



Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Editorial Board

Aniceto Masferrer, University of Valencia, Chief Editor
Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia, Assistant Chief Editor
Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén, Secretary
José Franco Chasán, University of Valencia, Website Editor
Anna Aitslin, Australian National University – University of Canberra
Juan B. Cañizares, University San Pablo – Cardenal Herrera CEU
Matthew Mirow, Florida International University
Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, Universidad of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; Wim Decock, *Max-Planck Institute for European Legal History*; Seán Patrick Donlan, University of Limerick; Matthew Dyson, University of Cambridge; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Texas at Austin; Mia Korpiola, University of Helsinki; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; David Lieberman, University of California at Berkeley; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Dag Michaelsen, University of Oslo; Emma Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellar, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam

Citation

Aniceto Masferrer, “La antinomia ‘derechos fundamentales-soberanía nacional’ en los orígenes del constitucionalismo moderno”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 10 (2013), pp. 277-302 (available at <http://www.glossae.eu>)

LA ANTINOMIA ‘DERECHOS FUNDAMENTALES – ‘SOBERANÍA NACIONAL EN LOS ORIGENES DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO*

THE ANTINOMY ‘FUNDAMENTAL RIGHTS’ – ‘NATIONAL SOVEREIGNTY’ IN THE ORIGINS OF MODERN CONSTITUTIONALISM

Aniceto Masferrer
Universidad de Valencia

Resumen

El presente estudio muestra la fragilidad de los derechos fundamentales en los inicios del Constitucionalismo moderno. Pese a que, en pura teoría, la protección de esos derechos constituyó la razón de ser del Estado y legitimó el ejercicio del poder político, con sus correspondientes límites, la introducción de la noción de soberanía nacional y la consiguiente supremacía legislativa, entendiendo la Ley como mera ‘expresión de la voluntad general’ (Rousseau), relegó los derechos fundamentales a una posición secundaria, caracterizada por una fragilidad que el transcurso de los dos últimos siglos no ha hecho otra cosa que corroborar.

Abstract

This paper explores and describes the fragility of fundamental rights in the origins of Modern constitutionalism. Despite the fact that the protection of these rights constituted the *raison d'être* of the state and its limited powers, the introduction of both national sovereignty and legislative supremacy – regarding any law (*lex*) as the expression of the general will (Rousseau) – left fundamental rights in a fragile situation. The nineteenth and twentieth-century history of constitutional law shows clearly the outcomes of the fragility of many fundamental rights (liberty of movement, freedom of press, freedom of expression, religious liberty, etc.).

Palabras clave

Constitucionalismo, libertades y derechos fundamentales, soberanía nacional, poderes del Estado y sus límites

Keywords

Constitutionalism, freedoms and fundamental rights, national sovereignty, state powers and their limits

* El presente estudio ha sido llevado a cabo en el marco del Proyecto “La influencia de la Codificación francesa en la tradición penal española: su concreto alcance en la Parte General de los Códigos decimonónicos” (ref. DER2012-38469), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Sumario: 1. El Constitucionalismo moderno en la tradición Occidental. 1.1. Breve análisis de sus elementos configuradores. 1.1.1. Soberanía nacional. 1.1.2. División de poderes. 1.1.3. Derechos fundamentales. 1.2. El sometimiento del Estado al Derecho: el *rule of law* norteamericano y la supremacía de la Ley en Francia. 2. La fragilidad de los ‘Derechos fundamentales’ frente a la ‘soberanía nacional’ y a la Ley como ‘expresión de la voluntad general’

El presente estudio pretende mostrar la fragilidad de los derechos fundamentales en los inicios del Constitucionalismo moderno. Pese a que, en pura teoría, la protección de esos derechos constituyó la razón de ser del Estado y legitimó el ejercicio del poder

político, con sus correspondientes límites, la introducción de la noción de soberanía nacional y la consiguiente supremacía legislativa, entendiendo la Ley como mera ‘expresión de la voluntad general’ (Rousseau), relegó los derechos fundamentales a una posición secundaria, caracterizada por una fragilidad que el transcurso de los dos últimos siglos no ha hecho otra cosa que corroborar.

El estudio se divide en dos partes. La primera contiene una descripción del Constitucionalismo moderno, desarrollando sus nociones o pilares fundamentales, esto es, la soberanía nacional, la división de poderes, el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, así como el sometimiento del Estado a la legalidad –en su versión francesa– o al Derecho –o ‘rule of law’, conforme al modelo anglosajón–. En la segunda se analiza, ya más en concreto, la noción de ‘derechos fundamentales’ y su colisión con el concepto –de cuño francés– de soberanía nacional, por una parte, y con el –rousseauiano– de supremacía legislativa, por otra. Al abordar la antinomia ‘Derechos fundamentales’ – ‘soberanía nacional’ en los orígenes del Constitucionalismo moderno, se pone de manifiesto cómo la doctrina ius-filosófica y filosófico-política terminó decantando la balanza a favor de una supuesta voluntad general, cuyo carácter absoluto terminó relegando los derechos fundamentales a un plano secundario, quedando frágiles e inermes ante posibles violaciones por parte del Estado.

1. El Constitucionalismo moderno en la tradición Occidental

Se ha afirmado –y con razón– que “Constitución es un término antiguo; la idea constitucional, un concepto contemporáneo”¹. En efecto, no cabe confundir las constituciones antiguas con el constitucionalismo², o con la “constitución” en el sentido moderno de la expresión³.

Resulta innegable que el significado de las constituciones contemporáneas poco tiene que ver con el que habían tenido las constituciones imperiales promulgadas por el emperador romano, proceder que luego sería emulado por otros emperadores y

¹ Clavero, B., *Evolución histórica del Constitucionalismo español*, Madrid, 1984 (2ª reimpresión, 1986), p. 15.

² La noción de “constitucionalismo” lleva implícito su mismo proceso de evolución histórica, del que no puede desprenderse; al respecto, véase Jiménez Asensio, R., *El Constitucionalismo*, Oñati, IVAP, 2001, p. 13.

³ Según el parecer de Tomás y Valiente, «es oportuno, pues, reservar el término Constitución a aquellas leyes que regulen los poderes del Estado y que reconozcan y garanticen los derechos fundamentales de los ciudadanos como límites frente al Estado y como exigencias esgrimibles contra el mismo, partiendo de unos principios democráticos cuya raíz consista en la proclamación de la soberanía del pueblo, esto es, en el reconocimiento de que todos los poderes del Estado emanan del pueblo y encuentran su límite y su fin en la realización de unos valores democráticos explícitos y condensados en estos dos: de la libertad y la igualdad» (Tomás y Valiente, F., “Prólogo” a *Los inicios del constitucionalismo español: de las Cortes de Cádiz a la crisis de la Monarquía absoluta (1808-1833)*, Valencia, Universidad de Valencia, 1980, p. 10); tratándose de una definición prescriptiva –que no descriptiva–, es decir, al contener la ideología propia del autor, el lector podría discrepar, no compartiendo las consecuencias que de tal definición de derivan con respecto a la valoración o calificación de las diversas Constituciones españolas (al respecto, véase –a título de ejemplo– la clasificación contenida en la nota al pie n. 17).

monarcas en los siglos medievales y modernos⁴. En este sentido, aunque pueda hablarse de la “constitución” española del siglo XVIII⁵, tal noción nada que ver tiene con las constituciones liberales que surgirían tras derrocar las estructuras políticas, económicas, jurídicas y sociales del Antiguo régimen. En este sentido, la idea moderna de constitución resulta incompatible con un sistema político de absolutismo monárquico, el existente en el contexto español y europeo del siglo XVIII, salvo en Inglaterra cuyo proceso revolucionario ya había tenido lugar en el XVII (Gloriosa Revolución de 1688). Tal incompatibilidad no provenía de la forma de gobierno monárquica, sino de su carácter absolutista. En efecto, el poder real terminó gozando de una soberanía absoluta que, residiendo en la persona del monarca (o institución monárquica), carecía de límites⁶.

Fue precisamente el establecimiento de límites al –entonces, generalizado– sistema político absolutista la razón de ser de la moderna noción de constitución, merced a la cual se perseguía salvaguardar al individuo del excesivo poder que el Estado, que terminó identificándose con el monarca (“el Estado soy yo”, llegaría a decir Luis XIV)⁷, había venido acumulando desde su creación a principios de la Edad Moderna (siglos XV y XVI)⁸.

En esta línea, la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789) recogió claramente qué se requería para que pudiera hablarse de una sociedad con Constitución:

⁴ En algunos territorios históricos como el Principado catalán, sin embargo, la noción de “constitución” se había reservado para denominar aquella fuente normativa cuya iniciativa o aprobación requería el consentimiento de los estamentos reunidos en las Cortes, no pudiendo luego el monarca modificarla de forma unilateral, siendo así no en virtud del reconocimiento de una supuesta soberanía de los representantes de los estamentos presentes en las Cortes, sino merced a un pacto, acuerdo o contrato entre éstos y el monarca, quedando ambas partes vinculadas jurídicamente por el mismo. Es el reflejo legislativo del denominado sistema político pactista propio de los reinos peninsulares de la Corona de Aragón (Aragón, Cataluña, Valencia y Mallorca).

⁵ Coronas, S. M., “Las Leyes fundamentales del Antiguo Régimen”, *Estudios de Historia del Derecho Público*, Valencia, tirant lo blanch, 1998, pp. 218-310.

⁶ Sobre la evolución histórica de los límites del poder político, véase Masferrer, A. & Obarrio, J.A., “The State Power and the Limits of the Principle of Sovereignty: An Historical Approach”, *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency: Security and Human Rights in Countering Terrorism* (Aniceto Masferrer, editor). Dordrecht-Heidelberg-London-New York, Springer (Collection ‘*Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*’), 2012, pp. 15-51; como es sabido, el absolutismo monárquico fue el resultado de proceso lento y gradual al que contribuyó decisivamente Jean Bodin (1530-1596) en el siglo XVI, que llegó a sostener la soberanía real con siguientes términos: “*Maiestas est summa in cives ac súbditos legibus solute potestas*” (*Six livres de la république*, libro I, cap. VIII). Se trata del texto clásico de la teoría moderna de soberanía. En efecto, esta definición de la *souveraineté* o de la *summa potestas* como *in cives ac súbditos legibus soluta potestas* (‘poder sobre los ciudadanos y súbditos no sujeto a las leyes’), constituye la base teórica del poder soberano del Estado como poder supremo, permanente, indivisible y, en un principio, jurídicamente irresponsable. Sin embargo, conviene no perder de vista que Jean Bodin jamás concibió una noción ilimitada de soberanía, habida cuenta de que ésta no podía transgredir las leyes divinas, las leyes naturales y el *ius gentium*.

⁷ *L'État, c'est moi* en su versión francesa, o *Der Staat bin ich* en su versión alemana.

