

Higher Law, pactum unionis y pactum socialis

Por JOSE MARIA ROJO SANZ

Valencia

Las reflexiones que siguen pretenden llamar la atención sobre la persistencia de un derecho superior (Higher Law) en el constitucionalismo americano de nuestros días, puesto de relieve, en nuestra opinión, por la fructífera simbiosis entre el pensamiento jurídico angloamericano y el continental en los últimos decenios¹, sobre los que habitualmente se solían resaltar más las diferencias que las semejanzas, relegando a un segundo plano la tradición jurídica común a ambos sistemas.

Por otra parte, la pregunta acerca de un derecho superior incide directamente sobre el sentido inmanente-trascendente del Derecho y de los derechos, así como sobre el mismo concepto de derechos humanos.

Se suele afirmar que la supremacía y la legalidad de la Constitución de los Estados Unidos reside en que está «ordained» por «the people of the United States». Pero como ya señaló Corwin, al que seguiremos en la primera parte de este trabajo², estas dos ideas, es decir: concebir el Derecho como un mandato del legislador humano y aludir al pueblo como origen más elevado de tales mandatos, aparecerían ya en las «Instituciones» de Justiniano: «Quid principi placuit, legis habet vigorem, cum lege regia quae de eius imperio lata est, populus ei et in eum, omne imperium suum et potestatem concessit»³. La fundamentación del Derecho ha sufrido una enorme variación desde los orígenes del pensamiento jurídico hasta nuestros días, hasta llegar a la misma duda acerca, no ya del tipo de fundamentación, sino de la existencia de una fundamentación en sentido estricto. Pero a lo largo de la historia, nos encontramos constantemente con la referencia a

1. Un buen ejemplo es el libro escrito entre N. MacCormick y Ota Winberger, titulado *An Institutional Theory of Law*, D. Reil Publishing Company, 1986.

2. Cfr. Edward S. Corwin, *The «Higher Law» Background of American Constitutional Law*, Great Seal Books, Cornell University Press, Ithaca-New York, 1957, pp. 3-4.

3. Inst., 2, 6; v. t. Dig., I, 4, 1.

«un derecho superior» que las leyes, costumbres o sentencias humanas descubrieran o declaraban.

La misma Constitución de los Estados Unidos, en su enmienda IX hace referencia a la idea de un derecho superior que se ha de descubrir al menos, cuando afirma que «the enumeration of certain rights in this Constitution shall not prejudice other rights not so enumerated», si bien, los principios de una justicia trascendental han sido aquí transformados en derechos personales y privados⁴.

Lo que no hay que olvidar es que el sistema americano es deudor del sistema inglés y que, por tanto, recibe una tradición europea con todas las peculiaridades propias que se observan pero con unas comunes raíces.

No puedo exponer a continuación una historia del pensamiento jurídico, conocida ampliamente por otra parte, por todos, pero sí creo de interés detenerse en aquellas ideas e instituciones —al menos algunas de ellas— que son características del constitucionalismo americano y que, a través de las cuales, se entrevé la idea de un derecho superior que, como veremos al final, se mantiene latente en la más actual discusión iusfilosófica en el pensamiento angloamericano, que ha planteado con fuerza, de nuevo, la necesidad de una revisión del concepto de Derecho e, incluso, del concepto de derechos humanos y del de derechos subjetivos.

Es muy antigua la idea del Derecho como algo descubierto que trasciende, de alguna manera, al hombre, mientras que, al mismo tiempo, parece pertenecerle constitutivamente; es clásica la cita de Aristóteles de las palabras de Antígona en su «Retórica», en donde la apelación a un Derecho no escrito de la naturaleza se une a la idea de que un Derecho injusto no es Derecho⁵. Posteriormente la identificación del derecho superior con la costumbre y la observación de que ésta no es invariable ni inmutable provocará la polémica sofista, mientras que Aristóteles separaría el «justo legal» del «justo natural», concluyendo que el derecho es «razón sin pasión»⁶. La idea de fondo, es decir, la idea de un gobierno «of laws and not of men» aparecerá en la Constitución de Massachusetts de 1780⁷. La oposición entre el deseo del gobernante humano y la razón de la ley se encuentra en los fundamentos de la interpretación americana de la doctrina de la separación de poderes y del constitucionalismo americano.

