lugar, en Inglaterra se respetaron los derechos adquiridos desde la Carta Magna medieval de 1215 y, por tanto, no se rompió con el pasado. En segundo lugar, en Francia se une el individualismo y el estatalismo para enfrentarse al historicismo. Y, en tercer lugar, en las colonias americanas se combinan historicismo e individualismo contra estatalismo. Así, lo que está claro, como afirma Zagrebelsky, es que en las Declaraciones americanas «los derechos eran un patrimonio subjetivo existente por sí mismo que debía mantenerse inalterado y protegido de todas las posibles amenazas, primero de las externas provenientes del Parlamento inglés y luego de las internas que hubiesen podido nacer de un legislador omnipotente»⁸. De esto, se infiere que los garantes de los derechos fundamentales frente a la acción del Parlamento eran los tribunales a través de la interpretación del *Fundamental Law constitutional*, mientras que la protección de éstos frente al monarca era el mismo Parlamento quien alegaba el *Fundamental Law general*. Una cadena ésta que, en definitiva, era pues el modo más adecuado para salvaguardar las libertades de todos.

Erróneamente, entiendo, se ha interpretado que la importancia de los tribunales como limitadores del Parlamento ha restado trascendencia a la institución parlamentaria. Ahora bien, creo que en los sistemas anglosajones el Parlamento sigue teniendo un papel clave en la matización de las libertades, y que las actuales teorías del garantismo constitucional actuales han sobrevalorado la importancia del juez frente a la supuesta decadencia del legislador. Según Zagrebelsky «la unidad el derecho, según las exigencias del Estado constitucional, nos ha llevado a reconocer la excepcional importancia de la función jurisdiccional. Podríamos así terminar considerando a los jueces

⁷ Así, no difiero totalmente con Jellinek cuando intenta demostrar que la Declaración de derechos francesa de 1789 fue fruto de la influencia de la Carta Magna inglesa y luego de las Declaraciones de las 13 colonias americanas, y que, por tanto, el origen de los derechos universales humanos se encontraba en las luchas religiosas que tuvieron lugar en Inglaterra primero y en las propias colonias después. (JELLINEK, G., *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, trad. y estud. prel. de Adolfo Posada, estud. introd. Miguel Carbonell, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000). Ello es porque la Declaración de 1789 también concebía la existencia de derechos naturales que no podía ser transgredidos. Ahora bien, el problema es que posteriormente, al ser constitucionalizados, esos derechos pasaron a considerarse derechos positivos obra del legislador, y, por tanto, no servían como límite al poder legislativo.

⁸ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, Trotta, Madrid, 2002 (4.ª ed.; la 1.ª ed. incluye el Epílogo de Gregorio Peces-Barba: «Desacuerdos y acuerdos con una obra importante», pp. 157-173), p. 54.

como los actuales señores del derecho, pues en ellos, en efecto, se dan cita todas las dimensiones del derecho: la ley, los derechos y la justicia [...]. La transformación del Estado de derecho legislativo decimonónico en el Estado constitucional del siglo XX parece haber comportado este cambio de mano»⁹. Con esta afirmación, Zagrebelsky pretende demostrar que el antiguo imperio de ley, característica básica del Estado de Derecho, ha dejado de serlo para ceder su lugar al poder de los tribunales. Con todo, pienso que todavía hoy es necesario valorar la función legislativa como defensora de los derechos fundamentales. Simplemente, se ha de añadir que esta función no es ahora exclusiva del Parlamento o de la Administración, sino que ha de ser compartida por jueces independientes que decidan razonablemente y conforme a la Constitución los casos prácticos que se le presenten¹⁰.

Por último, se ha de mencionar otro de los mecanismos de control del poder que se analiza en la obra: la división de poderes, si bien en la Inglaterra del siglo XVII esta teoría no estaba aún desarrollada. En primer lugar, porque no se diferenciaban los tres poderes tan sólo las funciones legislativa y ejecutiva; la judicial entraba dentro de la última de ellas. En segundo lugar, debido a que estas funciones no se localizaban de forma absoluta en diferentes manos. Por ejemplo, tradicionalmente el poder legislativo se había compartido por el Rey y las Cámaras (gobierno mixto). Muy interesantes son los debates acerca de quién debía decidir en última instancia en caso de existir discordancia entre ambos. El libro cita autores como Dignes y Ferne favorables de la prerrogativa regia, o Parker, Herle, Prynne, Hunton defendiendo la competencia del Parlamento (soberanía parlamentaria) y alegando en muchas ocasiones su identificación con el pueblo inglés y, por tanto, su carácter indivisible, absoluto e irrevocable (la teoría del *Leviatán* de Hobbes aplicada a la institución parlamentaria). No obstante, la soberanía parlamentaria, tal y como se defendió por Hobbes, superaría sin dificultad los límites de los derechos fundamentales y quedaría fuera del control pretendido por estos autores. De ahí que algunos como Hale, pero sobre todo los Levellers, Milton, Harrington, Sydney y Catón incidieran en la necesidad de limitación del Parlamento a través de su división (teoría del gobierno mixto), revocabilidad (derecho de voto y elecciones periódicas), respeto de los derechos fundamentales (libertades religiosas) y derecho de resistencia e incluso de revolución. Todo ello con una impronta iusnaturalista a veces muy influencia por el talante aristocrático del gobierno de unos *pocos*.

Concluyendo, la obra de Dorado, sin duda, es un buen ejemplo científico de defensa y respeto de los derechos fundamentales a partir de concepciones que están siendo referencia habitual a partir de la llamada crisis de la ley. La importancia de los tribunales, los peligros de absolutismo del mismo Parla-

⁹ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, op. cit., p. 150.

¹⁰ Sobre el neoconstitucionalismo vid. PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y Positivismo*, Distribuciones Fontamar, México, 1997; *Ley, principios y derechos*, Dykinson, Madrid, 1998; «Neoconstituzionalismo e ponderazione giudiziale», en *Ragion pratica*, 18 (2002), pp. 169-200; *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra Editores, Lima (Perú), 2002; y *Justicia constitucional y Derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003. Vid. también DE VEGA GARCIA, P., «El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional», en *Teoría y realidad constitucional*, 1 (1998), pp. 65-88; SASTRE ARIZA, S., *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw-Hill, Madrid, 1999; y CARBONELL, M., Trotta, Madrid, 2003.

mento, son elementos que han ayudado a superar deficiencias en nuestros sistemas actuales. Ahora bien, no quiere decirse con ello que el modelo anglosajón sea mejor defensor de los derechos, ni que tenga y presente un positivo funcionamiento. Simplemente, puede ser una manera de fundir eclécticamente ambos sistemas tomando lo mejor de cada uno de ellos, es decir, potenciando la importancia de los tribunales, pero a la vez intentando no anular completamente al legislador. Quizás sea éste un equilibrio difícil, pero desde luego, no es razonable optar por uno de los poderes en perjuicio del otro, puesto que ambos, en cualquier caso, han de respetar los contenidos constitucionales y, en especial, los derechos fundamentales.

Cristina MONEREO ATIENZA
Universidad de Málaga