⁸ Una síntesis sobre el surgimiento del Estado moderno y la noción de soberanía en la época moderna hasta la Revolución francesa puede verse en García de Enterría, E., *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, 1994, pp. 97 ss.; sobre la noción de soberanía en la tradición jurídica anglosajona, véase Loughlin, M., *The Idea of Public Law*. Oxford University Press, 2003, pp. 72-98.

“Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no haya sido asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución”⁹.

En realidad, tanto la separación de poderes como la garantía de los derechos fundamentales se encaminaban a un objetivo común, a saber, el de establecer y garantizar un espacio de libertad para el individuo, y de no injerencia del Estado en el mismo. Para ello, se requería que el nuevo poder público, estructurado en poderes distintos –que no completamente independientes– se sometiera al Derecho (*rule of law*) en Estados Unidos¹⁰, o a la legalidad (principio o supremacía de un Derecho legalizado) en Francia¹¹.

El sometimiento de todos los poderes públicos al Derecho (*rule of law*) o a la legalidad (supremacía de la ley, entendida ésta como la expresión de la voluntad general), así como la salvaguarda de los derechos fundamentales (también entendidos como derechos subjetivos)¹², descansaban en un principio previo y fundamental al que todavía no se ha hecho referencia. En efecto, pese a que el mencionado precepto de la *Declaración* tan sólo establecía la separación de poderes y la garantía de los derechos fundamentales como requisitos de la moderna noción de Constitución, lo cierto es que existía también otro requisito, previo y presupuesto de los ya mencionados, que resultaba por otra parte imprescindible: el principio de la soberanía nacional. En otras palabras, la titularidad del poder no residía ya en el monarca, sino en la nación¹³, si bien su ejercicio podía ser luego compartido por éste como jefe del Poder ejecutivo. De hecho, la historia del principio de soberanía aparece estrechamente ligada a la propia evolución de la institución monárquica, hasta el momento en el que, reservándose la nación la titularidad exclusiva de la soberanía, al monarca le quedó tan sólo una participación secundaria en el ejercicio de la potestad legislativa: una evolución que pasa de la monarquía absoluta hasta la monarquía constitucional, pasando por la

⁹ Art. 16 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789); los textos constitucionales básicos citados a lo largo de este estudio han sido extraídos de las siguientes ediciones: respecto al ámbito comparado, *Textos básicos de la Historia constitucional comparada* (ed. y prólogo a cargo de J. Varela Suanzes). Madrid, CEPC, 1998; respecto a España, *Leyes políticas españolas fundamentales (1808-1978)* (recopil. y prólogo a cargo de E. Tierno Galván). Madrid, Tecnos, 1984; y *Las Constituciones de España* (recopil. y prólogo a cargo de Jorge Esteban). Madrid, CEPC, 2000.

¹⁰ Loughlin, *The Idea of Public Law*, p. 75; sobre esta cuestión, véase también Kriegel, B., *The State and the Rule of Law* (trans. by M.A. LePain and J.C. Cohen), Princeton, Princeton University Press, 1995.

¹¹ Sobre la supremacía de la ley en la Revolución francesa, véase García de Enterría, *La lengua de los derechos*, pp. 108 ss.; un análisis comparativo entre la supremacía de la ley en la Revolución francesa y el *rule of law* anglosajón puede verse en García de Enterría, *La lengua de los derechos*, pp. 145-152.

¹² Sobre la noción de derechos naturales en las Constituciones modernas (particularmente en Estados Unidos y Francia), véase Loughlin, *The Idea of Public Law*, pp. 117-125; sobre la declaración de derechos en los primeros textos constitucionales franceses, véase Duguit, L., *Manual de Derecho constitucional*, Madrid, 1937, pp. 203 ss.; una síntesis sobre la evolución del concepto de Derecho subjetivo desde el Derecho romano hasta la Revolución francesa puede verse en García de Enterría, *La lengua de los derechos*, pp. 47-96; sobre la articulación entre ley y derechos en la Revolución francesa, véase García de Enterría, *La lengua de los derechos*, pp. 114-124; Varela Suanzes, J., “Derechos y libertades en la historia constitucional, con especial referencia a España”, *ibidem*, *Política y Constitución en España (1808-1978)*, Madrid, CEPC, 2007, pp. 109-119.

¹³ Para una panorámica general sobre la sustitución de la nación al rey en la titularidad del poder o soberanía en la Revolución francesa, véase García de Enterría, *La lengua de los derechos*, pp. 102-114.

monarquía limitada¹⁴. Y dentro de la etapa constitucional, “la institución monárquica moderna ha ido evolucionando en Occidente a medida que se ha ido imponiendo el principio democrático expresado en el concepto de soberanía nacional primero, y de soberanía popular, después”¹⁵.

1.1. Breve análisis de sus elementos configuradores

1.1.1. Soberanía nacional

El principio de soberanía nacional o popular fue, pues, una creación o invención del constitucionalismo moderno¹⁶, sin el cual no cabría hablar de auténtica constitución¹⁷. Los primeros textos constitucionales norteamericanos consagraron el principio de que “todo poder corresponde al pueblo, y, por consiguiente, deriva del mismo”¹⁸, otorgando al pueblo la capacidad de disolver los lazos políticos existentes con otro¹⁹, así como la facultad, propia de todo pueblo, de promulgar y sancionar su propia Constitución²⁰.

Lo mismo hicieron los primeros textos constitucionales franceses, al declarar que “los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional (...), han decidido exponer, en una declaración solemne...”²¹. El art. 3 de esta misma *Declaración* consagró de una manera clara y solemne el principio de soberanía nacional con estos términos:

“El origen de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún órgano ni ningún individuo puede ejercer autoridad alguna que no emane expresamente de ella”²².

La primera Constitución francesa, la de 1791, consagró de nuevo este principio, en su primer artículo, como sigue:

¹⁴ Papell, A., *La monarquía española y el Derecho constitucional europeo*, Barcelona, Edit. Labor, 1980, pp. 15-16.

¹⁵ Papell, *La monarquía española y el Derecho constitucional europeo*, p. 21.

¹⁶ La idea de soberanía popular como una “invención” aparece descrita y defendida en Morgan, E.S., *La invención del pueblo. El surgimiento de la soberanía popular en Inglaterra y Estados Unidos*, Madrid, Siglo veintiuno editores, 2006.

¹⁷ Según el parecer de Tomás y Valiente –y en consonancia con su definición prescriptiva de Constitución recogida en la nota al pie n. 3–, “...desde estos postulados [de la postura ideológica democrática] es lícito separar la línea de nuestras Constituciones auténticas (la de 1812, la de 1969, la republicana de 1931 y la actual de 1978), la de las Constituciones degradadas (la de 1837, 1845 y 1876) y la de los textos falsamente constitucionales (los de 1808, 1834 y los iniciados con el Nuevo Estado, creado a partir de la rebelión militar contra la II República)...» (Tomás y Valiente, “Prólogo” a *Los inicios del constitucionalismo español*, p. 13).

¹⁸ Art. 2 de la *Declaración de Derechos de Virginia* (12 de junio de 1776).

¹⁹ Preámbulo de la *Declaración de Independencia* (4 de julio de 1776).

²⁰ Preámbulo de la *Constitución de los Estados Unidos de América* (1787).

²¹ Preámbulo de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789); para una síntesis histórica de la soberanía nacional desde la perspectiva francesa, véase Hauriou, M., *Principios de Derecho público y constitucional*, Granada, Editorial Comares, 2003, pp. 268-306.

²² Art. 3 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789).

“La Soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la Nación; ninguna sección del pueblo ni ningún individuo puede atribuirse su ejercicio”²³.

La primera Constitución española, la de Cádiz de 1812, siguiendo la estela del constitucionalismo francés, recogió este principio²⁴, ejerciendo luego un notable influjo en Europa y América²⁵.

1.1.2. División de poderes

Era precisamente la soberanía popular o nacional la que confería legitimidad al texto constitucional, concediendo al pueblo o a sus representantes la facultad de organizar los poderes públicos, así como su división o separación, según rezaba la *Declaración de Derechos de Virginia*:

“V. Que los poderes legislativo y ejecutivo del Estado deben hallarse separados y diferenciados del judicial; y, a fin de que los miembros de los dos primeros no incurran en opresión, deberán soportar y participar en las cargas del pueblo”.

Pocos años después, la Constitución de los Estados Unidos de América organizaría el Estado separando los poderes legislativos (art. I, Secciones 1-10), del ejecutivo (art. II, Secciones 1-4) y del judicial (art. III, Secciones 1-3). En realidad, la Constitución norteamericana promulgada en 1787 se ocupó primordialmente de la organización y estructuración de los poderes, omitiendo sin embargo el reconocimiento expreso de los derechos y libertades, cuestión de la que se ocuparían los diez primeros artículos de enmienda de la Constitución, introducidos cuatro años después, el 15 de diciembre de 1791.

También en Francia se puede apreciar la estrecha relación entre soberanía nacional y división de poderes²⁶. En este sentido, el art. 2 del título III de la Constitución de 1791 (“De los Poderes Públicos”) establecía esta relación con claridad meridiana al disponer que “la Nación, de la que emanan todos los Poderes, no puede ejercerlos más que por delegación. La constitución francesa es representativa: los representantes son el Cuerpo legislativo y el Rey”. Entre los poderes emanados de la nación se encontraba el legislativo²⁷, el ejecutivo²⁸ y el judicial²⁹.

²³ Art. 1 de la Constitución francesa de 1791.

²⁴ Al respecto, véase mi estudio “La soberanía nacional en las Cortes gaditanas: su debate y aprobación”, *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años* (José Antonio Escudero, dir.), Madrid, Fundación Rafael del Pino-Espasa, 2011, vol. II, pp. 639-672.

²⁵ Al respecto, véase la obra titulada *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años* (José Antonio Escudero, dir.), Madrid, Fundación Rafael del Pino-Espasa, 2011, y más en particular, sss

²⁶ Según el parecer de Bartolomé Clavero, la Constitución de 1791 establecía no tanto un sistema de separación como de distinción de poderes; al respecto (Clavero, *Evolución histórica del Constitucionalismo español*, p. 22), al igual que sucedería más tarde en España con el Decreto de 24 de septiembre de 1810 (Clavero, B., *Manual de historia constitucional de España*. Madrid, 1989, p. 26).

²⁷ Art. 3 de la Constitución francesa de 1791.

²⁸ Art. 4 de la Constitución francesa de 1791.

²⁹ Art. 5 de la Constitución francesa de 1791.

