

LA SOBERANÍA EN LA DOCTRINA BRITÁNICA  
(DE BRACON A DICEY)  
Joaquín Varela Suanzes

**Introducción I. De la Baja Edad Media a la revolución de 1688. 1. Bracton y Fortescue. 2. La formulación de la soberanía del Parlamento bajo los Tudores. 3. Absolutismo y constitucionalismo bajo los Estuardos. 4. Rule of law y soberanía del Parlamento en la legislación revolucionaria. II. La soberanía en el "Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil", de John Locke. 1. El Gobierno por consentimiento de los gobernados. 2. La división de poderes. 3. La supremacía del poder legislativo y sus límites. 4. La soberanía del pueblo. III. De Hume a Paley. 1. David Hume crítico de Locke: el Parlamento, no el pueblo, es soberano. 2. La vacilante actitud de William Blackstone. 3. El restablecimiento de las tesis humeanas en la obra de William Paley. IV. De Bentham a Dicey. 1. Jeremy Bentham y la soberanía del cuerpo electoral. 2. John Austin y la Cámara de los Comunes como "trustee" del electorado. 3. A. V. Dicey y la distinción entre "soberanía jurídica" y "soberanía política".**

Introducción.

Al titular este artículo "la soberanía en la doctrina británica" en vez de "la doctrina británica de la soberanía" se ha querido subrayar que en él no se va examinar sólo la doctrina de la soberanía del Parlamento, genuinamente británica, sino también la soberanía del pueblo, que es común a toda la teoría jurídica y política occidental. En realidad, en la contraposición entre ambas doctrinas de la soberanía se centran las páginas siguientes, en las que también se aborda el nexo entre el Parlamento y los jueces o, dicho de otra manera, entre la ley y su control judicial.

Para ello se van a analizar nada menos que seis siglos de reflexión doctrinal, divididos en cuatro etapas: la primera de ellas se extiende desde la Baja Edad Media hasta la revolución de 1688; la segunda se centra en un solo autor, John Locke, y en un solo libro, "El Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil", cuya importancia para el asunto que aquí se ventila fue decisiva; la tercera se ocupa de la obra de tres autores del siglo XVIII: Hume, Blackstone y Paley; y, en fin, la cuarta y última comienza con el análisis de la doctrina de Bentham, un autor a caballo entre el setecientos y el ochocientos, continúa con la de Austin y termina con la de Dicey.

La reflexión británica sobre la soberanía no siempre se ciñó al ordenamiento jurídico vigente. A veces se llevó a cabo al margen o incluso en contra de él, como ocurre con Locke y sobre todo con Bentham. En cualquier caso, lo que interesará aquí no es examinar de qué forma el ordenamiento jurídico británico fue regulando la soberanía, sino tan sólo cómo la doctrina ha entendido esta facultad, a quién se la ha atribuido y con qué condiciones. Las referencias al ordenamiento jurídico o a las instituciones que éste ha ido vertebrando serán, pues, las imprescindibles para entender cabalmente la reflexión doctrinal sobre la soberanía.

I. De la Baja Edad Media a la revolución de 1688.

1. Bracton y Fortescue.

La doctrina inglesa de la soberanía del Parlamento surge a finales del siglo XVI, cuando se atribuye a aquella institución, y no al Monarca por separado, como ocurría en la Europa continental, la suprema e ilimitada- al menos ante el derecho positivo- capacidad de aprobar leyes, que es la característica principal de la soberanía, como puso

de relieve el creador de este concepto, Jean Bodin, según luego se verá.

Ahora bien, siendo esto así, resulta no menos cierto que la doctrina de la soberanía del Parlamento tiene unos claros antecedentes medievales, pues fue en la Edad Media en donde se afirmó la supremacía de este órgano en la creación jurídica, aunque no se llegase a sostener todavía el carácter ilimitado de esta creación.

La doctrina de la supremacía del Parlamento está, a su vez, íntimamente unida a la idea medieval de la supremacía de la ley (*rule of law*), en virtud de la cual todos los poderes públicos, incluido el Rey, debían someterse al derecho, aunque en esta época lo público y lo privado no se distinguían con nitidez, como es bien sabido.

La sumisión del Rey a la ley es proclamada por Henry de Bracton en *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, que se redacta posiblemente entre 1272 y 1277(1) y al que McIllwain considera "el libro medieval más importante de derecho y constitucionalismo inglés, cuando no de cualquier nación europea"(2).

En este libro Bracton establece una tajante separación entre *el gubernaculum* y *la jurisdictio*, esto es, entre la esfera del poder o del mando, en manos del Monarca, y la esfera de la administración de justicia, de la que el Monarca formaba parte, pero a la que estaba, a su vez, sometido(3). Bracton reconoce al Rey de Inglaterra una absoluta libertad para aprobar y modificar las normas jurídicas necesarias para ejercer el *Gubernaculum*, que recibían el nombre de *leges, constitutiones* y *assisae*, pero, en cambio, limita la potestad jurídica del Rey en lo que concierne a la *lex terrae* que sólo podía ser aprobada (o simplemente confirmada) y derogada por el Rey cuando contase con el consentimiento de los magnates del reino, reunidos en la Curia Regis. Un órgano que además de ejercer funciones legislativas y ejecutivas actuaba como el supremo Tribunal de Justicia del reino(4).

Este derecho pactado entre el Rey y su Curia se componía, en muy pequeña parte, de normas escritas. Así ocurría, por ejemplo, con la Carta Magna de 1215, que fue el texto jurídico más relevante en la Baja Edad Media inglesa y con el que comienza el "statute law" inglés, según Maitland recuerda(5). Se trataba de un contrato feudal, en virtud del cual el Rey Juan Sin Tierra se había comprometido a respetar los privilegios de los "hombres libres", es decir, de los nobles y prebendados, obligándose a recabar su consentimiento para imponer tributos, a respetar sus propiedades y a cumplir fielmente un conjunto de garantías procesales(6).

Pero el derecho emanado del rey y sus barones se componía primordialmente de costumbres no escritas, algunas muy antiguas, que el rey y su Curia más que aprobar se limitaban a confirmar. A este derecho consuetudinario o common law se refiere primordialmente Bracton cuando señala, en uno de los párrafos más conocidos e importantes de su libro, que era el derecho quien hacía al rey y no a la inversa: *Ipse autem rex non debet esse sub homine sed sub deo et sub lege, quia lex facit regem*(7).

Al sostener la subordinación del Rey al derecho, entendido éste sobre todo como costumbre, Bracton formulaba un principio común a toda Europa, que se mantuvo en pie durante toda la Edad Media, pese a la recepción del Derecho Romano en la Europa continental a partir del siglo XII, una recepción muchísimo menos relevante en Inglaterra que en el continente. "Frente a la tesis romana de que la ley y el Derecho son creación de una voluntad legisladora que actúa consciente y deliberadamente, ya sea voluntad de un gobernante particular o de una determinada comunidad, la doctrina medieval- escribe Passerin D'Entrèves- parte de una concepción que es la exacta antítesis de aquélla. El Derecho no trae su existencia de un acto creador de la voluntad, sino que se concibe como un aspecto de la vida colectiva, como costumbre; el acto

legislativo no es manifestación de una voluntad normativa, sino simple redacción o plasmación escrita de cuanto ya vive como Derecho en el uso y costumbre de sus hombres"(8).

Sin embargo, sería tan erróneo reducir el derecho medieval- el inglés o el continental- al derecho consuetudinario como reducir el derecho de nuestros días al derecho escrito. No sólo porque el Rey inglés, como ya se ha dicho, podía dictar normas de carácter escrito, sino también porque este mismo carácter tenían algunas normas que el Rey aprobaba con la aquiescencia de su Curia. Pocas normas, sin duda, pero tan importantes como la *Carta Magna*. Del derecho aprobado por el Rey y su Curia nacerían, así, tanto el llamado *statute law* como el *common law*.

Pese a ello, es preciso convenir con Passerin D'Entrèves en que tanto en Inglaterra como en la Europa continental el derecho por antonomasia en la Edad Media era el derecho consuetudinario, cuyo acatamiento debía jurar el Rey antes de acceder al Trono. La *Coronation Oath* era el nombre que se daba en Inglaterra a este solemne juramento. La identificación del derecho con la costumbre en lugar de con la ley escrita resulta, además, de particular importancia para comprender cabalmente el papel del monarca como juez más que como legislador, esto es, como titular de una función más próxima a la *iurisdictio* que a la *legislatio*, a la de descubridor y aplicador del derecho viejo que a la de creador del derecho nuevo(9).

No cabe duda de que el *rule of law* se perfeccionó en Inglaterra con el nacimiento del Parlamento, que suele fecharse en 1265- tres años antes de la muerte de Bracton-, cuando Simón de Monfort convocó la Curia Regis de una forma insólita al requerir la presencia de los representantes de las ciudades, que hasta entonces no formaban parte de ella. Durante la segunda mitad del siglo XIV el Parlamento se dividió en dos Cámaras, que deliberaban por separado: la de los Lores, en la que se sentaban los prelados y los nobles, y la de los Comunes, en la que se reunían los representantes de las ciudades. A lo largo de este siglo, además, tras una lenta diferenciación institucional iniciada en tiempos de la *Curia Regis*, consigue separarse del Parlamento el Consejo del Rey o *Concilium Regis*, que habría de tener una gran importancia durante los reinados de los Tudores y los Estuardos, según se verá más adelante(10).

En dos obras escritas entre 1470 y 1476, *De Laudibus Legum Angliae* y *The Governance of England*- en las que se aprecia el notable influjo de las ideas que Santo Tomás de Aquino había expuesto en "*De Regimine Principum*", una de las cumbres del pensamiento político medieval-, Sir John Fortescue sostuvo que mientras Inglaterra era un *dominium politicum regale*, Francia, su secular enemiga, era un simple *dominium regale*. ¿¿Qué quería expresar el pensador político inglés más importante del siglo XV con esta distinción? Pues sencillamente que en Inglaterra, a diferencia de Francia, el Monarca estaba sometido al derecho que él mismo aprobaba con las dos Cámaras del Parlamento, cuyo consentimiento era también necesario para establecer impuestos(11). McIllwain recuerda a este respecto que los términos *politicum* y *regale* tenían para Fortescue un significado parejo a los de *gubernaculum* y *iurisdictio* empleados antes por Bracton(12).

De esta manera, Fortescue establecía un inextricable ligamen entre el *rule of law* y la supremacía legislativa del Parlamento, sobre la que descansaba la llamada monarquía dualista estamental, basada en el binomio Rey/Reino, representado este último por la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes.

Ciertamente, la monarquía dualista estamental tenía su equivalente en los demás países de la Europa occidental, como Francia y España. Incluso en este último país las Cortes de Castilla y León surgieron casi un siglo antes que el Parlamento inglés(13). Ahora bien, mientras en la Francia y España de los siglos XVI y XVII la soberanía se

imputaría al rey, en Inglaterra se atribuyó al Parlamento, esto es, a la suma o agregado del Rey, los Lores y los Comunes. Tal diferencia en la fundamentación doctrinal de la Monarquía tenía su correlato en el ámbito institucional: mientras en España apenas se convocaron las Cortes durante esos siglos y en Francia los Estados Generales dejaron de convocarse en 1614, las Cámaras de los Lores y de los Comunes siguieron manteniendo su presencia política durante esa época, a pesar del indudable reforzamiento del poder regio durante la época de los Tudores y Estuardos.

## 2. La formulación de la soberanía del Parlamento bajo los Tudores.

Con la entronización de los Tudores, en 1485, se desarrolló en Inglaterra un proceso centralizador de la Monarquía, similar al que por esas fechas se llevaba a cabo en España, Portugal y Francia. Al igual que en estas Naciones, el principal impulsor de este proceso fue el Monarca, cuyos poderes se reforzaron en detrimento del reino, es decir, de los poderes de las dos Cámaras que lo representaban: los Lores y los Comunes. El Monarca pretendió y en parte consiguió imponer su derecho, que llevaba ahora el nombre de "Ordenanzas" (*Ordinances*) y "Proclamaciones" (*Proclamations*), no sólo al margen e incluso en contra de los *statutes*- esto es, de las leyes aprobadas por el Parlamento y sancionadas por el Monarca a través de la *royal assent*- sino también de las normas de *common law*. Un derecho este último que había actuado asimismo como elemento centralizador del reino, al sobreponerse a la mera costumbre jurídica local.

Para llevar a cabo la dirección política del Estado, el Rey se valió de su Consejo, que durante el reinado de Eduardo III, el primer Rey de la dinastía Tudor, pasó a llamarse Consejo Privado (*Privy Council*). El Monarca nombraba de forma libérrima a los miembros de este Consejo, heredero del *Concilium Regis* y antecesor del Gabinete. Aparte de asesorar al Monarca y de administrar justicia, el Consejo Privado creaba derecho en nombre del Rey, expidiendo "Ordenanzas" y "Proclamaciones", cuyo contenido era muy variado, al extenderse a todas las ramas de la Administración, llegando a formar un cuerpo de derecho administrativo ante litteram. El Statute of Proclamations, aprobado en 1539, durante el reinado de Enrique VIII, ampliaba de forma tan considerable el alcance de estas "Proclamaciones" que equiparaba su rango al de las leyes aprobadas por el Parlamento. Este *Statute*, no obstante, se derogó en 1547, durante el primer año del reinado de Eduardo VI(14). En realidad, no era fácil determinar la naturaleza jurídica de las "Proclamaciones" ni su lugar en el sistema de fuentes. Se reconocía generalmente que eran inferiores a las leyes aprobadas por el Parlamento y al *common law*, pero algunos autores mantuvieron que el Rey podía suspender o incluso dispensar la aplicación de las leyes, al menos en algunas circunstancias. Más adelante se tendrá ocasión de comprobarlo.

Uno de los comités del Consejo Privado era la temible Cámara Estrellada (*Star Chamber*), que asesoraba al Rey y ejercía funciones jurisdiccionales. Sus resoluciones intentaron también imponerse a los Jueces de *common law*. Además de la Cámara Estrellada- que no se aboliría hasta 1641- del Consejo Privado dependían otros órganos jurisdiccionales, que actuaban de acuerdo con el Derecho Romano, como el "Tribunal de Petición" (*Court of Request*), los Tribunales de la Chancillería y del Almirantazgo (*Courts of Chancery and Admiralty*), y la *High Commission*, que era un tribunal eclesiástico. Todos ellos disminuían la importancia de los Tribunales de *common law* e impedían su expansión(15).

Téngase presente, asimismo, que a partir de Enrique VIII los Monarcas ingleses, además de Reyes de Inglaterra, se convirtieron en jefes de la nueva Iglesia Anglicana, cuya ruptura con la Iglesia Católica Romana fue el último acto de una larga

secuencia de conflictos religiosos entre la Corona y el Papado, que se habían iniciado tras la Reforma luterana(16).

Ahora bien, no se olvide que fue el Parlamento quien legalizó la ruptura con Roma de la Iglesia de Inglaterra y el que puso a Enrique VIII al frente de ésta, contra el parecer de Thomas More, ejecutado por ello en 1535. De esta manera, el Parlamento inglés se desligaba del derecho canónico y proclamaba su soberanía, no sólo su mera supremacía legislativa.

En realidad, pese al considerable reforzamiento del poder regio durante el siglo XVI, la soberanía del Parlamento se consideró un principio consustancial a la Constitución inglesa. Acaso el más relevante de todos. Así lo sostuvo Sir Thomas Smith en *De Republica Anglorum*. Una clara y concisa obra que se publicó en 1583, seis años después de la muerte de su autor, y que contiene la más importante descripción del sistema inglés de gobierno durante la era Tudor. Para Smith, el Parlamento, compuesto por el Rey y las dos Cámaras, "representa y tiene el poder de todo el reino, de la cabeza y del cuerpo". En el Parlamento, añadía Smith, adelantando la moderna idea individualista, no organicista, de representación parlamentaria, "están presentes todos los ingleses, ya sea personalmente o por representación", de forma que "el consentimiento del Parlamento equivale al consentimiento de cada hombre"(17). En el Parlamento, así entendido, residía "el más alto y absoluto poder del reino de Inglaterra", al cual estaban vinculados desde el Rey hasta el más humilde de sus súbditos. "El Parlamento- concluía Smith- abroga viejas leyes, las hace nuevas, da órdenes para cosas pasadas y venideras, cambia derechos y propiedades de los hombres, establece formas de religión, altera pesos y medidas, da normas de sucesión a la Corona, define derechos dudosos cuando falta la ley, concede subsidios, tallas, tasas e impuestos; da libérrimo perdón y absoluciones, rehabilita en sangre y en nombre, y como tribunal supremo condena o absuelve..."(18).

También Richard Hooker, en el libro Octavo de su más importante obra, *Of the Lawes of Ecclesiastical Politie*, probablemente escrita en la última década del siglo XVI, insistiría en que en el Parlamento inglés se encontraba "la médula del gobierno dentro de este reino". El Parlamento, a su entender, era una "corporación que representaba a todo el reino", pues estaba compuesto por "el Rey y por todos sus súbditos", ya que éstos, como ya había sostenido Smith, se entendían allí presentes "bien en persona o a través de representantes"(19). Para Hooker, asimismo, el poder de hacer las leyes, que era la principal nota del "poder público", como había dicho Bodino, "debía pertenecer al conjunto y no a una parte del cuerpo político", esto es, al Parlamento y no al Rey o a cada una de las Cámaras por separado(20).

Es preciso tener en cuenta que tanto para Smith como para Hooker- e incluso antes para Fortescue-, la soberanía del Parlamento era inseparable de la doctrina del "Estado mixto", que Platón y Aristóteles habían difundido en la antigüedad y que Santo Tomás de Aquino había recogido en "De Regimine Principum"(21). Ahora bien, estos autores identificaron el Estado o gobierno mixto con la subordinación del Rey al Parlamento en su conjunto y, por tanto, con un gobierno limitado por el derecho, esto es, con el *rule of law*(22). A principios del siglo XVII, en cambio, como se dirá más adelante, la idea del Estado mixto se identificará sobre todo con el ayuntamiento del Monarca, la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes, en el que se plasmaba la unión de las tres formas "rectas" de gobierno descritas por Platón y Aristóteles: la Monarquía, la aristocracia y la democracia. Una unión sólo comparable a la que había caracterizado a la Constitución de la Roma republicana, tan elogiada por Polibio en el libro VI de su "Historia de Roma" y por Cicerón en los dos primeros libros de "*De re publica*".

En cualquier caso, lo que ahora interesa subrayar es que la defensa de la soberanía del Parlamento distinguía sobremanera a la doctrina inglesa del siglo XVI de la del continente, en la que el poder público se imputaba exclusivamente al Monarca, a quien se iba considerando no tanto un órgano sujeto a la ley cuanto creador de ella. A estas tesis absolutistas prestaron un servicio inestimable algunos principios procedentes del Derecho Romano, como los de *princeps legibus solutus est; quod principi placuit, legis habet vigorem; rex est animata lex;* o del Derecho Canónico, como el de *Summa Sedes a nemine iudicatur*.

Basándose en estos principios, Jean Bodin había acuñado en *Les Six Livres de la Republique* (una obra publicada en 1576) el concepto de soberanía, cuya nota más característica era la suprema creación de derecho(23). Bodino, como es bien sabido, atribuyó la soberanía al Monarca y criticó sin contemplaciones, como antes había hecho Maquiavelo y después haría Hobbes, la teoría del "estado mixto", al ser nota característica del poder soberano la unidad y la indivisibilidad del poder(24). Pero en Inglaterra, en donde el influjo del Derecho Romano fue menor que en el continente (no así en Escocia)(25), el supremo poder del Estado se siguió imputando al Parlamento.

No es- repárese bien- que se negase el concepto de soberanía, lo que hubiese sido tanto como negar la realidad misma del Estado moderno, sino que en vez de imputarse al Monarca, como en el continente, prefirió imputarse a un órgano complejo: el Rey con su Parlamento(26).

### 3. Absolutismo y constitucionalismo bajo los Estuardos.

Los Estuardos, más todavía que los Tudores, pretendieron acabar con los límites institucionales y normativos de la Monarquía, siguiendo el ejemplo de los Borbones franceses y de los Habsburgos españoles. Para decirlo con más exactitud, si los Tudores habían pretendido suprimir *de facto* la antigua Constitución inglesa, los Estuardos quisieron hacerlo *de iure*, impugnando algunos de sus principios basilares. El propio Jacobo I, el primer Rey de esta dinastía, defendió la soberanía del Monarca y el origen divino de su poder en un escrito, *The Trew Law of Free Monarchies*, en el que llegó a sostener unas premisas ajenas por completo a la tradición constitucional inglesa. " La Monarquía- sostuvo este Rey intelectual en un discurso ante el Parlamento, el 21 de Marzo de 1610- es la cosa más sublime de la tierra, pues los reyes no son sólo lugartenientes de Dios en la tierra, sentándose sobre el Trono de Dios, sino que incluso Dios mismo llama dioses a los reyes..."(27).

En apoyo de las pretensiones de Jacobo I, Francis Bacon sostuvo que la autoridad del Monarca era superior a la de las otras dos partes que componían el Parlamento, los Lores y los Comunes, y que, por consiguiente, el Monarca podía dispensar el cumplimiento de las leyes dadas por el Parlamento de consuno con el Rey así como suspender su ejecución e incluso dictar Ordenanzas por encima de ellas. Bacon, enfrentándose al otro antagonista institucional del absolutismo regio, añadía que los jueces no tenían por función crear derecho, como sostenía el Juez Coke, sino tan sólo interpretarlo: *ius dicere* y no *ius dare*(28).

A estas tesis absolutistas respondieron tanto los Comunes como los Jueces de common law. Los primeros sostuvieron que el supremo poder del Estado no estaba en manos sólo del Rey, sino en las del Parlamento en su conjunto. "En 1628, como más tarde en 1641 y en 1642- escribe a este respecto John A. Pocock-, el objetivo de la Cámara de los Comunes no era limitar los poderes del soberano, sino exigir que el soberano mismo restableciese esos poderes en términos legales. El Rey era un auténtico Rey- pensaban los parlamentarios- cuando obraba en Parlamento con pleno respeto del

derecho"(29).

Por su parte, los Jueces de *common law* defendieron la supremacía de este derecho consuetudinario no sólo sobre el derecho de prerrogativa regia sino incluso sobre los *statutes* aprobados por el Parlamento, como sostuvo el Chief Justice Edward Coke en 1610, con motivo del *Bonham's Case*: "resulta de nuestros textos -argumentaba Coke- que en muchos casos el *common law* controlará las leyes del Parlamento y algunas veces las declarará totalmente nulas, porque cuando una ley del Parlamento es contraria al derecho y a la razón, o incompatible, o imposible de ejecutar, el *common law* la controlará y procederá a declarar su nulidad"(30). Coke se mostraba, así, partidario de un control judicial de la legislación del Parlamento, cuya necesidad se llegaría a plantear años más tarde en América con el objeto de asegurar la supremacía de las leyes aprobadas por el Parlamento británico sobre las normas de origen colonial, lo que suponía un indudable antecedente de la *judicial review* que se establecería en los Estados Unidos a partir de la Constitución de 1787(31). Como recuerda G. P. Gooch, para Coke- principal inspirador de la *Petition of Rights*, de 1628, en la que se defendía el viejo principio de que sólo el Parlamento podía aprobar impuestos-, el Parlamento tenía el deber de declarar y de defender el derecho, pero no el de hacerlo(32).

Para defender sus argumentos, los jueces de *common law*- aunque no sólo ellos- recurrieron a una idea de extraordinaria importancia: la de la " Constitución antigua". A este respecto, el citado Pocock, el más relevante estudioso de esta idea, señala que "según la doctrina de la «Constitución antigua» o de las «Leyes fundamentales», el derecho inglés, lejos de derivarse de los actos de cualquier soberano (o sucesión de soberanos), procedía de remotísimos antecedentes. La soberanía no era otra cosa que la autoridad final que declaraba cual era la ley preexistente"(33).

Glenn Burgess insiste también en el papel de primer orden que jugó la idea de la " Constitución antigua" en el debate político inglés del siglo XVII, pero matiza la tesis central sustentada por Pocock al insistir en que esta " Constitución antigua" no se defendió sólo apelando a su "antigüedad" y a su fundamento primordialmente consuetudinario, como haría Sir Edward Coke, sino también a su conformidad con un "sistema racional"(34).

En cualquier caso, es preciso añadir que a lo largo del siglo XVII los Jueces de *common law* se vieron obligados a aceptar, no sin renuencia, la supremacía de los *statutes* aprobados por el Parlamento, a cambio de que éste reconociese la importancia del derecho consuetudinario en el sistema de fuentes -sólo sujeto a las leyes del Parlamento- y el papel esencial de los Jueces en el Estado de Derecho. En realidad, la alianza entre el Parlamento (particularmente los Comunes) y los Jueces de *common law* resultó capital para el triunfo del constitucionalismo sobre el absolutismo. Una alianza que facilitó el reconocimiento de que, a la postre, el Parlamento era la más alta instancia judicial del Reino.

Poco antes de que estallase la guerra civil, exactamente el 27 de Mayo de 1642, volvió a defenderse con vigor la tesis de la soberanía del Parlamento como parte esencial del derecho constitucional inglés. Ese día los Lores y los Comunes declararon, en oposición ahora a Carlos I, que el Parlamento era el Consejo constitucionalmente autorizado para "preservar la paz pública y la seguridad del Reino"(35) .

En Junio de 1642, las dos Cámaras del Parlamento decidieron remitir a Carlos I un documento, conocido como *Nineteen Propositions*, en el que se recordaba que el Parlamento era el "más alto y supremo consejo" del rey, a quien correspondía resolver "los grandes negocios del reino" y nombrar los altos cargos del Estado(36) .

En respuesta a este documento- que de forma tan vigorosa resaltaba la soberanía del Parlamento- los más próximos consejeros del Rey aprobaron otro, en el mismo año de 1642, en el que se defendía la vieja doctrina del Estado mixto de forma muy novedosa y trascendental para la posterior historia de la teoría constitucional inglesa. J. G. A. Pocock recuerda, a este respecto, que "ya se había hablado en el pasado de monarquía mixta, en el sentido de una mixtura de monarquía y ley o de un equilibrio entre la primacía del monarca y la supremacía de la ley". Ahora bien, continúa Pocock, "lo que proponían los consejeros de Carlos I en su *Answer to the Nineteen Propositions* era una cosa bien distinta. Se trata de una mixtura entre la monarquía y las otras formas de gobierno: monarquía en la persona del rey, aristocracia en la de los Lores y democracia en la de los Comunes. Cada una de estas partes debía ejercer una clase distinta de poder: el rey debería decidir; los Lores, aconsejar; y los Comunes, asentir. Cada uno de estos tres poderes disponía de una "virtud" específica, destinada indefectiblemente a degenerar cuando se aflojase la vigilancia de los otros dos. El equilibrio de la Constitución consistiría en una distribución de poderes con el objeto de asegurar a cada uno de ellos la posibilidad de prevenir la corrupción de los otros dos"(37) .