La identificación estoica entre naturaleza, naturaleza humana y razón, permitirá acuñar definitivamente a Cicerón el concepto de «recta razón». En los elementos permanentes de la naturaleza humana habría una injusticia duradera trascendente que ha de incorporar el derecho positivo, sin que se dé por supuesto que todo lo que establecen las leyes civiles y las institu-

4. Corwin, o. c., p. 5.

5. Ret., 1, 15, 1375, a, 27 y ss.

6. Cfr. CORWIN, o. c., p. 8.

7. *Ibíd.*

ciones de los pueblos sea justo o que la justicia se identifique con las leyes escritas⁸. La afirmación de Cicerón de que el Derecho natural no requiere otro intérprete que el mismo individuo⁹, así como la frase «magistratum legem esse loquentem»¹⁰, encontrarán su eco en 1609 cuando Coke afirma que «Judex est lex loquens»¹¹.

La concepción de que estamos viviendo con un derecho superior pervive en la Edad Media y se perfila en la teoría del Derecho natural. La importancia del contrato y de la propiedad puestos de relieve por los glosadores o las pugnas entre el Papado y el Imperio sobre cuestiones de jurisdicción se harán sentir en el desarrollo del pensamiento constitucionalista americano. Incluso se ha llegado a comparar las disputas mencionadas con la existencia de unas relaciones semejantes entre la nación americana y los distintos Estados¹².

Pero referirse al sistema constitucional americano obliga a mirar al sistema inglés anterior, y hablar de un derecho superior en aquél exige referirse a un derecho superior en éste, el cual, podría afirmarse, antes que como tal derecho superior sería considerado como un derecho positivo en sentido estricto, es decir, normalmente administrado y aplicado por los tribunales de justicia, de forma que muchos de los derechos que la Constitución americana protege contra el poder legislativo y sus normas de transformación habrían sido anteriormente protegidos en el Common Law inglés. Es decir, en un momento determinado el Common Law inglés llega a ser un derecho superior¹³. La razón principal sería la antigüedad de aquél, pues recogería costumbres para cuya selección los jueces emplearán el test de lo razonable (reasonable ness) derivado, en primer término de ideas romanas y continentales. Efectivamente, el hecho de pensar que el Common Law incorporaba la «recta ratio», contribuiría eficazmente a reforzar la idea de que se trataba de un derecho superior. Esta «recta ratio» sería la invocada por Cicerón, pero además, desde sus orígenes, se trataría de una razón «judicial», pudiéndose afirmar que «considered as an act of knowledge or discovery, the common law was the act of experts, and increasingly so, with the ever firmer establishment of the doctrine of stare decisis»¹⁴.

Qué duda cabe que la Magna Carta es un paso importante en el camino hacia un cuerpo definido de protección del derecho superior, aunque éste sufra posteriormente un proceso de absorción en el marco general del Common Law. Cuando Eduardo III, en el siglo XIV, consigue que los actos y órdenes reales sirvan de pauta al derecho ordinario y que se apliquen por

8. Cfr. Cicerón, *De Legibus*, I, 15, 42.

9. *De República*, III, 22.

10. *De Legibus*, III, 1, 2-3.

11. Cfr. CORWIN, o. c., p. 14, nota 43.

12. *Ibíd.*, p. 23.

13. *Ibíd.*, p. 24.

14. *Ibíd.*, p. 26.

los tribunales ordinarios y los Tudor conviertan al Parlamento en un instrumento activo, colaborador del poder real¹⁵, todo ello no se trasladará al sistema americano, sin embargo. En efecto la influencia de las teorías de Coke (common right and reason) y de Locke y, en definitiva, las teorías contractualistas, junto a las peculiares circunstancias de las colonias caracterizarán de modo distinto el constitucionalismo americano por un claro predominio del juez sobre el legislador y la delegación de la autoridad, la cual reside, en definitiva, en el pueblo, como al principio de este trabajo habíamos ya señalado. La contribución de Coke, tal como señala Corwin se podría resumir en las ideas siguientes: 1.º la concepción de nulidad de los actos del Parlamento cuando van en contra del «common right and reason» cuyo contenido habría de ser interpretado por los jueces. 2.º La doctrina de un derecho fundamental incorporado en un documento y con un contenido preciso. 3.º La noción de la supremacía parlamentaria «under the law», y por tanto una supremacía legislativa «within» un Derecho sujeto a construcción por el proceso de adjudicación¹⁶.

