

unas claves interpretativas de importancia primordial al lector más interesado en la práctica jurídica. Si a ello se le añade que estas claves proceden de quien ha sido durante varios años el Presidente de dicho Tribunal, se entiende que, más allá de una lectura, este libro resulta ser una reconstrucción completa y 'auténtica' de los temas analizados.

En última instancia, cabe subrayar la portada innovadora de la obra de Gilmar Ferreira Mendes quien, gracias a un seguimiento estructurado de lo dispuesto por la ley, reconstruye además, desde una perspectiva histórica, el avance en el campo normativo objeto de su investigación. Como en el caso de los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad, el autor no se limita a observar las disposiciones del derecho positivo y la práctica jurisprudencial, sino que trata el tema desde una perspectiva profunda,

histórica, observando cómo los mecanismos que analiza se han desarrollado en la tradición jurídica brasileña.

Finalmente, una visión general de este libro nos permite subrayar el alcance global del mismo. Como ya hemos dicho, se premian todas las perspectivas que pueden ser interesantes para el lector de una obra jurídica: la académica, la investigativa y —especialmente en este caso particular— la aplicativa. El texto es exhaustivo en el análisis del instituto *Arguição de descumprimento de preceito fundamental* y la visión del autor, como hombre de las instituciones, confiere a la obra un quid ulterior, el elemento de la experiencia que, aunque puede no ser fundamental en el estudio doctrinal del Derecho, es un valor añadido que la trayectoria personal del Doctor Gilmar Ferreira Mendes aporta por completo.

GIUSEPPE FRANCO FERRARI, *Le libertà. Profili comparatistici*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, 359 pp.

Por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO\*

I. El Profesor Giuseppe Franco Ferrari, catedrático de Derecho público comparado en la Universidad comercial «L. Bocconi», de Milán, en la que es responsable de las enseñanzas de Derecho público, es uno de los más relevantes iuspublicistas italianos. Su enorme capacidad y dinamismo le permite compaginar con la mayor brillantez la dedicación académica, profesional y científica. Valga como punto de referencia, en el plano científico, de lo que acabamos de decir, que en los últimos cuatro años el Prof. Franco Ferrari ha sido el autor o el coordinador de nueve libros. Y aquí nos vamos a encargar de comentar el décimo, algo realmente excepcional. No

queremos olvidar que el Prof. Franco Ferrari fundó hace ya un buen número de años una de las más importantes Revistas europeas de Derecho comparado, la Revista *Diritto pubblico comparato ed europeo*, una publicación verdaderamente de referencia, que desde el primer número ha venido dirigiendo el Profesor de la Universidad Bocconi, quizá, dicho sea al margen, la más importante Universidad italiana en su especialidad.

El libro del Prof. Franco Ferrari nos conduce con verdadero rigor, a través de una perfecta sistematización, por medio de una escritura clara, realmente nítida, que hace posible una lectura amena, algo que no siempre se encuentra en las obras

\* Catedrático de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

científicas, por un largo recorrido histórico sobre el devenir de la libertad en la historia de la civilización. Un recorrido que se inicia en la Antigüedad y se concluye en la Carta Europea de Derechos Fundamentales. En los 21 capítulos en que articula esa evolución, el autor aborda, de modo sucesivo, el sustrato intelectual de la libertad, el diseño y régimen jurídico de las libertades, y las vicisitudes históricas de las mismas, en la Antigüedad, la Edad Media, el período de transición entre lo que el Profesor de Milán denomina los derechos de los antiguos, que visualiza en el pensamiento inglés del siglo XVII, y la libertad de los modernos, ejemplificada por el pensamiento francés del siglo XVIII, el período revolucionario inglés, que encuentra su paradigma en la *Glorious Revolution* y, en lo que ahora interesa, en el *Bill of Rights*, el pensamiento iusnaturalista europeo, en el que se acogen desde Ockham hasta Grozio, Spinoza y Pufendorf, sin olvidar a la Escuela de Salamanca, la Revolución americana, la Revolución francesa, la situación de los derechos y libertades fuera de Francia en el período revolucionario europeo, la libertad en el constitucionalismo de la Restauración, con particular referencia a Francia y Bélgica, los derechos y libertades en el 1848 europeo, el pensamiento iuspublicístico alemán del siglo XIX y principios del XX, la situación de los derechos ante el reto de la democratización del Estado liberal, la experiencia de Weimar, los derechos en las Cartas constitucionales de la primera posguerra, al margen ya del texto de Weimar, las vicisitudes constitucionales de los derechos en el ordenamiento norteamericano, las experiencias totalitarias y su visión (más bien habría que decir su negación) de los derechos, el constitucionalismo inmediato posterior a la Segunda Guerra Mundial, las Constituciones europeas de los años setenta, donde el autor se enfrenta a los códigos constitucionales griego, portugués y español, la época de