De una manera mucho más filosófica y, por tanto, menos ligada a la lucha política y constitucional del momento, las pretensiones absolutistas de Carlos I frente a los partidarios del Parlamento y de los Jueces de *common law* tuvieron en Sir Robert Filmer y en Thomas Hobbes dos incondicionales valedores. En el *Patriarcha*, una obra escrita probablemente entre 1631 y 1642, aunque se publicase por vez primera en 1680, Filmer defendió las tesis absolutistas bajo la indudable influencia de Bodino, cuyos "Seis Libros de la República" se habían traducido al inglés en 1606. Filmer, no obstante, se basó en una endeble concepción patriarcalista, ajena al jurista francés, pero bastante extendida a comienzos del siglo XVII. Al patriarcalismo se habían acogido, por ejemplo, Adrian Saravia- un autor de origen flamenco que había extraído sus tesis de las Sagradas Escrituras, en particular del Génesis-, John Buckeridge, Lancelot Andrewes y Thomas Jackson. Filmer dirigió su doctrina patriarcalista sobre todo contra dos pensadores católicos, el Cardenal Belarmino y el jesuita Suárez, partidarios ambos del origen popular del poder regio, como lo era también el protestante escocés George Buchanan(38) . En *The Anarchy of a Limited or Mixed Monarchy*, publicado en 1648, Filmer rebatirá, como antes había hecho Bodino, la teoría del Estado mixto, tan estrechamente unida, como se ha visto, a la doctrina de la soberanía del Parlamento(39).

Si de Filmer pasamos a Hobbes, lo que significa dar un salto de la mediocridad al genio, es preciso recordar que en *Elements of Law* (cuyo manuscrito circuló en 1640, pocos meses antes de convocarse el Parlamento Largo) y en *De Cive* (escrita en Francia y publicada en latín en 1642), Hobbes había adelantado ya buena parte de sus ideas más relevantes. Su obra más acabada fue, no obstante, *Leviathan*, que vio la luz en 1651, dos años después de la ejecución de Carlos I. Aquí defendía Hobbes la soberanía regia a partir de una extraordinaria y abstracta doctrina contractualista, inspirada en Grocio y basada en las nociones del estado de naturaleza y del pacto social, lo que le permitió llevar hasta las últimas consecuencias las tesis que de forma no del todo coherente había defendido Bodino. Un autor todavía aferrado a las ideas escolásticas del pacto de sujeción y de las *leges imperii* o leyes fundamentales del reino, así como a la subordinación del derecho positivo al derecho natural y al derecho divino. Tesis estas últimas sustentadas también por Smith y Hooker. Con Hobbes, en rigor, se derrumbaba la filosofía política aristotélico-tomista y en su lugar nacía la moderna teoría del Estado. Una teoría que permitía depurar por completo el concepto de soberanía, liberándolo de las ataduras a las que de modo irremisible conducía la teoría escolástica del poder. Para

el gran filósofo inglés, en efecto, el soberano no estaba sujeto a las leyes fundamentales, pues su soberanía no nacía de un pacto o contrato bilateral celebrado entre el Rey y el pueblo, sino de un pacto social que habían llevado a cabo los individuos en el estado de naturaleza, esto es, en un estadio prejurídico. El derecho positivo, por tanto, no era anterior al Estado (como había sustentado todo el pensamiento medieval e incluso el propio Bodino al reconocer la sujeción del soberano a las leyes fundamentales), sino creación de éste. Ciertamente que Hobbes seguía reconociendo la supremacía del Derecho Natural sobre el derecho positivo, pero no lo es menos que rompía el nexo entre el Derecho Natural y el Derecho Divino al sostener un concepto puramente inmanente, no trascendente, del derecho Natural, tomado de Grocio. Un derecho pensable, como este último autor había dicho, aunque Dios no existiese. Hobbes, en realidad, redujo el Derecho Natural a meros dictados de la razón, que convenía seguir, pero a los que negaba su naturaleza jurídica, al carecer de coacción humana en caso de que se infringiesen, como sostiene en el *Leviathan*(40). De esta forma, el Derecho Natural podía reducirse a una sola máxima: es una exigencia de Derecho Natural acatar el derecho positivo(41). En rigor, Hobbes trasciende el iusnaturalismo y sienta las bases del positivismo jurídico, que más tarde desarrollaría Hume(42).

Pero las tesis de Hobbes disgustaron tanto a los partidarios del Monarca como a los del Parlamento: a los primeros, por su racionalismo individualista y protodemocrático; a los segundos, porque desembocaban en la defensa del absolutismo monárquico, aunque en realidad esta última conclusión era puramente circunstancial y no afectaba al núcleo de su razonamiento: la articulación de un poder público soberano que representase a toda la sociedad, concebida de una manera atomista. Por supuesto, Hobbes no dejó de criticar la doctrina del "estado mixto", al entender, como antes habían hecho Bodino y Filmer, que destruía la noción misma de soberanía(43).

Tras la restauración de la Monarquía, en 1660, que cancela el régimen republicano instaurado por Cromwell, los conservadores e incluso "reaccionarios" defensores de la antigua Constitución inglesa volvieron a defender la supremacía de las leyes sobre las "Proclamaciones" regias, del mismo modo que los privilegios de las dos Cámaras del Parlamento frente a las pretensiones de la Corona, encarnada ahora en la persona de Carlos II, primero, y en la de Jacobo II, después. Estas tesis- en cuya defensa destacó Algernon Sidney, ejecutado por ello en la Torre de Londres(44)-, se plasmaron en un importantísimo documento: el *Bill of Rights* de 13 de Febrero de 1689, en donde se encuentra el fundamento jurídico- político de la "gloriosa" revolución de 1688(45).

#### 4. Rule of law y soberanía del Parlamento en la legislación revolucionaria.

En este Bill de Derechos- que se denominó de este modo tradicional para superar los recelos *tories* hacia toda idea de contrato social- se recogían las aspiraciones que los Comunes y, en parte, los Jueces de common law habían sustentado a lo largo de todo el siglo en su lucha por limitar los poderes del Monarca. Unas aspiraciones que Locke sistematizaría en su "Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil", como se verá más adelante. Muy en especial, en este *Bill* se consagraban los dos principios más relevantes del derecho público inglés: el imperio del Derecho (rule of law) y la soberanía del Parlamento. Dos principios que, a juicio de los revolucionarios de 1688, habían sido hollados por Jacobo II, "con la ayuda de malos consejeros, jueces y ministros", lo que había obligado a las dos Cámaras del Parlamento a hacerle abdicar(46).

En virtud de ambos principios, "los Lores espirituales y temporales y los

Comunes... constituyendo la plena y libre representación de esta nación" y con el objeto de "defender y asegurar los antiguos derechos y libertades" de los ingleses, sometían a Guillermo y a María, así como a los futuros reyes de Inglaterra, a un conjunto de restricciones. La primera y principal de ellas era la de acatar las leyes aprobadas por el Parlamento, prohibiéndoles expresamente suspender o dispensar su aplicación- como había tratado de hacer Jacobo II, en 1687 y 1688, con las *Declarations of Indulgence*-, así como aprobar impuestos sin consentimiento del Parlamento, como habían conseguido llevar a cabo Jacobo I y Carlos I, con el reconocimiento de la *Court of Exchequer*, en el *Bate's Case* (1606) y en el *Case of Ship- Money* (1637), respectivamente. El consentimiento del Parlamento se consideraba también necesario para reclutar o mantener un ejército dentro de las fronteras del reino en tiempos de paz. Esta importante Declaración reconocía, asimismo, el derecho de los súbditos a elevar peticiones al Rey así como el de portar armas para su defensa. Por último, este documento disponía que las elecciones al Parlamento debían ser libres, que la libertad de expresión dentro del Parlamento no podía ser controlada por ningún Tribunal que no fuese el propio Parlamento, que no se debían exigir fianzas exageradas ni imponerse multas excesivas ni aplicarse castigos crueles o desacostumbrados, que los Jurados debían elegirse convenientemente y, en fin, que las multas y confiscaciones de la propiedad, para ser legales, deberían ordenarse mediante sentencia judicial.

Dos leyes posteriores, aprobadas durante el reinado de Guillermo III, completaban y, en algún extremo, ratificaban lo dispuesto en la Declaración de Derechos de 1689. Se trataba de la *Triennial Act* de 1694, en virtud de la cual se obligaba al Rey a convocar el Parlamento al menos una vez cada tres años(47), y de la Ley de Establecimiento, aprobada el 12 de Junio de 1701 con el propósito fundamental de "asegurar la sucesión de la Corona dentro de la línea protestante... y para eliminar todas las dudas y disputas que por este motivo pudieran surgir..."(48). Esta ley, además de exigir que en lo sucesivo el heredero de la Corona debía estar en comunión con la Iglesia de Inglaterra, prohibía "solicitar el perdón del Gran Sello de Inglaterra en el *impeachment* planteado por los Comunes". Por último, pero no ciertamente lo menos importante, la Ley de Establecimiento ratificaba el *rule of law* con estas palabras:"... las leyes de Inglaterra son un derecho adquirido por su pueblo por nacimiento y todos los reyes y reinas que ocupen el trono de este reino deben conducir su gobierno con arreglo a lo dispuesto en dichas leyes y todos sus ministros y funcionarios deben conducirse de igual manera".

## II. La soberanía en el "Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil", de John Locke

### 1. El Gobierno por consentimiento de los gobernados.

Como es bien sabido, el principal teórico de la revolución de 1688 fue John Locke, autor de un libro clave en el desarrollo del pensamiento constitucional inglés y, en realidad, del occidental: *An Essay concerning the True Original Extent and End of Civil Government*, que vio la luz en 1690, aunque su autor lo había redactado bastantes años antes de que estallara la revolución de 1688, como ha demostrado Peter Laslett(49).

En esta obra, Locke hizo suyas algunas tesis que Hobbes había sustentado anteriormente, de manera muy particular en el *Leviathan*, como las del estado de naturaleza y del pacto social. Ahora bien, Hobbes había recurrido a ambas nociones sin contradecir sus supuestos iusracionalistas. A Hobbes no le había importado la existencia

histórica del estado de naturaleza y del pacto social, sino su valor instrumental: eran hipótesis necesarias para pensar racionalmente el Estado como un ente artificial y, por tanto, preceder, carente de historia y distinto sustancialmente de los organismos animales(50). La celebración del pacto social conducía inexorablemente, a su juicio, a que los individuos hasta entonces en estado de Naturaleza cediesen sus derechos al soberano, esto es, al Estado, con el objeto de garantizar la paz externa y la seguridad interna y, por tanto, la existencia misma de una sociedad compuesta exclusivamente de individuos iguales y egoístas. Un Estado concebido como *persona ficta*, en el que el Monarca debía ejercer todos los poderes, sin que el pueblo pudiese deponerle.

En cambio, los supuestos iusnaturalistas de Locke, y en particular las nociones del estado de naturaleza y del pacto social, deudoras de la filosofía racionalista de su siglo (Descartes, Hobbes, Spinoza, Leibnitz) contradecían palmariamente sus presupuestos gnoseológicos, sobre todo su crítica de las ideas innatas. Una crítica sobre la que se había extendido en *An Essay concerning Human Understanding*. Locke publicó esta obra en 1690, aunque la hubiese escrito también con anterioridad, y en ella hacía suya la filosofía empirista que Francis Bacon había expuesto en el *Novum Organum* y que Newton desarrollaría en el campo de la Física(51). Pero lo que de veras importaba a Locke en su ensayo sobre el Gobierno Civil era justificar una nueva Monarquía, la constitucional o "moderada", como él la denomina(52), utilizando una expresión de claro sabor tomista, basada en el consentimiento del pueblo(53). Un tipo de monarquía que vertebraría la revolución de 1688 y en la que podía verse- aunque, como se dirá, ésta no fuese la interpretación más extendida-, si no el fin de un ahistórico estado de Naturaleza, sí, al menos, la renovación de un no menos supuesto pacto social de los ingleses, tras la disolución del Estado a consecuencia de la política absolutista llevada a cabo por Jacobo II.

Por otro lado, las consecuencias que extrajo Locke de las tesis del estado de Naturaleza y del pacto social eran ciertamente muy distintas a las que había extraído Hobbes. A juicio de éste, la celebración del pacto social por parte de los individuos que vivían en estado de Naturaleza implicaba necesariamente ceder todos sus derechos al soberano, esto es, según Hobbes, al Monarca. Locke, en cambio, de una forma menos consistente, entiende que tras el pacto social los individuos seguían conservando sus "derechos naturales", al residir en el conjunto de ellos- en la comunidad o pueblo- la soberanía. El Estado resultante del pacto social, cuyo órgano supremo era el poder legislativo, tenía precisamente la finalidad básica de conservar esos "derechos naturales" a la vida, a la propiedad y a la seguridad personal, cuya protección era, a su juicio, el fin básico del pacto social y, por consiguiente, del abandono del estado de naturaleza(54). De este modo, Locke sustentaba una teoría del Estado tan utilitaria como la de Hobbes, pero a tenor de la cual el poder público en su conjunto se basaba en el consentimiento de los gobernados, de suyo revocable(55).

Pero lo que ahora conviene subrayar es que Locke afirma tanto la supremacía del poder legislativo como la soberanía del pueblo. Una doble afirmación en la que se halla, a juicio de Pollock, el punto más débil e insatisfactorio de su teoría política(56). Pero antes de examinar este asunto, clave para este trabajo, es preciso exponer brevemente su doctrina de la división de poderes.

## 2. La división de poderes.

En su penetrante estudio *Constitutionalism and the Separation of Powers*, M. J. C. Vile ha puesto de relieve que la guerra civil inglesa supuso un hito muy importante en la historia de la doctrina de la división de poderes. Hasta esa fecha, lo más frecuente

era limitarse a distinguir el poder legislativo del ejecutivo, como había hecho Marsilio de Padua, por ejemplo. Durante la guerra civil empezó a ser habitual añadir un tercer poder, el judicial, al que ya habían hecho referencia Buchanan y Hooker bastantes años antes y al que se referirán algunos publicistas a mediados del siglo XVII, como George Lawson o Philip Hunton(57).

Al explicar el origen de los poderes en el estado de Naturaleza, Locke parece admitir, en principio, tan sólo dos: el legislativo y el ejecutivo. Mientras el antecedente del primero se encontraba en la facultad que todos los hombres tenían, conforme al Derecho Natural, para hacer lo que estimase conveniente para su propia salvaguardia y para la de los demás, el del segundo se hallaba en la facultad de castigar los atropellos cometidos contra el Derecho Natural(58). Ahora bien, cuando defiende la necesidad de salir del estado de Naturaleza para proteger eficazmente los derechos naturales, Locke añade a estos dos poderes un tercero: el judicial. Locke, en efecto, recuerda que la protección de los derechos naturales exigía, en primer lugar, "una ley establecida, aceptada, conocida y firme que sirva por común consenso de norma de lo justo y de lo injusto y de medida común para que puedan resolverse por ella todas las disputas que surjan entre los hombres"; en segundo lugar, "un juez reconocido e imparcial, con autoridad para resolver todas las diferencias, de acuerdo con la ley establecida"; en tercer lugar, "un poder suficiente que respalde y sostenga la sentencia cuando esta es justa y que la ejecute debidamente"(59).

Sin embargo, Locke- que utiliza el vocablo "*power*" tanto para designar una función como un órgano, por lo que a veces no es fácil interpretar sus planteamientos- abandona más adelante, y de forma ya definitiva, esta clasificación tripartita de los órganos o funciones del Estado, sustituyéndola por una nueva, a tenor de la cual distingue la función legislativa, la ejecutiva y la federativa, sin mencionar para nada la jurisdiccional. Tal omisión no significaba que minusvalorase la importancia de la jurisdicción en el seno del Estado constitucional. Al contrario, como subraya Vile, para Locke "la principal función del Estado es esencialmente la jurisdiccional... El Estado era, por consiguiente, el juez que faltaba en el estado de Naturaleza"(60).

¿Por qué razón, pues, el pensador inglés no menciona la jurisdicción como una función autónoma ni la Judicatura como un órgano o poder distinto del ejecutivo y del legislativo? Para responder a esta pregunta es preciso tener en cuenta que en Inglaterra no había una nítida distinción orgánica entre el poder judicial y el legislativo ni una clara distinción entre la función legislativa y la jurisdiccional. Si la Cámara de los Lores era- y sigue siéndolo todavía- el supremo Tribunal del reino, los Jueces creaban derecho a la vez que lo aplicaban, pues sus sentencias se convertían en precedentes que les vinculaban en el futuro a la hora de resolver casos análogos(61).

En cualquier caso, el propósito fundamental de Locke consistía en atribuir a dos órganos distintos el poder legislativo y el poder ejecutivo, sin perjuicio de los mecanismos de relación que establecía entre ambos órganos, a los que luego se aludirá. Locke, en efecto, sostiene que tanto en las "monarquías moderadas" como en todos los demás "gobiernos bien constituidos", el poder legislativo y el ejecutivo "se encuentran en distintas manos"(62). Previamente había dejado bien claro que "en las comunidades políticas bien ordenadas y en las que se tiene en cuenta como es debido el bien de la totalidad de quienes la forman", el poder legislativo "suele ponerse en manos de varias personas... debidamente reunidas", esto es, en una Asamblea(63), a diferencia de lo que ocurre con el poder ejecutivo, que, al ser un poder "permanente", ejercido sin interrupción, suele atribuirse a una sólo persona(64).

Esta atribución de los dos poderes básicos del Estado a dos órganos distintos distinguía a las "monarquías moderadas" y a los demás "gobiernos bien constituidos" de

las "monarquías absolutas", en donde "el príncipe reúne en sí mismo" ambos poderes, por lo que "no existe juez ni manera de apelar a alguien capaz de decidir con justicia e imparcialidad así como con autoridad para sentenciar, ni que pueda remediar y compensar cualquier atropello o daño que ese príncipe haya causado por sí mismo o por orden suya"(65).

Ahora bien, al pronunciarse a favor de atribuir a distintas manos los poderes legislativo y ejecutivo, Locke no pretendía sólo, aunque sí primordialmente, denunciar la monarquía absoluta, en la que el Rey ejercía ambos poderes, sino también el sistema asambleario de gobierno, basado en el monopolio de aquellos dos poderes por parte de una Asamblea. A este respecto, Locke tenía sin duda muy presente la experiencia histórica del Parlamento Largo( 1640 a 1649), "verdadero punto de viraje en la historia política de las razas de lengua inglesa"(66). En esa experiencia pensaba sin duda Locke cuando señalaba que no era "conveniente, pues sería una tentación demasiado fuerte para la debilidad humana, que tiene tendencia a aferrarse al poder, confiar la tarea de ejecutar las leyes a las mismas personas que tienen la misión de hacerlas". El pensador inglés añadía que si el legislativo y el ejecutivo estuviesen en unas mismas manos se corría el grave riesgo de que las leyes no se obedeciesen y de que se redactasen y aplicasen de acuerdo con "intereses particulares" y no con los intereses de toda la comunidad, lo que sería contrario "a la finalidad de la sociedad y del gobierno"(67).

Si el poder legislativo consistía en la facultad de aprobar leyes, el ejecutivo, a juicio de Locke, comprendía dos esferas: la ejecutiva propiamente dicha y la federativa, cuya distinción supone la más importante aportación de Locke a la doctrina de las funciones del Estado(68). Ambas esferas solían y debían atribuirse al mismo órgano, que en Inglaterra no era otro que el Monarca. "Estos dos poderes- escribe- el ejecutivo y el federativo, son en sí mismos realmente distintos; sin embargo, a pesar de que uno de ellos abarca la ejecución de las leyes de la sociedad en el interior de la misma y a todos cuantos la integran, y el otro tiene a su cargo la seguridad y los intereses de la población en el exterior, con respecto a quienes pueden serles útiles o perjudicarle, ocurre que casi siempre suelen encontrarse reunidos"(69).

Pero además de ejercer el poder ejecutivo y el federativo, el Monarca podía participar en la elaboración de las leyes. En algunas comunidades políticas, escribe a este respecto Locke, pensando sin duda en el *royal assent*, "el ejecutivo está delegado en una sola persona que participa también en el poder legislativo"(70). Locke considera, asimismo, que era inherente al Monarca la facultad de convocar y disolver la Asamblea(71), pues, volviendo a tener bien presente al Parlamento Largo, estima que "las reuniones constantes o frecuentes de los legisladores y la larga duración de sus Asambleas inútiles, resultan por fuerza gravosas para el pueblo, suscitando a la larga inconvenientes más peligrosos que los que se trataba de evitar"(72).

Esta relevante posición constitucional, merced a la cual colaboraba en la aprobación de las leyes a la vez que ordenaba y dirigía su ejecución, permitía incluso afirmar que en el Monarca descansaba el "poder supremo" del Estado. "No porque ostente todo el poder supremo, que es el de hacer las leyes, sino porque en él reside el supremo poder de ejecutarlas, del que derivan sus poderes todos los magistrados inferiores, ... no habiendo tampoco ningún (órgano) legislativo superior a él, ya que ninguna ley puede hacerse sin su consentimiento..."(73).

Ahora bien, si no era conveniente que el Monarca se circunscribiese a ejecutar las leyes, tampoco el Parlamento debía ceñirse a aprobarlas, sino que debía controlar también su ejecución, como ocurría en la Inglaterra de su tiempo a través del *impeachment*. Un procedimiento establecido para exigir la responsabilidad penal de los

miembros del ejecutivo- excepto la del Monarca, irresponsable jurídica y políticamente- ante las dos Cámaras del Parlamento. "... Una vez que el poder legislativo ha encomendado a otros poderes la ejecución de las leyes hechas por él, conserva siempre el derecho de retirar esos poderes si encuentra razón para ello e igualmente el de castigar cualquier prevaricación"(74).

Locke, en definitiva, es tan partidario de atribuir a dos órganos distintos el ejercicio de los poderes legislativo y ejecutivo como de repartir entre aquéllos el ejercicio de éstos. Dicho con otras palabras: el pensador inglés se muestra a favor no sólo de la división de poderes, sino también de la doctrina del equilibrio constitucional (*balanced constitution*).

Aunque estas dos doctrinas solían venir acompañadas de la vieja doctrina del Estado mixto- y así seguiría ocurriendo después de Locke, según se tendrá ocasión de ver más adelante-, no puede, en cambio, considerarse al pensador inglés un partidario de esta última. Passerin D'Entreves observa a este respecto que Locke no pretendió dividir la soberanía, sino su ejercicio, bajo la supremacía del poder legislativo, aunque la distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía, intuida por Bodino, no se formulase hasta la Revolución francesa(75). M. J. C. Vile, por su parte, señala que Locke no hizo demasiado hincapié en la teoría del Estado mixto, sino que prefirió centrar sus análisis en las relaciones entre la Legislatura y el ejecutivo, sin apenas referirse a la Cámara de los Lores(76).

En realidad, Locke sólo menciona de pasada las "formas mixtas de gobierno" en el capítulo X del libro que ahora se examina, dedicado a las diversas formas de la *Commonwealth*(77), mientras que sólo alude a la Cámara de los Lores en el último capítulo, el XIX, y aun así de forma indirecta: "supongamos- escribe Locke- que el poder legislativo se haya otorgado a tres personas distintas de manera simultánea: primero, una sola persona hereditaria que ostenta de forma permanente el poder ejecutivo supremo y, con este poder, el de convocar a las otras dos dentro de períodos fijos; segundo, una asamblea constituida por la nobleza hereditaria; tercero, una asamblea de representantes elegidos, *pro tempore*, por el pueblo"(78).

Al fin y al cabo, conviene no perder de vista que en este libro Locke no trata de analizar la Constitución inglesa en particular, sino la de un Estado libre en general, aunque resulta evidente que no puede olvidarse de su país natal, al que se refiere de forma constante, aunque casi siempre sin mencionarlo.

### 3. La supremacía del poder legislativo y sus límites.

Ahora bien, si para conservar la libertad era preciso que los poderes ejecutivo y legislativo estuviesen en distintas manos, este último debía ser, para Locke, el supremo poder del Estado, pues "quien puede imponer leyes a otro, por fuerza ha de ser superior a él"(79). La supremacía del poder legislativo convertía al Estado, incluso cuando a su frente estuviese un rey hereditario, en un gobierno con consentimiento de los gobernados, requisito imprescindible para afirmar su propia legitimidad(80).

Al atribuir al legislativo- del que podía formar parte el Rey, en los términos que se han señalado- la supremacía en el seno del Estado, el pensador inglés no hacía otra cosa que acogerse, bajo unos nuevos supuestos contractualistas y utilitarios, a la ya vieja doctrina inglesa de la soberanía del Parlamento, formulada por Fortescue, Thomas Smith y Richard Hooker. Un autor este último a quien Locke cita repetidas veces en su Ensayo(81). Y como la supremacía del poder legislativo llevaba consigo la supremacía de la ley en el conjunto de las fuentes del derecho- veremos ahora mismo qué clase de ley-, Locke no dejaba de sumarse también a la otra gran doctrina constitucional

sustentada en Inglaterra desde los tiempos de Bracton: el *rule of law*.

No obstante, la supremacía del poder legislativo no implicaba para Locke que la Asamblea debiese absorber al poder ejecutivo, ni siquiera que pusiese en entredicho la autonomía orgánica y funcional de éste, como había intentado el Parlamento Largo durante el reinado de Carlos I. "Locke- escribe Vile- aclara una y otra vez que nign órgano del Estado es omnipotente, que el legislativo y el ejecutivo tienen un *status* autónomo... Por supremacía del poder legislativo Locke no quiere decir que el ejecutivo se convierta en un recadero, subordinado por completo al legislativo en el *ejercicio de sus propias funciones*. Por el contrario, el poder de la Asamblea legislativa está circunscrito al ejercicio de sus propias funciones"(82).

Por otro lado, que el poder legislativo fuese el órgano supremo del Estado, no quería decir que fuese un órgano ilimitado, ni mucho menos arbitrario. Su función, como la del Estado en su conjunto, debía limitarse a asegurar "los derechos naturales", que era el principal objetivo del pacto social que lo había creado, como se ha señalado ya. Desde este punto de vista, puede afirmarse que, ímplicitamente al menos, Locke venía a reconocer que el pacto o contrato social se erigía en un primer límite del poder legislativo. Así lo entiende Nicola Matteucci cuando recuerda que para Locke el poder legislativo estaba limitado "por aquella «primera y fundamental ley positiva» que lo instituye, esto es, por el contrato social, el cual se presenta, así, como un verdadero poder constituyente, superior al poder legislativo; la base teórica para una distinción jerárquica entre normas constitucionales y normas legislativas está ímplicitamente puesta"(83).