Por otra parte, la introducción de la idea de un Derecho natural en la teoría constitucionalista americana vendría de la mano de Locke¹⁷. Un Derecho natural diluído en los derechos del individuo y en la idea de un contrato social entre gobernantes y gobernados, entre legisladores y pueblo. La idea de «pueblo» como parte del contrato social se había ido perfilando a través de los «levellers», el «Agreement of the people» de 1647 y el «Leviathan» de Hobbes, por ejemplo. Así, mientras Coke y Locke configuran las limitaciones constitucionales, la doctrina de Hobbes servirá para poner el énfasis en la «salus populi»¹⁸. Mientras para Hobbes la disolución del gobierno es la misma disolución de la sociedad, para Locke la sociedad existe antes que el gobierno. En aquél coexisten el Derecho natural y el civil, en éste después de establecer al gobierno, la interpretación popular del Derecho natural sería el último test de validez del derecho positivo o civil¹⁹.

La supremacía legislativa va a depender de la salvaguarda de los derechos del individuo, por lo que no podrá ser ya un poder arbitrario de forma que el vago concepto del «common right and reason» será reemplazado por un «fundamental law» de contenido preciso²⁰.

De este modo, la constante referencia a «the people of the United Colonies», «your whole people», «the people of America», «the liberties of Americans», «the rights of Americans», «American rights», «Americans», etc..., explicaría la consciente identidad de todos los americanos de las colonias

15. *Ibíd.*, pp. 40-41.

16. Sobre la contribución de Edward Coke, v. Corwin, o. c., pp. 42 y ss.

17. Cfr. LOCKE, JH., *Second treatise of Civil Government*, Cambridge University Press, 1970.

18. Cfr. CORWIN, o. c., pp. 60 y ss., sobre las aportaciones de Locke.

19. Cfr. HOBBS, TH., *Leviathan*, Dent-Everyman's Library, London, 1976, c. 26 y Jh. Locke, o. c., 2, 118.

20. Cfr. LOCKE, JH., o. c., c. 19, 224.

y, posteriormente, de los Estados en la afirmación de la posesión de los derechos humanos, de forma que los derechos naturales se transformaban con el paso del tiempo en derechos racionales de los individuos²¹ considerados como miembros de un «people». Recordemos aquí las conocidas palabras de la Virginia Declaration of Rights de 1776: «Declaration of rights made by the representatives of the good people of Virginia...».

La soberanía legislativa no se establece firmemente en el sistema constitucional americano, en primer lugar, porque en la Constitución americana escrita, el derecho superior obtiene al fin una forma que hace posible la atribución a él de una nueva especie de validez, la validez de un estatuto emanado del pueblo soberano. Una vez que la pureza del derecho superior se transfiere a estas nuevas bases, la noción de soberanía del órgano legislativo, ha señalado Corwin²², desaparece automáticamente, puesto que existe un cuerpo legislativo superior a éste.

Sin embargo, la disputa iusfilosófica actual en el pensamiento angloamericano, a la que me refería al principio, parece añadir algo más al simple identificar —al menos, aparentemente— el futuro del derecho superior con las decisiones del pueblo soberano siempre y en todo caso, aunque se mantuviese que, de alguna forma, a él, como todo Derecho, se somete.