1.1.3. Derechos fundamentales

Así como el reconocimiento de la soberanía nacional resultaba un título más que suficiente para la organización del Estado con sus diversos poderes, entendiéndose que éstos habían sido “creados” o constituidos por el pueblo o la nación soberana, no cabía decir lo mismo, sin embargo, con respecto a los derechos fundamentales, los cuales se entendía que no emanaban de la soberanía sino de la naturaleza, por lo que tan sólo cabía reconocerlos o declararlos, dejando claro que tales derechos eran naturales, es decir, correspondientes a la naturaleza o inherentes al ser humano y, en cualquier caso, no susceptibles de privación o desposesión merced a pacto alguno.

Así lo expresaba el art. I de la *Declaración de Derechos de Virginia*:

“Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y que tienen ciertos derechos inherentes de los que, una vez constituidos en sociedad, no puede en lo sucesivo privarse o desposeerse por ningún pacto; a saber, el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad”.

El texto de la *Declaración de Independencia* americana llegaba todavía más lejos al afirmar, tras insistir en su carácter inalienable, “que para asegurar estos derechos se instituyen los gobiernos entre los hombres, derivando su poder del consentimiento de los gobernados”³⁰, es decir, que es función de los gobiernos, cuyo poder deriva del consentimiento de los gobernados (soberanía del pueblo o nación), el aseguramiento o garantía de tales derechos. Ahora bien, ¿qué derechos eran considerados naturales y gozaban, por tanto, del carácter inalienable? La *Declaración de Independencia* se había referido expresamente a los derechos a la vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad. Años más tarde, en los diez artículos de la primera enmienda a la Constitución americana (1791), tras enumerar algunos derechos, se advertía expresamente que «la enumeración en esta Constitución de ciertos derechos no supone la negación o menosprecio de otros que el Pueblo conserva»³¹.

En el contexto francés, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* recogía en su mismo Preámbulo su propósito de “exponer, en una declaración solemne, los Derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, con el fin de que esta declaración, presente de manera constante en todos los miembros del cuerpo social, les recuerde permanentemente sus derechos y sus deberes”. Tras señalar, en fin, que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos” (art. 1), empleaba una fórmula parecida a las *Declaraciones* norteamericanas de 1776:

“El objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos Derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión” (art. 2).

El contenido de este precepto es nítido y no da pie a interpretación alguna. No en vano se ha reconocido que “el respeto a los derechos naturales se impone objetivamente al pacto social, marcando así sus límites y dándole sentido”, pues “la afirmación, la

³⁰ Párrafo II del Preámbulo de la *Declaración de Independencia de Estados Unidos* (4 de julio de 1776).

³¹ Art. 9 de la *Enmienda a la Constitución americana* (15 de diciembre de 1791).

defensa, y la protección de tales derechos (...) como auténtico *prius* y fundamento de la sociedad, constituirá el criterio de legitimación de toda convivencia humana, el límite y, al propio tiempo, el sentido del pacto social”³². Precisamente porque tales derechos eran declarados naturales e imprescriptibles, la Constitución francesa de 1791, al garantizar varios de los mismos en su Título I, dispone que “el poder legislativo no podrá hacer leyes que mermen y dificulten el ejercicio de los derechos naturales y civiles consignados en el presente título y garantizados por la Constitución”.

1.2.El sometimiento del Estado al Derecho: el *rule of law* norteamericano y la supremacía de la Ley en Francia

Como se ha dicho, la noción de Constitución llevaba consigo el sometimiento del Estado o poder público al Derecho en Estados Unidos (*rule of law*) o a la legalidad en Francia (principio o supremacía de un Derecho legalizado).

En Francia, la ley se erigió en la expresión de la voluntad general³³, con arreglo a la conocida afirmación de Rousseau, quien defendía “...una forma de gobierno que ponga a la Ley por encima del Hombre”, y advertía que “no habría libertad en un Estado en el que el cuerpo encargado de aplicar la Ley tuviese derecho a hacerla hablar según su fantasía, pues podría hacer ejecutar como Leyes sus voluntades más tiránicas”³⁴.

Según el parecer de Rousseau, las nociones de soberanía y de Ley como expresión de la voluntad general estaban estrechamente unidas. Sostenía, por una parte, que la soberanía era indelegable:

“...no siendo la soberanía sino el ejercicio de la voluntad general, no puede enajenarse nunca, y el soberano, que no es sino un ser colectivo, no puede ser representado más que por sí mismo; el poder puede ser transmitido pero no la voluntad (...).

Por la misma razón que la voluntad no es enajenable, también es indivisible: Porque la voluntad es general o no lo es (...).

Es importante, pues, para la formulación de la voluntad general que no haya ninguna sociedad parcial en el Estado y que cada ciudadano opine exclusivamente según su propio entender”³⁵.

Defendía, por otra parte, la superioridad de la ley como expresión de la voluntad general, confiriendo a la ley la fuerza de la legitimidad democrática:

³² Díaz, E. “Libertad-igualdad en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789”, *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Profesor José Cortés Grau*, Valencia, Universidad de Valencia, 1977, tomo I, p. 238.

³³ Al respecto, es bien conocida la obra de Carré de Malberg, R., *La loi expression de la volonté générale. Etude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Paris, Sirey, 1931.

³⁴ En esta línea, Rousseau señalaba: “Un pueblo libre obedece, pero no sirve; tiene jefes pero no dueños; obedece a las leyes, y es por la fuerza de las leyes por lo que obedece a los hombres (...). Un pueblo es libre, sea cual sea la forma de su gobierno, cuando quien le gobierna no ve al hombre, sino al órgano de la Ley. En una palabra, la libertad sigue siempre la suerte de las leyes, reina o perece con ellas; yo no sé nada que sea más cierto” (Rousseau, J.J., *Letters écrites de la Montagne*, Lettre VIII, *Ouvres complètes de la Bibliothèque de La Pléiade*, v. III, Paris, 1964, p. 842).

³⁵ Rousseau, J.J., *El contrato social o Principios de Derecho Político* (1762), Madrid, Tecnos, p. 29; para una panorámica del pensamiento rousseauiano, véase el estudio de Skinner, Q., *Hobbes and Republican Liberty*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

“La soberanía no puede ser representada por la misma razón que no puede ser enajenada; consiste esencialmente en la voluntad general, y ésta no puede ser representada: es ella misma o es otra; no hay término medio (...). Toda ley no ratificada en persona por el pueblo es nula; no es una ley. El pueblo inglés cree ser libre, pero se equivoca, sólo lo es durante la elección de los miembros del Parlamento”³⁶.

Según la concepción rousseauiana de soberanía, al no poder ser ésta dividida, lo único que podía hacerse era diferenciar las funciones del gobierno, idea que tendría un enorme influjo en el pensamiento francés posterior. Desde una perspectiva política, se distinguiría entre la “voluntad” y la “fuerza”, correspondiendo la primera al Poder legislativo (quien determina la voluntad y, en consecuencia, aprueba la Ley), y la segunda al Poder ejecutivo (quien ejecuta la Ley o ejerce la fuerza). Su concepción de la división de poderes quedaba bien lejos, pues, de la idea de equilibrio, al tener como finalidad última la supremacía del Legislativo. Con razón se ha dicho que “esa superioridad del Legislativo tenía como consecuencia derivada la inexistencia de jerarquía alguna entre Constitución y ley ordinaria, pues esta última era expresión de la voluntad general y aquélla una ley más que servía para codificar determinados principios de la relaciones políticas”³⁷.

Quedaban así derogados, pues, los antiguos principios romanos según los cuales la voluntad del monarca tiene fuerza de ley (*quod principi placuit legis habet vigorem*)³⁸, la cual, además, no vinculaba al monarca, quien se encontraba por encima de ella (*princeps legibus solutus est*)³⁹, y se introducía un nuevo sistema que instauraba el principio de supremacía de la ley, la cual, además de ser expresión de la voluntad general, sin discriminación de ningún género⁴⁰, garantizaba la libertad y derechos naturales de los individuos⁴¹, marcaba los límites de lo exigible y no exigible⁴², señalaba quién podía ser procesado y condenado por la comisión de un delito⁴³, y permitía exigir responsabilidad a todo agente público del ejercicio de su cargo⁴⁴.

³⁶ Texto recogido en Jiménez Asensio, R., *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 71; en este sentido hay que entender a Benjamín Constant, quien denominó “la libertad de los modernos” al hecho de tener “el derecho de no estar sometido más que a las Leyes”, así como de poseer un ámbito personal en el que pensar y obrar, con independencia del poder del Estado, e incluso frente a tal poder –libertad–: resistencia (al respecto, véase Constant, B., “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, *Del Espíritu de Conquista*, Madrid, Tecnos, 1988).

³⁷ Jiménez Asensio, *El constitucionalismo*, p. 71

³⁸ *Instituciones* 4, 1.

³⁹ *Instituciones* 3, 31; al respecto, véase el estudio –ya clásico– Wyduckel, D., *Princeps legibus solutes. Eine Untersuchung zur Frühmoderne Rechts- und Staatslehre*, Berlin, 1979.

⁴⁰ Art. 6 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*: “La Ley es la expresión de la voluntad general (...). Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente o por sus representantes en su formación (...). ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos son iguales ante ella...”.

⁴¹ Art. 4 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*: “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a los demás: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la Ley”.

⁴² Art. 5 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*: “La ley no puede prohibir más que las acciones perjudiciales para la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que la Ley no ordena”.

⁴³ Art. 7 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*: “Ningún hombre puede ser acusado, detenido o encarcelado más que en los casos determinados por la Ley y según las formas que

Aunque de la propia doctrina francesa surgió la importante distinción entre “poder constituyente” y “poder constituido”⁴⁵, el que la soberanía nacional residiera mucho más en aquél que en éste no impidió que, tanto en el plano teórico como en el práctico –y entre los poderes constituidos–, el legislativo adquiriera una supremacía particular frente a los otros dos, esto es, el ejecutivo y el judicial. El hecho de que la Ley fuera la expresión de la voluntad general y de que los representantes de ésta tuvieran escaño en el parlamento, hizo que el legislativo gozara de una preeminencia no exenta de consecuencias que pondrían de manifiesto las diferencias entre este modelo y el norteamericano.

En este sentido, aun asumiendo que todos los poderes emanaban de la soberanía, si el poder legislativo, por su carácter representativo, encarnaba más que cualquier otro el poder soberano, se entiende que, una vez aprobado el texto constitucional y constituidos todos los poderes, el legislativo y las leyes promulgadas por éste gozaban de una autoridad inigualable. Si a esto se le añade el hecho de que la propia Constitución francesa carecía de valor normativo⁴⁶, pues su carácter era meramente programático, esto es, no exigible o vinculante por sí mismo a no ser que no fuera objeto de un posterior desarrollo legislativo, el Constitucionalismo francés –a diferencia del americano⁴⁷– se caracterizó por la marcada supremacía del poder legislativo frente al ejecutivo y –sobre todo– al judicial.