la internacionalización de los derechos, el ciclo constitucional de los años noventa y su percepción de los nuevos derechos, y, en fin, la Carta Europea de los Derechos Fundamentales del año 2000.

Esta sumaria enumeración creemos que es suficiente para darnos una idea aproximada de la amplitud y complitud con que el autor enfoca su visión evolutiva de la libertad, una visión en la que se conjuga de modo armónico la historia, la filosofía, el pensamiento político, el Derecho, e incluso la realidad política, lo que ya por sí mismo es un buen reflejo del enorme bagaje intelectual, no digamos ya jurídico, del Profesor Franco Ferrari.

La obra dedica sus dos últimos capítulos a tratar, primero, las garantías jurisdiccionales de los derechos en el contexto europeo, prestando una especial atención a las interacciones entre los Tribunales Constitucionales y la Corte de Estrasburgo, como también a la interacción entre las instancias jurisdiccionales que en Europa actúan en la tutela de los derechos, y que encuentra su punto de referencia en lo que el autor considera como «delicada y enredecida» («delicato e rarefatto») relación existente entre los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo. Y después, algunas categorías generales o dogmáticas que pueden extraerse de este estudio evolutivo de la libertad.

II. En esta larga y casuística evolución hallamos rasgos dignos de ser destacados, como también hitos especialmente significativos en el devenir de la libertad. Nos detendremos a continuación en algunos de ellos, particularmente en los más remotos en el tiempo, que por lo mismo son los menos conocidos, sin que con ello pretendamos, desde luego, detenernos en todas y cada una de las etapas objeto de la atención del autor.

A) La libertad griega, la que el autor denomina libertad de los sabios («liber-

tà dei saggi»), la libertad romana y la libertad cristiana vertebran el tratamiento de los derechos en la Antigüedad. La civilización griega en ningún caso reconocerá la titularidad de derechos frente al poder público, entendidos en el sentido de reivindicar espacios de autonomía del individuo, o bien de la familia o de los grupos sociales. La estructura social, bien en los sistemas de organización prevalentemente democrática, como sería el caso del ateniense, bien, con mayor razón, en aquellos sistemas mixtos con una fuerte connotación colectivista, como ocurriría con el espartano, no concede ámbitos de vida privada que impidan una interferencia por la comunidad o por la opinión pública. Las libertades de los ciudadanos pueden, pues, disfrutarse en el interior de la comunidad, pero no son reivindicables frente a ella. La crisis del modelo político clásico, con la implantación del dominio macedonio, primero, y del romano más tarde, favorecerá en el período helenístico el traspaso de la idea de libertad del terreno del goce social y político al de la relación del individuo con la colectividad. Platón, recuerda nuestro autor, ya se anticipó a este desarrollo, atribuyendo a Sócrates la aportación del *logos*, de la razón, a la turbulencia de los sistemas democráticos.