Pero, además, en el importante capítulo XI de su ensayo sobre el Gobierno Civil Locke reconoce expresamente otros límites al poder legislativo, impuestos en este caso por la "sociedad", por la "ley divina" y por el "derecho natural". Así, en efecto, dicho poder no podía atribuirse, como había hecho el Parlamento Largo durante la Guerra Civil, "la facultad de gobernar por decretos improvisados y arbitrarios, sino que estaba obligado a dispensar la justicia y a señalar los derechos de los súbditos mediante leyes fijas y promulgadas, aplicadas por jueces señalados y conocidos". Las leyes aprobadas por el poder legislativo tenían que ser, además, generales e "idénticas para el rico y para el pobre, para el favorito que está en la Corte y para el labrador que empuña el arado", sin otra finalidad que "el bien del pueblo". Al poder legislativo no le estaba permitido tampoco establecer impuestos sin el consentimiento del pueblo, expresado directamente o por medio de sus representantes. Por último, al poder legislativo le estaba vedado transferir la facultad de hacer leyes a ninguna otra persona, pues sólo a él se la había delegado el pueblo(84).

Pollock sostiene que al reconocer tales límites, Locke se sumaba a una concepción de la soberanía de honda raigambre entre los estudiantes del *common law* desde comienzos del siglo XVII, a tenor de la cual se aceptaba que la "*justicia natural*" o el "*common right*" imponían unos límites que incluso el Rey en Parlamento no podía traspasar; lo que quería decir que los Jueces debían inaplicar una ley del Parlamento que fuese manifiestamente contraria a la "justicia natural" y quizá si intentase subvertir los fundamentos de la Constitución, por ejemplo, si pretendiese abolir la Monarquía o la Cámara de los Comunes(85).

Lo que resulta indudable, como recuerda J. W. Gough, es que si bien Locke reconoció la "supremacía" del Parlamento, "con ella no se refería a su soberanía, en el sentido hobbesiano del término"(86).

#### 4. La soberanía del pueblo.

Pero además de los límites a los que estaba sujeto el poder legislativo, es preciso no perder de vista, como ya se ha adelantado, que para Locke por encima de este poder estaba el poder soberano del pueblo. "A pesar de que en una comunidad política sólida y bien constituida, que actúa de acuerdo con su propia naturaleza, es decir, para la salvaguardia de la comunidad, no puede existir sino un poder supremo único, el legislativo, al que todos los demás se encuentran y deben estar subordinados, como tal poder legislativo es únicamente un poder al que se ha dado el encargo de obrar para la consecución de determinadas finalidades, le queda siempre al pueblo el poder supremo de apartar o cambiar los legisladores, si considera que actúan de una manera contraria a la misión que se les ha encomendado... De este modo, la comunidad conserva perpetuamente el poder supremo de sustraerse a las tentativas y maquinaciones de cualquier persona..."(87).

En coherencia con estas tesis, Locke sostuvo que la violación de los límites a los que estaba sometido el poder legislativo justificaba el derecho de resistencia del pueblo. Un derecho que Hobbes había rechazado expresamente con anterioridad y sobre el que Locke se extiende en los dos últimos capítulos de la obra que ahora se glosa, titulados "de la tiranía " y "de la disolución del gobierno". A juicio de Locke, el pueblo, actuando con justa causa, tenía derecho no sólo a reemplazar a sus gobernantes, sino a cambiar la misma forma de Estado, entendiendo por pueblo no el Parlamento, ni siquiera la Cámara de los Comunes, sino la comunidad política como entidad distinta y separada(88).

Aunque con anterioridad Marsilio de Padua y los monárcomacos habían defendido ya la soberanía del pueblo, Maclean(89) y sobre todo Franklin(90) han mostrado que en este punto el más relevante influjo sobre Locke lo ejerció la doctrina que George Lawson había expuesto en *Politica Sacra et Civilis*. En esta obra- escrita en 1657, aunque no se publicó hasta 1660, en vísperas del retorno de Carlos II, reeditándose en 1689- Lawson había conseguido conciliar la doctrina del estado mixto con la de la soberanía popular, hasta entonces consideradas incompatibles(91). Para Lawson, el conflicto entre el Rey y el Parlamento tras la guerra civil comenzada en 1642, había provocado una completa disolución del Estado y la retroversión del poder al pueblo, único sujeto legitimado para constituir una nueva autoridad. La soberanía, pues, no residía en las dos Cámaras del Parlamento, sino en el pueblo(92).

Aunque esta concepción no se tuvo en cuenta durante la época de Jacobo II, por parecer demasiado radical, Locke la retomó al redactar su "Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil", siendo el único escritor político de relieve en hacerlo. Locke leyó la obra de Lawson en torno a 1679, justo cuando estaba preparando su réplica a Filmer. "No sólo la teoría del derecho de resistencia- escribe Franklin-, sino incluso la estructura básica del Segundo Tratado se corresponde con la doctrina de Lawson sobre la soberanía"(93).

Para Locke, la tesis de Lawson sobre la disolución del Estado y la recuperación de la soberanía por el pueblo era la única válida para resolver el problema del derecho de resistencia en el marco no sólo de una constitución mixta, sino de cualquier tipo de Constitución(94). La mayor parte de sus correligionarios *Whigs* no aceptó, sin embargo, las tesis de Locke sobre este asunto. Aquéllos, en efecto, fieles a la doctrina de la soberanía del Parlamento, querían conciliar el derecho de resistencia contra el tirano (Jacobo II) con el respeto a la independencia del Rey frente al Parlamento e incluso con la supremacía del Monarca dentro de la Constitución. Así lo sostuvo, entre otros publicistas *whigs*, Gilbert Burnest en *An Enquiry into Measures of Submission*, un panfleto publicado en Holanda, en 1687, con el beneplácito de Guillermo de

Orange(95). El principal objetivo de los Whigs era entronizar a este Monarca como Rey de Inglaterra, no en nombre del pueblo, sino de su propio derecho, preservando la continuidad dinástica. Al fin y al cabo la esposa de Guillermo, María, era hija de Jacobo II, y a ella habría de pasar el título de Reina tras la muerte de su marido(96).

En definitiva, pues, al aceptar la soberanía del pueblo, Locke no sólo se separó de las tesis absolutistas de Filmer y Hobbes, por otro lado tan distintas, sino también de la clásica formulación inglesa de la soberanía del Parlamento (del Rey y de las dos Cámaras colegislativas), sustentada por Smith y por Hooker, antes que él, y por Hume y por Blackstone, después de él, como se verá de inmediato.

### III. De Hume a Paley.

#### 1. David Hume crítico de Locke: el Parlamento, no el pueblo, es soberano.

Desde la publicación del "Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil", de Locke, hasta el "Tratado de la Naturaleza Humana", de Hume, esto es, desde 1690 hasta 1739, el debate político y constitucional no fue demasiado brillante en la Gran Bretaña.

Sus más relevantes protagonistas fueron Robert Walpole, el todopoderoso Primer Ministro "*whig*" de Jorge I y Jorge II, en el poder desde 1721 hasta 1742, y Lord Bolingbroke, el más agudo publicista *tory* de la primera mitad del siglo XVIII(97). Este debate, sin embargo, no se centró en la soberanía ni, más en particular, en si ésta residía en el pueblo o en el Parlamento- disyuntiva que la *Septennial Act* de 1716 resolvió de forma clara en el plano del derecho positivo(98)- sino en las relaciones entre el Rey y sus Ministros con las dos Cámaras del Parlamento.

Sobre este punto ambos publicistas se mantuvieron fieles a la doctrina lockeana de la división de poderes y del "equilibrio constitucional", aunque Bolingbroke insistiese también en el carácter "mixto" de la monarquía británica, cosa que Locke no había hecho, como se sabe. La cuestión que separaba radicalmente a Walpole y a Bolingbroke residía en el alcance de la "influencia" del ejecutivo- del Rey y de sus Ministros- sobre las dos Cámaras del Parlamento. Una "influencia" que muchas veces no era otra cosa que pura corrupción. Mientras Walpole, defensor interesado del incipiente sistema parlamentario de gobierno, consideraba necesario esta "influencia", para lo cual era preciso que los Ministros pudiesen ser miembros de una de las dos Cámaras del Parlamento, Bolingbroke entendía que tal "influencia" ponía en entredicho la separación de poderes y que destruía las bases de la Constitución británica y del sistema de gobierno monárquico-constitucional que la revolución de 1688 había vertebrado(99).

A diferencia de Walpole y de Bolingbroke, David Hume, que no era un político sino un gran filósofo, sí se enfrentó al siempre abstruso problema de la soberanía, desmontando con extraordinaria lucidez y coherencia la doctrina iusnaturalista de la soberanía del pueblo y revitalizando la vieja concepción de la soberanía del Parlamento(100).

Las tesis de Hume sobre la soberanía eran muy originales. Divergían de las que sustentaban los dos grandes partidos ingleses, el *tory* y el *whig* o, como él gustaba a veces escribir, siguiendo a Bolingbroke, el "partido del país" y el "partido de la Corte"(101). Hume, en efecto, discrepa radicalmente de la tesis *tory* del derecho divino de los reyes y de la obediencia pasiva, pero a la vez rechaza la fundamentación contractual del Estado, que en su versión lockeana, aunque un tanto suavizada, era consustancial a la ideología política *whig*. Se trataba, a juicio de Hume, de refutar "los

sistemas políticos especulativos propuestos en este país, tanto el religioso de un partido como el filosófico del otro"(102) . Pese a esta equidistancia, Hume dedica mucha más atención a la tesis *whig* que a la *tory*, al estar ésta, a diferencia de aquélla, en franco descrédito, como el propio Hume reconoce(103).

La enorme aportación de Hume consistió en criticar la metafísica del estado de naturaleza, del pacto social y de los derechos naturales, sustentada por el iusnaturalismo racionalista, tan en boga en su siglo, sin dejar por ello de construir una auténtica teoría del Estado, individualista y utilitaria, cuya articulación era imposible desde los esquemas conceptuales, organicistas y moralizantes, de la filosofía política tradicional, esto es, aristotélico-tomista.

La teoría humeana del Estado era, en realidad, tan individualista y tan utilitaria como la de Hobbes, el otro gran filósofo británico. Sin embargo, no hundía sus raíces, como la de éste, en un método inductivo y racionalista y, por tanto, apriorístico, sino en otro deductivo y empírico, basado en la observación y en la experiencia, en el que cobraba una gran relevancia las lecciones suministradas por la historia. Un método el de Hume de gran precisión, enormemente sugestivo e influyente(104).

Al elaborar su filosofía política de acuerdo con la experiencia y la observación, Hume critica abiertamente las verdades evidentes por sí mismas y, en general, todo axioma indemostrable empíricamente, comenzando por la idea misma de un Derecho Natural, esto es, de unas leyes válidas en todo tiempo y lugar, establecedoras de una moralidad eterna e inmutable, ya se concibiesen como emanación de la divinidad o, como Grocio había afirmado, *etiamsi daremus Deum non esse*.

Por eso, si Hobbes había destruido el viejo Derecho Natural trascendente, basado sobre todo en la filosofía jurídico-política elaborada por Aristóteles y cristianizada o despaganizada por Santo Tomás, cuya más brillante actualización se encontraba entonces en la obra de Francisco Suárez, Hume liquidó el nuevo Derecho Natural racionalista, inmanente, de cuña protestante(105), al tiempo que asestó un tremendo golpe a la Ética y a la religión naturales o racionales en sus *Dialogues Concerning Natural Religion* y en su *The Natural History of Religion*(106).

Hume contribuyó, así, de forma decisiva a reconstruir el pensamiento político y la Teoría del Estado(107), aunque su aportación a la teoría constitucional en sentido estricto reviste menos interés y es deudora en gran medida de Locke y de Bolingbroke.

A juicio de Hume, la sociabilidad era consustancial a la naturaleza humana, según ponían de manifiesto la observación y la experiencia(108). Pero afirmar que la sociedad era de origen natural no significaba negar que el artificio o la convención jugasen un papel fundamental en la creación de las instituciones sociales más relevantes, como la propiedad. Bien al contrario, Hume sostiene que estas instituciones no tenían un origen natural, sino que eran consecuencia de "convenciones"(109), esto es, de acuerdos que los individuos aceptaban tácitamente, conscientes de que redundaban en su común interés. Con el transcurso del tiempo, estas convenciones se convertían en auténticas reglas reguladoras de la conducta humana. Dentro de ellas, Hume destaca las "reglas de justicia", destinadas a proteger la propiedad y, en rigor, los mecanismos básicos de lo que hoy llamamos economía de mercado. En el "Tratado sobre la Naturaleza Humana"- su primer y más relevante libro- el pensador escocés recuerda que las tres principales reglas de justicia eran la "estabilidad de la posesión", la "transferencia por consentimiento" y el "cumplimiento de las promesas"(110).

Ahora bien, las convenciones no habían creado solamente las instituciones sociales y económicas más relevantes, como la propiedad y el mercado, sino también las políticas, como el propio Estado. Este, en efecto, tenía un origen artificial o

convencional. Su creación- al igual que el derecho positivo que con él nacía- se había hecho necesaria a medida que la sociedad se había ido haciendo más compleja. "La criatura humana- escribe- a medida que progresa, se ve impelida a establecer la sociedad política, a fin de administrar justicia, sin la cual no puede haber paz, seguridad ni relaciones mutuas"(111).

Hume concilia, así, el carácter artificial del Estado, afirmado enérgicamente por Hobbes y por todo el iusnaturalismo racionalista después de él, y la sociabilidad natural del hombre, que el pensamiento aristotélico-tomista había defendido para sustentar la "naturalidad" del poder público.

Pero que el Estado, en contra de lo que sostenía el iusnaturalismo tradicional, tuviese un origen convencional, no significaba que fuese fruto de un consentimiento expreso, plasmado en un pacto o contrato social, como defendía el iusnaturalismo racionalista y, en particular, Locke, que es el autor con el que Hume polemiza en este asunto, ni mucho menos que dicho consentimiento fuese el fundamento de ese Estado(112). En realidad, la existencia del pacto social no estaba probada "por la historia ni por la experiencia en época o país alguno". Antes al contrario, "casi todos los gobiernos que hoy existen o desde los que quedan recuerdo en la historia, fueron originalmente fundados sobre la usurpación o la conquista, cuando no sobre ambas, sin ninguna pretensión de libre consentimiento o sujeción por parte del pueblo"(113).

Hume no niega que el consentimiento expreso y activo del pueblo, recogido en un pacto o contrato social, pudiese considerarse "una justa causa del Estado". Es más, no duda en señalar que "donde se da es sin duda la mejor y más sagrada. Lo que afirmo- agrega- es que se da muy rara vez, y casi nunca plenamente; y, en consecuencia, hay que admitir también otros fundamentos para el Estado...( pues) la razón, la historia y la experiencia nos muestran que las sociedades políticas han tenido un origen mucho menos preciso y regular"(114).

Pero Hume no sólo rechaza al contrato social por razones históricas (al fin y al cabo las menos relevantes para la argumentación contractualista, sobre todo para Hobbes e incluso para Locke), sino sobre todo por razones filosóficas. Si dicho pacto o contrato no podía considerarse la causa creadora o fundante del Estado- como se comprobaba fácilmente contrastando dicha teoría con la observación de la realidad histórica-, Hume señala que incluso allí donde tal pacto o contrato social hubiese existido alguna vez, el criterio para legitimar el Estado no se hallaba en este pacto o contrato (o en el consentimiento expreso del pueblo que tal pacto o contrato plasmaban), sino en la utilidad del propio Estado para satisfacer el interés de los súbditos. A su juicio, en efecto, los pactos celebrados por los padres no podían encadenar a sus descendientes, a no ser que éstos los aceptasen implícitamente al seguir considerándolos útiles. Por eso, el deber de obediencia al Estado no había que buscarlo en el consentimiento expreso de cada individuo, recogido en un supuesto contrato o pacto social, solemne y escrito, sino en la convicción, nacida del mero sentido común, de que sin el Estado "no podría subsistir la sociedad"(115).

En realidad, el consentimiento del pueblo, más que activo y expresamente recogido de forma solemne en un pacto o contrato social, la mayor parte de las veces era tácito y pasivo, trastocándose en la "lealtad" y "fidelidad" de los súbditos al Estado- no necesariamente encarnado en un Monarca-, por el hecho de haber nacido bajo su dominio o haber pasado a depender de él por las vicisitudes de la historia. "La obediencia y la sujeción llegan a ser tan familiares que la mayoría de los hombres no

indagan su origen o causa"(116). La legitimidad del Estado, pues, se afianzaba con el paso de los años, lo que permitía acomodar las instituciones políticas a la "opinión pública" de cada momento(117). Incluso el tiempo llegaba a legitimar lo que en principio había sido considerado alguna vez ilegítimo. Ya en el "Tratado sobre la Naturaleza Humana" había establecido que eran el "tiempo y la costumbre los que confieren autoridad a todas las formas de gobierno y a todas las sucesiones de los príncipes, haciendo que el poder, que se fundaba al principio solamente en la injusticia y la violencia, llegue a ser con el tiempo legal y obligatorio"(118). Whelan recuerda a este respecto que para Hume la *long possession* o, lo que venía a ser lo mismo, la *prescription*, sobre ser un importante principio para establecer la propiedad, como la doctrina jurídica venía afirmando desde hacía mucho tiempo, era en la práctica el más importante criterio para legitimar el Estado, cualquiera que hubiese sido el origen de éste. Tesis que nadie había afirmado hasta entonces con tanta claridad- aunque Grocio y Vattel le hubiesen desbrozado el camino- y que Burke recogería más tarde para formular su doctrina del "*prescriptive government*" o de la "*precriptive constitution*"(119).

Desde estas premisas, Hume examina la vieja cuestión del derecho de resistencia, parte esencial del debate jurídico- político sobre la soberanía, como ya sabemos. Para Hume no se trataba de justificar este derecho cuando se vulnerasen los límites jurídicos establecidos solemnemente por la comunidad en el contrato político, como se argumentaba desde el iusnaturalismo tradicional, o cuando se quebrantasen los "derechos naturales", como había hecho Locke, sino pura y sencillamente cuando el Estado- una forma concreta del mismo- dejase de ser útil y beneficioso para los individuos. Una tesis que ya había adelantado en el "Tratado sobre la Naturaleza Humana" cuando sostiene que al ser el Estado "una simple invención humana" en beneficio de la sociedad, la obligación de obedecer sus órdenes cesaba en la medida en que cesan sus beneficios, como sucede cuando se ejerce "una enorme tiranía y opresión". Supuesto en el que era lícito "alzarse incluso en armas contra el supremo poder"(120). En su ensayo *Of Passive Obedience* volverá a formular estas tesis. Aquí, tras alabar la irresponsabilidad del Rey en la Gran Bretaña( recogida en los expresivos principios "*King can do no wrong* y *King can not act alone*", a cuyo través se había articulado el refrendo de los actos regios o conter-signature), afirmaba que dicha irresponsabilidad no debía identificarse con la absoluta impunidad del Monarca. Antes al contrario, cuando éste "protege a sus ministros, persevera en la injusticia y usurpa todos los poderes de la comunidad", estaba plenamente justificado recurrir al derecho de resistencia para defender la Constitución, aunque "las leyes no se refieren expresamente a este caso porque el remedio no está a su alcance dentro del curso normal de las cosas, ni pueden establecer un magistrado con autoridad suficiente para castigar las extralimitaciones del príncipe. Pero como un derecho sin sanción sería un absurdo- añade Hume-, el remedio es en este caso el extraordinario de la resistencia, cuando las cosas llegan a tal extremo que sólo mediante ella puede ser defendida la constitución". Un remedio que se había utilizado para deponer a Carlos I y a Jacobo II, aunque, a su juicio, no debía venir acompañado nunca, como había ocurrido en el caso de Carlos I, del tiranicidio, "justamente suprimido hoy por el derecho de gentes y universalmente condenado como método infame y ruin"(121).

Descartada la argumentación iusnaturalista de la soberanía popular, Hume prefiere abordar el problema de la titularidad de la soberanía en el marco del ordenamiento jurídico británico, no en abstracto, adhiriéndose a la clásica tesis de la soberanía del Parlamento. Ahora bien, Hume no se limitó a repetir las clásicas tesis de

Thomas Smith y Richard Hooker, liberándolas del añadido lockeano de la soberanía popular, sino que introdujo un matiz muy importante al subrayar la primacía de los Comunes sobre los Lores y desde luego sobre el Monarca. Una primacía que justifica al considerar que a través de la Cámara Baja se expresaba *periódicamente la opinión pública, como señala en su relevante ensayo On the Independency of Parliament*(122), publicado en 1741, durante el reinado de Jorge II y al final del largo mandato de Robert Walpole como Primer Ministro.

Hume- que en lo que concierne a las relaciones entre la Corona y las dos Cámaras del Parlamento aceptó los esquemas de la monarquía mixta y equilibrada, a su juicio la mejor forma de gobierno posible, aunque estuviese más cerca de las tesis de Walpole que de las de Bolingbroke(123)- sostiene en este escrito que el peso de la Corona residía "en el poder ejecutivo", pero reconoce que dicho poder se hallaba entonces "completamente subordinado al legislativo", pues su ejercicio requería "un gasto inmenso" y los Comunes habían hecho suyo "el derecho exclusivo de conceder créditos". El pensador escocés añade que "la parte de poder que concede nuestra Constitución a la Cámara de los Comunes es tan grande que le permite imperar de modo absoluto sobre los demás órganos del gobierno". A este respecto, considera que el poder legislativo del rey era "un contrapeso insuficiente". Así, en efecto- teniendo en cuenta, sin duda, que desde el rechazo de la reina Ana I a la *Scottish Militia Act*, en 1707, no se había negado nunca la sanción regia a una ley aprobada por las dos Cámaras del Parlamento- señala que " aunque el Monarca tiene el derecho de veto en la elaboración de las leyes, en la práctica se le concede tan poca importancia que cuando ambas Cámaras las aprueban se tiene la seguridad de que las leyes se promulgarán, pues la aprobación real es poco más que un formalismo". Por otro lado, si bien era cierto que "la Cámara de los Lores" constituía " un poderoso apoyo para la Corona, dado que sus miembros son, a su vez, sostenidos por ella", tanto la "experiencia" como la "razón" mostraban que los Lores no tenían "fuerza ni autoridad suficientes para mantenerse sin tal apoyo"(124).

Tal estado de cosas no significaba, sin embargo, que la Constitución inglesa dejase de ser una "Constitución equilibrada", por cuanto si bien era verdad que la Corona dependía de los Comunes, no lo era menos que los Comunes dependían de la "influencia" que la Corona ejercía sobre ellos, ya fuese directamente o a través de los Ministros. "La Corona tiene tantos cargos a su disposición- escribe Hume- que mientras cuenta con el apoyo de la parte honesta y desinteresada de la Cámara, dominará siempre sus resoluciones, al menos en la medida suficiente para librar de peligros a la constitución tradicional". Por ello, Hume sostiene que la "influencia" regia resultaba imprescindible para mantener el carácter mixto y equilibrado de esta Constitución. Una tesis que había venido defendiendo Walpole desde 1721 contra todos los que, como Bolingbroke, le acusaban de monopolizar el poder y destruir las bases de la Constitución. "Podemos dar a esta influencia- escribe Hume- el nombre que se nos antoje; calificarla incluso de *corrupción y vasallaje*; pero es en cierto grado y especie inseparable de la propia naturaleza de la constitución y necesaria para la conservación de nuestro gobierno mixto. Por ello- concluye Hume, citando a Bolingbroke-, en vez de afirmar de modo inflexible que la dependencia del Parlamento es, en cualquier grado, una infracción de las libertades británicas, el "partido del país" debería haber hecho ciertas concesiones a sus adversarios y limitarse a examinar cuál es el grado más conveniente de esa dependencia, más allá del cual se hace peligrosa para la libertad"(125).

En cualquier caso, conviene insistir, para terminar, que a Hume más que interesarle quién era soberano, le preocupaba *cómo* se ejercía la soberanía. Era éste un punto de partida coherente no sólo con su liberalismo, sino también con sus presupuestos filosóficos más profundos y, desde luego, con su teoría del origen y legitimidad del Estado. Supuesto el Estado, lo que le importaba realmente era defender la forma de gobierno más adecuada- o, si se prefiere, más útil- para vertebrar el rule of law o, para decirlo con sus palabras, "*a government of laws, not of men*"(126), con el objeto de asegurar de manera constante y ordenada el ejercicio de la libertad. Su atención no se centra, pues, en la doctrina de la soberanía, sino en la teoría del Estado de derecho. Un Estado basado tanto en el principio de legalidad- esto es, en "el sometimiento a leyes generales y uniformes, previamente conocidas por los diversos órganos y por todos sus súbditos"(127)- como en la división de poderes y, muy particularmente, en la independencia de los jueces, pues Hume, coincidiendo en este punto con Locke, entiende que "toda la vasta máquina de nuestro gobierno no tiene en última instancia otro objetivo que administrar justicia"(128).

## 2. La vacilante actitud de William Blackstone.

A partir de un conjunto de conferencias dictadas en Oxford, en los años cincuenta, William Blackstone fue publicando los "*Commentaries on the Laws of England*" entre 1765 y 1769(129). En esta obra- cuyo éxito fue enorme, no sólo entre los juristas, sino incluso entre el público culto de la época(130)- Blackstone trazó una panorámica completa del ordenamiento jurídico inglés. Algo que sólo Bracton se había atrevido a hacer antes que él, como F. W. Maitland recuerda(131).

Importa subrayar que Blackstone era un jurista muy bien dotado para la exégesis y exposición de las normas, y nadie como él hizo ambas cosas en la Inglaterra de su siglo, pese a ser éste el siglo jurídico por antonomasia en aquél país, pero carecía de talento para la construcción teórica o dogmática, como se pone de relieve cuando reflexiona sobre la soberanía.

Blackstone coincide con Hume al criticar el dualismo lockeano entre supremacía del Parlamento y soberanía popular, pero no supo salir de él, a diferencia de lo que había ocurrido con el pensador escocés. Si Hume había basado su doctrina de la soberanía del Parlamento en una coherente y penetrante crítica del iusnaturalismo, tanto del tradicional como sobre todo del racionalista de cuña lockeana, Blackstone pretendió defender la soberanía del Parlamento sin romper con el iusnaturalismo, sobre todo con el tradicional, al que en realidad sigue aferrado.

El jurista inglés, en efecto, tras negar la existencia del estado de naturaleza, "una noción demasiado tosca para ser tomada en serio"(132), menciona repetidas veces el "contrato original" suscrito entre el pueblo y el Rey desde unas premisas más cercanas a la noción tomista del *pactum subjectionis* que al de un verdadero pacto social defendido por el iusnaturalismo racionalista y, muy en particular, por Locke.