Era el poder legislativo el que, como poder constituido, asumía el protagonismo propio de quien está revestido de la soberanía nacional. En consecuencia, resultaba inaudito siquiera vislumbrar la posibilidad de que el poder judicial pudiera plantear o declarar la posible nulidad de las leyes por su disconformidad con la Constitución.

ésta prescriba (...). Sólo cuando un ciudadano es llamado a obedecer en virtud de la Ley debe obedecer al instante”. Art. 8: “Nadie podrá ser condenado más que en virtud de una Ley establecida y promulgada anteriormente al delito”.

⁴⁴ Art. 15 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*: “La sociedad tiene el derecho a pedir cuentas a todo agente público de su administración”.

⁴⁵ Sieyès, E., *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los Privilegios* (1789) (manejamos dos ediciones distintas: la edición de Oikos-tau, Barcelona, 1989; y la editada por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, bajo el título *¿Qué es el estado llano?*).

⁴⁶ Sobre el valor normativo de la constitución y su control judicial en el Derecho europeo continental, véase López Ulla, J.M., *Orígenes constitucionales de control judicial de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 27 ss., en particular pp. 39-53; respecto al caso español, véanse pp. 54 ss.; respecto al caso francés, véase Pardo Falcón, J., “Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos* 72 (1991), pp. 243-258; para una visión general de la noción de Constitución como norma, véase también García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, 1981, pp. 49-61.

⁴⁷ Sobre el valor normativo de la constitución y su control judicial en el sistema jurídico norteamericano, véase López Ulla, *Orígenes constitucionales de control judicial de las leyes*, pp. 27 ss., en particular pp. 32-39; no cabe afirmar lo mismo del modelo inglés, donde la supremacía del Parlamento terminó imponiéndose, acercándose en este sentido –no en otros– al modelo francés (sobre la supremacía del Parlamento en el Derecho inglés, véase López Ulla, *Orígenes constitucionales de control judicial de las leyes*, pp. 30-32); para una comprensión de los principios teóricos y prácticos de la Constitución británica resulta imprescindible el estudio –ya clásico– de Dicey, *Introduction to the study of the Law of the Constitution* (1885), donde se recogen los dos grandes principios que definían, por sí solos, todo el ordenamiento jurídico, a saber, la soberanía del Parlamento y el *rule of law* (gobierno del Derecho, o –empleando la terminología de la tradición continental– Estado de Derecho).

Y esto era así por tres motivos. En primer lugar, porque la Constitución, al carecer de valor normativo, no era susceptible de ser interpretada y aplicada por el juez en un caso concreto, por lo que menos cabía entonces plantearse su conformidad con respecto a otra norma o ley de rango inferior. En segundo lugar, a causa de la mencionada supremacía del legislativo y de la ley, entendida ésta como expresión de la voluntad general, no era admisible que un juez pudiera declarar la nulidad de una ley que, además de ser la expresión de la voluntad general, había sido promulgada por los representantes de la nación (lo cual no era cierto *stricto sensu*, pues el legislativo es poder constituido, no constituyente). Y en tercer lugar, no conviene olvidar el recelo y animadversión que los antiguos *parlements* (ciertos órganos jurisdiccionales superiores) y jueces habían suscitado en las postrimerías del antiguo régimen, habida cuenta de que el juez, además de administrar justicia en nombre del rey, encarnaba y, en ocasiones, adoptaba precisamente el poder arbitrario y totalitario de éste⁴⁸.

Desde esta perspectiva, pues, la supremacía del poder legislativo y, más concretamente, de la Ley resultaba indiscutible. Una Ley frente a la cual, en el supuesto de no estar conforme con el texto constitucional, ningún poder ni órgano estaba autorizado para declarar o exigir su nulidad. La relación entre soberanía nacional, separación de poderes y supremacía de la ley en el constitucionalismo francés podía, pues, sintetizarse en los siguientes elementos:

- 1) la soberanía parlamentaria y, por tanto, la supremacía de la ley (en este sentido, la Constitución, pese a poder ser rígida, no era más que un texto programático o de organización política del Estado);
- 2) la existencia de un Poder ejecutivo fuerte, con el contrapeso de un control legislativo al principio y, en cualquier caso, exento de control jurisdiccional; y
- 3) un Poder judicial sometido por completo al imperio de la Ley, sin capacidad para intervenir en ninguno de los ámbitos reservados a los demás poderes, y sin posibilidad de declarar la nulidad de una Ley por inconstitucional debido al carácter no normativo de la Constitución y a su inferioridad frente a cualquier ley aprobada por el Parlamento.

Con razón se ha dicho que “...la [Asamblea] Constituyente partió de la convicción, tan profundamente anclada en el espíritu público de los tiempos de la Revolución, de que el Derecho por entero está contenido en la ley, y que sólo la ley puede querer y, por consiguiente, crear Derecho; que, por lo tanto, el oficio de juez se reduce a hacer en cada caso la aplicación servil del Derecho legal”⁴⁹.

El propio Robespierre propuso borrar el término jurisprudencia del idioma en la sesión de la Asamblea Nacional del 18 de noviembre de 1790:

⁴⁸ Sobre los *Parlements* y su función en la tradición jurídica francesa, véase García Pascual, C., *Legitimidad democrática y poder judicial*, Valencia, Generalitat Valenciana, 1997, pp. 56 ss.

⁴⁹ Carré de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, 2ª ed., p. 663; sobre la ideología de los revolucionarios franceses respecto a la función judicial, así como el Código napoleónico, la Escuela de la Exégesis y la función judicial, véase García Pascual, *Legitimidad democrática y poder judicial*, pp. 104-113.

“La palabra jurisprudencia debe borrarse de nuestro idioma. En un Estado que posee una Constitución y una legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley misma; por lo tanto, siempre habrá identidad de jurisprudencia”.

Resultan acertadas, a nuestro juicio, las siguientes conclusiones a las que llega Jiménez Asensio:

“En suma, una concepción desvirtuada de la división de poderes, que se asentaba sobre la omnipotencia del Parlamento y la supremacía de la Ley como expresión de la voluntad general. Una concepción que orillaba el Poder judicial, escondía la importancia del ejecutivo y desconocía el valor normativo de la Constitución. Sin duda (...), estas dos notas de supremacía de la ley (traducido orgánicamente: soberanía parlamentaria) y de articulación de un Poder judicial débil serán (...), los elementos centrales que fundamentarán la separación radical del modelo norteamericano y el de raíz continental europeo. Por lo que hace al segundo de ellos, la debilidad del Poder Judicial, conviene apuntar que los revolucionarios franceses partían de una concepción omnipresente de la Ley (en calidad de producto normativo que, expresión de la voluntad general, todo lo podía): el legislador era poco más o menos que una maquinaria perfecta que todo lo preveía, sin fisuras, sin lagunas, y, en consecuencia, la labor del juez era meramente aplicativa, o si se prefiere mecánica, vedando cualquier espacio a la creación judicial”⁵⁰.

Aunque el modelo francés había tomado algunos aspectos del constitucionalismo norteamericano (por ejemplo, la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 se había inspirado claramente en la *Declaración de Derechos de Virginia* de 1776), éste se distinguía del constitucionalismo francés como sigue.

El constitucionalismo norteamericano, a diferencia del francés, concedió al texto constitucional un valor normativo desde los inicios, en virtud del cual no sólo los poderes públicos como los individuos quedaban jurídicamente vinculados, sino que el juez, además, podía aplicar sus preceptos en los casos concretos, así como declarar la posible nulidad de una ley por su disconformidad con algún precepto constitucional mediante el denominado *judicial review*.

A este carácter normativo de la Constitución hay que añadir el hecho de que en Estados Unidos, territorio donde regía el *common law*, jamás tuvo lugar la tendencia francesa a identificar el Derecho con la Ley, rigiendo el principio del ‘imperio del Derecho’ o *rule of law*, cuyo sentido o significado no equivale al principio de legalidad o a la referida supremacía de la Ley existente en el modelo francés.

En efecto, aunque en Inglaterra, la cuna del sistema jurídico anglosajón, la Gloriosa Revolución (1688) concluyó con la consagración de la soberanía del Parlamento y del *rule of law* (de ahí el *Bill of Rights* de 1689), conviene no perder de vista que el Derecho inglés ya había sembrado la semilla que más tarde germinaría en Estados Unidos, convirtiéndose no sólo en árbol frondoso, sino en uno de los pilares del constitucionalismo norteamericano. Se trata de la sentencia del caso *Bonham*, pronunciada por el juez Edward Coke en 1610, según la cual se defiende que el *common law* es una norma o ley superior, por lo cual los jueces, quienes siguen el *common law* merced al precedente judicial, podrían llegar a declarar la nulidad de una ley aprobada por el Parlamento si ésta resulta contraria al *common law* (o al Derecho natural entendido como *common law*). Esta sentencia revestía una importancia notoria, habida

⁵⁰ Jiménez Asensio, *El constitucionalismo*, pp. 84-85.

cuenta de que suponía el sometimiento del Parlamento al *common law* o, en otras palabras, el que la *rule of law* vinculara también al Parlamento, pudiendo los jueces declarar la nulidad de una ley que resultara contraria al *common law*. El juez Coke difícilmente hubiera podido imaginarse la influencia que esta sentencia llegaría a ejercer en el constitucionalismo norteamericano:

“Con esta idea, el famoso juez sentaba una de las bases para la construcción de la idea de Constitución como norma suprema del ordenamiento y de su garantía: el control judicial de constitucionalidad o *judicial review of legislation*. La influencia de Coke en Norteamérica, junto con otros elementos, iba a dar lugar a la afirmación en este país de la existencia de una constitución situada en el vértice superior de la pirámide normativa, así como el desempeño, por parte del poder judicial, de la función de guardián de esa Constitución”⁵¹.

2. La fragilidad de los ‘Derechos fundamentales’ frente a la ‘soberanía nacional’ y a la Ley como ‘expresión de la voluntad general’

Una aproximación al constitucionalismo occidental moderno, surgido con el objeto de poner límites al poder absolutista del Estado, garantizando así un ámbito de libertad al individuo –‘la libertad de los modernos’, según Constant⁵²–, muestra a las claras que, desde una perspectiva estrictamente jurídico-constitucional, siendo cierto que tanto la soberanía nacional, como la separación de poderes y la garantía de los derechos constituían los requisitos *sine qua non* para la existencia de un auténtico constitucionalismo⁵³, tanto el primero como el segundo se encaminaban a un objetivo común, esto es, el de establecer y garantizar un espacio de libertad para el individuo, y de no injerencia del Estado en el mismo. Era precisamente la protección de los derechos fundamentales del individuo lo que aconsejaba tanto la nueva estructuración del Estado en distintos poderes (legislativo, ejecutivo y judicial), como su sometimiento al Derecho, tanto en su versión continental (supremacía de la ley) como anglosajona (*rule of law*).