En el Derecho romano, al menos en la etapa antigua y republicana, la conceptualización de la libertad y de los derechos corresponde, en línea de principio, aunque con algunas diferencias significativas, con la acuñada en la Grecia clásica. No obstante la nitidez de la distinción entre *ius publicum* y *ius privatum*, no se encuentra aún una separación entre la organización jurídico-política (la *civitas*) y la voluntad colectiva del grupo, o lo que es lo mismo, entre Estado y sociedad. Es bien sabido que la capacidad jurídica será inescindible de la cualidad de ciudadano, de resultas de la ausencia de diferenciación entre sociedad civil y comunidad política. La sagaz extensión de la

ciudadanía que se llevará a cabo en etapas progresivas puede interpretarse como un medio de ampliar la participación y, de resultas, la propia legitimación del sistema político en su conjunto.

Es bien sabido que otra de las raíces antiguas de los derechos de la persona ha de buscarse en la concepción de la libertad elaborada por el cristianismo de los primeros años. Particular trascendencia tendrá el pensamiento de San Agustín, a fines del siglo IV. Para el Obispo de Hipona, el libre arbitrio en la condición humana posterior al pecado original no equivale a una verdadera *libertas*, pues la genérica proyección hacia el bien y hacia Dios no es posible sin la aportación de la gracia. En fin, al pensamiento cristiano de los primeros siglos se debe, como acertadamente constata el autor, la formulación de la idea de *libertas religionis* o *libertas ecclesiae*, que será un fruto de la reivindicación de la tolerancia en el contexto de las persecuciones de los cristianos de la etapa anterior al Emperador Constantino.

B) En el Medievo, será Inglaterra quien asuma el protagonismo en el ámbito de la libertad. Las *charters of liberties*, y la *Magna Charta libertatum* constituyen buena prueba de ello. La praxis consistente en la firma de aquellas *charters* es bien antigua, remontándose en cuanto a la monarquía inglesa a los años subsiguientes a la batalla de Hastings (acaecida el 14 de octubre de 1066, en ella murió el Rey anglosajón Harold II, quedando Inglaterra bajo el dominio de Guillermo de Normandía) y posterior conquista normanda. Destaca el Prof. Franco Ferrari el hecho de que será también en la historia inglesa donde se encuentre el primer ejemplo de derechos de participación en el gobierno de la cosa pública, derechos que siglos después el pensamiento liberal definirá como políticos. Un proceso evolutivo bastante lento, que se desarrolla entre el último cuarto del siglo XIII y el primero

del XV, un lapso, pues, de siglo y medio, conduce al establecimiento de una conexión inescindible entre la exacción fiscal y la representación política, que encuentra su feliz síntesis en el conocido brocardo *no taxation without representation*.

Al margen de Inglaterra, es de destacar el hecho de que entre la población germánica los hombres adultos adoptarán la costumbre de reunirse en asamblea para adoptar las decisiones determinantes de la vida colectiva, con particular referencia a la elección del jefe, que aunque caracterizada en base a reglas dinásticas, se confirmará electivamente. Constata el autor, que el más antiguo testimonio de tal praxis lo encontramos en un célebre pasaje de Tácito (en *De origine et situ Germanorum*), evocado por Montesquieu y Blackstone, según el cual, el sistema de gobierno inglés se habría encontrado «en los bosques».

C) Las antiguas concepciones de los derechos y de la libertad, a juicio del autor, iban a ejercer a lo largo de los siglos, por lo menos a partir del Humanismo, pero probablemente incluso antes, y al menos hasta el final del Primer Imperio francés, quizá incluso también durante la Restauración, una incontenible fascinación sobre juristas, filósofos, historiadores, politólogos, precursores de la sociología y estadistas. Durante siglos, la *polis* griega y la *libera civitas* romana funcionaron como parámetro para la construcción de los sistemas contemporáneos. Sin embargo, hacia fines de los años setenta del siglo XVIII, la investigación arqueológica, que aparentemente se manifiesta como un fin en sí misma, pero que en los decenios precedentes había conducido a la exaltación de los sistemas políticos de la Antigüedad, en clave de comparación, en un contexto aparentemente destinado al inmovilismo, iba a dar paso a la confianza en el cambio y, consiguientemente, a una