En efecto, la «right theory» de Dworkin, la afirmación de existencia de principios y la negación de la discrecionalidad judicial en los «hard cases», parece exigir admitir que Dworkin entrevé unos principios que han sido puestos como para siempre y que están allí desde siempre o, cuando menos, desde que se «puso» el sistema jurídico concreto. Es decir, existen a partir de una posición original que podría remitirse al origen mismo del propio sujeto del Derecho, la persona humana, y, en un segundo paso, del mismo sistema jurídico. En otro lugar he explicado esta matización²³. Desde aquella posición «original», los principios están como ramificándose y ejerciendo su influencia por todo el entramado jurídico y ahí los encuentra el juez cuando necesita resolver un caso difícil. No es que estén inventados o que existan desde siempre, sino que se configuran al darse un caso concreto, enlazando el caso en sí con la posición originaria en la que todo principio y derecho tiene cierto origen y derivación y, reconstruyéndose para cada caso el itinerario de las exigencias morales de justicia en forma de principios que imperan su aplicación a dicho caso a veces con tanta fuerza y necesidad que llegan a ser incluidos en reglas y preceptos legales o jurisdiccionales. Es siempre la posición originaria ramificada en una extensa red de principios, en último término, la que proporciona la clave o criterio para la solución del caso concreto, por difícil que sea, con más evidencia que el principio

21. Cfr. CORWIN, o. c., p. 80.

22. *Ibíd.*, p. 88.

23. V. *En torno a los principios (Algunas reflexiones sobre Dworkin)*, Anuario de Filosofía del Derecho, III, 1986, pp. 517-525.

mismo que se elige. Al considerar esta posición no podemos —o, al menos, no tenemos necesidad— de pensar en una especie de nueva mitología jurídica, sino que se trataría más bien de advertir que Dworkin intuye —consciente o inconscientemente nos ha llamado la atención sobre el problema— la existencia de un derecho superior bajo la construcción racionalista que parece mantener este autor. En efecto, la conexión «posición original-caso concreto» —se ha de dar de forma biográfica y biológica y es en la biografía y en la biología del sujeto que reclama su derecho en donde se encuentran la posición original, la red de principios y los sistemas de conexión.

Es evidente que Dworkin hace referencia a un Derecho establecido por el pueblo soberano, pero también constata la existencia de unos contenidos de Derecho que, o han sido como necesariamente establecidos por el pueblo soberano —lo que relativizaría el sentido de esta última palabra— o que éste los encuentra necesariamente en la medida en que pretenda establecer una convivencia pacífica basada en el Derecho.

No sé si la acusación de constructivista que se hace a Dworkin habría que relativizarla o no, pero lo cierto es que para aquél el juez no crea el Derecho aunque sí el principio, frente a MacCormick, por ejemplo, que afirma que el principio no se crea sino que se descubre²⁴. También es cierto que Dworkin afirma que si la gente usa el modelo constructivista cuando mantienen una función política y tienen a su cargo desarrollar una teoría de la justicia para una comunidad y no sólo para ellos mismos, podrían seguir, sin embargo, en sus vidas personales un modelo «natural» en el que los principios no son creados sino descubiertos²⁵. Así, la idea de un constructivismo en el sentido de que la mente humana sea algo separado de la naturaleza y que imponga sus propias estructuras y sus propios fines a la vida social, no es fácilmente aceptable en un sentido absoluto, porque sería imposible que cada uno pudiera «redibujar» por completo los sistemas de pensamiento y de acción política como si fuéramos enteramente los dueños de la Historia de los pueblos y de las biografías de las personas y, aquí, coincidiría con MacCormick en la crítica a Dworkin si éste mantuviera su constructivismo en sentido absoluto²⁶.

En su «Law's Empire», Dworkin explica cómo el Derecho no se termina en un catálogo de reglas o principios, ni en una lista de funcionarios y de sus poderes, sino que el imperio del Derecho se definiría por su actitud y no por el territorio, ni el poder, ni el proceso. Una actitud que tendería a impregnar nuestras vidas ordinarias y que nos ha de servir incluso ante los tribunales. Por eso la actitud del Derecho sería constructiva, porque apunta

24. Cfr. el trabajo de N. MacCormick, *Dworkin as pre-benthamite*, en «Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence», Duckworth, London, 1984.

25. *Ibid.*, «replay» de Dworkin, p. 279.