El hecho de que el sometimiento de todos los poderes públicos al Derecho (*rule of law*) o a la legalidad (supremacía de la ley, entendida ésta como la expresión de la voluntad general), y la salvaguarda de los derechos fundamentales, descansaran en un principio político fundamental, el principio de la soberanía nacional, no significaba que el pueblo o la nación pudiera, en uso de sus facultades –ya como poder constituyente, ya como poder constituido–, restringir aquellos derechos fundamentales que, hundiéndose sus raíces en la naturaleza del hombre constituían una realidad pre-política no sólo indisponible por el Estado, sino que obligaba a éste a su reconocimiento y protección.

Como se ha visto, así como el reconocimiento de la soberanía nacional resultaba un título más que suficiente para la organización del Estado con sus diversos poderes, entendiéndose que éstos habían sido “creados” o constituidos por el pueblo o la nación

⁵¹ Dorado Porras, J., *La lucha por la Constitución. Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVII*, Madrid, CEPC, 2001, p. 70.

⁵² Véase la nota al pie n. 36.

⁵³ Art. 16 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789): “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no haya sido asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución”.

soberana, no cabía decir lo mismo, sin embargo, con respecto a los derechos fundamentales, los cuales se entendía que no emanaban de la soberanía sino de la naturaleza, por lo que tan sólo cabía reconocerlos o declararlos, dejando claro que tales derechos eran naturales, es decir, pertenecientes a la naturaleza o inherentes al ser humano y, en cualquier caso, no susceptibles de privación o desposesión merced a pacto alguno.

En esta línea, conviene no olvidar que todos los primeros textos constitucionales y Declaraciones –tanto europeas como norteamericanas– partían de la existencia de unos derechos que, al tener su origen en la naturaleza y ser ‘inherentes’ al ser humano, tenían un carácter natural pre-político, de suerte que jamás los hombres, una vez se hubieren constituido en sociedad (política), podrían ser privados o desposeídos de sus derechos inherentes mediante pacto alguno. Así lo expresaba el art. I de la *Declaración de Derechos de Virginia*:

“Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes, y que tienen ciertos derechos inherentes de los que, una vez constituidos en sociedad, no puede en lo sucesivo privarse o desposeerse por ningún pacto; a saber, el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad”.

Como se vio, el texto de la *Declaración de Independencia* americana llegaba todavía más lejos al afirmar, tras insistir en su carácter inalienable, «que para asegurar estos derechos se instituyen los gobiernos entre los hombres, derivando su poder del consentimiento de los gobernados»⁵⁴, es decir, que es función de los gobiernos, cuyo poder deriva del consentimiento de los gobernados, el aseguramiento o garantía de tales derechos.

Lo mismo señalaba la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* al exponer, en su mismo Preámbulo, su razón de ser:

“...exponer, en una declaración solemne, los Derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, con el fin de que esta declaración, presente de manera constante en todos los miembros del cuerpo social, les recuerde permanentemente sus derechos y sus deberes”.

Por si fuera poco, tras señalar que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos” (art. 1), el art. 2 disponía:

“El objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre...”.

Precisamente porque tales derechos eran declarados naturales e imprescriptibles, la Constitución francesa de 1791, al garantizar varios de los mismos en su Título I, disponía:

“...el poder legislativo no podrá hacer leyes que mermen y dificulten el ejercicio de los derechos naturales y civiles consignados en el presente título y garantizados por la Constitución”.

⁵⁴ Párrafo II del Preámbulo de la *Declaración de Independencia de Estados Unidos* (4 de julio de 1776).

Como puede verse, la idea de que los derechos fundamentales, al hundir sus raíces en la misma naturaleza de la persona, no son disponibles por el poder público ni por el pueblo o nación, en el que reside la soberanía, está en la base del constitucionalismo occidental moderno. Tanto es así, que Declaraciones y textos constitucionales posteriores recogieron sin ambages este mismo principio.

Así, por ejemplo, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948), en el primer Considerando de su Preámbulo, dispone:

“...la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”⁵⁵.

El art. 1, al señalar que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia...”, reconoce que la dignidad y los derechos que de ella derivan no provienen de su condición de ciudadano político, sino de su nacimiento. Así, pues, el nacimiento, la dignidad y los derechos del ser humano constituyen realidades naturales pre-políticas que al Estado corresponde su reconocimiento y protección⁵⁶.

La vigente Constitución española, cuyo Preámbulo contiene una referencia clara al “Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular”⁵⁷, con un inciso final de clara influencia rousseauiana, menciona expresamente tanto la ‘dignidad humana’ como ‘los derechos inviolables que le son inherentes’⁵⁸.

Si bien es cierto que el constitucionalismo occidental moderno no albergaba duda alguna sobre la existencia de unos derechos naturales, de carácter pre-político, cuyo reconocimiento y protección constituía la razón de ser del Estado, menos clara resultaba la cuestión relativa a qué derechos debían considerarse como naturales.

⁵⁵ Y en su Considerando 3º califica como esencial el que “...los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”; luego, sólo en un Estado de Derecho en el que tales derechos naturales sean efectivamente reconocidos y protegidos legalmente, el individuo no debe sentirse ‘compelido a la rebelión contra la tiranía y la opresión’. De lo contrario, esto es, si el Estado no fuera capaz de reconocer y proteger legalmente tales derechos naturales, entonces el individuo sí podría sentirse compelido a ello.

⁵⁶ La idea de que las Declaraciones y textos constitucionales se limitan a reconocer la existencia de derechos, y no a ‘crearlos’ según la coyuntura histórica o el consenso existente en cada momento, constituye otro rasgo característico del constitucionalismo moderno. En esta línea –y a mero título de ejemplo–, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) dispone, en su Considerando 2º, que “esta declaración tiende a asegurar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos...”.

⁵⁷ Constitución española de 1978, Preámbulo: “La Nación Española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las Leyes conforme a un orden económico y social justo; consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular; proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones”.

⁵⁸ Artículo 10.1 CE 1978: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

Así, por ejemplo –como se vio–, mientras la *Declaración de Independencia* se había referido expresamente a los derechos a la vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad, unos años más tarde, en los diez artículos de la primera enmienda a la Constitución americana, tras enumerar algunos derechos, se advertía expresamente que “la enumeración en esta Constitución de ciertos derechos no supone la negación o menosprecio de otros que el Pueblo conserva”⁵⁹. Por su parte, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, tras afirmar –en su Preámbulo– la existencia de unos ‘Derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre’, y señalar –en su art. 2– que «el objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre», dispone cuáles son tales derechos: «Estos Derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión». Resulta claro que, tal como advertía el texto constitucional americano, la enumeración de tales derechos no podía suponer la negación o menosprecio de otros.

Éste no era, sin embargo, el punto más frágil de los derechos y libertades fundamentales reconocidas en los mismos orígenes del constitucionalismo moderno. Los aspectos más perjudiciales y corrosivos –según ha demostrado el paso del tiempo– fueron las concretas nociones de soberanía y de ley como expresión de la voluntad general introducidas en las mencionadas Declaraciones y textos constitucionales. Estos dos conceptos, al perder progresivamente sus límites o su alcance relativo⁶⁰, terminarían absolutizándose hasta el punto de subvertir el orden dispuesto por nuestro primigenio constitucionalismo moderno, trocando el carácter natural e indisponible de los derechos fundamentales por parte del Estado, en unos derechos carentes de otro fundamento y legitimación que el proveniente del ejercicio de la propia soberanía que, reflejo político de la afirmación de la plena autonomía de la voluntad⁶¹, sin límites ni referentes prepolíticos de ningún tipo, pasa de reconocer derechos a ‘crearlos’ mediante ley, sobre la cual, al ser la expresión de la voluntad general, no cabe disenso alguno, no pudiendo ya el individuo invocar derecho alguno, por muy fundamental que fuera, si éste carece de plasmación, regulación o reconocimiento legal expreso⁶².

⁵⁹ Art. 9 de la *Enmienda a la Constitución americana* (15 de diciembre de 1791).

⁶⁰ En relación a la necesidad de establecer límites, se ha dicho –y con razón– que la violencia aparece «como negación del respeto debido a la persona humana, que queda reducida a un ser al que cabe explotar, humillar o eliminar. La negación del respeto es el resultado de la desmesura, de la *hybris*, de la falta de sentido del límite, que en cada caso surge como primacía incondicionada del lucro, del placer o de la voluntad de dominio» (Ballesteros, *Repensar la paz*, p. 107).

⁶¹ Al respecto, véase el estudio de Cotta, S., *Itinerarios humanos del Derecho*, Pamplona, 1974, en cuyo estudio introductorio Jesús Ballesteros señala que “resulta significativa la conexión entre la negación por Sastre de toda esencia, previa a la existencia y su famosa frase en *Huis Clos*: ‘el infierno son los otros’. Si mi libertad carece de límites intrínsecos, impuestos por mi naturaleza, es el otro el que aparece como freno y límite a mi libertad y por tanto como enemigo” (p. 14).

⁶² Sobre la falsedad del principio según el cual los derechos fundamentales de las personas requieren necesariamente de su expresa plasmación legal o constitucional para que el ordenamiento jurídico pueda garantizar su efectiva salvaguarda, véase Masferrer, A., “El alcance de la prohibición de las *penas inhumanas y degradantes* en el constitucionalismo español y europeo. Una contribución histórico-comparada al contenido penal del constitucionalismo español y alemán”, *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Valencia, Tirant lo Blanch - Facultad de Derecho (Univ. Valencia), 2005, pp. 515-544.

Este fue el germen emponzoñado contenido, de modo latente, en las primeras Declaraciones y textos constitucionales modernos. Y el paso del tiempo no ha hecho más que confirmar sus efectos perniciosos, introduciendo el totalitarismo en el mismo Estado democrático y de Derecho. Esta semilla, presente en los inicios del constitucionalismo moderno en Occidente, provenía de la doctrina, tanto de la anterior como de la coetánea. Sus orígenes eran remotos, pero cabe encontrarlos en el contexto filosófico que va de Descartes a Marx, y sus efectos resultaron patentes tanto en la filosofía del Derecho como en la filosofía política, así como en autores clásicos – algunos, ya mencionados– como John Stuart Mill, Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau y Voltaire (François-Marie Arouet).