preferencia por lo moderno y, como mucho, a la valoración de ciertos elementos de las antiguas experiencias republicanas recuperables en una perspectiva de reforma de la monarquía absoluta. Las Enciclopedias y los Diccionarios consagrarán el debilitamiento de esa fascinación de la que antes hablábamos por las Repúblicas griega y romana, abriendo el camino a la exaltación de la modernidad desde la óptica, sostenida diversamente por economistas y filósofos, de una transformación del sistema contemporáneo que pueda sustentarse en la recuperación de algunos elementos de las constituciones del pasado.

Para nuestro autor, la construcción teórica más perfecta será la llevada a cabo por Benjamin Constant. Sólo con el escritor francés la contraposición entre la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos aparecerá destacada, sublimada como categoría del pensamiento político y constitucional, convirtiéndose en un *topos* de la cultura occidental y colocándose en la base de una línea de pensamiento que se conocerá como el liberalismo. Ciertamente, otros autores, de diversas nacionalidades, como Hume o von Humbolt, que también pueden incluirse entre los fundadores de la teoría liberal de los derechos, intuyeron las diferencias de fondo entre las dos concepciones de los derechos, mientras que filósofos como Hobbes y Rousseau percibieron la centralidad ética y política de la libertad como valor. A su vez, los partidarios preliberales de la libertad se esforzarían por construirla como seguridad en el interior del Estado, asegurada por las leyes y asentada en bases contractuales o republicanas. Sin embargo, fue el joven Bentham el primero en enunciar el concepto de libertad negativa, entendida como ausencia de prohibiciones o coerciones.

D) El libro, lógicamente, otorga particular trascendencia a la Revolución inglesa, no sólo por la aprobación en los

años que la circundan de grandes cartas de derechos, como la *Petition of Rights* (1628), el *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) y, por encima de todas ellas, el *Bill of Rights* (1689), al margen ya de otros textos que también tendrán una incidencia positiva sobre la protección de los derechos; piénsese en las *Nineteen Propositions* (1642), con la solicitud de independencia de los jueces, que no habrían de ser removibles durante su carrera salvo la existencia de una causa justa («*quam diu se bene gesserint*», «*durign good behaviour*»), en contraposición con la pauta que venía rigiendo: remoción a capricho del Rey («*durante bene placito*»), sino porque el siglo de la *Glorious Revolution*, en lo que ahora interesa, va a caracterizarse asimismo, en paralelo a lo que Franco Ferrari denomina «la parábola histórica de la positivación de los derechos», por la aparición y consolidación de la ideología liberal, en la que Hobbes y Locke brillarán con luz propia. El *Act of Settlement* (1701) vendrá a confirmar los enormes avances en relación a la tutela de los derechos alcanzados en documentos anteriores.

Es una afirmación recurrente entre la doctrina filosófica, politológica, jurídica e incluso económica, que la idea de los derechos naturales como fundamento de la organización institucional de la sociedad se afirma en la historia constitucional inglesa del siglo XVII como producto del individualismo que caracteriza a la revolución burguesa, para radicarse después en la cultura occidental, propiciando la apoteosis revolucionaria del siglo posterior. Sin embargo, tras ocuparse de otros ámbitos doctrinales, como el pensamiento medieval con Ockham al frente; el pensamiento neoescolástico, con Gerson, Summenhart y Francisco de Victoria y la Escuela tomista de los dominicos de Salamanca, y, en fin, el pensamiento de un grupo de autores tan relevantes como Grozio, Spinoza, Pufendorf, Thomasius, Leibniz y Wolff, nues-

tro autor llega a la conclusión de que este *excursus* histórico-filosófico demuestra, al menos, que existen diversas claves de lectura de la génesis y desarrollo de los derechos naturales. Es claro que su positivación en una versión moderna se debe sin más a las revoluciones liberales, materializándose en el *Bill of Rights* y en las grandes Declaraciones de Derechos norteamericanas y francesa, pero su origen ideológico es bastante más complejo.