A juicio de Blackstone, la revolución de 1688 había actualizado y, en realidad, positivizado este contrato para que cesasen las disputas en torno a su contenido e incluso en torno a su propia existencia. Este contrato subsistía y a su través el pueblo inglés había impuesto al Monarca un conjunto de deberes, siendo el primero y principal de ellos el de "gobernar a su pueblo de acuerdo con la ley"(133). Un deber que el jurista inglés, sin duda influído ahora por Montesquieu, consideraba consustancial "a la Constitución de nuestros ancestros germánicos del continente"(134). En realidad, añade

Blackstone, "la limitación de la autoridad regia fue un principio esencial de todos los sistemas góticos de gobierno establecidos en Europa, aunque fuese poco a poco eliminado por la violencia y la trapacería en la mayor parte de los reinos del continente"(135).

El deber de gobernar al pueblo de acuerdo con la ley se establecía en el *common law* y se reafirmaba solemnemente en el juramento de la coronación. El jurista inglés añade que este deber- que tenía su correlato en la lealtad de los súbditos al Rey- se había afirmado repetidas veces desde los tiempos de Bracton, quien había insistido- recuerda Blackstone- en que era la ley quien hacía al rey y no a la inversa, además de distinguir con mucha claridad, como Fortescue, entre una "monarquía absoluta o despótica", establecida por conquista o violencia, y una "monarquía civil o política", como la inglesa, basada en el consentimiento de los gobernados(136).

Blackstone vuelve a referirse al "contrato original" y a defender, siempre implícitamente, el derecho de resistencia y la reasunción de la soberanía por el pueblo cuando señala que si "un futuro príncipe" se empeñase en subvertir la Constitución rompiendo el "contrato original entre el rey y el pueblo", las "futuras generaciones", haciendo uso de "los inherentes, aunque latentes, poderes de la sociedad, que ninguna época, Constitución o contrato pueden destruir o disminuir", estarían legitimadas para hacer abdicar al Rey, como había ocurrido en 1688 con Jacobo II(137). Poco más adelante justifica "el extraordinario recurso a los primeros principios", cuando "los contratos de sociedad están en peligro de disolución" y se establece un estado de "violencia, fraude u opresión", lo que semeja ser una cauta y elíptica defensa del derecho de resistencia frente al poder tiránico o, según sus palabras, al que actuase al margen del derecho establecido(138).

Sin embargo, Blackstone deja a un lado estos resabios iusnaturalistas- ciertamente tradicionales- y la velada alusión a la soberanía popular cuando comenta el pasaje del "Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil" en el que Locke sostenía la permanencia de la soberanía en el pueblo tras el pacto social y, por tanto, su capacidad para derrocar al Parlamento cuando éste actuase de forma contraria a la confianza que el pueblo había depositado en él. La opinión de Blackstone no deja lugar a dudas: a su juicio, la conclusión que extrae "M. Locke", podía aceptarse "en teoría", pero nunca en "la práctica", puesto que no existía ningún procedimiento jurídico para llevarla a cabo de acuerdo con el ordenamiento vigente. "Esta devolución del poder al pueblo- añade el profesor de Oxford- implica la disolución general de la forma de gobierno establecida por ese mismo pueblo...Por consiguiente- concluye- mientras se mantenga la presente Constitución inglesa, podemos afirmar que el poder del Parlamento es absoluto y sin control alguno"(139).

En realidad, Blackstone muestra expresamente su discrepancia con la interpretación lockeana de la revolución de 1688. A su juicio, la Convención que había estado al frente de esta revolución- que, sin duda, había inaugurado una "nueva era"- se había mostrado a favor de deponer a Jacobo II por haber subvertido la Constitución, pero sin aceptar en modo alguno que la "desviada conducta" del Rey acarrase "una total disolución del Estado, como "Mr. Locke" había sustentado, coincidiendo en este punto con "las extremistas y visionarias teorías de algunos republicanos". Blackstone añadía que si los argumentos de Locke hubiesen triunfado "la sociedad se hubiese reducido a casi un estado de naturaleza; las distinciones debidas al honor, al rango, a la profesión y a la propiedad hubiesen desaparecido; el poder soberano se hubiese aniquilado y con él todo el derecho positivo; lo que hubiera supuesto dejar en las manos

del pueblo la libertad de erigir a *new system of state upon a new foundation of polity*"(140).

¿ ¿Cuál era, pues, de acuerdo con la Constitución inglesa, la función del pueblo? Blackstone no duda en responder: "elegir a sus representantes", esto es, a los miembros de la Cámara de los Comunes(141). Una "rama" del poder legislativo en la que- como un siglo y medio antes habían sostenido Smith y Hooker- se hallaba representado "el conjunto del cuerpo social"(142), de tal forma que los miembros de esta Cámara, "aunque elegidos por un determinado distrito, representaban al conjunto del reino", sin que estuviesen sujetos a los mandatos de sus electores, a quienes ni siquiera debían "consultar o tomar consejo, a menos que considerasen prudente hacerlo"(143) . Es preciso tener en cuenta que Blackstone define al Estado (*state*, aunque en otras ocasiones utiliza el término de *government*) como " un cuerpo colectivo, compuesto de una multitud de individuos, unidos para su seguridad y conveniencia, con el objeto de actuar juntos como un sólo hombre... para lo que era preciso obrar a través de una voluntad uniforme.."(144), que no era otra que la del Parlamento.

En pocas palabras: Blackstone se muestra, a veces, partidario de la soberanía del pueblo y, por consiguiente, de su derecho de resistencia al tirano, mientras que otras, las más, sostiene la subordinación del pueblo a las decisiones del Parlamento soberano. Esta actitud- que merecería las críticas de algunos publicistas de los recién creados Estados Unidos de América, como James Wilson(145)- era ciertamente muy endeble desde un punto de vista intelectual o, si se prefiere, filosófico. Pero Blackstone no era un filósofo. Ni siquiera un filósofo del derecho. Era un jurista. Una jurista al que los problemas del origen y legitimidad del poder, de la soberanía y del derecho de resistencia, le resultaban embarazosos, comprometidos. No se atreve a eludirlos, pero no sabe tampoco enfrentarse a ellos de forma cómoda ni desde luego convincente. Su vacilante postura puede resumirse así: el pueblo ostenta la soberanía originariamente, la sigue conservando después de cada actualización del contrato con el Rey y, por tanto, después del arreglo de 1688, de forma que el pueblo puede hacer valer su poder ante el Rey y obligarle a abdicar cuando éste incumpla el contrato, como ocurrió en la Gloriosa revolución. Ahora bien, viene a decir Blackstone, tras haber transcurrido casi un siglo desde aquella fecha gozando el pueblo inglés de sus libertades, lo que importa ahora, y sobremanera a un jurista que se ocupa de explicar el ordenamiento positivo existente, no es perderse en disputas filosóficas sobre el origen del poder y sobre el derecho de resistencia, que las "futuras generaciones" juzgarán como estimen oportuno, sino recordar que hic et nunc el soberano, el único soberano, el verdadero soberano, es el Parlamento. Partir de este dato es genuino derecho constitucional, lo demás es filosofía jurídica o, lo que es peor, demagogia e incitación a la anarquía, a la subversión del orden existente, del que tan orgullosos están los ingleses y que tanta envidia suscita entre las demás naciones del continente europeo, que han sido incapaces de conservar su herencia "germánica" o "gótica", ese "espíritu de libertad" consustancial a esta herencia, permitiendo que los Reyes dominasen a los pueblos.

Ahora bien, ¿ ¿qué era el Parlamento y quien lo componía? Blackstone responde diciendo que era una *corporation*, un *politic* o *aggregate body*, compuesto por el Monarca, los Lores y los Comunes(146). A este respecto, es preciso tener en cuenta que la postura que adopta Blackstone sobre la organización de los poderes se caracteriza por su fidelidad a la doctrina del Estado mixto, aunque- como antes había ocurrido con Hume y Bolingbroke- con el añadido de las concepciones lockeanas del "equilibrio

constitucional" y de la división de poderes, filtrada esta última, eso sí, por el tamiz de Montesquieu, lo que le llevó a reconocer un poder judicial independiente(147).

De acuerdo con tales premisas, Blackstone señala que en la Constitución británica se combinaban las tres formas puras de gobierno, la monarquía, la aristocracia y la democracia, que se encarnaban en el Rey, la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes, respectivamente, esto es, en las tres partes de ese "cuerpo político" o "corporación" llamada Parlamento británico, en quien residía la soberanía. Blackstone añade que "si el supremo poder residiese en una de las tres partes por separado, se estaría expuesto a los inconvenientes de una Monarquía absoluta, de la aristocracia o de la democracia", sin que tampoco fuese aconsejable que "el supremo poder residiese en dos de estas tres partes". Si, por ejemplo, residiese en el Rey y en la Cámara de los Lores "nuestras leyes podrían estar bien hechas y ejecutadas, pero no tendrían siempre como norte el bien del pueblo"; si residiese en el Rey y los Comunes," se necesitaría esa circunspección y cautela que sólo la sabiduría de los Pares otorgan"; en fin, si el supremo poder residiese en las dos Cámaras del Parlamento con la exclusión del rey, "se estaría tentado de abolir la realeza o de debilitar e incluso de destruir totalmente la fuerza del poder ejecutivo"(148).

Era, pues, en el Parlamento, como corporación o cuerpo agregado del Rey, Lores y Comunes, en donde residía en Inglaterra "el supremo y absoluto poder del Estado" y, por consiguiente, el poder legislativo(149), puesto que la facultad más relevante de la soberanía era, precisamente, la de crear leyes, hasta el punto de que "soberanía y poder legislativo son ciertamente términos sinónimos; uno no puede subsistir sin el otro"(150). La creación de leyes, al ser realmente soberana, no podía "estar limitada ni por razón de la materia ni de las personas". El Parlamento, añade, "tiene autoridad incontrolable y soberana en hacer, confirmar, ampliar, restringir, derogar, cancelar, revivir e interpretar las leyes o el derecho referente a materias de cualquier género, sean eclesiásticas o temporales, civiles, militares, marítimas o criminales. Siendo así, el lugar donde el poder absoluto y despótico que en todos los gobiernos debe residir en algún punto está establecido en estos reinos en el Parlamento"(151). En virtud de su soberanía, el Parlamento podía "regular o establecer de nuevo la sucesión de esta Corona, como se hizo en el reinado de Enrique VIII y Guillermo III", o bien "alterar la religión establecida en el país, como se hizo en varias ocasiones durante los reinados del Rey Enrique VIII y de sus tres hijos", o, en fin, "cambiar y establecer de nuevo incluso la Constitución de este reino y del Parlamento mismo, como hizo el Acta de la Unión(se refiere a la Ley de Unión con Escocia, aprobada en 1707) y las diversas leyes que regularon las elecciones cada tres o siete años. (El Parlamento) puede, en suma, hacer todo lo que no es imposible naturalmente; y por ello algunos, con una expresión quizá demasiado audaz, no han tenido escrúpulos en hablar de la omnipotencia del Parlamento"(152).

La soberanía del Parlamento, pues, se ponía de manifiesto ante todo en la aprobación de la ley. Norma en la que, a su vez, se reflejaba "la más alta autoridad que este reino reconoce sobre la tierra". Cuando una ley era aprobada debidamente- esto es, con el consentimiento de sus tres partes componentes, el Rey, los Lores y los Comunes-obligaba a todos los habitantes del país y de sus dominios, incluido el Rey mismo, "sin que pudiera ser alterada, adicionada, dispensada, suspendida o rechazada más que con las mismas formalidades y por la misma autoridad que la aprobó..."(153).

Ahora bien, al concebir de esta manera tan absoluta e ilimitada la soberanía del Parlamento, Blackstone volvía a incurrir en una nueva y no menos importante

contradicción. En este caso respecto de lo que había sostenido en la sección segunda de la "Introducción" a los "Comentarios", titulada "*Of the Nature of Laws in General*". Aquí, en efecto, el jurista inglés había reconocido la existencia de un "derecho natural", inspirado en el derecho divino, que debía servir de parámetro al derecho positivo, de forma que éste no podía en modo alguno contradecirlo. "El derecho Natural- escribe Blackstone-dictado por Dios mismo, es, por supuesto, superior a cualquier otro derecho. Vincula y obliga a todos los países y en todos los tiempos: ninguna ley humana es válida si lo contradice; y la validez, fuerza y autoridad de las leyes humanas deriva, directa o indirectamente, del derecho natural(154). Tesis que resulta por completo irreconciliable con su rotunda afirmación de la soberanía del Parlamento.

Digamos ahora que esta concepción iusnaturalista, de corte tradicional, no impidió a Blackstone apelar a los "derechos naturales" del hombre, reivindicados por el iusnaturalismo racionalista, tan en boga en su época. Blackstone, mezclando premisas procedentes de una y otra corriente iusnaturalista, entiende que los derechos naturales de las personas se derivaban de "una inmutable ley natural"(155) y, siguiendo a Locke, sostiene que el fin más importante de la sociedad organizada en Estado era la protección de esos derechos(156), que él, de acuerdo nuevamente con Locke, reduce a tres: el derecho a la seguridad personal, a la libertad personal y a la propiedad privada(157).

Tal punto de partida explica que el jurista inglés examinase la organización constitucional del Estado en el marco de un Libro, el Primero de sus "Comentarios", consagrado a "los derechos de las personas", cuyo primer capítulo se titulaba: "de los absolutos derechos de los individuos".

Las reflexiones de Blackstone sobre la Teoría General del Derecho carecían, pues, no sólo de originalidad, sino, lo que es siempre muchísimo más grave, de rigor. Ernest Barker ha llegado a decir que no eran más que "una confusa mezcolanza de Locke y Montesquieu con escritores de la escuela del Derecho Natural, como Puffendorff y Burlamaqui... cuyo principal mérito fue el negativo de haber contribuido a crear, a modo de reacción, la escuela analítica del derecho, representada por Bentham y Austin"(158). Este mismo autor, refiriéndose a la frontal oposición entre las tesis que sostiene Blackstone en la "Introducción"(supremacía del Derecho Natural) y en el Libro Primero (soberanía del Parlamento), recuerda que el lector de los "Comentarios" "podía optar, a su gusto, por su doctrina de la soberanía, que Jorge III y el Parlamento británico enarbolaron contra la causa de los colonos americanos, o por su doctrina del Derecho Natural y de los derechos naturales a la vida, la libertad y la felicidad, a la que recurrió Jefferson contra la Gran Bretaña en la Declaración de Independencia( de los Estados Unidos)"(159).

Blackstone, desde luego, se sentía mucho más cómodo reflexionando sobre el Derecho desde la historia que desde la filosofía, desde lo concreto que desde lo abstracto. Por eso, en sus "Comentarios" procura transformar el debate sobre los derechos naturales de los hombres en una exposición sobre los derechos históricos de los ingleses(160). El propio Blackstone recuerda expresamente que "a los absolutos derechos de los ingleses... se les suele habitualmente llamar sus libertades". Unas libertades que, estando "fundadas en la naturaleza y en la razón", eran, a la vez, "consustanciales a nuestra forma de gobierno"(161), siendo reconocidas tanto por diversos *statutes* aprobados por el Parlamento, desde la *Carta Magna* a la Ley de Establecimiento, como por el *common law*(162). Dos tipos de normas jurídicas sobre cuya naturaleza y relación se extiende en la sección III de la Introducción, titulada *Of the laws of England*.

Blackstone, por descontado, reconoce la mayor importancia cuantitativa que en el ordenamiento inglés de su época tenía el *common law*, al que define en una ocasión como "esa antigua colección de máximas y costumbres no escritas"(163) y cuya fuente más significativa eran los repertorios de decisiones judiciales. Los jueces, observa Blackstone, son "los depositarios del derecho, los oráculos vivientes que deben decidir en todos los casos de duda y que están obligados por juramento a resolver de acuerdo con el derecho del país. Su conocimiento de ese derecho procede de la experiencia y del estudio... y por estar habituados durante muchos años a conocer las decisiones judiciales de sus predecesores"(164). Precisamente, el mecanismo que permitía la continuidad y la autoridad del *common law* era el precedente. Ciertamente que el juez a veces estaba obligado a revisarlo, pero "incluso en tales casos los jueces no pretenden hacer una nueva ley, sino liberar a la vieja de su incorrecta interpretación", esto es, las nuevas decisiones judiciales se limitaban a poner de relieve que la norma original no era "mal derecho", sino simplemente "no-derecho"(165). Como sugiere Stanley Katz, Blackstone concibe, así, al juez como un "*law-finder*" más bien que como un "*law-maker*"(166).

Ahora bien, el que reconozca la mayor importancia cuantitativa del *common law* sobre el derecho del Parlamento no le lleva a sostener la primacía de aquel sobre éste, como había hecho Edward Coke- a quien en otras ocasiones sigue- en el célebre y ya mencionado caso *Bonham*, de 1610. Por el contrario, Blackstone sostiene que "cuando el *common law* y un *statute* difieren, el primero cede su lugar al segundo", pero, a no ser que la contradicción fuese insubsanable, se debía tratar de mantener la validez de ambas normas: de la nueva, emanada directamente del Parlamento, y de la antigua, aceptada tácitamente por éste(167).

Blackstone señala, por otro lado, que ningún *statute* podía ser considerado irreformable por el Parlamento, puesto que éste, "siendo en realidad el poder soberano, siempre es igual en poder y autoridad absoluta", de modo que no podía estar vinculado a las leyes aprobadas por él mismo o por otros Parlamentos anteriores(168).

Desde estas premisas, pues, no era posible aceptar la posibilidad de que los jueces controlasen y anulasen la legislación del Parlamento cuando ésta vulnerase el derecho natural, el *common law* u otro *statute*. A juicio de Blackstone, tampoco tenía respaldo constitucional alguno afirmar que una ley contraria a la razón era inválida. "Si el Parlamento decide que se haga una cosa no razonable- escribe-, no conozco poder alguno en la Constitución que esté revestido con la autoridad para controlarlo"(169). En lo que concierne concretamente a los jueces, Blackstone añade que si se admitiese la libertad del juez para rechazar una ley del Parlamento contraria a la razón, "se pondría al poder judicial por encima del poder legislativo, lo que, a su entender, "subvertiría cualquier forma de gobierno"(170).

No obstante, Blackstone suaviza estas afirmaciones al sostener que cuando la ejecución de las leyes aprobadas por el Parlamento "resulta imposible" o cuando "de ellas se derivan consecuencias absurdas y contrarias a la *common reason*", los jueces, partiendo de la base de que tales efectos y consecuencias no fueron previstas por el Parlamento, "tienen libertad para interpretar dichas leyes de acuerdo con la Equidad y solamente *quoad hoc* inaplicarlas"(171). El jurista inglés agrega que en Inglaterra existían, asimismo, unos Tribunales de Equidad, competentes sólo en materias relativas a la propiedad, sin que en ningún caso pudiesen pronunciarse sobre asuntos de carácter penal, sometidos a un estricto principio de legalidad(172). Sin duda, la Equidad-compuesta de reglas éticas o de conciencia- era necesaria, a juicio de Blackstone, para moderar el rigor de las normas jurídicas o para adecuarlas a las circunstancias de tiempo

y lugar, como ya había advertido Grocio, a quien cita, pero agrega que era preciso ser muy cauteloso en el recurso a la equidad para no "destruir la ley"(173). Y añade: "el derecho sin equidad, aunque duro y desagradable, resulta mucho más deseable para el bien común que la equidad sin derecho, que puede convertir a cada juez en un legislador e introducir mucha confusión"(174).

Pero junto a las insalvables contradicciones que se perciben en Blackstone cuando afirma a veces la soberanía del pueblo, aunque de forma implícita, y otras la soberanía del Parlamento, así como cuando sostiene la absoluta libertad de éste para aprobar las leyes y, a la vez, la primacía del Derecho Natural, es preciso añadir que este autor en ocasiones se refiere al Monarca como soberano. Conviene tener en cuenta que en los "Comentarios"- muy particularmente en los capítulos VII y VIII del Libro Primero(175)- se encuentra el mejor resumen del estatuto jurídico del monarca inglés desde los tiempos de Bracton. En estos capítulos Blackstone examina la posición del Monarca, a la sazón Jorge III, de acuerdo con el derecho aprobado por el Parlamento y con el *common law*. Un derecho este último interpretado y actualizado por los jueces, que el Parlamento no había derogado, y mediante el cual se habían ido delimitando buena parte de las competencias regias, precisamente aquellas conocidas con el nombre de "prerrogativa", sobre las que el propio Blackstone se extiende, haciendo gala de una gran maestría para mezclar el rigor jurídico con el histórico(176).

Blackstone muestra cómo en virtud de los poderes de prerrogativa, el Monarca disfrutaba de un conjunto de poderes residuales o remanentes- que más tarde se llamarían de reserva- que el Parlamento había consentido en mantener. Estos poderes no eran sólo, desde un punto de vista funcional, de carácter ejecutivo- aún siendo éstos los más importantes-, sino también de carácter legislativo, pues era anexa a la prerrogativa regia la sanción y, por tanto, el veto o la facultad de rechazar aquellas propuestas del Parlamento(177).

Para Blackstone, en realidad, el Rey de Inglaterra seguía siendo "no sólo el jefe, sino el único Magistrado de la Nación", al que todos los demás órganos del Estado debían subordinarse. "En cierto modo- añade- como ocurrió bajo la gran revolución del Estado romano, todos los poderes de la antigua *Commonwealth* se han concentrado en el nuevo Emperador..."(178). En relación al Parlamento, el monarca era "*caput, principium, et finis*", pues, aparte de participar en la elaboración de las leyes mediante su sanción, a él correspondía convocar y disolver las dos Cámaras(179).

Se trataba de una concepción del poder regio que- como recordaría A. V. Dicey-, pese a chocar con la realidad constitucional, era común a todos los juristas de entonces, que tenían la costumbre de utilizar viejos términos para designar las nuevas instituciones(180).

¿ ¿A qué se debía este divorcio entre la concepción blackstoniana del poder regio y la realidad consitutonal? Pues al olvido de las convenciones constitucionales. El profesor inglés, en efecto, al abordar la posición del rey se centra sólo en su posición jurídica, delimitada tanto por el derecho parlamentario como por el *common law*, pero no tiene en cuenta, en cambio, la posición política del rey, regulada por las convenciones constitucionales que se habían ido afianzando desde la revolución de 1688.

Este punto de partida explica que Blackstone hable de la participación del Monarca en la elaboración de las leyes aprobadas por las dos Cámaras del Parlamento, sin añadir que no se había interpuesto el veto regio desde que la Reina Ana lo hiciese en

1701, como ya se ha dicho, y que, por tanto, la participación del Monarca en la función legislativa se había convertido en una mera formalidad, como había dicho Hume en su ensayo sobre la independencia del Parlamento. Pero, sobre todo, este punto de partida explica que no se refiera para nada al Gabinete a lo largo de los cuatro tomos de su obra, ni a los mecanismos para exigir la responsabilidad política de éste ante las dos Cámaras del Parlamento. Unos mecanismos muy distintos del *impeachment* o procedimiento para exigir la responsabilidad penal, al que sí hace referencia Blackstone(181).

### 3. El restablecimiento de las tesis humeanas en la obra de William Paley.

En 1785 vio la luz una obra notable: *"The Principles of Moral and Political Philosophy"*. Su autor era William Paley, un sacerdote anglicano, nacido en 1743, y a la sazón Archidíacono de Carlisle(182). Paley redactó sus "Principios" a partir de las conferencias que había pronunciado en la Universidad de Cambridge, en cuyo *Christ's College* se había graduado en 1763 y del que más tarde llegaría a ser *tutor* y *fellow*(183).

En esta obra, especialmente en su libro VI, titulado *Elementos de conocimiento político*, Paley repasa los aspectos más destacados de la teoría política y constitucional del siglo XVIII. En este repaso, aunque sea extremadamente parco al citar las fuentes en que se inspira, queda patente la huella de Hume, visible sobre todo cuando se enfrenta al problema del origen de la sociedad y del Estado, que a su juicio se hallaba en la autoridad patriarcal o en la imposición militar(184), nunca en un contrato social, como habían sustentado tantos autores, a la cabeza de los cuales era preciso mencionar al "venerable Locke"(185) . Ya se considerase dicho contrato como un "hecho" o como una "ficción"(186), esto es, ya se afirmase su existencia histórica o se aceptase tan sólo como mera hipótesis, la idea del contrato social, sobre ser falsa, resultaba innecesaria para dar cuenta del origen y naturaleza de la sociedad y del poder público(187). Las conclusiones que se extraían de la idea del contrato social eran, además, peligrosas, como acontecía con el reconocimiento de una legislación fundamental establecida por una Asamblea o Convención popular, superior al Parlamento legalmente constituido, en la que se recogían unos derechos supuestamente "inherentes", "inalienables" y "permanentes", cuya violación legitimaba el derecho a la rebelión contra la autoridad del Estado(188).

En pocas palabras, además de rechazar la noción de pacto social por razones intelectuales, Paley desconfiaba de ella por su proclividad a la revolución- o, aunque el publicista inglés no lo expresase con estas palabras, por venir asociada a la vieja distinción lockeana entre "soberanía del pueblo" y "supremacía del Parlamento"-, como se había puesto de manifiesto durante las recién emancipadas colonias inglesas de América, una experiencia que Paley tiene bien presente al redactar los "Principios", y como ocurriría pocos años después en Francia.

Como alternativa a esta doctrina iusracionalista, Paley, siguiendo de nuevo a Hume, defiende la doctrina de la soberanía del Parlamento y recuerda que en Inglaterra ninguna ley aprobada por éste podía ser inconstitucional, puesto que en ese país los términos "constitucional" e "inconstitucional" no significaban otra cosa que "legal" e "ilegal"(189). Algo ciertamente encomiable, a su juicio, pues permitía que las leyes políticamente más relevantes, como las relativas a "la familia del príncipe, al orden sucesorio, a la prerrogativa de la Corona, a la forma y estructura del legislativo, junto con sus respectivos poderes, así como a su organización, duración y mutua dependencia

de sus partes", aunque merecedoras de un trato deferente, fuesen modificadas por el Parlamento de la misma forma que las demás leyes, cuando la conveniencia o utilidad lo requiriese(190).

Estas leyes, y otras no menos importantes, como las relativas a la organización y funcionamiento de la Administración de Justicia, formaban la Constitución británica, "cabeza, sección o título del código de Derecho Público", cuyas fuentes eran, además de las leyes o *statutes* aprobadas por el Parlamento, las decisiones de los Tribunales y los usos inmemoriales(191). Esta Constitución articulaba un "estado mixto" o, lo que venía a ser lo mismo, una "monarquía limitada", en la que se combinaban tres clases de gobierno: la monarquía, la aristocracia y la república, representadas cada una de ellas por el Rey, la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes, respectivamente. La bondad de esta forma mixta de gobierno consistía en unir las ventajas de las tres formas simples, excluyendo sus inconvenientes.

Unas ventajas y unos inconvenientes que Paley analiza más adelante de forma minuciosa, trazando una brillante síntesis de la doctrina de la Constitución mixta y equilibrada(la más penetrante de todo su siglo, a juicio de M. J. C. Vile(192) ), aunque por aquel entonces esta doctrina poco tuviese que ver con la realidad constitucional, dado el notable desarrollo que había alcanzado ya el sistema parlamentario de gobierno- del que Paley es consciente(193)-, sobre todo después de la dimisión de Lord North, en 1782.