No es que las tesis de todos estos autores coincidan a este respecto, pero sí muestran una gradual evolución cuya desembocadura sería la negación de la dignidad (pre-política) del ser humano o, mejor dicho, en la negación de la naturaleza pre-política de los derechos fundamentales, y en la consiguiente absolutización tanto de la sociedad como del poder político (Estado), negándose la existencia de una dimensión social pre-política del ser humano constitutiva de un referente natural objetivo, erigiéndose en una barrera infranqueable o en un límite al ejercicio del poder público en el marco de un Estado democrático y de Derecho⁶³. Si se niega esta realidad o dimensión pre-política, el poder público termina resultando omnicompreensivo y absoluto, se deja al individuo inerme y desprotegido frente a un interés colectivo (encarnado en el Estado y cristalizado en la ley) cuya fuerza es arrolladora. Al negarse esta realidad, surge el pensamiento de que “el individuo puede ser liberado de todo mal y alcanzar su perfección en la sociedad y por obra de la sociedad”, la cual termina encarnada en el Estado, siendo éste *le grand tout* (Rousseau) o la *Totalität* (Hegel y Marx)⁶⁴.

Esto resulta particularmente patente en las doctrinas de Thomas Hobbes y Jean-Jacques Rousseau, siendo probablemente este último –y a este respecto– el autor cuyo influjo en los orígenes de nuestro constitucionalismo moderno resultó más pernicioso⁶⁵. Mientras buena parte del pensamiento moderno sostiene, partiendo del planteamiento agustiniano, de que la estructura política es necesaria pero provisional e imperfecta (Locke, Montesquieu, Constant, Tocqueville y Rosmini, entre otros), en el que se aprecia “una sana desconfianza respecto al poder político acentuando la necesidad de su

⁶³ Según Thomas Hobbes, «individual rights-bearers do not possess rights because they are inscribed in nature or because they can be understood to be expressions of human reason, but only because they have been conferred by the sovereign’s legislation» (Loughlin, *The Idea of Public Law*, p. 86); estas tesis, que siguen teniendo predicamento en nuestros días, son defendida por autores como John Rawls y Ronald Dworkin, entre otros; al respecto, véase el sugerente estudio de Rhonheimer, M., “The Political Ethos of Constitutional Democracy and the Place of Natural Law in Public Reason: Rawls’s ‘Political Liberalism’ Revisited”, 50 *The American Journal of Jurisprudence* 2005, pp. 1-70.

⁶⁴ Ballesteros, “Estudio introductorio” a Cotta, *Itinerarios humanos del Derecho*, p. 16.

⁶⁵ Al respecto, véase el estudio de Gearty, C. A., “Escaping Hobbes: Liberty and Security for Our Democratic (Not Anti-Terrorist) Age” (January 27, 2010), LSE Legal Studies Working Paper No. 3/2010 (disponible en <http://ssrn.com/abstract=1543121>), quien atribuye a Hobbes la fragilidad de los derechos y libertades fundamentales en la cultura jurídica occidental: “...there is no doubt that Hobbes remains hugely influential (...). Hobbes’s residual theory of liberty has proved of immense influence” (p. 8).

limitación y su control, para hacerlo responsable”, otros autores, como el caso de Rousseau, desembocaron en ‘la mitificación del poder político’⁶⁶.

En efecto, las nociones rousseauianas de soberanía y de ley como expresión de la voluntad general introducidas en las primeras Declaraciones y textos constitucionales llevaban el mencionado germen. Un estudio detenido de su obra resulta más que suficiente para constatar en qué medida se confiere al Estado y la ley un valor absoluto, situándolos por encima –y no al servicio de– la persona. En efecto, Rousseau presentaba, por una parte, las nociones de soberanía y de Ley como estrechamente unidas⁶⁷, y defendía, por otra, la superioridad de la ley como expresión de la voluntad general, confiriendo a la ley la fuerza de la legitimidad democrática⁶⁸.

Ahora bien, ¿de qué sirve afirmar que “el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos”⁶⁹, o que “la ley no puede prohibir más que las acciones perjudiciales para la sociedad”⁷⁰, si la soberanía carece de límites y es precisamente la que, en cada momento histórico, configura –en el sentido estricto y absoluto del término– la sociedad, al no reconocerse unos límites impuestos por la propia dignidad pre-política del ser humano ni una dimensión social del hombre anterior a la sociedad política?

Con Rousseau el absolutismo no se desterró sino que sencillamente cambió de sede, pasando del monarca absoluto a una –supuesta pero inexistente, por imposible– voluntad general que, sin límite teórico alguno, estaba abocada a un totalitarismo revestido de legitimidad democrática⁷¹.

⁶⁶ Ballesteros, “Estudio introductorio” a Cotta, *Itinerarios humanos del Derecho*, p. 16; al respecto, véanse también varios estudios de Cotta, S., “Philosophie et politique dans l’oeuvre de Rousseau. Une esai d’interpretation”, *ARSP* (1963), pp. 171-189; “Theorie politique et theorie religieuse chez Rousseau”, en *Rousseau et la philisophie politique, Annales de Philisophie politique*, 1965; “La position du probleme de la politique chez Rousseau”, *Etudes sur le Contrat Social de Jean-Jacques Rousseau*, Paris, 1964.

⁶⁷ Según el parecer de Rousseau, las nociones de soberanía y de Ley como expresión de la voluntad general estaban estrechamente unidas: «...no siendo la soberanía sino el ejercicio de la voluntad general, no puede enajenarse nunca, y el soberano, que no es sino un ser colectivo, no puede ser representado más que por sí mismo; el poder puede ser transmitido pero no la voluntad (...). Por la misma razón que la voluntad no es enajenable, también es indivisible: Porque la voluntad es general o no lo es (...). Es importante, pues, para la formulación de la voluntad general que no haya ninguna sociedad parcial en el Estado y que cada ciudadano opine exclusivamente según su propio entender» (Rousseau, J.J., *El contrato social o Principios de Derecho Político* (1762), Madrid, Tecnos, p. 29).

⁶⁸ «La soberanía no puede ser representada por la misma razón que no puede ser enajenada; consiste esencialmente en la voluntad general, y ésta no puede ser representada: es ella misma o es otra; no hay término medio (...). Toda ley no ratificada en persona por el pueblo es nula; no es una ley. El pueblo inglés cree ser libre, pero se equivoca, sólo lo es durante la elección de los miembros del Parlamento» (texto recogido en Jiménez Asensio, R., *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 71).

⁶⁹ Art. 4 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (véase la nota al pie n. 41).

⁷⁰ Art. 5 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (véase la nota al pie n. 42).

⁷¹ Ballesteros, *Repensar la paz*, p. 115: “En efecto, la democracia totalitaria es posible y la Convención revolucionaria lo prueba. Surge allí donde la voluntad general pretende valer como norma suprema de la justicia, de tal forma que es necesario enajenar los derechos personales al ente colectivo, al Todo, que resulta de tal voluntad general. Esta absolutización de la voluntad general lleva también lógicamente a eliminar a los disidentes, a los que se oponen a la misma, considerándolos como cercanos a

En este sentido, resulta elocuente su defensa de “...una forma de gobierno que ponga a la Ley por encima del Hombre”, en la que el individuo encontrara la libertad en la ley⁷². A nuestro juicio, Rousseau relacionaba las nociones de soberanía, ley y libertad de un modo ficticio e irreal, generando contradicciones de no fácil solución.

De entrada, cabe mencionar las contradicciones del propio concepto de soberanía nacional, calificado por este motivo de ‘dogma’ no pocas veces⁷³, provisto además de una “fuerza sobrenatural”⁷⁴. Un dogma o mito que, unido al culto de la libertad individual⁷⁵, tan sólo podía terminar negando y conculcando los derechos de los individuos⁷⁶, pues la voluntad general de la nación, en contra del tópico de la revolución liberal⁷⁷, debía prevalecer frente a las voluntades individuales⁷⁸. De ahí que, tras la

delinquentes”; sobre totalitarismo y democracia en relación a Rousseau, véase Talmon, J.L., *Los orígenes de la democracia totalitaria* (trad. de M. Cardenal), Madrid, Aguilar, 1956, pp. 41 ss.

⁷² En esta línea, Rousseau señalaba: “Un pueblo libre obedece, pero no sirve; tiene jefes pero no dueños; obedece a las leyes, y es por la fuerza de las leyes por lo que obedece a los hombres (...). Un pueblo es libre, sea cual sea la forma de su gobierno, cuando quien le gobierna no ve al hombre, sino al órgano de la Ley. En una palabra, la libertad sigue siempre la suerte de las leyes, reina o perece con ellas; yo no sé nada que sea más cierto” (Rousseau, J.J., *Letters écrites de la Montagne*, Lettre VIII, *Ouvres complètes de la Bibliothèque de La Pléiade*, v. III, Paris, 1964, p. 842); véase Rousseau, J.J., *El contrato social o Principios de Derecho Político* (1762) (manejamos una edición de Tecnos); sobre la identificación de voluntades entre individuo y Nación, de origen rousseauiano, véase Paine, Th., *Die Rechte des Menschen*. [1791-1792] (edit. por W. Mönke), 1962: “Cada ciudadano es partícipe de la soberanía y como tal no puede reconocer sujeción personal, sino sólo obedecer a la Ley” (p. 243).

⁷³ Duguit, L., *Soberanía y libertad*. Madrid, 1922, p. 56; sobre la obra de Duguit y su crítica a las nociones de soberanía (respecto al Derecho público) y libertad (respecto al ámbito del Derecho privado), véase el estudio de Grimm, D., *Solidarität als Rechtsprinzip. Die Rechts- und Staatslehre León Duguits in ihrer Zeit*, Frankfurt, Athenäum, 1973 (una recensión de este estudio puede verse en el *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1975, elaborada por Jesús Ballesteros).

⁷⁴ Duguit, *Soberanía y libertad*, p. 57.

⁷⁵ Duguit, *Soberanía y libertad*, pp. 57-58: “Junto al mito de la soberanía nacional se instituía el culto de la libertad individual”.

⁷⁶ Duguit, *Soberanía y libertad*, pp. 213-214: “Muchos teólogos del individualismo se han esforzado por explicarla, pero sin conseguirlo, porque necesariamente se llegaba, o bien a hacer desaparecer la soberanía del Estado en provecho de la libertad individual, o bien a sacrificar completamente la libertad del individuo a la soberanía del Estado, cualesquiera que fuesen los sofismas empleados para mantener intacta la soberanía del Estado, tratando de mantener también los derechos del individuo»; véanse, a este respecto, los siguientes textos de Rousseau: «Se conviene en que todo lo que cada uno enajene de su libertad sea únicamente la parte cuyo uso importe a la comunidad. Es preciso convenir también en que sólo el soberano puede juzgar esta importancia” (*Contrato social*, Libro II, cap. IV); “La unión [resultante del contrato social] es tan perfecta cuanto puede serlo, y ningún asociado tiene nada que reclamar, pues si quedase algún derecho al particular, como no existiría ningún superior común que pudiese interponerse entre ellos y el público, la asociación llegaría a ser necesariamente tiránica o vana” (*Contrato social*, Libro I, cap. IV).

⁷⁷ Una síntesis sobre el mito de una sociedad autosuficiente como reacción frente al Estado absoluto puede verse en García de Enterría, E., *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Madrid, Taurus, 1972 (manejamos la 2ª ed., 1981), pp. 13-31.