E) En un estudio sobre la evolución de la libertad no puede dejar de darse un especial protagonismo a la Revolución americana y a los precedentes coloniales que contribuyen a comprenderla, al pensamiento doctrinal subyacente en ella y a los más que notables textos constitucionales en que la misma fructificará. De ello se ocupa el capítulo 6 del libro. Es sabido que el Derecho aplicado en las colonias, que difiere de una a otra, será una mixtura de institutos del *common law*, de prácticas autóctonas y de componentes ideológicos derivados en gran medida del planteamiento religioso de cada colonia, todo ello con la genérica intención de mantener fuertemente bajo control la vida social. En este contexto se aprobarán textos relevantes, como será el caso de las *Laws and Liberties of Massachusetts* (1648), las *Fundamental Orders* de Connecticut o, durante el dominio holandés, la *Charter of freedoms and exemptions* de Nueva York (1629).

Los escritos de James Otis, como *The Rights of the British Colonies*, en donde el bostoniano consideraría radicalmente nula toda ley del Parlamento que vulnerara «natural laws», que son verdades inmutables, con lo que estaría violando «eternal truth, equity and justice», o de Thomas Paine, de cuyo panfleto subversivo *Common Sense* se venderían 150.000 ejemplares en los tres primeros meses subsiguientes a su publicación, y en el que ya en su Introducción contrapondrá su ferviente creencia en la defen-

sa de la libertad personal y de los derechos del hombre frente a las normas basadas en el privilegio, la herencia y el rango. Paine enfatizará que aunque el asunto que ocupa su atención es la causa de América, su argumentación se basa en principios que considera universales, y por lo mismo aplicables en cualquier tiempo y lugar. «The cause of America —escribirá— is in a great measure the cause of all mankind».

La Declaración de Independencia irá precedida unas semanas antes por la Declaración de Derechos de Virginia, de 12 de junio de 1776, que constituirá el prototipo de todas las que le siguen. El ciclo de los derechos en Norteamérica no se cerrará ni siquiera con la Constitución, sino con el subsiguiente *Bill of Rights*, que englobará las diez primeras Enmiendas a la Constitución federal. Como escribe nuestro autor, en el plano axiológico, el *Bill of Rights* representa la más cristalina síntesis de los valores liberales de la tradición británica, visualizados de nuevo a la luz de la experiencia de la soledad («wilderness») de las colonias y de los valores propiamente americanos, característicos del republicanismo, como la seguridad en el ámbito de la ley y la persecución de la felicidad, que simbolizan los fines de la convivencia social. Por lo demás, el *Bill of Rights* pasará a formar parte de un texto constitucional rígido que se visualiza como *higher law* y al que los jueces darán prevalencia frente a la ley ordinaria.

F) La concepción de los derechos y libertades en la crucial etapa de la Revolución Francesa, dentro y fuera de Francia, es objeto, como fácilmente se puede comprender, de un detallado estudio. El contexto ideológico francés, dominado por la cultura iluminista, con raíces diversas, encontrará su perfecta integración en la Declaración de 4 de agosto de 1789, que antecede en tres semanas a la Declaración de Derechos del 26 del mismo mes. Como escribe Franco Ferrari, la Declaración marca un evento funda-

mental en la historia del pensamiento liberal occidental, no sólo en el ámbito estricto de la historia de los derechos, y sublima un modo de entender el liberalismo.

La disciplina de los derechos en las Constituciones francesas de 1791, 1793, 1795 y 1799, en las que el autor tilda de «primera y segunda generación de Cartas italianas» y en los textos constitucionales que aún emulando el modelo francés, pueden considerarse modelos atípicos son objeto de un breve comentario, siendo de destacar al respecto que para nuestro autor la Constitución de Cádiz no entra en la categoría de las cartas revolucionarias, opinión ciertamente discutible.