#### IV. De Bentham a Dicey.

##### 1. Jeremy Bentham y la soberanía del cuerpo electoral.

Entre el último tercio del siglo XVIII y el primer tercio del XIX va dándose a conocer la obra de Jeremy Bentham. Una de las más singulares e influyentes de su época. Su primer libro fue *A Fragment on Government*. Lo publicó en 1776, cuando Bentham tenía sólo veintiocho años, y en él se adelantaban buena parte de las ideas claves de la filosofía utilitaria, que defendería a lo largo de toda su dilatada vida. Este libro era una especie de ajuste de cuentas con William Blackstone- su viejo maestro de Oxford, a cuyas clases de derecho había asistido en 1763(194)- y, al que dedicaría también otro libro, *A Comment on the Commentaries*, que permanecería inédito hasta 1928(195). Su obsesión con la obra de Blackstone- tan influyente y a la vez, a juicio de Bentham, tan plagada de conformismo, tópicos y contradicciones- duró toda su vida. Hasta el punto que muy al final de ella estaba dándole vueltas a un libro, que nunca llegó a concluir, titulado *"A Familiar Views of Blackstone: or say Blackstone Familiarized"*(196).

Bentham encabezó su *A Fragment on Government* con una frase extraída del "Espíritu de las Leyes", de Montesquieu( concretamente del cap. XV del Libro XXX), que en la pluma del joven pensador inglés se convertía en una ácida referencia a los "Comentarios" de Blackstone: "*rien ne recule plus le progrès des connaissances qu'un mauvais ouvrage d'un auteur célèbre: parce qu'avant d'instruire, il faut commencer par d'étromper*".

Lo que menos soportaba Bentham era el autocomplaciente análisis que Blackstone había hecho del ordenamiento jurídico inglés, que tan bien resumía la frase, repetida por el autor de los "Comentarios": "todo es como debe ser". Bentham le reprocha a su antiguo maestro el no haber sabido distinguir entre dogmática jurídica y política legislativa o, según su propia terminología, entre jurisprudencia expositiva y

jurisprudencia crítica, lo que le había llevado a confundir lo que el derecho es y lo que debía ser. Esto último era, en realidad, lo que preocupaba a Bentham y lo que seguiría preocupándole en adelante, pues nunca pretendió exponer el ordenamiento vigente, sino reformarlo en profundidad. El inglés y cualquier otro ordenamiento que no se ajustara a las ideas utilitarias. Dicho con sus propias palabras: Bentham no fue un *expositor* del Derecho, como Blackstone, sino un censor. "... Al primero corresponde explicarnos- señalaba Bentham en el Prefacio a *A Fragment of Government*- lo que la ley es; al segundo, indicarnos lo que él cree que la ley debe ser. Por eso, el *expositor* se ocupa, principalmente, de determinar o inquirir los hechos; el *censor*, de discutir las razones... El ser del Derecho es enteramente diferente en los diversos países, mientras que lo que *debe ser* es muy semejante. Por eso, el *expositor* es siempre ciudadano de uno u otro país en particular, en tanto que el *censor* es o debe ser ciudadano del mundo..."(197).

En esta su primera obra, el joven Bentham estaba de acuerdo en que en la Gran Bretaña la soberanía residía en el Parlamento e incluso que allí debía seguir residiendo. Su opinión, pues, no era muy distinta por ahora de la que había sustentado antes David Hume, al que tanto debe la filosofía utilitaria de Bentham, o incluso de la que mantenía por esas mismas fechas Edmund Burke. Un autor que había defendido, además, el carácter puramente representativo del mandato de los miembros de la Cámara de los Comunes en su célebre "*Bristol Adress*", de 1774, con unos argumentos expuestos con gran brillantez, pero no enteramente originales, pues ya estaban in nuce en las obras de Smith y Hooker y de forma explícita en los "Comentarios" del propio Blackstone(198).

En punto a la soberanía, Bentham coincide incluso con Blackstone al señalar el peligro que supondría para el Parlamento admitir que sus actos y sus leyes pudiesen ser anuladas por los jueces: "dése a los jueces el poder de anular sus actos (del Parlamento) y se transferirá el poder supremo de la asamblea en cuya elección el pueblo ha tenido, al menos, *alguna* participación, a un grupo de hombres en cuya elección no ha participado en absoluto"(199).

Lo que, en cambio, no toleraba Bentham era el ambiguo y contradictorio retorno de su viejo y denostado maestro a las tesis contractualistas. En realidad, "la preocupación dominante en el "Fragmento sobre el Gobierno" es la de rechazar los tópicos fundamentales que servía de base a la doctrina *whig*, y de modo especial la ficción del contrato originario"(200). Bentham, en efecto, refiriéndose al autor de los "Comentarios" escribe: "... en cuanto al contrato originario, alternativamente defendido y ridiculizado por nuestro autor, quizá valga la pena dedicarle algunas páginas para llegar a una noción precisa acerca de su utilidad y realidad. El hecho de que en tiempos anteriores, y aún hoy, se haya llamado la atención sobre el mismo lo hace merecedor de que lo tomemos en consideración. Por mi parte, siempre creí, hasta que tuve conocimiento de la referencia de nuestro autor, que dicha quimera había sido, en realidad, demolida por Hume. Creo que no se oye hablar tanto del contrato como antes. Las indiscutibles prerrogativas de la humanidad no necesitan apoyarse sobre los movedizos fundamentos de una ficción"(201).

El publicista inglés se burlaba también en esta obra de la laudatoria y ya anticuada interpretación que Blackstone había hecho de la Monarquía británica como monarquía mixta y equilibrada, basada en la independencia del Rey, de los Lores y de los Comunes. Una interpretación que Edmund Burke había puesto en solfa de forma muy incisiva en *Thoughts on the Cause of the Present Discontents*, un opúsculo que había visto la luz en 1770(202). Bentham ponía de manifiesto, como antes había hecho Burke, que el Rey y las dos Cámaras del Parlamento, lejos de ser tres órganos o partes "enteramente independientes", como Blackstone había afirmado- en parte, alejándose de lo dicho por Hume-, estaban estrechamente conectados entre sí: "... Quienes consideren

la influencia que el Rey y muchos Lores ejercen sobre la elección de los miembros de la Cámara de los Comunes, el poder que el Rey tiene para disolver, con una simple advertencia, dicha Cámara; quienes consideren la influencia que el Rey tiene sobre ambas Cámaras, mediante la concesión de dignidades y cargos y la destitución de los mismos; quienes consideren que el Rey, por otra parte, depende para su diario sustento de ambas Cámaras, pero, sobre todo, de los Comunes (por no mencionar otras muchas circunstancias que podrían apuntarse), podrán juzgar de la verosimilitud de las opiniones de nuestro autor (esto es, de Blackstone) cuando tan rotundamente formula tal aserción"(203).

En un breve opúsculo escrito en 1795 con el título de *Anarchical Fallacies*, que sólo alcanzó gran difusión en Inglaterra y en la Europa continental después de que lo tradujese Etienne Dumont al francés en 1816(204), Bentham, dirigiéndose ahora a los revolucionarios franceses, criticó de nuevo las doctrinas de la soberanía popular( o más exactamente de la soberanía nacional) y de la división de poderes, que Tom Paine- "el más conspicuo representante inglés de las doctrinas de los revolucionarios franceses"(205)- había defendido en su muy influyente libro "*Rights of Man*", que vio la luz en 1791(206). Paine- que en 1776 había dado a la imprenta una obra muy crítica con el sistema constitucional británico, titulada *Common Sense*(207)- sostenía ahora, en abierta polémica con las "Reflexiones sobre la Revolución Francesa", de Burke, que para garantizar los derechos "naturales" del hombre era preciso vertebrar un Estado Constitucional inspirado en la soberanía popular o nacional y en una rígida división de poderes, como habían hecho los americanos en la Constitución de 1787 y los franceses en la Declaración de Derechos de 1789 y en la Constitución de 1791. De ahí su rechazo a una Constitución como la británica, basada en los derechos históricos de los ingleses, no en los derechos "naturales" y racionales del hombre; en la soberanía del Parlamento, del que formaban parte un Rey hereditario y unos Lores aristocráticos, no en la soberanía del pueblo o de la nación, a quien pertenecía "en todo momento" el "derecho inherente e inderogable de abolir cualquier forma de gobierno que considere inconveniente, y establecer la que convenga a sus intereses, su agrado y su felicidad"(208); una Constitución, en fin, cuyo sistema mixto de gobierno era "un todo imperfecto", cuyas partes discordantes sólo podían fusionarse "mediante la corrupción"(209).

Desde luego, Bentham detestaba tanto como Paine el historicismo romántico de Burke y su doctrina de la "*prescriptive constitution*", basada en el precedente, en el prejuicio, en la continuidad histórica, pero al igual que Burke, e incluso todavía más que él, detestaba el iusnaturalismo racionalista de Paine, tan influido por Rousseau. Sus tesis sobre la soberanía y sobre la organización de los poderes del Estado eran, por eso, muy distintas a las de Paine y lo seguirían siendo incluso cuando Benhtam abrazó el ideal democrático, como se verá dentro de poco.

En lo que concierne a la doctrina de la soberanía, glosando el artículo tercero de la célebre Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Constituyente francesa el 26 de Agosto de 1789, en el que se proclamaba que "la soberanía reside esencialmente en la Nación y que, por consiguiente, ninguna corporación ni individuo podían ejercer otra autoridad que no se derive expresamente de ella", Bentham sostuvo que, al menos con carácter general, como hacía este artículo, era insostenible afirmar que " la autoridad que no se fundase en una elección popular, en un mandato expreso de la nación, era una autoridad usurpadora, contraria al derecho natural y, por tanto, nula", pues ello supondría considerar usurpadores y nulos a todos

los gobiernos existentes, excepto "algunas repúblicas democráticas". La máxima que contenía este artículo era, pues, "un instrumento de revolución"(210). Una interpretación sin duda incorrecta, pues los mismos que aprobaron este artículo no dejaron de vertebrar una Monarquía hereditaria.

En lo tocante a la doctrina de la división de poderes, Bentham afirmó que en un Estado debía existir un poder soberano, de tal forma que más que de división de poderes era preferible hablar de división de funciones. Así, al comentar el artículo 16 de la mencionada Declaración de Derechos, Bentham señalaba que la separación de poderes, que este artículo consagraba como principio esencial de toda Constitución, era "una idea confusa sacada de una antigua máxima política: *divide et impera*... Los poderes separados e independientes no forman en modo alguno un conjunto. Un Estado así constituido no podría mantenerse. Si es necesario un poder supremo al cual todas las ramas de la Administración estén subordinadas, habrá distinción en las funciones, pero no habrá división del poder, pues un poder que no se ejerce más que según las reglas trazadas por un superior, no es un poder separado, es una rama de ese poder superior, y tal como él se lo ha dado, lo puede también recuperar; tal como le ha determinado la forma de su ejercicio, puede también modificar esa forma a su gusto"(211).

Pero a esta primera etapa de Bentham, caracterizada por un positivismo conservador, reformista y antirevolucionario, sucede una segunda, que se caracteriza por un positivismo democrático, que se plasma sobre todo en el "*Constitutional Code*"(212), en donde sus tesis sobre la soberanía, aunque no sobre la división de poderes, cambian de forma sustancial. En el "*Constitutional Code*"- su obra magna, a juicio de muchos estudiosos del filósofo inglés(213), cada vez más interesados en ella(214)- Bentham, ya en la recta final de su vida, se apartó, en efecto, de la doctrina tradicional de la soberanía del Parlamento, mostrándose partidario de la soberanía popular, aunque sin abandonar sus premisas positivistas, que tanto le alejaban del también demócrata, pero iusnaturalista, Paine.

El proceso de gestación del "Código Constitucional" resultó harto complicado. Comenzó a redactarlo en 1822, cuando Bentham tenía casi 74 años. Diez años después, la muerte le sorprendió sin acabarlo, aunque en 1830 apareció un primer volumen, el único que vio la luz durante la vida de su autor, con el título "*Constitutional Code; for the use of All Nations and All Governments professing Liberal Opinions*"(215). Bentham sostiene el principio de soberanía popular al comienzo mismo del "Código Constitucional"(216), aunque desde unos supuestos puramente positivistas y utilitarios, que le llevan, a la postre, a sustituir la noción, siempre abstracta, de "pueblo" por la mucho más concreta de "*Constitutive Authority*", compuesta por los ciudadanos a los que el ordenamiento confería el derecho electoral activo, esto es, todos los varones mayores de 21 años capaces de leer(217). En el pueblo, así entendido, residía la soberanía, no sólo la titularidad de la misma, sino también buena parte de su ejercicio, pues a él correspondía, por ejemplo, elegir a la Asamblea Legislativa(218).

Razonando de este modo, Bentham distingue entre soberanía popular y supremacía del Parlamento, entre "*Constitutive Authority*" y "*Legislature*". El Parlamento, debía ser un órgano "omnicompetente", pero no "omnipotente" y, por tanto, debía estar sometido, no a "límites", pero sí a diversos "controles"(219). A este respecto, defiende la revocación del Parlamento a iniciativa de la cuarta parte de los electores, quienes también podían destituir a los miembros del ejecutivo y del judicial y exigirles su responsabilidad a través de la *Legislation Penal Judicatory*(220).

En el "*Constitutional Code*", en cambio, Bentham se mantiene fiel a su antigua crítica a la doctrina de la división de poderes, a la que califica de "absurda" e insiste en la necesidad de sustituir la idea de "división" por la de "dependencia" de los diversos poderes del Estado al órgano elegido por el pueblo, aunque en una línea mucho más próxima a la de un sistema asambleario de gobierno que a la de un sistema parlamentario. En realidad, después del electorado, el Parlamento se configura como el órgano central del Estado en el modelo que sustenta Bentham en esta obra. Todos los demás órganos, y primordialmente el ejecutivo, debían estar subordinados a aquél.

El Parlamento, en efecto, debía designar a un "Primer Ministro", que en cualquier caso no debía ser llamado Presidente, como en el caso de los Estados Unidos, a pesar de representar este país el modelo constitucional al que el publicista inglés se sentía más próximo. Ahora bien, el Primer Ministro no era miembro del Parlamento y no tenía siquiera acceso a él, salvo invitación expresa, de tal forma que se comunicaba con el Parlamento por escrito, debiendo informar exhaustivamente sobre toda la actividad de gobierno. El Primer Ministro, en cambio, podía ser destituido por el Parlamento, aunque Bentham no mencione explícitamente ni la moción de censura ni el voto de confianza. Asimismo, podía ser revocado por el pueblo, esto es, por los electores. El principal cometido que Bentham confería al Primer Ministro era el de ejecutar las órdenes del Parlamento, así como el de nombrar y separar a los Ministros y dirigir la Administración civil y militar(221). Los Ministros, por su parte, tenían voz, pero no voto en el Parlamento, pudiendo ser destituidos por éste y por el pueblo, además de por el Primer Ministro(222).

Las tesis que defendía Bentham en el "Código Constitucional" estaban, pues, muy alejadas de la realidad constitucional inglesa, tanto de la que existía entonces como de la que se iría vertebrando en el futuro, pero no cayeron en saco roto. Al contrario, su influjo sería muy grande en buena parte de la crítica democrática sustentada por la izquierda británica a lo largo de los últimos ciento cincuenta años.

## 2. John Austin y la Cámara de los Comunes como "*trustee*" del electorado.

Una de las reflexiones más profundas sobre la soberanía en la historia del pensamiento británico es la que lleva a cabo John Austin en un libro que se publica por vez primera en 1832, es decir, en el mismo año en que se aprueba la decisiva Reform Act, que tanto influiría en el avance del Cabinet System e incluso de la democracia en la Gran Bretaña. Este libro se titulaba "*The province of Jurisprudence Determined*" y en él se recogían una serie de conferencias que Austin había venido pronunciando desde 1829 en la recién creada Universidad de Londres(223). La influencia de Hobbes y Bentham se percibe con nitidez a lo largo de sus páginas. Austin, por supuesto, se separó del autor del *Leviathan* en algunos puntos esenciales, como, por ejemplo, en todo lo relativo al origen del poder, pero no tuvo reparo alguno en confesar que no conocía otro escritor posterior, "excepto nuestro gran contemporáneo Jeremy Bentham", que hubiese formulado tantas verdades en lo relativo a la estructura del Estado y a las más importantes categorías jurídicas(224). El influjo de Bentham sobre Austin fue asimismo muy notable, sobre todo en el plano de la filosofía jurídica, pues en el plano político los puntos de vista de Austin eran más conservadores(225).

En esta obra Austin aborda, con un extraordinario rigor y con un estilo muy claro y preciso, algunos problemas esenciales para comprender el sistema británico de

gobierno desde un punto de vista jurídico. Ciertamente, las conferencias de Austin no formaban un Curso de Derecho Constitucional, sino de "Jurisprudencia", como su título indica, esto es, de Teoría General del Derecho(226) . Por ello, solo de pasada examina lo que en alguna ocasión llama muy significativamente "el intrincado y enmarañado sistema conocido como Constitución británica"(227). Lo que no impide que las reflexiones del gran jurista inglés resulten muy interesantes para captar mejor la doctrina británica de la soberanía.

Austin, siguiendo a Bentham, entiende que el fin de toda organización política, fuese cual fuese su forma de gobierno, debía ser la de conseguir el mayor avance posible de la felicidad humana(228). Desde este punto de vista, el Estado, como había dicho Locke, debía legitimarse en el "consentimiento" de los gobernados y solo el pueblo podía considerarse la fuente legítima del poder público(229). Ahora bien, ello no significaba aceptar la teoría contractualista a la hora de explicar el fundamento del Estado y su fundación histórica. Es más: la hipótesis del pacto social le parece innecesaria y perjudicial(230). A su entender- coincidente con el de Hume y Bentham- no era posible hablar de contrato antes de la existencia del derecho ni, por tanto, del Estado, además de que resultaba imposible explicar históricamente la existencia de un contrato social(231) . La Constitución de cada Estado y, por tanto, la forma de gobierno con que éste se configuraba, eran, en realidad, el fruto de varias generaciones y no el resultado de un contrato original(232).

Una de las formas de gobierno más peculiares era la conocida con el nombre de "Monarquía limitada". Una forma de gobierno que no podía calificarse de monárquica, sino de aristocrática, pues no era uno el que ejercía el poder, sino varios. El Rey en una Monarquía limitada compartía la soberanía con otros: con el Parlamento, por ejemplo. En rigor, el término "Monarquía limitada" encerraba una contradicción en los términos, pues si era Monarquía no podía ser limitada y si era limitada no podía ser Monarquía. Allí donde el Rey no era soberano carecía de sentido hablar de Monarquía. Por tanto, la susodicha "Monarquía limitada" debía considerarse un tipo de gobierno aristocrático, pero no monárquico, como Hobbes había dejado claro en el *Leviathan*, su obra maestra(233).

Precisamente, la forma de gobierno existente en Inglaterra era la "Monarquía limitada". Allí el Rey compartía el poder con la Cámaras de los Lores y de los Comunes. Las tres partes juntas formaban el Parlamento, en donde residía la soberanía(234). Aunque, en realidad, para Austin no era la Cámara de los Comunes, sino el cuerpo electoral que se encargaba de elegirla periódicamente, el órgano en quien residía la soberanía, junto al Rey y a la Cámara de los Lores. Esto es, Austin señala que el Rey y los Lores junto a la Cámara de los Comunes formaban un " cuerpo tripartito que era soberano o supremo". "Pero - añade- hablando con mayor exactitud, los miembros de la Cámara de los Comunes son meros depositarios (*trustees*) del cuerpo electoral que los eligió y, por consiguiente, la soberanía reside siempre en el Rey y los Lores junto al cuerpo electoral que elige la Cámara de los Comunes"(235).

Austin se muestra muy crítico con la doctrina de la división de poderes, sobre todo con la distinción entre los poderes legislativo y ejecutivo, tal como la habían sustentado los tratadistas ingleses, particularmente Blackstone. Para Austin, distinguir entre la facultad de establecer leyes u otras normas jurídicas y la facultad de ejecutarlas, resultaba siempre muy impreciso, entre otras cosas porque lo que se entendía por función ejecutiva (en la que Austin incluía no sólo la administrativa, sino también la

judicial) implicaba o podía implicar el ejercicio de funciones legislativas. En realidad, Austin pensaba, como ya era habitual en su época, que la doctrina de la división de poderes sustentada por Blackstone y por otros célebres publicistas del siglo XVIII era "tan evidentemente falsa que su examen no duraba ni un minuto". Para probar su falsedad, Austin no menciona, como era sólito desde Burke y Bentham, la estrecha conexión entre el Gabinete y los Comunes, en la que por esos años insistían Lord Russell y J. J. Park(236), sino que prefiere acudir a otros ejemplos menos trillados. Así, el gran jurista inglés señala que muchas de las leyes elaboradas por el Parlamento británico eran "subsidiarias", esto es, estaban pensadas para la correcta ejecución de otras, lo cual significaba que cuando el Parlamento británico las elaboraba no estaba, en rigor, legislando, sino llevando a cabo una función ejecutiva, lo mismo que cuando los Tribunales de Justicia para aplicar el derecho expedían reglas de procedimiento en sus Sentencias y Autos, esto es, mediante mandatos expedidos para casos particulares por la Judicatura(237). Austin observa también que en la Gran Bretaña la función judicial era ejercida directamente por el Parlamento cuando aprobaba un *Act of Attainder* con el objeto de castigar una conducta ex post facto, esto es, sin una previa tipificación legal(238). Por último, resultaba evidente para Austin que el Rey no sólo ejercía funciones ejecutivas, sino también otras de carácter legislativo, por ejemplo cuando, como Capitán General, redactaba normas jurídicas relativas a la organización militar. Del mismo modo que la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes llevaban a cabo funciones de carácter judicial y, por tanto, ejecutivo o administrativo, cuando la primera, en las causas civiles, se convertía en el definitivo Tribunal de Apelación y la segunda se pronunciaba sobre la validez o invalidez de la elección de sus miembros(239).

Austin concluía afirmando que la forma más precisa de encarar la organización de los poderes del Estado consistía en distinguir entre poderes "supremos" y "subordinados". Los primeros eran los que ejercía por sí mismo el soberano, que en Inglaterra no era otro que el Rey, la Cámara de los Lores y el cuerpo electoral encargado de elegir a los Comunes; los segundos, eran los que ejercían las autoridades delegadas que actuaban en su nombre, como ocurría con los Tribunales de Justicia o incluso con el Rey, la Cámara de los Comunes y la de los Lores, cuando estos tres órganos no obraban como parte del cuerpo soberano, esto es, del Parlamento, sino como miembros independientes de éste(240).

Austin distingue entre normas jurídicas y convenciones, de acuerdo con un concepto puramente positivista del derecho, heredado de Hobbes y Bentham, equivalente al mandato del soberano, quien podía establecer directamente las normas jurídicas( como ocurría en Inglaterra con las leyes) o a través de una autoridad subordinada( como ocurría en este país con el derecho judicial), o bien permitiendo la creación jurídica a los particulares, como acontecía en el campo del derecho privado(241). Las normas jurídicas sólo eran tales cuando podían ser alegadas ante los Tribunales y aplicadas por éstos. De ahí que las costumbres o convenciones no fuesen normas jurídicas, sino "reglas de conducta" en las que se expresaban principios políticos, éticos y morales(242). Unas "reglas de conducta" enormemente importantes en el Derecho público inglés:" ... en la medida en que el derecho público concierna al soberano, es claro que gran parte de este derecho no es propiamente derecho, sino simplemente moralidad positiva o máximas éticas"(243). Así ocurría con las reglas que determinaban "la Constitución del Estado" o que fijaban los fines y procedimientos de los poderes públicos. Unas reglas, no jurídicas en sentido estricto, cuyo conocimiento era "absolutamente necesario" para conocer las normas jurídicas propiamente dichas, ya

fuesen de origen parlamentario (*statute- laws*) o ya procediesen de los Jueces (*judiciary law*)(244). En realidad, en Inglaterra el derecho "no podía entenderse sin un conocimiento de la Constitución del Parlamento y de las diferentes reglas (rules) por las cuales el cuerpo soberano legisla, aunque es manifiesto que gran parte de las reglas que determinan la Constitución del Parlamento así como de aquellas otras que éste sigue al legislar, son tan sólo derecho impuesto por la opinión de la comunidad o meras máximas éticas que el Parlamento observa espontáneamente"(245), esto es, o simples costumbres o convenciones, a las que Austin niega su naturaleza jurídica propiamente dicha al no ser exigidas por los Tribunales, o bien simples "reglas de corrección constitucional".

Sostenía Austin que era una contradicción en los términos hablar de "límites de la soberanía". El soberano no podía estar sometido a límites jurídicos(246). Ciertamente, en toda "sociedad políticamente independiente", esto es, en todo Estado, existen máximas que el soberano habitualmente observa en sus relaciones con la sociedad, pero tales máximas no son derecho, propiamente hablando, esto es, legalidad positiva, sino moralidad positiva; no forman parte del ordenamiento jurídico, sino del ordenamiento constitucional(247). Contra el soberano, pues, ya sea el Monarca o el Parlamento, no es posible establecer unos límites "legales", sino solo "constitucionales"(248).

De este modo, Austin establecía la capital distinción( más bien contraposición), en el seno del derecho público inglés- sobre todo para el estudio de la Monarquía parlamentaria- entre "legalidad" y "constitucionalidad", esto es, entre las normas jurídicas, creadas por el Parlamento o por los Jueces, y las convenciones constitucionales. De tal suerte que una ley podía, a su juicio, ser "inconstitucional", pero no ser por ello "ilegal"(249) . Si, por ejemplo, " una ley del Parlamento británico atribuyese la soberanía al Rey o a éste y a la Cámara Alta o a la Cámara Baja, alteraría esencialmente la estructura de nuestro Estado actual y podría, por consiguiente, ser considerada con propiedad una ley inconstitucional... Pero llamarle ilegal sería absurdo, pues en la actualidad el Parlamento es el soberano en el Reino Unido y, por tanto, es el autor, directa o indirectamente, de todo el derecho positivo, correspondiéndole a él en exclusiva establecer lo que es justo e injusto jurídicamente"(250).

Pero aunque no era posible establecer límites jurídicos, sino sólo morales (dicho de otra forma: límites constitucionales, pero no legales) al soberano, es decir, al Parlamento, de acuerdo con la Constitución inglesa, ello no implicaba que tomados por separado los miembros del Parlamento, ya fuese la Cámara de los Lores, los Comunes o el Rey, dejasen de estar sujetos al derecho, además de a la "moralidad positiva". En lo que concierne al Rey, el derecho inglés consagraba la irresponsabilidad jurídica y política del Monarca, pero ello no era óbice para que, tomado separadamente, estuviese obligado jurídica y políticamente, esto es, de acuerdo con la ley y con la Constitución, a cumplir y acatar las leyes aprobadas por el Parlamento en su conjunto, aunque el ordenamiento no podía prever sanción alguna en el caso de que no lo hiciera(251).