⁷⁸ Esto lleva consigo que “el individuo, no encontrando la plenitud de su ser más que en el Estado, éste puede ser todopoderoso sin que la autonomía del individuo quede disminuida. Rousseau no dice otra cosa cuando afirma que en virtud del contrato social que crea la voluntad colectiva, los individuos, obedeciendo a esta voluntad, no obedecen sino a ellos mismos. Cuanto más poderosa sea esta voluntad colectiva, más poderosos son los individuos mismos, toda vez que aquella no está formada sino de voluntades individuales. Afirmar la soberanía sin límites de la voluntad colectiva del Estado es

primera Guerra Mundial, el constitucionalista francés Jean Duguit criticara ferozmente el dogma liberal de la soberanía y a su principal autor, Rousseau⁷⁹, a quien denominaba el ‘pontífice de la soberanía nacional’⁸⁰.

En realidad era cierto que el Constitucionalismo continental europeo, a diferencia del norteamericano, no había logrado proteger debidamente los derechos de los individuos. Sería a partir de la primera mitad del siglo XX, cuando surgiría un nuevo constitucionalismo europeo, reconocedor del valor normativo de la Constitución, y del que serían claros exponentes las Constituciones de Austria (1920), Italia (1947) y Alemania (1949). Pero tales reformas no resolvieron la cuestión de la protección de los derechos fundamentales en un Estado de Derecho, que sigue lastrado por las paradojas e insuficiencias del primigenio principio de soberanía nacional⁸¹, que permite que el Estado o el poder político tienda a absolutizarse y a abarcarlo todo, recortando el ámbito de libertad del individuo hasta límites insospechados. Es la era de un Estado constitucional que, mermado por las corrientes utilitarista y relativista, se muestra incapaz de hacer valer los derechos fundamentales del individuo frente a un ejercicio desmesurado del poder público que, amparado en una supuesta legitimidad democrática, carece de límites e irrumpe en la esfera de las libertades individuales. El relativismo, al negar la universalidad de los derechos humanos⁸², termina condicionando decisivamente su contenido y alcance⁸³.

Si, desde Jean Bodin, la esencia de la soberanía es la facultad de crear el Derecho⁸⁴, y la soberanía consiste fundamentalmente en la soberanía del Derecho⁸⁵,

afirmar, pues, la soberanía sin restricciones del individuo. La autonomía individual adquiere realidad en la soberanía del Estado y existe por razón de esta soberanía” (Duguit, *Soberanía y libertad*, pp. 215-216).

⁷⁹ Duguit, *Soberanía y libertad*, p. 214: «El iniciador de estos sofismas es, indiscutiblemente, J.J. Rousseau, que por error singular es citado a menudo como el inspirador de las doctrinas liberales de la Declaración de Derechos promulgada en 1789, cuando, por el contrario, es el iniciador de todas las doctrinas de dictadura y tiranía, desde las doctrinas jacobinas de 1793 hasta las doctrinas bolchevistas de 1920 (...). Basta abrir el *Contrato social* para ver cómo J.J. Rousseau sacrifica sin reserva los derechos del individuo al poder omnímodo del Estado».

⁸⁰ Duguit, *Soberanía y libertad*, p. 285.

⁸¹ Al respecto, véase Kotzur, M., “La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno”, Häberle, P. / Kotzur, M., *De la soberanía al Derecho Constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 85-122.

⁸² Véase Goodale, M., “On Universality and the Transnational Validity of Human Rights” (http://www.irmgard-coninx-stiftung.de/fileadmin/user_upload/pdf/archive/026%20Goodale.pdf); Morsink, J., “The Universal Declaration of Human Rights: Drafting, Origins & Intent. Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2000; Kotzur, M., “Universality – a Principle of European and Global Constitutionalism”, *Revista Electrónica de Historia Constitucional* Número 6 - Septiembre 2005 (disponible en <http://hc.rediris.es/06/articulos/pdf/09.pdf>).

⁸³ Renteln, A. D., “The Unanswered Challenge of Relativism and the Consequences for Human Rights”, *Human Rights Quarterly* 7, No. 4 (Nov., 1985), pp. 514-540; Kleinig, J., “Cultural Relativism and Human Rights”, *Teaching Human Rights* (Elice Erh-Soon Tay, ed.), Canberra, 1981, pp. 111-118; más en concreto y en relación al terrorismo, véase Kleinig, J., “Does the Language of Human Rights Have Traction in the ‘War on Terrorism’?”, *Paper presented at the annual meeting of the American Political Science Association, Hyatt Regency Chicago and the Sheraton Chicago Hotel and Towers, Chicago, IL, Aug 30, 2007* (puede consultarse en http://www.allacademic.com/meta/p209183_index.html).

⁸⁴ Arnaiz Amigo, A., *Soberanía y potestad. De la potestad del Estado*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971, vol. II, p. 26.

resulta claro que a tal soberanía conviene ponerle límites; de lo contrario, el Derecho puede volverse contra el individuo, negándole unos derechos que no puede hacer valer porque quien debiera reconocerlos y protegerlos no ve más allá de la esfera estrictamente político-jurídica, negando en consecuencia una dignidad del ser humano que hunde sus raíces en su dimensión antropológica y social de carácter pre-político⁸⁶.

Conviene quizá volver a la tradición del pensamiento político, que va desde Cicerón, defensor de la *lex naturalis* y del *ius gentium*⁸⁷, a la época moderna, para recuperar los límites y el sentido de la medida, donde el pueblo se entendía como *consensus iuris et comunitas utilitatis*⁸⁸, y la soberanía popular, en el ámbito político, gozaba de legitimación siempre y cuando fuera fiel al Derecho y conforme con el interés general. Esta concepción bien podría servir para fundamentar adecuadamente el Estado moderno, considerando “al Derecho como defensa de la persona y sus prerrogativas inviolables, como algo que está por encima de la misma soberanía popular”.⁸⁹

Conviene superar el espejismo de creer que la democracia puede garantizar, por sí misma, la libertad, idea que la misma historia europea, tanto la remota como la más reciente, desmiente con una notable nitidez. En efecto, los dos últimos siglos de historia muestran que una soberanía sin límites basada en una democracia sin más no puede garantizar la libertad del individuo, sino que, por el contrario, tiende a minarla. Y este

⁸⁵ “Sovereign will is the antithesis of subjective will. And since the expression of this will takes the form of law, sovereignty in reality means the sovereignty of law” (Loughlin, *The Idea of Public Law*, p. 87).

⁸⁶ Gearty, “Escaping Hobbes: Liberty and Security for Our Democratic (Not Anti-Terrorist) Age”, quien pone de manifiesto los actuales efectos perniciosos del pensamiento hobbesiano: “But his [refiriéndose a Hobbes] well-known vision of the government of a state as the location of absolute sovereignty, of power the exercise of which could not be gainsaid by those subject to it, was inevitably agreeable to those who, in subsequent generations, were to feel the need to act against a variety of perceived threats to the security of the state. Hobbes provides an important backdrop to the attacks on liberty in the name of security that have been such a feature of the democratic era, supplying that thread to the discussion which says security matters above all and (recalling our second point above) that security does not infringe liberty: that not only are those who do not notice repressive laws free, but so too are those coerced by fear into sullen obedience” (p. 10). Y más adelante, refiriéndose al ámbito inglés, añade: “By the end of the 19th century, it is clear that Hobbes’s security-state with a residual model of liberty, but without any strong notion of pre-political inalienable rights, is firmly in place” (p. 12).

⁸⁷ Al respecto, véase el estudio de Obarrio, J. A., “Cicerón y los límites del poder”, *Estado de Derecho y Derechos fundamentales ante la lucha contra el terrorismo. Una aproximación histórica y jurídico-comparada* (A. Masferrer, ed.), Pamplona, Aranzadi-Thompson, 2011; véase también Domingo, R., *The New Global Law*, Cambridge University Press, 2010, pp. 6-8; sobre la relación entre el *ius naturale* y el *ius gentium*, véase Waldron, J., “Foreign Law and the Modern Ius Gentium”, *Harvard Law Review* Vol. 119, No. 1 (Nov., 2005), pp. 129-147 (disponible en <http://www.trinitinture.com/documents/waldron1.pdf>); Waldron, J., “Ius Gentium: A Defense of Gentili’s Equation of the Law of Nations and the Law of Nature” (November 2008), NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 08-34 (<http://ssrn.com/abstract=1280897>).

⁸⁸ CICERÓN, M. T., *De re publica*, 1, 8 (citado por Ballesteros, *Repensar la paz*, p. 113, donde se recoge también el estudio, existente a este respecto, de D’Entreves, A. P. *Teoría del Estado*, trad. de A. Fernández Galiano, Madrid, 1970, pp. 93 ss. y 233 ss.); al respecto, véase también el estudio de Obarrio, “Cicerón y los límites del poder”, ya citado.

⁸⁹ Ballesteros, *Repensar la paz*, p. 114.

problema sigue estando presente en nuestros días, aunque en ocasiones emerja de una manera menos aparente o más sutil⁹⁰.

Conviene, por tanto, volver al establecimiento de unos límites al Estado que permitan salvaguardar los derechos individuales y dificulte que el poder público, adoptando una actitud paternalista, ejerza un poder sin medida amparándose en una supuesta soberanía nacional y en una legitimidad democrática que pretende justificarlo todo o casi todo. Para ello, es necesario el reconocimiento de unos derechos humanos que son previos al Estado, y no meras ‘criaturas’ del Estado⁹¹, esto es, de unos derechos pre-políticos o naturales sobre los que ningún Estado debiera disponer⁹², ni legislar a su antojo, evitando así concebir la ley como un pasaporte formal que permita al Estado un ejercicio desmesurado, esto es, sin medida ni límites, del poder⁹³.

Es cierto que el establecimiento de límites en el ejercicio del poder del Estado y en la creación del Derecho puede no resolver todos los dilemas que la protección de los derechos fundamentales trae consigo, pero puede ofrecer una valiosa ayuda que permita superar su enfoque excesivamente utilitarista, el cual, centrándose más en el *quantum* que en el *quod*, ignora la dimensión pre-política de los derechos humanos, trivializando –cuando no ignorando– de este modo la dignidad y la grandeza de cada ser humano, dejándole inerte frente al poder omnímodo del Leviatán.

Apéndice bibliográfico

Arnaiz Amigo, A., *Soberanía y potestad. De la potestad del Estado*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971.

Ballesteros, J., *Repensar la paz*, Madrid, 2006.

Carré de Malberg, R., *La loi expression de la volonté générale. Etude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Paris, Sirey, 1931.