G) La situación de los derechos en el constitucionalismo de la Restauración, en el que se sitúa asimismo la Constitución belga de 1831, y la nueva situación que propiciarán los acontecimientos revolucionarios de 1848 son sucesivamente analizados. Particular atención se dedica, como es perfectamente comprensible, a la *Reichsverfassung*, más conocida como la *Paulskirche Verfassung* (1849), cuyo diseño general es tributario de la influencia norteamericana. En ella se insertará la Declaración de derechos fundamentales del pueblo alemán, aprobada en diciembre de 1848, un texto que el autor, en juicio que suscribimos por entero, tilda de modernísimo, situándolo a la vanguardia en Europa y en el mundo, tanto por la complitud del catálogo de derechos que acoge como por la eficacia de las medidas de garantía que contempla. Ello va a contrastar con la construcción de los derechos y libertades que desarrollará el pensamiento filosófico y iuspublicístico alemán en el curso de ese mismo siglo XIX, cuestión en la que a continuación se centra el Prof. Franco Ferrari.

El siglo XIX nos sitúa efectivamente ante una construcción de la temática de la libertad por parte de los autores ale-

manes decididamente más cauta y menos avanzada que la resultante de la doctrina francesa e inglesa. Para el Profesor milanés, se puede sostener, en síntesis extrema, que el constitucionalismo liberal alemán se desarrolla a lo largo del siglo XIX en torno a dos grandes directrices: la primera, de carácter claramente conservador, es la dominante desde un punto de vista cuantitativo; la segunda, más francamente liberal, parece hallarse en un proceso de progresiva recesión, para volver a emerger en ese clima cultural irreplicable de la época de Weimar.

Es bien conocida la trascendental importancia de la doctrina de los derechos públicos subjetivos, que encuentra en Jellinek a su representante paradigmático, aun cuando será Carl Friedrich von Gerber, fundador de la ciencia del Derecho público alemán, quien formule por vez primera esa teoría. Para von Gerber, los derechos de ámbito privado son reconducibles a la libre voluntad del individuo, que dispondrá de una ilimitada capacidad de disposición, mientras que los de ámbito público le pertenecen tan sólo en cuanto miembro de la colectividad, atribuyéndoseles como facultades reconocidas dentro o hacia la organización estatal. Si los primeros se configuran como meras facultades de hacer (*agere licere*), los segundos operan como facultades funcionalizadas, que se vinculan con obligaciones, y que deben ejercerse según la *ratio* objetiva que fundamenta su existencia. A su vez, para Jellinek, mientras las relaciones que tienen lugar en el ámbito del Derecho privado se configuran en términos de paridad, actuando cada sujeto en condiciones de libertad natural (*agere licere*), las que se enmarcan en el ámbito del Derecho público se sitúan en un contexto de supremacía del Estado, titular de la potestad suprema. Consecuentemente, el individuo puede disfrutar de espacios de libertad dejados abiertos residualmente por el Estado, que llegan a ser jurídicamente relevantes cuando su utilización pone a los indivi-

duos en relación con la esfera jurídica de otros particulares (*status libertatis*). Puede el Estado igualmente conceder a los sujetos beneficios o prestaciones correlativas a las obligaciones de la ciudadanía (*status civitatis*). En fin, el Estado también se vale de los ciudadanos para alcanzar la formación de su propia voluntad y para obtener la personificación de sus mismos órganos y el cumplimiento de sus funciones institucionales, atribuyéndoles al efecto su facultad participativa (*status activae civitatis*). La teoría de los derechos públicos subjetivos, según nuestro autor, conduce a una racionalización de las concepciones estatales, que presuponen la superioridad del Estado sobre el Derecho y la existencia de espacios de libertad tan sólo en presencia de concesiones del legislador o en cualesquiera tipos de ámbitos residuales dejados abiertos por las disciplinas estatales.