En un interesante estudio, Sara Austin confiesa que el libro de su marido no tuvo demasiada resonancia(252), a diferencia de lo que había ocurrido con las conferencias en las que se había basado (que no se publicarían completas hasta 1861, junto a un Curso que impartía John Austin en el *Inner Temple*, en 1834(253) ). Recientemente, sin embargo, Wilfrid E. Rumble ha mostrado que en la Gran Bretaña algunas revistas jurídicas y otras de carácter más general de inmediato se hicieron eco

del libro de Austin que se acaba de comentar, tanto en la primera edición de 1833 como en la segunda de 1861(254) , mientras que, en cambio, sus clases no habían tenido demasiado éxito(255).

Lo que está fuera de duda es que las reflexiones de Austin en *The province of Jurisprudence determined* alcanzarían un enorme influjo en el pensamiento jurídico y político anglosajón desde, cuando menos, la segunda mitad del pasado siglo. El eco de estas reflexiones- algo más que el eco, en realidad- se percibe, por ejemplo, en las *Considerations on Representative Government*, que en 1861 escribió John Stuart Mill(256), pero su influjo fue especialmente importante en la obra de Albert Venn Dicey, el más destacado iuspublicista británico del siglo XIX, del que se hablará a continuación.

### 3. A. V. Dicey y la distinción entre "soberanía jurídica" y "soberanía política".

Dicey es sobre todo el autor de un libro que tendría una enorme repercusión en la doctrina del siglo XX: *Introduction to the study of the law of the Constitution*, cuya primera edición es de 1885(257). En este libro se aprecia no sólo el decisivo impacto de John Austin, sino también el de Bentham y, en último término, el de Hobbes, quien con toda justicia puede considerarse el precursor del positivismo jurídico moderno, sin démerito del papel estelar de Hume y Kant. Este marcado ascendiente intelectual, sin embargo, no fue óbice para que Dicey sostuviese unas tesis muy distintas a las que habían sustentado Hobbes, Bentham e incluso Austin en lo tocante al sujeto de imputación de la soberanía.

En rigor, puede decirse que la postura de Dicey consistía en liberar a las tesis de Blackstone sobre la soberanía del Parlamento de todas sus contradicciones, con la ayuda del método positivista, y en adaptarlas a la realidad jurídica de la segunda mitad del siglo XIX. A resultas de ello, Dicey formula una teoría de la soberanía, no original, pero sí coherente, clara, precisa y actualizada; expuesta, además, con una gran brillantez. Cualidades que explican su éxito posterior.

Con una firmeza hasta entonces desconocida, Dicey sostuvo que en la Gran Bretaña- o en Inglaterra, como él prefiere decir(258)- no había otro soberano que el Parlamento. Una institución que, a su juicio, era preciso entender como el ayuntamiento de tres corporaciones (*bodies*): la Reina, la Cámara de los Lores y la Cámara de los Comunes(259). Así entendido, la soberanía del Parlamento- y no su mera supremacía- era, desde un punto de vista jurídico, "la característica dominante" de las "instituciones políticas" británicas(260).

El principio de soberanía del Parlamento significaba ante todo que en éste residía "el derecho de hacer o deshacer cualquier clase de ley" y que, por consiguiente, ninguna persona o corporación estaba autorizada por el Derecho de Inglaterra "para anular o derogar la legislación del Parlamento"(261). Ahora bien, como para Dicey, fiel al positivismo, sólo podía hablarse de normas jurídicas cuando éstas fuesen "aplicables forzosamente por los Tribunales de justicia"(262), el principio de soberanía del Parlamento implicaba que estos Tribunales "debían acatar *cualquier Act of Parliament*, o una parte de ella, que consistiese en aprobar una nueva ley o en derogar una anterior de forma parcial o total"(263).

Formulado en sentido negativo, del principio de soberanía del Parlamento (cuyos antecedentes legales y doctrinales trata de rastrear en la obra que ahora se glosa(264) ), Dicey extrae cuatro grandes premisas. La primera de ellas era ésta: ni la Reina ni la Cámara de los Lores ni la Cámara de los Comunes podían por separado considerarse soberanos en el derecho constitucional inglés. Sólo una norma aprobada conjuntamente por estas tres corporaciones podía ser considerada ley y, por tanto, ser obedecida como tal por los demás poderes públicos y, en especial, por los Tribunales(265) . En particular, Dicey sostiene que la Reina no podía apelar a su prerrogativa para suspender o derogar una ley aprobada por el Parlamento, mientras que el Parlamento sí estaba facultado para disminuir mediante ley los poderes de prerrogativa regia. Cuestiones ambas que en el pasado habían dado lugar a muchas disputas, pero que habían dejado de tener interés(266).

En segundo lugar, Dicey sostiene que el pueblo (pese a lo que había dicho Locke) o, mejor, el cuerpo electoral (como había preferido decir Bentham), no era en absoluto soberano en la Gran Bretaña. "El único derecho que tienen los electores bajo la Constitución inglesa- señala Dicey- es el de elegir a los miembros del Parlamento. Los electores carecen de derecho alguno para iniciar, sancionar y rechazar la legislación del Parlamento. Ningún Tribunal considerará, ni por un momento, el argumento de que una ley es inválida por oponerse a la opinión del electorado, que sólo puede expresarse jurídicamente a través del Parlamento y nada más que a través de él"(267).

En este punto difiere también de Austin, quien, a juicio de Dicey, no había reparado en que una cosa era la "soberanía jurídica" y otra bien distinta la "soberanía política". La primera no correspondía en la Gran Bretaña más que a la Reina junto a los Cámaras del Parlamento. La segunda, al menos en el siglo XIX, la ejercía el pueblo o, con mayor precisión jurídica, la parte de éste capacitada por el ordenamiento para formar parte del electorado. Políticamente podía decirse que el pueblo, o el electorado, era soberano en la Gran Bretaña, por cuanto su voluntad era a la postre la que hacía suya la Reina en Parlamento. Una Reina cuyos poderes habían mermado de forma considerable a resultas del avance del *Cabinet System*, como Walter Bagehot- exagerando un tanto esta merma- había puesto de relieve en un libro muy sagaz y ameno, publicado dos décadas antes de que viese la luz el libro de Dicey que ahora se examina y destinado también a ejercer un enorme influjo(268). Pero jurídicamente la voluntad del electorado no podía ser alegada en absoluto ante los Tribunales de Justicia, al menos mientras el Parlamento no hiciese suya esta voluntad. " Es verdad- señalaba Dicey- que el sentido político de la palabra "soberanía" es tan importante como su sentido jurídico o incluso más. Pero los dos sentidos, aunque estrechamente conectados, son esencialmente distintos y en alguna parte de su obra Austin los ha confundido... ningún juez inglés estaría de acuerdo en considerar al Parlamento, en un sentido jurídico, como un "trustee" de los electores"(269).

En tercer lugar, Dicey sostiene, con no menos contundencia, que no existía contradicción alguna entre la creación judicial del derecho y la soberanía del Parlamento. Sin duda, los jueces en Inglaterra además de aplicar el derecho lo creaban, al conformar sus sentencias un repertorio de precedentes a los que debían atenerse para resolver los casos similares que se planteasen con posterioridad. Ahora bien, de acuerdo una vez más con Hobbes, Bentham y Austin, y abiertamente en contra de Coke e incluso de Locke, Dicey sostiene que el *case law* estaba subordinado siempre a la legislación del Parlamento(270). Una tesis que le lleva a sostener que las leyes del Parlamento, aprobadas con las formalidades exigidas, no podían ser declaradas inválidas

por los Tribunales cuando éstos considerasen que eran opuestas a los "principios morales" o al "derecho internacional"(271). Tal tesis, sin embargo, no implicaba, en modo alguno, desconocer la importancia del *case law*, a través de cual no sólo se actualizaba el *common law*, sino que también se interpretaba el *statute-law*, esto es, el derecho aprobado por el Parlamento. Un derecho este último al que estaban sometidos tanto el poder ejecutivo como los ciudadanos, sin que hubiese lugar alguno para un "*droit administratif*" ni para una jurisdicción contencioso-administrativa. Todo ello de acuerdo con el *rule of law*, el otro gran principio del derecho constitucional inglés, a cuya relación con la soberanía del Parlamento dedica Dicey todo un capítulo(272).

En cuarto y último lugar, Dicey afirma que el Parlamento tampoco podía limitar a los Parlamentos posteriores, de modo que ninguna ley podía considerarse irreformable(273). Por el contrario, la doctrina de la supremacía legislativa del Parlamento era "*the very keystone of the law of the constitution*"(274).

Esta premisa le lleva a plantear, de forma muy aguda y brillante, la conexión entre la soberanía del Parlamento y lo que su colega y amigo Lord Bryce había llamado la "flexibilidad" de la Constitución británica o, dicho de otra manera, entre la soberanía del Parlamento y la inexistencia de un texto constitucional "rígido" y superior a la ley, que sí existía, en cambio, en los Estados Unidos de América. Un país en el que la supremacía de la Constitución sobre la ley se había construido a partir de las tesis lockeanas de la soberanía del pueblo (cuya máxima expresión normativa era la Constitución, fruto de su poder constituyente), mientras que el consiguiente control de constitucionalidad de la ley a través de la *judicial review*, aparte de ser una exigencia del principio federal, hundía sus raíces doctrinales en la tradición judicialista que los jueces de *common law*, con Coke a la cabeza, habían enarbolado contra el absolutismo de los Estuardos y que el propio Locke había hecho suyo en su "Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil"(275).

En virtud de su soberanía, señala Dicey, repitiendo lo que Blackstone y Paley habían dicho antes, el Parlamento de Inglaterra podía modificar cualquier ley con independencia de su importancia política, sin que fuese necesario observar ningún procedimiento especial. En realidad, no había en Inglaterra distinción jurídica alguna entre ley constitucional y ley ordinaria. Consecuencia de todo ello: ninguna autoridad tenía en Inglaterra el derecho de anular una ley del Parlamento alegando su inconstitucionalidad(276). "En Inglaterra- concluye Dicey- tenemos leyes que pueden llamarse fundamentales o constitucionales en la medida en que regulan importantes cuestiones (como, por ejemplo, la sucesión de la Corona o los términos de la unión con Escocia), sobre las que descansan nuestras instituciones, pero no existe una ley suprema o una ley que sirva para verificar la validez de las otras leyes... El primer dogma fundamental del derecho constitucional inglés es la absoluta soberanía legislativa o el despotismo del Rey en Parlamento"(277).

Como se ha adelantado, las observaciones de Dicey sobre la soberanía han ejercido una enorme influencia en el siglo XX(278) , cuya doctrina siguió considerando a la soberanía del Parlamento-no a la del pueblo- como "la característica dominante de la Constitución británica" (Sir Ivor Jennings)(279) , "la norma de reconocimiento" del sistema jurídico británico( H. L. Hart)(280) , o, en fin, "la norma básica o *Grundnorm*" de ese sistema (Geoffrey Marshall)(281).

Ahora bien, aunque la doctrina de Dicey sobre la soberanía representa todavía hoy, en el umbral del siglo XXI, un punto de partida inexcusable, como reconoce Colin

R. Mumro(282), no es menos cierto que los más destacados iuspublicistas de nuestra centuria han sido muy críticos con las consecuencias que Dicey extrajo de su doctrina de la soberanía. De ahí que se haya hablado de una "nueva perspectiva" de la soberanía del Parlamento, a la que se acogen, entre otros muchos, Sir Ivor Jennings, E. C. S. Wade y G. Marshall(283).

Este último, por ejemplo, apartándose del rígido criterio de Dicey, sostiene que sería conforme con el derecho británico que en el futuro el Parlamento se autolimitase mediante un *Bill of Rights*- por el que, dicho sea de paso, clama la doctrina británica durante los últimos veinte años- aprobado con unas mayorías muy cualificadas o a través de un referendum, de manera que los Tribunales de Justicia considerasen inválida- por incurrir en *ultra vires*- cualquier ley posterior que contradijese este *Bill of Rights*, a no ser que esta ley se aprobase con idéntica mayoría o que fuese refrendada por el cuerpo electoral(284).

Por otro lado, no cabe duda de que durante la presente centuria el principio de soberanía del Parlamento tuvo que enfrentarse a nuevos y muy difíciles retos. Sobre todo a tres: en primer lugar, al que planteó la aprobación del Estatuto de Westminster, en 1937, que obligó a reconsiderar las relaciones entre el Parlamento británico y la *Commonwealth*(285); en segundo lugar, al que provocó la adhesión del Reino Unido a la Comunidad Económica Europea, en 1972, que puso sobre el tapete las no menos problemáticas relaciones entre la soberanía del Parlamento británico y la primacía del derecho comunitario europeo(286); en tercer lugar, al que acarrió la aprobación, en 1997, de los plebiscitos autonómicos en Escocia y Gales, que ha obligado y obligará en el próximo futuro a redefinir el papel del Parlamento de Westminster y sus relaciones con las dos nuevas Asambleas legislativas(287).

Tales retos han obligado a replantearse en profundidad la validez de la soberanía del Parlamento en la Gran Bretaña actual(288), en donde el debate sobre la soberanía ha cobrado una gran importancia política y un gran interés académico, como quizá en otra ocasión sea preciso poner de relieve.

---

#### NOTAS AL PIE DE PÁGINA

(1) De forma póstuma, pues Bracton había muerto en 1268. Cfr. Samuel E. Thorne, Introduction a la edición bilingüe latina /inglesa On the Laws and Customs of England, traducida, con revisiones y notas por el propio Thorne y publicada en asociación con la Selden Society, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1968, 4 Vol. Vol. I. p. XL. La edición de Thorne está basada en la latina de George E. Woodbine Bracton, De Legibus et Consuetudinibus Angliae, New Haven; Yale University Press, London: Humphrey Mildford, Oxford University Press (OUP), 1915, 4 vol.

(2) Charles Howard McIllwain, Constitucionalismo antiguo y moderno, Centro de Estudios Constitucionales (CEC), Madrid, 1991, p. 91.

(3) Cfr. McIllwain, op. cit. pp. 101 a 109.

(4) Cfr. F. W. Maitland, The Constitutional History of England (1908), editado por H. A. L. Fisher, Cambridge University Press, (CUP), 1968, pp. 54-92; Walter Ullmann,

Principios de Gobierno y Política en la Edad Media, Revista de Occidente, Madrid, 1971, pp. 174-176 y McIllwain, op. cit. pp. 106-107.

(5) Cfr. F. W. Maitland, *The Constitutional History of England* (1908), op. cit. p. 15.

(6) "La característica sustancial de la Carta Magna era su carácter de pacto celebrado entre el rey y los barones, fortalecido por el juramento de aquél. Se trataba de un pacto que sólo podía concebirse dentro del esquema feudal...". Walter Ullmann, op. cit. p. 170. "La Carta Magna- añade este autor- selló la suerte futura de la Monarquía inglesa", *ibidem*, p. 173.

(7) *On the Laws and Customs of England*, edición bilingüe citada de Samuel E. Thorne, vol. II, p. 33. Su traducción al inglés es la siguiente: *the king must not be under man but under God and under the Law, because law makes the King*".

(8) Alessandro Passerin D'Entrèves, *La Noción del Estado*, Centro de Estudios Universitarios, Madrid, 1970, p. 103. Sobre la idea medieval del Derecho, vid. asimismo la clásica obra de Otto Von Gierke, *Die publicistischen Lehren des Mittelalters* (1881), a la que se remite expresamente el propio Passerin. Esta obra se ha traducido recientemente al español con el título, no muy exacto, *Teorías políticas de la Edad Media*, "Estudio Preliminar" de Benigno Pendás, "Introducción" de F. W. Maitland, traducción de Piedad García-Escudero, Centro de Estudios Constitucionales (CEC), Madrid, 1995. Un comentario a esta obra en Joaquín Varela Suanzes, *Política y Derecho en la Edad Media*, en "Revista Española de Derecho Constitucional", nº 49, Enero-Abril, Madrid, 1997, pp. 335-351. Vid. asimismo, Ernest. H. Kantorowicz, *Los Dos Cuerpos del Rey. Un estudio de Teología Política Medieval*, Alianza Universidad, 1985, pp. 114 y ss.

(9) Sobre el concepto medieval del derecho, vid. además de las obras citadas, el vol. I de la clásica obra de R. W. y A. J. Carlyle, *A History of Medieval Political Theory in the West*, Blackwood and sons, Edimburgo, 1903 o, más accesible y resumido, el libro de A. J. Carlyle *La libertad política. Historia de su concepto en la Edad Media y los tiempos modernos*, FCE, México, Madrid, Buenos Aires, pp. 23 y ss.

(10) Sobre el nacimiento de estos tres órganos- la *Curia Regis*, el Parlamento y el *Concilium Regis*- vid., por todos, lo dicho por Maitland en *The Constitutional History of England*, op. cit. pp. 54-105.

(11) Cfr. Sir John Fortescue (1395-1477), *De Laudibus Legum Angliae*, escrito alrededor de 1470 y traducido con el título *A Praise of the Laws of England*, caps. IX y XVIII. Cfr. asimismo, *The Governance of England*, escrito entre 1471 y 1476, caps. I a III. Ambas obras en la muy reciente y accesible edición de Shelley Lockwood, *Sir John Fortescue, On the Laws and Governance of England*, Cambridge Texts in the history of political Thought, Cambridge University Press (CUP), 1997.

(12) Cfr. MacIllwain, op. cit. p. 111.

(13) Sir Ernest Barker recuerda el valor ejemplar que tuvieron las Cortes: "quienquiera que intente conocer los orígenes de la institución parlamentaria en Europa, no debería

olvidar la temprana contribución de España y tener bien presente que los precedentes españoles han sido reconocidos por algunos historiadores como uno de los factores que contribuyeron al crecimiento del Parlamento inglés durante el siglo XIII", *The Parliamentary System of Government*, en *Essays of Government*, OUP, 1965, p. 59. Sobre los orígenes de los diversos parlamentos en Europa, vid. las Actas del Congreso celebrado sobre este particular en la ciudad de León, en Septiembre de 1988, y publicadas en 1990 por las Cortes de Castilla y León, con el título *Las Cortes de Castilla y León. 1188-1988*, Valladolid, 2 vol.

(14) Cfr. O. Hood Phillips, *Constitutional and Administrative Law*, Sweets and Maxwell, Londres, 7ª edic., 1987, p. 42. Este Manual, aunque centrado en el derecho actual, contiene una interesante exposición histórica sobre la soberanía del Parlamento en las pp. 40-58.

(15) Sobre el desarrollo institucional durante los Tudores, cfr. G. R. Elton, *The Tudor Constitution. Documents and Comentary*, CUP, 2ª edición, 1986, *passim*.

(16) Además de Reyes de Inglaterra y jefes de la Iglesia Anglicana, los Tudores eran también Reyes de Gales, como lo habían sido sus antecesores desde el *Statutum Walliae* de 1284, aunque la unión con la Corona de Inglaterra se produjo a todos los efectos con la *Act of union* de 1533.

(17) Geoffrey Marshall y Graeme C. Moodie sostienen incluso que en estos párrafos Smith venía a identificar el Parlamento con la representación de la nación. Cfr. *Some Problems of the Constitution*, Hutchinson University Librarie, London, 5ª edic. 1971, p. 15.

(18) Sir Thomas Smith, *De Republica Anglorum. A Discourse on the Commonwealth of England*, Libro II, cap. I. Se ha consultado la edición de L. Alston, con un Prefacio de F. W. Maitland, CUP, 1906, pp. 48-49.

(19) Richard Hooker, *Of the Lawes of Ecclesiastical Politie*, Libro VIII, cap. 6. Se ha consultado la edición de Arthur Stephen Mcgrade, CUP, 1989, p. 192. La fecha en la que Hooker escribió este libro VIII es muy discutida. Raymond Aaron Houk, en la p. VII de su *Introducción a Hooker's Ecclesiastical Polity. Book VIII* (Columbia University Press, Nueva York, 1931), sostiene que este libro estaba acabado en 1593. Afirmación que repite en la p. 91 de sus "Historical References". Pero en su *Introducción*, Mcgrade, sin atreverse a fijar una fecha exacta, se limita a decir que Hooker debió dejar este Libro VIII tan sólo esbozado y que no se publicó por primera vez hasta 1648, bastantes años después de la muerte de su autor. Cfr. *ibidem*, p. XIV.

(20) *Of the Lawes of Ecclesiastical Politie*, Libro VIII, cap. 6. Una reciente y clara exposición del pensamiento constitucional de Hooker en Howell A. Lloyd, *Constitutionalism*, en *The Cambridge History of Political Thought. 1450-1700*, editado por J. H. Burns, CUP, 1991, pp. 279-283. Vid, asimismo, Paulette Carrive, *Richard Hooker, Théologie et Politique*, en *La Pensée Politique Anglaise de Hooker a Hume*, Presses Universitaires de France, París, 1994, pp. 3-31. Otros autores menos relevantes durante la Inglaterra isabelina, como Merbury, Hayword y Craig, defendieron también la soberanía del Parlamento, como recuerda J. W. Allen en *A History of Political*

Thought in the Sixteenth Century, Londres, 1941, pp. 247 y ss.

(21) Cfr. Platón, Las Leyes, libro III; se ha manejado la edición bilingüe del IEP, Madrid, 1960, traducción, notas y estudio preliminar de José Manuel Pabón y Manuel Fernández Galiano, 2 vol; Aristóteles, Política, libros III, cap. 6 -8, IV, cap. 4-12 y VI; se ha manejado la edición bilingüe del CEC, Madrid, 1983, traducción de Julián Marías y María Araujo, introducción de Julián Marías; Santo Tomás de Aquino, De Regimine Principum, libro I, cap. VI; se ha manejado la versión latina de Marietti, Turín, reimpresión de 1971. De esta última obra puede verse la versión española editada por Tecnos con el título La Monarquía, Madrid, 3ª edic. 1995, Estudio Preliminar, traducción y notas de Laureano Robles y Angel Chueca.

(22) Cfr. Sir John Fortescue, The Governance of England, op. cit. caps. 2 y 3.; Sir Thomas Smith, De Republica Anglorum, op. cit. Libro I, cap. 6 y Libro II, cap. 1; Richard Hooker, Of the Lawes of Ecclesiastical Politie, op. cit., Libro VIII, caps. 3 a 6.

(23) Para Bodino, en efecto, "*la première marque du prince souverain c'est la puissance de donner loi à tous en général et à chacun en particulier, qui est incommunicable aux sujets...sous cette même puissance de donner et casser la loi sont compris tous les autres droits et marques de souveraineté... comme décerner la guerre ou faire la paix; connaître en dernier ressort des jugements de tous magistrats; instituer et destituer les plus grands officiers; imposer ou exempter les sujets de charges et subsides; octroyer grâces et dispenses contre la rigueur des lois; hausser o baisser le titre, valeur et pied des monnais...*" Jean Bodin, Les Six Livres de la Republique, Libro I, Capít. 11. Se ha consultado la cuidada edición de Fayard, Corpus des Oeuvres de Philosophie en Langue Française, Fayard, París, 1986, seis vol.

(24) Cfr. Jean Bodin, Les Six Livres de la Republique, edic. cit., Libro II, caps. I a VII.

(25) Sobre ello se extiende W. Ullmann en Principios de gobierno y Política en la Edad Media, Alianza Universidad, 1985, pp. 171 y ss. y 207 y ss.

(26) Como observa García Pelayo, "... mientras en la mayoría de los países continentales la concentración (de poder) tuvo lugar en manos del monarca, en Inglaterra se verificó en el Parlamento. La variación es primordialmente de titular, pero no de calidad de poder: al igual que el monarca continental, el Parlamento se hizo supremo, no ligado al Derecho anterior, sino superior a él; de la misma manera que en el continente se conservaron, a veces, formalmente las Cortes o los Estados Generales, pero quedando subordinados al monarca, de la misma manera, pero al revés, en Inglaterra el monarca quedó finalmente subordinado al Parlamento, hasta el punto de poderse definir la prerrogativa como el remanente de poder que el Parlamento ha dejado al Rey... Queda, pues, claro que en Inglaterra se produce el mismo fenómeno de concentración de poder que en los Estados continentales; es decir, el fenómeno de la soberanía, si bien es otro el sujeto real de ella", Manuel García Pelayo, Derecho Constitucional Comparado, Alianza Universidad, Madrid, 1984, pp. 250-251.

(27) Apud. J. P. Kenyon, The Stuart Constitution. 1603-1688. Documents and Commentary, CUP, 2ª edición, 1986, p. 11.

(28) Cfr. G. P. Gooch, Political Thought in England: from Bacon to Halifax, OUP,

Londres, 1955, reimpresso por AMS Press, Nueva York, 1977, pp. 13-22. Sobre el debate político y constitucional inglés durante los Estuardo, vid. también J. W. Allen, *English political Thought, 1603-1660*, Londres, 1983. 2 Vol, así como el reciente estudio de Conal Condren, *The Language of Politics in Seventeenth Century England*, St. Martin's Press, New York, 1994.

(29) John A. Pocock, *La ricostruzione di un impero. Sovranità britannica e federalismo americano*, Piero Lacaita Editore, Manduria, Bari, Roma, 1996, p. 16.

(30) Apud, Mauro Capelletti, *Alcuni precedenti storici del controllo giudiziario delle leggi*, en Giuseppe Maranini (ed.), *La Giustizia Costituzionale*, Vallecchi Editori, Florencia, p. 23.

(31) Cfr. Edward S. Corwin, *The "Higher Law" background of American Constitutional law*, II, "Harvard Law Review", n° 3 (1929), pp. 366-380 (de este autor vid. asimismo la primera parte de este artículo en el n° 2 de la misma Revista (1928); Mauro Capelletti, *Alcuni precedenti storici del controllo giudiziario delle leggi*, op. cit. pp. 22 a 26; Roberto Blanco Valdés, *El valor de la Constitución*, Alianza Universidad, Madrid, 1994, pp. 119-120. Sobre este libro, vid. mi extenso comentario *Constitución y ley en los orígenes del Estado Liberal*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 45, 1995, pp. 347-365.

(32) G. P. Gooch, *Political Thought in England*, op. cit. p. 44. Vid., en general, pp. 41-49. Como resume García Pelayo, "la doctrina de Coke representa la tesis reaccionaria del Derecho histórico frente a la tesis progresiva del Rey, y más tarde del partido parlamentario; es decir, la de que el Derecho responde a un plan racionalizado. Era contraria a concretar la soberanía en una institución cualquiera que no fueran los jueces...". *Derecho Constitucional Comparado*, op. cit., p. 262. O. Hood Phillips recuerda, no obstante, que las tesis que sostuvo Coke en el *Bonham's Case*- en un *obiter dicta*, por cierto- eran contrarias a las que sustenta en sus *Institutes*; y añade: como *Law Officer*, Coke defendía la prerrogativa regia, como Juez la supremacía del *Common Law* (que él equipara con la razón) y como parlamentario la soberanía del Parlamento. *Constitutional and Administrative Law*, op. cit., p. 48.