⁹⁰ Fried, C., *Modern Liberty and the Limits of the Government*, New York-London, W.W. Norton & Company, 2007, p. 165: “But that is my point. In modern, liberal, welfare-administrative democracies, the impositions on liberty are likely to be gentle, marginal. But we must be vigilant, recognize them for what they are, or we will lose our grip on what liberty is, coming to confuse it with comfort, a generalized decency, or just democracy itself—a confusion that lovers of the state would be glad to foist upon us. But liberty is not the same as democracy”.

⁹¹ Fried, *Modern Liberty and the Limits of the Government*, p. 72: “It is because our rights flow from who and what we are that we may form, re-form, or accept states in order to make our rights more certain and secure. So those who say that our rights depend on or are the creatures of the state have it the wrong way around”. Esto plantea, sin embargo, un problema que a Fried no se le escapa y describe como sigue: “What we cannot get to on our own, without laws and so without a state, is the content and detail of those rights. And rights without content are empty. Liberty means honoring our rights, and if the content of our rights is only what the state says it is, then while the *general idea* of rights, and the *general idea* of liberty may be secure against the state, the *substance* of each depends entirely on the state after all”.

⁹² Fried, *Modern Liberty and the Limits of the Government*, pp. 144-145: “If we have some rights, and therefore liberties, that are prepolitical rights which the state is bound to recognize, rights that are there before the state gets down to the business of defining rights, then, like Archimedes with his lever, we have a place to stand, and liberty can move the world. To put it in more traditional language, unless we have natural law, prepolitical rights, liberty is not secure”; al respecto, véanse también las pp. 80, 84-85, 90-94 y 155.

⁹³ Gross, O., “Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional”, *Yale Law Journal* (112), pp. 1011-1134; véase también la recensión de este estudio de D. Dyzenhaus en su edición del *Civil Rights and Security*, Farnham (UK), Ashgate, 2008, xiv-xvi.

Carré de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, 2ª ed.

Clavero, B.:

- *Evolución histórica del Constitucionalismo español*, Madrid, 1984 (2ª reimpression, 1986).

- *Manual de historia constitucional de España*. Madrid, 1989.

Constant, B., “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, *Del Espíritu de Conquista*, Madrid, Tecnos, 1988.

Coronas, S. M., “Las Leyes fundamentales del Antiguo Régimen”, *Estudios de Historia del Derecho Público*, Valencia, tirant lo blanch, 1998, pp. 218-310.

Cotta, S.:

- “Philosophie et politique dans l’oeuvre de Rousseau. Une esai d’interpretation”, *ARSP* (1963), pp. 171-189

- “Theorie politique et theorie religieuse chez Rousseau”, *Rousseau et la philisophie politique, Annales de Philisophie politique*, 1965

- “La position du probleme de la politique chez Rousseau”, *Etudes sur le Contrat Social de Jean-Jacques Rousseau*, Paris, 1964

- *Itinerarios humanos del Derecho*, Pamplona, 1974.

D’Entreves, A. P. *Teoría del Estado*, trad. de A. Fernández Galiano, Madrid, 1970

Díaz, E. “Libertad-igualdad en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789”, *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Profesor José Corts Grau*, Valencia, Universidad de Valencia, 1977, tomo I.

Dicey, A. V., *Introduction to the study of the Law of the Constitution* (1885).

Domingo, R., *The New Global Law*, Cambridge University Press, 2010.

Dorado Porrás, J., *La lucha por la Constitución. Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVII*, Madrid, CEPC, 2001.

Dyzenhaus, D. (ed.), *Civil Rights and Security*, Farnham (UK), Ashgate, 2008.

Duguit, L.:

- *Soberanía y libertad*. Madrid, 1922.

- *Manual de Derecho constitucional*, Madrid, 1937.

Escudero, J. A. (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Madrid, Fundación Rafael del Pino-Espasa, 2011.

Fried, C., *Modern Liberty and the Limits of the Government*, New York-London, W.W. Norton & Company, 2007.

García de Enterría, E.:

- *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, 1981.

- *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Madrid, Taurus, 1972 (manejamos la 2ª ed., 1981).

- *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, 1994.

García Pascual, C., *Legitimidad democrática y poder judicial*, Valencia, Generalitat Valenciana, 1997.

Gearty, C. A., “Escaping Hobbes: Liberty and Security for Our Democratic (Not Anti-Terrorist) Age” (January 27, 2010), LSE Legal Studies Working Paper No. 3/2010 (disponible en <http://ssrn.com/abstract=1543121>).

Goodale, M., “On Universality and the Transnational Validity of Human Rights” (http://www.irmgard-coninx-stiftung.de/fileadmin/user_upload/pdf/archive/026%20Goodale.pdf).

Grimm, D., *Solidarität als Rechtsprinzip. Die Rechts- und Staatslehre León Duguits in ihrer Zeit*, Frankfurt, Athenäum, 1973.

Gross, O., “Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional”, *Yale Law Journal* (112), pp. 1011-1134.

Hauriou, M., *Principios de Derecho público y constitucional*, Granada, Editorial Comares, 2003.

Kotzur, M., “La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno”, Häberle, P. / Kotzur, M., *De la soberanía al Derecho Constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 85-122.

Jiménez Asensio, R.:

- *El Constitucionalismo*, Oñati, IVAP, 2001.

- *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

Kleinig, J.:

- "Cultural Relativism and Human Rights", *Teaching Human Rights* (Elice Erh-Soon Tay, ed.), Canberra, 1981, pp. 111-118.

- "Does the Language of Human Rights Have Traction in the 'War on Terrorism'?", *Paper presented at the annual meeting of the American Political Science Association, Hyatt Regency Chicago and the Sheraton Chicago Hotel and Towers, Chicago, IL, Aug 30, 2007* (puede consultarse en http://www.allacademic.com/meta/p209183_index.html).

Kotzur, M., "Universality – a Principle of European and Global Constitutionalism", *Revista Electrónica de Historia Constitucional* Número 6 - Septiembre 2005 (disponible en <http://hc.rediris.es/06/articulos/pdf/09.pdf>).

Kriegel, B., *The State and the Rule of Law* (trans. by M.A. LePain and J.C. Cohen), Princeton, Princeton University Press, 1995.

López Ulla, J.M., *Orígenes constitucionales de control judicial de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1999.

Loughlin, M., *The Idea of Public Law*. Oxford University Press, 2003.

Masferrer, A.:

- "El alcance de la prohibición de las *penas inhumanas y degradantes* en el constitucionalismo español y europeo. Una contribución histórico-comparada al contenido penal del constitucionalismo español y alemán", *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Valencia, Tirant lo Blanch - Facultad de Derecho (Univ. Valencia), 2005, pp. 515-544.

- "The State Power and the Limits of the Principle of Sovereignty: An Historical Approach" (en coautoría con J.A. Obarrio), *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency: Security and Human Rights in Countering Terrorism* (Aniceto Masferrer, editor). Dordrecht-Heidelberg-London-New York, Springer (Collection 'Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice'), 2012, pp. 15-51.

- "La soberanía nacional en las Cortes gaditanas: su debate y aprobación", *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años* (José Antonio Escudero, dir.), Madrid, Fundación Rafael del Pino-Espasa, 2011, vol. II, pp. 639-672.

Morgan, E.S., *La invención del pueblo. El surgimiento de la soberanía popular en Inglaterra y Estados Unidos*, Madrid, Siglo veintiuno editores, 2006.

Morsink, J., "The Universal Declaration of Human Rights: Drafting, Origins & Intent. Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2000.

Obarrio, J. A., "Cicerón y los límites del poder", *Estado de Derecho y Derechos fundamentales ante la lucha contra el terrorismo. Una aproximación histórica y jurídico-comparada* (A. Masferrer, ed.), Pamplona, Aranzadi-Thompson, 2011.

Paine, Th., *Die Rechte des Menschen*. [1791-1792] (edit. por W. Mönke), 1962.

Papell, A., *La monarquía española y el Derecho constitucional europeo*, Barcelona, Edit. Labor, 1980.

Pardo Falcón, J., "Notas sobre la historia del control de constitucionalidad en Francia hasta la aparición del Consejo Constitucional", *Revista de Estudios Políticos* 72 (1991), pp. 243-258.

Tomás y Valiente, F., "Prólogo" a *Los inicios del constitucionalismo español: de las Cortes de Cádiz a la crisis de la Monarquía absoluta (1808-1833)*, Valencia, Universidad de Valencia, 1980.

Renteln, A. D., "The Unanswered Challenge of Relativism and the Consequences for Human Rights", *Human Rights Quarterly* 7, No. 4 (Nov., 1985), pp. 514-540.

Rhonheimer, M., "The Political Ethos of Constitutional Democracy and the Place of Natural Law in Public Reason: Rawls's 'Political Liberalism' Revisited", *50 The American Journal of Jurisprudence* 2005, pp. 1-70.

Rousseau, J.J.:

- Letters écrites de la Montagne, Lettre VIII, *Ouvres complètes de la Bibliothèque de La Pléiade*, v. III, Paris, 1964.

- *El contrato social o Principios de Derecho Político* (1762), Madrid, Tecnos.

Sieyès, E., *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los Privilegios* (1789) (manejamos dos ediciones distintas: la edición de Oikos-tau, Barcelona, 1989; y la editada por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, bajo el título *¿Qué es el estado llano?*).

Skinner, Q., *Hobbes and Republican Liberty*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Talmon, J.L., *Los orígenes de la democracia totalitaria* (trad. de M. Cardenal), Madrid, Aguilar, 1956.

Varela Suanzes, J., "Derechos y libertades en la historia constitucional, con especial referencia a España", *Política y Constitución en España (1808-1978)*, Madrid, CEPC, 2007, pp. 109-119.

Wyduckel, D., *Princeps legibus solutes. Eine Untersuchung zur Frühmoderne Rechts- und Staatslehre*, Berlin, 1979.

Waldron, J.:

- “Foreign Law and the Modern Ius Gentium”, *Harvard Law Review* Vol. 119, No. 1 (Nov., 2005), pp. 129-147 (disponible en <http://www.trinitinture.com/documents/waldron1.pdf>)
- “Ius Gentium: A Defense of Gentili's Equation of the Law of Nations and the Law of Nature” (November 2008), NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 08-34 (<http://ssrn.com/abstract=1280897>).

Fuentes normativas

Textos básicos de la Historia constitucional comparada (ed. y prólogo a cargo de J. Varela Suanzes). Madrid, CEPC, 1998:

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)

Declaración de Derechos de Virginia (12 de junio de 1776)

Declaración de Independencia (4 de julio de 1776)

Constitución de los Estados Unidos de América (1787)

Constitución francesa de 1791

Leyes políticas españolas fundamentales (1808-1978) (recopil. y prólogo a cargo de E. Tierno Galván). Madrid, Tecnos, 1984.

Las Constituciones de España (recopil. y prólogo a cargo de Jorge Esteban). Madrid, CEPC, 2000.