H) La revolución industrial y los diversos ciclos a que va a dar lugar impactarán masivamente sobre la organización social y, como no podía ser de otro modo, harán necesaria una nueva concepción de los derechos adaptada a los nuevos tiempos. Para nuestro autor, el resultado final será la transfiguración del concepto mismo de derechos, que al final de este ciclo histórico habrá asumido una configuración diversa, más compleja y articulada en relación al punto de partida. De todo ello se ocupa el libro en varios de sus capítulos, en los que, de modo sucesivo, se aborda el impacto que sobre los derechos tendrán las reformas sociales en Alemania, Francia e Italia, para, tras ello, centrarse con bastante detalle en el diseño de los derechos en la Carta de Weimar y en las Constituciones próximas a ella en el tiempo, desde los textos austríaco y checoslovaco de 1920 a la Constitución republicana española.

I) Las importantes vicisitudes constitucionales de los derechos en el orde-

namiento norteamericano, en las que jugará un rol decisivo la *Supreme Court*, son asimismo objeto de un estudio particularizado. No puede ignorarse el brutal cambio jurisprudencial que va desde el *Dred Scott case* (1857), o incluso desde la *Plessy v. Ferguson decision* (1896), en la que al menos encontramos un rayo de luz, el que proporciona uno de los más grandes *dissents* de la historia judicial norteamericana, el del Juez John Marshall Harlan, hasta la decisión dictada en 1954 en el caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, la primera de las grandes sentencias de desegregación racial en las escuelas. La *due process clause* y la *equal protection clause* se convertirán en instrumentos decisivos de protección de los derechos en la jurisprudencia de la Corte. También los derechos sociales y la situación del *welfare State* en Norteamérica son objeto de la atención del autor, lo que en modo alguno nos debe extrañar. Piénsese en el duro enfrentamiento que sostendrá el Presidente Roosevelt con la Corte, resuelto finalmente en 1937 a través de la célebre sentencia dictada en el caso *West Coast Hotel Company v. Parrish*, que culminará la que se ha dado en llamar revolución constitucional. Ya antes, la Corte había contado con la brillantez y combatividad de las *dissenting opinions* del gran Oliver Wendell Holmes. Y no nos cabe duda tampoco de que durante los años sesenta, la *Warren Court* (1953-1969), impactada por la creciente interdependencia de la vida americana, así como por la persistencia de la pobreza en gran cantidad de gente, se mostraría proclive al reconocimiento de un derecho fundamental a, por lo menos, una asistencia gubernamental suficiente para satisfacer las necesidades más simples de la vida. Sin embargo, la llegada a la Corte de los *Justices* nombrados por el Presidente Nixon (Presidente entre 1969 y 1974) cambiaría el panorama, deteniendo el ímpetu de la *Warren Court*. Y así, la *Burger Court* (1969-1986) iba a

declinar con firmeza declarar la existencia de un derecho fundamental a la asistencia económica por el Estado exigible judicialmente.

J) En su minucioso recorrido histórico, el autor se va a detener en la visión de los derechos en las experiencias totalitarias, para, finalmente, dedicar los últimos capítulos a la que bien podríamos tildar de vertiginosa evolución de los derechos y de sus sistemas de garantías en el constitucionalismo de la segunda posguerra, algo que resulta para la generalidad mucho más conocido. Particularmente impactante será el cambio experimentado al respecto por el Derecho internacional, que si en su configuración clásica, posterior a la paz de Westfalia (que, como es sabido, puso fin a la guerra de los Treinta años, firmándose en las ciudades de Münster y Osnabrück en 1648), se limitaba a disciplinar las relaciones entre los Estados, tras la Segunda Guerra Mundial, y de resultados de las gravísimas violaciones de derechos perpetradas en los años inmediatos al conflicto y, de modo aún más brutal, durante la propia guerra, ha hecho acto de una destacadísima presencia en el ámbito de las garantías de los derechos individuales. Con ello, como bien dice nuestro autor, no sólo se han internacionalizado los derechos, reforzándose su protección, sino que se ha creado un sistema de garantías a diversos niveles (*sistema multilivello*) que redundará en una más sólida garantía de los derechos, y este sistema se ha fortalecido aún más si cabe tras la caída de los dos grandes bloques en 1989.