(33) *Ibidem*, p. 17. Vid. Estas tesis las expuso este mismo autor en un libro anterior, de gran interés, *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, Cambridge, 1957, reeditado en 1987.

(34) Cfr. Glenn Burgess, *The Politics of the Ancient Constitution: An Introduction to English Political Thought, 1600-1642*, Macmillan, London, 1992, caps. 1 y 2.

(35) Apud, C. H. Macilwain, *The High Court of Parliament and its Supremacy*, 1912, p. 390. Por su parte, Prynne, en *Sovereign Power of Parliaments and Kindgdoms*, publicado en 1643, intentó mostrar que las bases de la Constitución descansaban en el Parlamento y no en la persona del Rey. Apud, Geoffrey Marshall, *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth*, OUP, 1957, p. 48.

(36) Su texto puede verse en *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625-1660*, seleccionados y editados por Samuel Rawson Gardiner, 3ª edición revisada, OUP, reimpresión de 1968, 249-254.

(37) J. G. A. Pocock, *La ricostruzione di un impero...* op. cit. pp. 24 y 25, así como el comentario que en este mismo libro hace de este pasaje Cesare Pinelli en pp. 117-8, en donde recuerda el influjo de esta concepción del gobierno o monarquía mixta en Blackstone. Acerca del debate sobre la soberanía y la monarquía mixta, vid. asimismo, Corinne C. Weston y Janelle R. Greenberg, *Subjects and Sovereigns. The Great Debate over Sovereignty in Stuart England*, Cambridge, 1981; Michael J. Meedle, *Dangerous Positions: Mixed Government, Estates, and the Answer to the XIX Propositions*, Alabama, 1985. M. J. C. Vile entiende, a diferencia de Pocock, que la concepción del Estado inglés como mixtura de monarquía, aristocracia y democracia, encarnadas por el Rey, los Lores y los Comunes, ya estaba presente en Fortescue y Smith, cfr. M. J. C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, OUP, Oxford, 1967 p. 37.

(38) Cfr. Johann P. Sommerville, *Introduction a Filmer, Patriarca and other writings*, CUP, Oxford, 1991, pp. XV-XVIII XXXII a XXXIV. El título completo de esta obra era *Patriarcha. The naturall power of Kinges defended against the Unnatural Liberty of the People*.

(39) Este escrito puede verse en la obra citada anteriormente, pp. 131-171.

(40) Cfr. Thomas Hobbes, *Leviathan or The Matter, Forme and Power Of A Commonwealth Ecclesiasticall and Civil*, Londres, 1651. Primera Parte, cap. XV in fine. Se ha consultado la edición de Penguins Books, Londres 1984, con una Introducción de C.B. Mapherson.

(41) Cfr. *ibidem*, Primera parte, Libro 1º, cap. XXVI.

(42) Cfr. los dos artículos de Norberto Bobbio, *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica de Hobbes y Hobbes e il giusnaturalismo*, ambos en su libro *Da Hobbes a Marx*, Morano editore, 2ª edición, 1971, pp. 11 a 74. M. Cattaneo, en su libro *Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham, Austin* (Milán, 1962), considera a Hobbes "el primer representante del positivismo inglés", p. 46.

(43) Cfr. Thomas Hobbes, *Leviathan*, op. cit., Segunda parte, capítulo XXIX. Además de las tres citadas, es preciso tener en cuenta una cuarta obra de Hobbes: *A Dialogue Between a Philosopher and a Student of the Common Law of England*, compuesta alrededor de 1666 y en donde se critican algunas doctrinas que Edward Coke había sustentado durante los reinados de Jacobo I y Carlos I sobre el papel del Common Law en el sistema jurídico inglés. Se ha consultado la versión española de Miguel Angel Rodilla, Tecnos, Madrid, 1992.

(44) Sobre el pensamiento político de Sidney, en particular el que expone en *Discourses concerning Government*, vid. G. P. Gooch, *Political Thought in England. Bacon to Halifax*, op. cit. pp. 126-132. Vid., asimismo, Paulette Carrive, *La vie et la pensée politique d'Algernon Sidney*, en *La Pensée Politique Anglaise de Hooker a Hume*, op. cit. pp. 248-268.

(45) Conviene no olvidar, sin embargo, que junto al restablecimiento de la soberanía del parlamento, los revolucionarios de 1688 pretendieron garantizar la unidad del Estado y de la Iglesia anglicana. Tanto para lo primero como para lo segundo, Jacobo II era un

obstáculo, pues sus veleidades absolutistas era tan claras como sus simpatías por el catolicismo. En estos dos paradigmas de la revolución de 1688, el constitucional y el eclesiástico, insiste J. G. A. Pocock en *La ricostruzione di un impero...* op. cit., pp. 39 a 44.

(46) El texto de la Declaración de Derechos de 13 de Febrero de 1689 puede verse en W. C. Costin y J. Steven Watson, *The Law and Working of the Constitution. Documents*, Adam and Charles Black, Londres, 2ª edic. 1961, 2 vol. 1660-1914, vol. 1, pp. 67-74.

(47) El texto de esta ley en *ibidem*, vol. I, pp. 79-80.

(48) El texto de esta ley, en *ibidem*, vol. I, pp. 92-96.

(49) Cfr. Peter Laslett, *The English Revolution and Locke's Two Treatises of Government*, publicado inicialmente en la *Cambridge Historical Journal*, vol. 12, nº 1, pp. 40-55 y reproducido en la obra colectiva *John Locke. Critical Assessments*, edited by Richard Ashcraft, Routledge, Londres y Nueva York, 1991, Vol. I, pp. 32-50, por donde se ha consultado aquí. Vid, también el reciente artículo de J. R. Milton, *Dating Locke's Second Treatise*, en *History of Political Thought*, Vol. XVI, nº 3, Otoño, 1995, pp. 356-7.

(50) C. B. Macpherson recuerda que cuando Hobbes describe el estado de Naturaleza está pensando en la sociedad civil inorganizada políticamente, esto es, en la sociedad burguesa sin Estado, *Teoría política del individualismo posesivo*, Fontanella, Barcelona, 1970, pp. 28 y ss.

(51) Sobre la gnoseología que Locke expone en *An Essay concerning Human Understanding*, vid. J. L. Mackie, *Problems from Locke*, Clarendon Press, Oxford, 1976. Vid, asimismo, los trabajos de Shadia B. Drury, Douglas Odegard y Sterling P. Lamprecht en los Vol. II y IV de *John Locke, Critical Assessments*, edited by Richard Ashcraft, Routledge, Londres y Nueva York, 1991. George Sabine sintetiza la incongruencia de Locke al señalar que: " su filosofía política como un todo presenta la anomalía de una teoría del pensamiento empírica por lo general, junto con una teoría de las ciencias y un procedimiento de la ciencia política racionalistas", *Historia de la Teoría Política*, FCE, México-Madrid-Buenos Aires, 1981, p. 391.

(52) *An Essay concerning the True Original Extent and End of Civil Government*, cap. XIV, párrafo 159. Se ha consultado la edición de *Everyman's Library*, John Locke, *Two Treatises of Government*, Londres, 1986, con una Introducción de W. S. Carpenter.

(53) Sobre la idea del Gobierno por consentimiento de los gobernados, clave en la filosofía política lockeana, vid, Jules Steinberg, *Locke, Rousseau and the Idea of Consent. An Inquiry into the Liberal-Democratic Theory of Political Obligation*, Greenwood Press, Westport, Connecticut, London, England, 1940, cap. 3 "Locke and the idea of consent", pp. 53-79.

(54) "... A pesar de disponer de tales derechos (naturales) en el estado de Naturaleza, es muy inseguro en ese estado el disfrute de los mismos, encontrándose expuesto

constantemente a ser atropellado por otros hombres...La finalidad básica y principal que buscan los hombres al reunirse en Estado o comunidades, sometiéndose a un gobierno, es la de salvaguardar sus bienes; esa salvaguardia es muy incompleta en el estado de naturaleza". Ibidem, cap. IX, párrafos 123 y 124.

(55) An Essay concerning the True Original Extent and End of Civil Government, ed. cit. caps. I, II, y VII a XIV. Sobre las relaciones entre Hobbes y Locke, vid. el cap. 7 de la conocida obra de John Dunn The Political Thought of John Locke. An Historical Account of the Argument of the "Two Treatises of Government", CUP, 1969, pp. 77 y ss.

(56) Cfr. Sir Frederick Pollock, Locke's Theory of the State, en John Locke, Critical Assessments, op. cit. vol. III, p. 8.

(57) Cfr. M. J. C. Vile, Constitutionalism and the Separation of Powers, OUP, Oxford, 1967, caps. segundo y tercero, pp. 55 a 57.

(58) An Essay concerning the True Original Extent and End of Civil Government, ed. cit. cap. IX, párrafos 128, 129 y 130.

(59) Ibidem, cap. IX, párrafos 124, 125 y 126. A esta clasificación tripartita se refiere ya en los párrafos 87 y 88.

(60) M. J. C. Vile, Constitutionalism..., op. cit. p. 59.

(61) Nicola Matteucci, al exponer la doctrina lockeana de la división de poderes, recuerda que desde la Edad Media en Inglaterra "la instancia judicial estaba representada por el Rey- con los jueces que dependían de él- y por el Parlamento, que era el Tribunal Supremo", Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno, UTET, Turín, 1988, p. 104.

(62) An Essay concerning the True Original Extent and End of Civil Government, ed. cit. cap. XIV, párrafo 159.

(63) Ibidem, cap. XII, párrafo 143.

(64) Cfr. ibidem, cap. XII, párrafo 144.

(65) Ibidem, capítulo VII, párrafos 90 y 91.

(66) George Macaulay Trevelyan, Historia Política de Inglaterra, Fondo de Cultura Económica, México, 2ª edic. 1984, p. 284. El Parlamento Largo, añade este historiador-excelente, pero de un nacionalismo a veces insufrible-" no sólo impidió a la monarquía inglesa convertirse en un absolutismo del tipo que entonces se generalizaba en Europa, sino que hizo un gran experimento en el gobierno directo del país y del imperio mediante la Cámara de los Comunes", ibidem.

(67) Cap. XII, párrafo 143.

(68) Lo recuerda M. J. C. Vile en el libro ya citado, p. 60. Sobre la doctrina lockeana de

la división de poderes, vid. en general, pp. 58 a 67.

(69) *An Essay concerning the True Original Extent and End of Civil Government*, ed. cit, cap. XII, párrafo 147.

(70) *Ibidem*, cap. XIII, párrafo 151. Vid, también, el párrafo 152.

(71) *Ibidem*, cap. XIII, párrafo 154.

(72) *Ibidem*, cap. XIII, párrafo 156.

(73) *Ibidem*, cap. XIII, párrafo 151. Téngase presente, además, que en el cap. XIV de la obra que ahora se glosa Locke otorga al monarca constitucional unos amplios poderes de prerrogativa, como el de "tomar las medidas oportunas mientras no pueda reunirse el órgano legislativo", párrafo 159. Sobre este extremo, vid. M. J. C. Vile, op. cit. p. 65.

(74) *Ibidem*, cap. XIII, párrafo 143.

(75) Cfr. Alessandro Passerin D'Entreves, *La Noción del Estado*, Centro de Estudios Universitarios, Madrid, 1970, p. 138 y en general todo el cap. séptimo de la segunda parte, "Estado mixto y división de poder".

(76) Cfr. *Constitutionalism...* op. cit. p. 64.

(77) Cfr. *An Essay concerning the True Original Extent and End of Civil Government*, ed. cit, párrafo 132.

(78) *Ibidem*, párrafo 213.

(79) *Ibidem*, cap. XIII, párrafo 150. Locke añade: "como la forma de gobierno depende de que se coloque el poder supremo, que es el legislativo, en unas u otras manos, la forma de gobierno del Estado dependerá de la manera como se otorgue el poder de hacer las leyes, porque es imposible concebir que un poder inferior dé ordenes a otro superior". *Ibidem*, cap. X, párrafo 132.

(80) Cfr. *ibidem*, caps. XI, XII y XIII.

(81) Ya en el cap. II, Locke se refiere al "juicioso Hooker", cuyo libro, aquí comentado, *On the Lawes of Ecclesiastical Politie*, cita elogiosamente en los párrafos 5 y 15 de este capítulo, así como a lo largo del capítulo XI, titulado "Del alcance del poder legislativo".

(82) Cfr. M. J. C. Vile, *Constitutionalism...* op. cit. pp. 62-64, subrayados del autor.

(83) Nicola Matteucci, op. cit. pp. 102-3.

(84) *An Essay concerning the True Original Extent and End of Civil Government*, ed. cit. cap. XI, párrafos 134 a 142, especialmente este último, que es un resumen de los demás.

(85) Sir Frederick Pollock, *Locke's Theory of the State*, op. cit. p. 9.

(86) J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, OUP, 1955, reprint by Fred B. Rothman and Co. Littleton, Colorado, 1985, p. 167.

(87) *An Essay concerning the True Original Extent and End of Civil Government*, ed. cit, cap. XIII, parágrafo 149. J. W. Gough observa que en los límites al poder legislativo reconocidos por Locke se percibe el influjo de doctrinas muy antiguas, como la máxima *salus populi*. *Fundamental Law...* op. cit. p. 168. Sobre esta máxima, Locke dirá: "... *salus populi, suprema lex* es una regla tan justa y tan fundamental, que quien la sigue con sinceridad no puede equivocarse de un modo peligroso". *An Essay concerning the True Original Extent and End of Civil Government*, ed. cit. cap. XIII, parágrafo 158.

(88) Sobre la doctrina lockeana del derecho de resistencia, vid. Julian H. Franklin, *John Locke and the Theory of Sovereignty. Mixed Monarchy and the Right of Resistance in the Political Thought of the English Revolution*, CUP, Cambridge, 1981, pp. 91-97. Vid, asimismo, el cap. 3 del libro de Ruth W. Grant, *John Locke's Liberalism*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1987.

(89) Cfr. A. H. Maclean, George Lawson and John Locke, en "Cambridge Historical Journal", IX, nº 1, 1947, pp. 68-77, reproducido en el libro, ya citado, John Locke. *Critical Assessments*, Vol. I, pp. 110-119.

(90) *John Locke and the Theory of Sovereignty...* op. cit. passim.

(91) Franklin recuerda, en efecto, que mientras la doctrina de la soberanía popular sustentada por los monarcómacos durante el siglo XVI era incompatible tanto con la doctrina de la monarquía limitada como con la monarquía mixta- cuyos perfiles, por otra parte, no estaban del todo claros para los tratadistas de la época, según Pocock puso de relieve, como se ha visto-, los teóricos constitucionales del siglo XVI y de principios del XVII entendían que el principio de soberanía popular era incompatible con la parcial independencia que el rey debía gozar en una monarquía mixta o limitada.

(92) Cfr. Julian H. Franklin, *John Locke and the Theory of Sovereignty*, op. cit. pp. IX, 53, 87 y 88.

(93) *Ibidem*, p. 89.

(94) Cfr. *ibidem*, pp. IX-X.

(95) Cfr. *ibidem*, pp. 98-99.

(96) Cfr. *ibidem*, p. 100.

(97) Sobre la vida política y constitucional durante esta época, vid. Basil Williams, *The Whig Supremacy, 1714-1760*, Oxford History of England, 2ª edición revisada por C. H. Stuart, OUP, 1962; R. R. Walcott Jr. *English Party Politics in The Early Eighteenth Century*, CUP, 1965; J. H. Plumb, *The Growth of political Stability in England, 1675-1725*, Londres, 1967; W. A. Speck, *Tory and Whig. The Struggle in the Constituencies: 1701-1715*, Londres, 1970; E. Neville Williams, *The Eighteenth-Century Constitution*.

1688-1815, CUP, 1977; L. Colley, *In Defiance of Oligarchy: The Tory Party (1714-1760)*, CUP, 1982; G. Suart de Krey, *A fractured Society: The politics of London in the first age of party: 1688-1715*, OUP, 1985; Jeremy Black, *Robert Walpole and the Nature of Politics in Early Eighteenth Century England*, Macmillan, Londres, 1990.

(98) Esta ley estableció que el mandato de los Comunes duraría siete años- y no tres, como había establecido la *Triennial Act*, de 1694-, a menos que el Monarca disolviese antes la Cámara. Con la *Septennial Act* se pretendía retrasar en cuatro años unas elecciones que, de convocarse en el plazo legalmente establecido entonces, podrían ganar los partidarios de los Estuardos o, como decía la ley, "*the Popish Faction*". Esta ley, al afectar a la propia Cámara de los Comunes que la aprobaba, venía a reconocer de forma indisputable que la soberanía residía en el Parlamento, esto es, en el Rey, los Lores y los Comunes, y no- como defendieron sus detractores- en el pueblo, que, al fin y al cabo, había elegido a los Comunes para un mandato de tres años y no de siete. El texto de esta ley en W. C. Costin y J. Steven Watson, *The Law and Working of the Constitution*, op. cit. vol. I, pp. 126-7. Un jugoso comentario en A. V. Dicey. Cfr. *An Introduction...* op. cit. pp. 44-48.

(99) Sobre el duelo político y constitucional entre Walpole y Bolingbroke, vid. M. J. C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, op. cit. pp. 69-75; J. H. Plumb, *Sir Robert Walpole. Vol. 1. The Making of a Statesman*, Londres, 1956 y vol. 2. *The King's Minister*, 1961; H. T. Dickinson, *Bolingbroke*, Constable, Londres, 1970; Isaac Kramnick, *Bolingbroke and his Circle. The Politics of Nostalgia in the Age of Walpole*, Cornell University Press, Ithaca and London, 1992.

(100) Un reciente aproximación a la teoría del Estado y al pensamiento constitucional de David Hume, en Joaquín Varela Suanzes, *Estado y Monarquía en Hume*, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 22, Madrid, 1995, pp. 59-90.

(101) Cfr. por ejemplo, *Of the Parties of Great Britain*, en el vol. 3, pp. 133-144, de David Hume, *The Philosophical Works*, edición de Thomas Hill Green y Thomas Hodge Grose, 4 vol, Londres, 1882-1886, reimpresión por Scientia Verlag Aalen, 1964. Salvo indicación expresa, por esta edición se harán en adelante todas las citas de Hume, señalándose volumen y página. La mayoría de las obras que se citan aquí son breves ensayos agrupados bajo el título de *Essays, Moral and Political*, publicados entre 1741 y 1742, o de *Political Discourses*, que vieron la luz en 1752. Una selección de ambas obras se publicó entre 1753 y 1754 con el título de *Essays and Treatises on several subjects*, y en 1758 bajo el de *Essays Moral, Political and Literary*. En esta selección se incluían también tres ensayos, *Of Natural Character*, *Of the Original Contract* y *Of Passive Obedience*- estos dos últimos de gran relevancia para el asunto que se trata ahora-, que se habían publicado en 1748 de forma independiente.

(102) *Of passive obedience*, vol. 3, pp. 460-1.

(103) " ... el simple nombre de rey merece escaso respeto; y hablar de un rey como representante de Dios en la tierra o darle cualquiera de aquellos rimbombantes títulos que antes deslumbraban a las gentes, provocaría la risa", *Whether the British Government inclines more to Absolute Monarchy, or to a Republic*. Vol. 3, p. 125.

(104) Sobre el influjo de Hume en el pensamiento británico de su siglo, vid. la clásica

obra de Leslie Stephen, *History of English Thought in the Eighteenth Century*, Londres, 1881, vol. 1, pp. 309 y ss. y vol. 2. pp. 179 y ss.

(105) Sobre ello insiste F. A. Hayek en *The Legal and political philosophy of David Hume*, Vol. III de las *Collected Works of F. A. Hayek*, The University of Chicago Press, Chicago, 1991, pp. 101-118, en donde destaca una faceta de Hume poco conocida: la de jurista o, más exactamente, la de teórico del Derecho.

(106) Dos libros que pueden verse en los vol. 2 y 4, respectivamente, de la obra citada en la nota 101, David Hume, *The Philosophical Works*.

(107) En este aspecto insiste David Miller en *Philosophy and ideology in Hume's political thought*, Clarendon Press, Oxford, 1981, p. 2.

(108) "El hombre- escribe en su importante ensayo *Of the origin of Government*-, nacido en el seno de una familia, ha de mantener la vida social por necesidad, inclinación natural y hábito", vol. 3, p. 113.

(109) Sobre la idea humeana de convención, un concepto clave en su teoría política, vid. André-Louis Leroy, *David Hume*, Presses Universitaires de France, París, 1953, cap. XVI, reimpresión de Arno Press, Nueva York, 1979, pp. 225-240.

(110) Cfr. cap. III, parte II, Libro III del "*Treatise of Human Nature*", intitulado *Of the rules, which determine property*, Vol. II, pp. 273 y ss. Sobre las "reglas de justicia", otro concepto fundamental en su teoría del Derecho y del Estado, vid. José Martínez de Pisón, *Justicia y Orden Político en Hume*, CEC, Madrid, 1992, pp. 280-295.

(111) *Of the origin of Government*, vol. 3, p. 113.

(112) Sobre las reflexiones de estos dos autores acerca del contrato social se extiende Ernest Barker en *The theory of the social contract in Locke, Rousseau and Hume*, en *Essays on Government*, OUP, 1965, pp. 86-119.

(113) *Of the Original Contract*, vol. 3, pp. 447 y 450

(114) *Of the Original Contract*, vol. 3, pp. 447 y 450

(115) *Ibidem*, vol.3, pp. 455-6.

(116) *Of the original Contract*, vol. 3, p. 455.

(117) Cfr. *Of the origin of Government*, vol. 2, pp. 300-304 y *Of The First Principles of Government*, vol. 3, pp. 109-117. La palabra *Government* no debe traducirse por "Gobierno"- como tantas veces se hace-, sino por "Estado".

(118) *A Treatise of Human Nature*, vol. 2, p. 328.

(119) Cfr. Frederick G. Whelan, *Time, Revolution and Prescriptive Right in Hume's Theory of Government*, en *Utilitas*, vol. 7, nº 1, Mayo, 1995, pp. 98-107.

- (120) Treatise of Human Nature, vol. 2, Libro III, parte II, cap. X, p. 325.
- (121) Of Passive Obedience, vol. 3, pp. 462-3.
- (122) Cfr. vol. 3, p. 120.
- (123) Sobre estos asuntos, vid. mi trabajo, citado anteriormente, Estado y Monarquía en Hume, pp. 80-90.
- (124) On the Independency of Parliament, vol. 3, p. 120.
- (125) Ibidem, pp. 120-121. En nota añade Hume: " con esta "influencia de la Corona", que hallo justificada, me refiero sólo a la nacida de los cargos y honores que el monarca puede conceder. En cuanto a la práctica del *soborno* privado, puede ser equiparado a la práctica de utilizar espías, escasamente justificable en un buen ministro e infame en uno malo...".
- (126) Of Civil Liberty, vol 3, p. 161. El derecho, para Hume, era "fuente de toda seguridad y felicidad", como dirá en su ensayo Of The Rise and Progress of the Arts and Sciences, Vol. 3. p. 185.
- (127) On the Independence of Parliament, vol. 3, p. 116.
- (128) Of the origin of Government, vol. 2, pp. 300.
- (129) Se ha consultado la edición de 1814, en 4 volúmenes, corregida por el propio autor, Londres, printed at the revived Apollo Press. Todas las citas de Blackstone se harán por el volumen primero de esta edición, advirtiéndose si se trata de la Introducción o del Libro primero. En el primer caso se citará la sección y en el segundo el capítulo y la página.
- (130) Además de las ocho ediciones que vieron la luz en vida del autor, David Lieberman recuerda que entre 1783 y 1849 los "Comentarios" fueron editados otras quince veces. A mediados del siglo XIX, la obra fue profundamente revisada por H. J. Stephen y a partir de esta revisión siguió siendo publicada a lo largo del siglo XX. Cfr. David Lieberman, The Province of Legislation determined. Legal theory in eighteenth-century Britain, CUP, 1989, pp. 31-2. Vid, también, Sir William Holdsworth, Some Makers of English Law, CUP, 1938, pp. 238 y ss y p. 266.
- (131) Cfr. Editorial Introduction al Bracton's Note Book, 3 vol. Londres 1887, apud D. Lieberman, op cit.. p. 31.
- (132) Cfr. Commentaries, Introducción, II, p. 67. En igual sentido, pp. 64 y 68.
- (133) Ibidem, l. I, cap. VII. p. 246.
- (134) Ibidem, l. I. cap. VI, p. 242. Sobre la decisiva influencia de Montesquieu en Blackstone, vid. F. T. H. Fletcher, Montesquieu and English Politics (1750-1800), 1939, reeditado por Edward Arnold and Co. Londres, sin fecha, especialmente pp. 107- 151.

- (135) *Ibidem*, l. 1. cap. VI, p. 247.
- (136) *Ibidem*, l. I, cap. VI, pp. 242-4.
- (137) *Ibidem*, l. I. Cap. VII, p. 253.
- (138) *Ibidem*, l. I. cap. VII, p. 258-9. Sobre el derecho de resistencia en Blackstone, vid. E. Barker, op. cit. p. 146.
- (139) *Ibidem*, l. I, c. II, p. 174.
- (140) *Ibidem*, l. 1, cap. III, p. 223. Comentando este párrafo, Stanley Katz escribe: "Blackstone es optimista, como correspondía a un historiador *Whig*, pero, como político conservador y realista, era consciente de que una generalizada aceptación del derecho a la revolución( aunque atractivo en principio) podría suponer una continua invitación a la anarquía. Con el objeto de minimizar el derecho a la revolución, Blackstone debía justificar la confianza en las instituciones de gobierno existentes", Stanley W. Katz, *Introduction al Libro Primero de los Commentaries on the Law of England*, de William Blackstone, A Facsimile of the first edition of 1765-1769, The University of Chicago Press, 1979, Vol. 1, pp. X-XI.
- (141) *Commentaries*, l. I, cap. II, p. 182.
- (142) *Ibidem*, l. 1. cap. II. p. 171.
- (143) *Ibidem*, l. 1, cap. II, p. 172.
- (144) *Ibidem*, Introducción, II, p. 72.
- (145) Cfr. John V. Jezierski, *Parliament or People: James Wilson and Blackstone on the nature and location of Sovereignty*, en *Journal of the History of Ideas*, XXXII, 1971, pp. 96-106.
- (146) *Commentaries*, l. I. c. II. pp. 166 y 173.
- (147) Cfr. los siete primeros capítulos del libro primero de sus "Comentarios", especialmente, pp. 142-144, 160 a 168 y 252. Vid, asimismo, M. J. C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, op. cit. pp. 102-105.
- (148) *Commentaries*, Introducción, II, p. 71. Vid, asimismo, pp. 69- 72 y l. I, cap.II, pp. 166-167.
- (149) *Ibidem*, l. I, c. II. p. 160.
- (150) *Ibidem*, Introducción, II, p. 67. Blackstone añade que era un requisito esencial para poder hablar de ley el que fuese elaborada por el soberano, esto es, por el poder legislativo, (*ibidem*, p. 67). En las pp. 69 y 72 insiste en identificar la soberanía con la facultad de crear leyes.
- (151) *Ibidem*, l. I, cap. II. p. 173.