26. V. t. N. MacCormick, *Alcuni problemi circa l'ordine spontaneo* en «Libertà, giustizia e persona nella società tecnologica», CIDAS Giuffrè, Milano, 1985, pp. 51-68.

a mostrar el mejor camino para un futuro mejor, consistiendo en una actitud fraternal, una expresión de cómo estamos unidos a la comunidad, aunque estemos divididos en proyectos, intereses y convicciones²⁷. No se puede afirmar creo que esta explicación sería como un desarrollo de la diferencia entre «lo justo natural» y «lo justo legal» aristotélico, pero sí creo que se halla implícita la referencia a un derecho superior que «muestra» el mejor, junto a otros derechos que intentan unirnos en aquello en que nos encontramos divididos.

No creo que sea inapropiado al tema de este trabajo referirnos ahora a las relaciones entre constitucionalismo y democracia como las ha apuntado recientemente MacCormick²⁸. Para éste ante la pregunta acerca de qué derechos deben asegurarse porque deben poder ser disfrutados por alguien, diferencia varias posturas: aquella para la cual los derechos son producto del orden jurídico y constitucional; aquella para la que esos derechos serían anteriores o más fundamentales que el mismo orden constitucional; y una tercera para la que las Constituciones pueden o deben basarse en la costumbre y la tradición, que pueden ser fuente de derechos consuetudinarios —y del mismo orden constitucional— que se identificarían con el derecho común y subsistirán con independencia de que el poder legislativo se ejerza bajo la Constitución; si bien es un problema de interpretación, para MacCormick, determinar si tales derechos deben o no suponerse anteriores y más fundamentales que la Constitución que garantiza su disfrute (aunque, una vez de verdad garantizados creo que el problema desaparecería como tal problema).

Por otra parte, para MacCormick la naturaleza igualitaria de la democracia tiene dificultades para asentarse en la tradición inglesa e, incluso, en el mismo Locke. La democracia funciona en donde existe alguna forma de orden constitucional establecido, inspirado en una tradición constitucional de prestigio. El constitucionalismo anterior a la democracia debe imponer, de este modo, limitaciones a la tiranía de la mayoría y al igualitarismo absoluto y reconocer bienes fundamentales que no se derivan del concepto mismo de la democracia y a los cuales deben someterse los valores de las tomas de decisión democrática, siendo ésta la única forma de democracia viable. Pues bien, yo entiendo que todo lo dicho hasta aquí se puede mantener sólo si aceptamos la existencia de un derecho superior condicionado por bienes y valores no jurídicos, quizá, pero fundamentales en todo caso y que todo ello se recoge y expresa en una tradición que llega a ser —en algunos casos— constitucional o base para un constitucionalismo determinado.

27. Cfr. DWORKIN, R., *Law's Empire*, Fontana Masterguides, Glasgow, 1986.

28. MACCORMICK, *Constitucionalismo y democracia*. Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universitat de Valencia en febrero de 1988; v. Anuario de Derechos Humanos, 1988-89, pp. 367-380 (trad. de Mercedes Carreras).

Al final ya de estas consideraciones se podría afirmar que, al hilo del constitucionalismo americano, la idea de la existencia de un derecho superior se sobrepone a la idea misma de «pueblo soberano», pero al mismo tiempo no creo que pudiera hablarse de democracia ni de constitucionalismo sin una referencia, al menos, implícita a un derecho superior recogido y expresado necesariamente por el pueblo y protegido en las Constituciones y en el ordenamiento jurídico, lo cual, en caso de aceptarlo, nos permitiría afirmar que el «pactum socialis» depende de «pactum unionis», que sería exigencia y expresión, al mismo tiempo del «Higher Law»²⁹.

29. V. BALLESTEROS, J., *Postmodernidad, ¿decadencia o resistencia?*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 146-158, sobre el constitucionalismo americano en relación con los derechos inalienables, que serían «la nota específica del modo de pensar postmoderno».

Es evidente, que a lo largo de su historia, los Estados Unidos no siempre han hecho coincidir los principios constitucionales con su conducta política, por ejemplo. En este sentido, y como ejemplo de intento de explicar esta actuación, puede verse el trabajo de P. J. Dobriansky, *Los derechos humanos y la política exterior de los EUA*, en *The Washington Quarterly*, 12, 2.