- (152) Ibidem, l. I, c.II, p. 173. Ver también p. 198.
- (153) Ibidem, l. 1. cap. II, p. 198.
- (154) Cfr. Ibidem, Introducción, II, p. 62.
- (155) Ibidem, l.1. cap. I. p. 139.
- (156) Ibidem
- (157) Ibidem, l. I, cap. I, p. 144.
- (158) Cfr. Sir Ernest Barker, *Blackstone on the British Constitution*, en *Essays On Government*, OUP, 2ª edición, 1965, p. 129. Vid, también, pp. 135 y 136 nota 2. Sobre el iusnaturalismo de Blackstone, vid. asimismo, Michael Lobban, *Blackstone and the Science of Law*, en *The Historical Journal*, 30, 2, 1987, p. 312, y D. Lieberman, op. cit. pp. 37-38.
- (159) Sir Ernest Barker, *Blackstone on the British Constitution*, op. cit. p. 136.
- (160) Sobre ello se extiende D. Lieberman, op. cit. pp. 40-49.
- (161) Ibidem, l. 1º. cap. I, p. 142.
- (162) Durante el siglo XVII se había pretendido ya equiparar la *Carta Magna* con las declaraciones de derechos aprobadas durante esa centuria, a pesar de que aquella se había limitado a garantizar los privilegios de los estamentos, mientras éstas proclamaban los derechos y libertades de todos los ingleses, con independencia de su extracción social y en un contexto constitucional muy distinto del de la Edad Media. En estas extrapolaciones históricas no sólo seguiría incurriendo Blackstone, como se ve, sino también buena parte de la historiografía posterior, representada por Hallam, Stubbs, Gneist, Glasson y Boutmy. Contra estas extrapolaciones reaccionarían Petit-Dutaillis, Pollard, Pollock, Jolliffe y, sobre todo, Maitland. Cfr. Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, Alianza Universidad, Madrid, 1984, pp. 249-250.
- (163) *Commentaries*, Introducción, I. p. 39.
- (164) *Commentaries*, Introducción, III, pp. 86-7.
- (165) Cfr. *ibidem*, p. 87.
- (166) Stanley W. Katz, op. cit., p. VII.
- (167) *Commentaries*, Introducción, III, pp. 105-6.
- (168) *Ibidem*, p. 106.
- (169) *Ibidem*, Introducción, III, p. 107.

(170) Ibidem, p. 107. Sobre estos extremos, vid, asimismo, D. Lieberman, op. cit. pp. 53-55.

(171) Ibidem, p. 107.

(172) Cfr. ibidem, p. 108. Roland Séroussi, en su estudio recientemente traducido al español, *Introducción al Derecho Inglés y Norteamericano* (Ariel, Barcelona, 1998), recuerda que hasta el último tercio del siglo XIX se mantuvieron en Inglaterra los Tribunales de Equidad (Courts of Equity). "Los litigantes que no estaban de acuerdo con las decisiones de los jueces acudían al rey en busca de amparo o justicia. El Rey, a través del *Lord Chancellor*, clérigo en quien residía la conciencia de la Corona, ejercía la justicia por medio de la Equidad. La Equidad, basada en el Derecho Natural más que en la letra estricta de la ley, la administraba el *Lord Chancellor* con los recursos de Equidad (*equitable remedies*), aplicando libremente principios de conciencia", p. 14, nota 2. Vid, también, pp. 15-17.

(173) Ibidem, Introducción, II, p. 81.

(174) Ibidem, p. 81. Sobre el concepto y alcance de la equidad en Blackstone, vid. D. Lieberman, op. cit. pp. 71-87.

(175) Pp. 250 a 344.

(176) Cfr. l. I. c. VII, pp. 247-8 y 259-260.

(177) Sobre el Royal Assent, cfr. ibidem, l. 1, cap. II, pp. 196-197.

(178) Ibidem, l. 1, c. c. VII, p. 258.

(179) Ibidem, l. 1, cap. II, p. 166.

(180) Cfr. *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, op. cit. p. 7. Sobre este asunto, vid. E. Barker, op. cit., pp. 144 a 146.

(181) Cfr. Libro 1, p. 252. Es muy significativo que en el capítulo IX del Libro Primero de los "Comentarios", titulado *Of subordinate Magistrates*, Blackstone no examina los poderes y deberes de his Majesty's great officers of state, como el Ministro de Hacienda (Lord Treasure), al no ser "objeto de nuestras leyes"(p. 344), mientras que en ese mismo capítulo se detiene a examinar otros cargos de la administración pública, sin duda muchísimo menos relevantes desde un punto de vista constitucional, como los Sheriffs, los Coroners, los Justices of peace, los Constables o los Surveyors...( 345 y ss).

(182) *The Principles of Moral and Political Philosophy*, by William Paley, M. A. Archdeacon of Carlisle, London, Printed for R. Faulder, New Bond Street, MDCCLXXXV.

(183) Una biografía y una recopilación de las obras de W. Paley en *The works of William Paley... with a life by Alexander Chalmers*, 1819, 5 vols. Nueva edición de Edmund Paley, 1830, 6 vol. Una biografía mucho más reciente en Martin Lowther

Clarke, Paley: evidences for the man, 1974. Sobre Paley, vid. también L. Stephen, op. cit. vol. 1, pp. 407 y ss. y vol. 2. pp. 124 y ss.

(184) Principles... op. cit. p. 399

(185) ibidem, p. 414.

(186) Ibidem, p. 417

(187) Ibidem, pp. 414-6.

(188) Ibidem, pp. 417-422.

(189) Ibidem, pp. 462 y 464.

(190) Op. cit., p. 427.

(191) Ibidem, p. 463.

(192) Cfr. Constitutionalism and the Separation of Powers, op. cit., p. 106.

(193) Cfr. los puntos de vista de Paley sobre estos asuntos en The Principles of Moral and Political Philosophy, op. cit., pp. 465 a 500.

(194) Téngase presente que el título completo de este libro era el siguiente: "A Fragment on Government, being An Examination of what is delivered, On the subject of Government in General in the Introduction to Sir William Blackstone's Commentaries with a Preface in which is given a Critique on the Work at large".

(195) A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government, edición de J. H. Burns y H. L. Hart, The Athlone Press, 1975.

(196) Cfr. J. H Burns, Bentham and Blackstone: A Lifetime's Dialectic, en "Utilitas", OUP, vol. I, nº1, Mayo, 1989, pp. 22. Vid., también, Ian Doolittle, Jeremy Bentham and Blackstone's Lectures, en "The Bentham Newsletter", nº 6, Mayo, 1982, p. 23.

(197) A Fragment of Government, CUP, 1988, con una Introduction de Ross Harrison, Prefacio, parágrafo 13. Sobre estos extremos, vid. J. H. Burns, Bentham and Blackstone: A Lifetime's Dialectic, op. cit. p. 24.

(198) El *Bristol Adress* puede verse en The Writings and Speeches of Edmund Burke, editados por Paul Langford, OUP, 1981, vol. III.

(199) A Fragment of Government, cap. IV, parágrafo 32. Subrayado de Bentham.

(200) Julián Larios Ramos, Introducción a Fragmento sobre el Gobierno, Aguilar, 1973, p. XVI.

(201) A Fragment on Government, cap. I, parágrafo 36.

(202) Thoughts on the Cause of the Present Discontents, en The Writings and Speeches of Edmund Burke, op. cit. vol. II, pp. 241-323. Sobre las ideas constitucionales que sostiene aquí Burke vid. Michel Ganzin, La Pensée Politique de Edmund Burke, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1972, cap. II, pp. 47-72. Sobre el contexto político de esta obra, vid. J. Brewer, Party Ideology and Popular Politics at the Accession of Georges III, CUP, 1976, pp. 39-138.

(203) A Fragment on Government, op. cit. Cap. III, parágrafo 6.

(204) Sophismes Anarchiques. Examen Critique de Diverses Déclaraations de Droits de l'Homme et du Citoyen, en Jeremy Bentham, Oeuvres en 4 Tomes, traduits pour P. E. L. Dumont et B. Laroche, Reimpression de L'edition de 1829, Bruxelles, Scientia Verlag Aalen, 1969, t. I, pp. 546-576. La primera edición inglesa de esta obra apareció en 1824, con el ya mencionado título de Anarchical Fallacies, pero dentro de un libro más extenso titulado The Book of Fallacies: from unfinished papers of Jeremy Bentham, by a friend, Peregrine Bingham, Hunt, Londres, 1824.

(205) Leslie Stephen, History of English Thought in the Eighteenth Century (1902), Thoemmes Antiquarian Books, Bristol, 1991, II, p. 260. Una visión reciente sobre el pensamiento de Paine en Gregory Claeys, Thomas Paine. Social and Political Thought, Unwin Hyman, Boston, 1989; en particular, pp. 63 y ss. Vid., asimismo el breve estudio de Mark Philip, Paine, OUP, 1989, passim.

(206) Se ha consultado la edición de Penguin Books, Londres, 1984, con una Introducción de Eric Foner.

(207) Esta obra puede verse en Thomas Paine, Political Writings, CUP, 1989, edición e Introducción a cargo de Bruce Kuklic, pp. 1-38.

(208) Rights of Man, ed. cit. p. 143.

(209) Ibidem, p. 141.

(210) Sophismes Anarchiques..., ed. cit., vol. I, pp. 556-7.

(211) Ibidem, t. I, p. 564. Como recuerdan F. Rose y B. Pendás, Bentham había sustentado estas tesis sobre la división de poderes en dos escritos anteriores, False Principle Division of Power y en British Parliamentary Reform, publicados ambos en 1790, en donde señalaba que la principal garantía de la libertad no radicaba en la división del poder público, sino en el control (the accountability) de los gobernantes por los gobernados. Cfr. Frederick Rosen, The origin of liberal utilitarianism: Jeremy Bentham and liberty, en Victorian Liberalism. Nineteenth-century political thought and practice, Routledge, Londres y Nueva York, 1990, pp. 63-4 y Benigno Pendas García, J. Bentham: Política y Derecho en los Orígenes del Estado Constitucional, CEC, Madrid, 1988, pp. 281-288.

(212) Sobre estas dos etapas, vid. J. R. Dindwiddy, "Bentham's Transition to Political Radicalism, 1809-1810", en "Journal of the History of Ideas", nº XXXVI, pp. 683-700; J. H. Burns, "Jeremy Bentham: From radical Enlightenment to Philosophic Radicalism",

en "The Bentham Newsletter", nº 8, Junio de 1984, pp. 4-13; Vid, asimismo, Lea Campos Boralevi, Un Riformatore tra due Rivoluzioni: Jeremy Bentham, en Modelli nella storia del pensiero politico, Saggi a cura di V. I. Comparato, Leo S. Olschki, 1989, vol. II, pp. 117-142.

(213) Como Stephen Conway, por ejemplo. Vid. Bentham and the nineteenth century revolution in government, en Victorian Liberalism, op. cit. pag. 76.

(214) El mejor trabajo sobre el Código Constitucional es el de Frederick Rosen, Jeremy Bentham and Representative Democracy. A Study of the Constitutional Code, Oxford, 1983, passim. Resulta, asimismo, de interés el capítulo quinto del libro, ya citado, de Benigno Pendás García, J. Bentham: Política y Derecho en los orígenes del Estado Constitucional; así como el artículo de Josep M<sup>a</sup> Colomer Teoría de la democracia en el utilitarismo (en torno al pensamiento político de Bentham), REP, nº 57, 1987.

(215) Sobre la larga elaboración de esta obra, vid. la Editorial Introduction al Vol. I. del Constitutional Code, editado por F. Rosen y J.H. Burns en The Collected Works of Jeremy Bentham, OUP, 1991, pp. XI- XLV.

(216) Cfr. Constitutional Code, op. cit. p. 25.

(217) Cfr., ibidem, cap. V, pp. 29 y ss. De esta forma, modificaba en un sentido mucho más democrático las tesis que había sustentado en Principles of Legislation (1802), en Plan of Parliamentary Reform (escrita en 1809, aunque publicada en 1817) y en Radicalism not dangerous (1820).

(218) Cfr. capítulos IV y V, pp. 26 a 29.

(219) Ibidem, cap. VI, pp. 41 y 42. Pendás recuerda a este respecto, que en una obra anterior, Of Laws in General, Bentham viene a distinguir entre el poder constituyente y los poderes constituidos cuando habla del "*originative power*", ejercido por el pueblo, y del "*efficient power*", ostentado por los gobernantes elegidos. Cfr. op. cit. p. 287. Bentham reitera la subordinación del Parlamento al soberano, esto es, al pueblo o cuerpo electoral, en el cap. VII, sección 11, p. 145.

(220) Cfr. ibidem, cap. IV, p. 26; Cap. V, pp. 31-2, y cap. VI, pag. 111. Pendás observa que "Bentham rechaza la *judicial review* de la legislación inconstitucional, porque entra en conflicto con el principio de la omncompetencia del legislador; por tanto, habrá de ser el pueblo quien proceda a la remoción y, si es preciso, promueva la sanción penal para los miembros del legislativo que aprueben *anti- constitutional offences*", op. cit. p. 286.

(221) Cfr. Constitutional Code, op. cit. cap. VIII.

(222) Cfr. ibidem, cap. IX.

(223) A este título general, se añadía la siguiente aclaración: "*being the first part of a series of lectures on Jurisprudence or the philosophy of positive law*". Se ha utilizado aquí la reimpresión de 1970, Burt Franklin, Nueva York, 3 volúmenes, con un bello y agudo Prefacio de su esposa, Sara Austin, a la segunda edición de esta obra, que vio la

luz en 1861, y que se contiene en las páginas I a XXXVI del primer volumen.

(224) Cfr. *The province of Jurisprudence Determined*, ed. cit. vol I. pp. 249 a 251. vid., en general, pp. 248 a 253, en donde se encuentra una matizada e inteligente defensa de la obra de Hobbes.

(225) Sobre las relaciones entre Bentham y Austin, en las que la esposa de éste tuvo mucho que ver, vid. Joseph Hamburger, *Troubled Lives: John and Sarah Austin*, University of Toronto Press, Toronto, 1985. Vid, asimismo, A. D. E. Lewis, *John Austin( 1790-1859), Pupil of Bentham*, en "The Bentham Newsletter", Marzo, 1979, nº2, pp. 18-29.

(226) Sobre el término "*jurisprudence*" en la ciencia jurídica inglesa y en el propio Austin, vid. Gustav Radbruch, *Der Geist des englischen Rechts*, 1958; traducción italiana, *Lo Spirito del Diritto Inglese*, Giuffrè, Milán, 1962, pags. 49-50.

(227) Vol. I. pag. 133. En otra ocasión confiesa que no le concierne examinar" los respectivos méritos y deméritos de las diversas formas de gobierno . *Ibidem*, Vol. I. pag. 247.

(228) Cfr. I, p. 264.

(229) Cfr. *ibidem*, vol. pp. 271-2.

(230) Cfr. *ibidem*, vol. I. p. 284. Vid. en general, las pp. 264 a 316.

(231) Cfr. *ibidem*, vol. I. pp. 284, 293, 296 y 303.

(232) *Ibidem*, vol. I, p. 304.

(233) *Ibidem*, vol, I, pp. 195-197.

(234) *Ibidem*, vol. I. p. 201,

(235) *Ibidem*, vol, I, pp. 203-4.

(236) Cfr. Joaquín Varela Suanzes, *La Monarquía en la teoría constitucional británica durante el primer tercio del siglo XIX*, en "Revista de Estudios Políticos", nº96, Abril-Junio, 1977, pp. 9-41. *Idem*, *Estudio Preliminar a Los Dogmas de la Constitución*, de John James Park, Akalitsmo, 1998 (en prensa).

(237) *Ibidem*, vol. I. pp. 207-8.

(238) *Ibidem*, vol. I, p. 208.

(239) *Ibidem*, p. 209.

(240) *Ibidem*, vol. I. p. 210.

(241) Cfr, *ibidem*, vol. I, pp. 1 a 25, 118-121 y 169-170. Austin hace suyas aquí las

palabras de Hobbes: *"the legislator is he, not by whose authority the law was first made, but by whose authority it continues to be a law"*. Ibidem, pp. 169-170.

(242) *"Strictly speaking, customs, or writings and opinions of lawyers are Law in so far as they have been recognized by judicial decisions, and no further. As we already shewn, there can be no law without a judicial sanction, and until a custom has been adopted as Law by Courts of Justice, it is always uncertain whether it will be sustained by that sanction or not"*. Ibidem, vol. II, p. 236.

(243) Ibidem, vol. II, p. 436.

(244) Ibidem, vol. II, p. 436. Vid. En las pp. 321 A 378, Austin se extiende sobre las diferencias entre las leyes creadas por el Parlamento y las creadas por los Jueces, sosteniendo unas opiniones distintas de Bentham en lo que concierne a estas últimas y al inevitable asunto de la codificación.

(245) Ibidem, vol. II, p. 437.

(246) Ibidem, vol. I. p. 225. Naturalmente, para Austin la soberanía no era un concepto fáctico, sociológico, sino puramente jurídico y, por tanto, formal. Cosa que parece no comprender- o, al menos, no compartir- Sir William R. Anson cuando critica la insistencia de Austin en el carácter unitario e indivisible de la soberanía. Cfr. *The Law and Custom of the Constitution*, OUP, 1922, vol. 1.,pp. 1-4.

(247) Cfr. Ibidem, vol. I. pags. 226-229.

(248) Ibidem, vol. I. pags. 230-231 y 236-238.

(249) Ibidem, vol. I, pags. 228-231

(250) Ibidem, vol. I. pags. 231-2

(251) Cfr. vol. I, pags. 2237-240 y 263.

(252) Cfr. ibidem, pags. XIV- XV.

(253) Estas conferencias y este Curso se recogen en los volúmenes II y III de la obra citada, con el título, que figuraba en la primera edición de 1861, *"Lectures on Jurisprudence, being the sequel to "The Province of Jurisprudence Determined", to which are added Notes and Fragments now first published from the original Manuscripts"*.

(254) Wilfrid E. Rumble, *Nineteenth-Century Perceptions of John Austin: Utilitarianism and the Reviews of The Province of Jurisprudence Determined*, en *Utilitas. A Journal of Utilitarian Studies*, vol. 3, n° 2, Noviembre, 1991, págs. 199-216.

(255) Wilfrid E. Rumble, *Austin in the Classroom: Why were his Courses on Jurisprudence Unpopular?*, en *The Journal of Legal History*, vol. 17, April, 1996, n° 1, pp. 17-40.

(256) Es preciso tener en cuenta que J. S. Mill se inició en el estudio del Derecho de la mano de Austin durante el invierno de 1821-1822, como confiesa en su Autobiografía, en donde traza una penetrante semblanza de Austin, llena de cariño y admiración. Cfr. Autobiografía, Alianza Editorial, Madrid, 1986, pp. 83 y 91-93.

(257) Se ha consultado aquí la décima edición, MacMillan, Londres, 1959, con una Introducción de E. C. S. Wade, pp. XIX a CXCVIII.

(258) E. C. S. Wade y G. G. Phillips recuerdan que en tiempos de Dicey era usual hablar de Inglaterra como sinónimo de la Gran Bretaña o del Reino Unido. Cfr. E. C. S. Wade y A. W. Bradeley, *Constitutional and Administrative Law*, Longman, 11ª edic., Londres, 1993, p. 69.

(259) Cfr. op. cit. p. 39.

(260) Ibidem, p. 39.

(261) Ibidem, pp. 39-40.

(262) Ibidem, p. 40.

(263) Ibidem, p. 40

(264) Cfr. ibidem, pp. 41-50, aunque se olvide de los jurisprudenciales, como le reprocha Geoffrey Marshall. Cfr. *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth*, op. cit. p. 27.

(265) Cfr. pp. 50 a 58.

(266) Cfr. ibidem, pp. 63-4.

(267) Ibidem, p. 59.

(268) Walter Bagehot, *The English Constitution* (1867). Se ha consultado la edición de Fontana Press, con una Introducción de Richard Crossman, Londres, 1993, *passim*. Sobre la infravaloración que Walter Bagehot hizo del papel que la Reina Victoria desempeñó en la actividad política- que comenzó a conocerse de veras cuando se tuvo acceso a su correspondencia personal, vid.: Harold Lasky, *Parliamentary Government in England*, Londres, 1938, pp. 397-8; Sir Ivor Jennings, *The Cabinet System*, CUP, 3ª edición, 1961, p. 353; J. H. Hanham, *The Nineteenth Century Constitution. 1815-1914. Documents and Commentary*, CUP, 1969, p. 24; David Lindsay Keir, *The Constitutional History of Great Britain Since 1485*, Adams and Charles Black, 9ª edición, Londres, 1965, p. 493.

(269) Cfr. ibidem. pp. 74-75. Vid, en general, la impugnación de Austin, en pp. 71-85. Para Sir Ivor Jennings la "soberanía jurídica" a la que se refiere Dicey no es soberanía en absoluto. "Se trata- añade- de un mero concepto jurídico, una forma de expresión que utilizan los juristas para referirse a las relaciones entre el Parlamento y los Tribunales de Justicia". *The Law and the Constitution*, University of London Press, 5ª edic., 1959, pp. 149. Una crítica, jurídicamente infundada, de las tesis de Dicey en Ibidem, pp. 144-176.

(270) Ibidem, p. 60.

(271) Ibidem, p. 62.

(272) El XIII y último de la Segunda parte, pp. 406-414.

(273) Cfr. ibidem, pp. 64-70.

(274) Ibidem, p. 70

(275) Sobre estos extremos, vid. Joaquín Varela Suanzes, Constitución y Ley en los orígenes del Estado Liberal, en "Revista Española de Derecho Constitucional", nº 45, Sept- Dic., 1995, pp. 347-365.

(276) Cfr. ibidem, pp. 87-91. La referencia de Dicey a Bryce en p. 91. Sobre la conexión- no circunscrita a la Gran Bretaña, sino válida para la mayor parte de la Europa constitucional del XIX- entre soberanía del Parlamento, flexibilidad constitucional e imposibilidad de articular un control del constitucionalidad de las leyes, me extiendo en Sobre la rigidez constitucional, en Alessandro Pace/ Joaquín Varela, La rigidez de las constituciones escritas, "Cuadernos y Debates" nº 58, CEC, Madrid, pp. 81-114.

(277) Ibidem, p. 145.

(278) Sobre este influjo, que desde luego no se limitó a la doctrina de la soberanía del Parlamento, vid. la larga Introduction de E. C. S. Wade a la décima edición de Introduction to the study of the law of the Constitution, MacMillan, Londres, 1959, pp. XIX a CXCVIII. Vid. asimismo, el reciente estudio de Jonh F. Mceldowney, Dicey in historical perspective. A Review essay, en Patrick McAuslan y John F. Mceldowney, Law, Legitimacy and the Constitution, Sweets and Maxwell, Londres, 1995. pp. 39-61, así como el número de Invierno de 1985 que la revista Public Law dedica a Dicey and the Constitution. Vid. asimismo, Julia Stapleton, Dicey and his Legacy, en "History of Political Thought", vol. XVI, nº 2, Verano de 1995, pp. 234-256.

(279) Sir Ivor Jennings, The Law and the Constitution, University of London Press, 5ª edic. 1959, p. 144.

(280) H. L. Hart, The Concept of Law, OUP, 2ª edic. 1994, pp. 149-150.

(281) Geoffrey Marshall, Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth, OUP, 1957, p. 1. Por citar tan sólo a un autor más, pues la lista sería muy larga, O. Hood Phillips señala también que " la más importante característica del derecho constitucional británico es la supremacía legislativa( a veces llamada "soberanía") del Parlamento del Reino Unido". Constitutional and Administrative Law, Sweet and Maxwell, Londres, 7ª edic. 1987, p. 25.

(282) Colin R. Mumro, Studies in Constitututonal Law, Butterworths, Londres, 1987, p. 82. Este autor, no obstante, se separa de la doctrina de la soberanía sustentada por Dicey en puntos muy relevantes. Cfr. pp. 83-108.

(283) Lo recuerda Geoffrey Marshall en *Constitutional Theory*, OUP, 1980, p. 43.

(284) Cfr. Geoffrey Marshall, *Constitutional Theory*, op. cit. p. 42. Vid., asimismo, Sidney Kentridge, *Parliamentary Supremacy and the Judiciary Under a Bill of Rights: some lessons from the Commonwealth*, en "Public Law", Spring, 1997, pp. 96-112.

(285) Sobre este asunto, vid. la monografía, ya citada, de Geoffrey Marshall, *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth*, OUP, 1957, passim.

(286) Sobre este particular, vid. Lawrence Collins, *European Community Law in the United Kingdom*, Butterwords, Londres, 1990, pp. 22-23. De esta cuestión, como es lógico, se ocupan todos los Manuales británicos de *Constitutional and Administrative Law*, como, por ejemplo, el de O. Hood Phillips, *Sweets and Maxwell*, 7ª edic. Londres, 1987; pp. 71-82; el de E. C. S. Wade y A. W. Bradley, Longman, Londres y Nueva York, 11ª edic. 1993, pp. 86-7; o, en fin, el de Stanley de Smith y Rodney Brazier, Penguin Books, 7ª edic. Londres, 1994, pp. 84-89. Vid. asimismo, A. W. Bradley, *The Sovereignty of Parliament in Perpetuity ?*, en Jeffrey Jowell y Dawn Oliver, *The Changing Constitution*, OUP, 3ª edic. 1994, pp. 90-98; H. W. R. Wade, *Sovereignty: Revolution or Evolution?*, en "The Law Quarterly Review", vol. 112; octubre, 1996, Londres, pp. 568-575; John Eekelaar, *The death of Parliamentary Sovereignty. A Comment*, en "The Law Quarterly Review", vol. 113; April, 1997, Londres, pp. 185-187.

(287) En lo que concierne a Escocia, vid. *Scotland's Parliament. Fundamentals for a new Scotland Act*, en "The Constitutional Unit", Faculty of Law, University College, London, 1997.

(288) Cfr. Sir Stephen Sedley, *The Sound of Silence: Constitutional Law without a Constitution*, en "The Law Quarterly Review", vol. 110; April, 1994, Londres, pp. 270-291; A. W. Bradley, *The Sovereignty of Parliament in Perpetuity ?*, op. cit. pp. 79- 107; Colin Turpin, *British Government and the Constitution*, Butterwords, 3ª edic. Londres, 1995, pp. 20-36; Geoffrey Marshall, *Parliamentary sovereignty: the new horizons*, en "Public Law", Spring, 1997, pp. 1-5.