K) El último hito de esta evolución sin fin lo encontramos en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, objeto de un capítulo específico en el libro. Aunque aprobada en el año 2000, no ha sido hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, cuando la Carta ha adquirido su



plena fuerza jurídica, pues hasta ese momento no era, como significa el autor, sino un acuerdo institucional dotado de un gran relieve político. Aunque pueda considerarse que ninguno de los derechos en ella recepcionados sea realmente nuevo, la formulación de los mismos es marginalmente más amplia, lo que se traduce en el incremento progresivo de los espacios en torno a las figuras allí positivadas, y todo ello, añadiríamos por nuestra cuenta, al margen ya de las innovaciones que incorpora la Carta; piénsese, por ejemplo, en el capítulo cuarto, dedicado a la en cierto modo novedosa categoría de los «derechos de solidaridad», noción que acuñara por vez primera Karel Vasak en un artículo publicado en la *Revue des droits de l'homme* en 1972. Tras el Tratado de Lisboa, la Carta vincula a las instituciones de la Unión, al igual que a los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión.

III. El conjunto de fenómenos que se acoge bajo el omnicompreensivo rótulo de la globalización no puede dejar de afectar a las libertades individuales, a su realización y a su misma función. Como escribe el Profesor Franco Ferrari en el último epígrafe de este espléndido libro, el predominio de la economía sobre la política, el traslado a nivel supraestatal de partes cada vez más relevantes de la soberanía estatal, la discrasia entre los mercados globales y las realidades políticas locales, han conducido a debilitar fuertemente formas identitarias clásicas de la modernidad, como la clase, la familia tradicional, la nación y el Estado, generando formidables tensiones y dejando al individuo turbado y desorientado. La nueva individualización ya está institucionalizada y la búsqueda de mecanismos de solidaridad —principio éste el de la solidaridad tan vinculado con el Estado social— o de integración en intereses colectivos permanece un tanto frustrada.

Es cierto que la cultura de la libertad está tan arraigada que, como señala el autor, la filosofía de los derechos humanos se nos presenta como una despolitización de las ideologías, y parece haberse realizado la profecía de Tocqueville, según la cual, combatir la libertad es tanto como blasfemar («bestemmiare»). La libertad se ha convertido en una suerte de religión secular universal, en un nuevo código de la humanidad. Pero aún siendo cierto lo anterior, quedarnos con esta visión un tanto idílica de la libertad en nuestros días no dejaría de encerrar una cierta ficción, pues, como dice el autor, el predominio del mercado sobre los mecanismos democráticos de nivel estatal encierra el grave riesgo de colocar a la libertad en una suerte de vacío. Y si a ello añadimos, ya por nuestra cuenta, (y esto nos parece aún de mayor gravedad, pues el progreso de la civilización humana se debe medir por la ayuda dada por el más fuerte al más débil) que la tiranía de los mercados, en paralelo a la gravísima crisis económica por la que al menos una gran parte de Europa atraviesa hoy, está propiciando las más graves quiebras que quizá nunca haya sufrido el Estado social, el supuesto idílico panorama de la libertad antes reseñado se transmuta de modo radical. Los mercados, en realidad las personas, organizaciones, gobiernos incluso, que están detrás de ese entramado, podrían perfectamente ser representados hoy como una reencarnación del dios Saturno devorando a sus hijos, que tan crudamente reflejara en su óleo (pintado en 1678, justamente un año antes de la muerte de Thomas Hobbes) el gran Rubens, y que reprodujera siglo y medio después en sus pinturas negras (realizadas entre 1821 y 1823), de modo aún más espeluznante, ese enorme genio que fue Goya, cuadros con cuya realización esos dos grandes maestros de la pintura universal bien podrían haber pretendido mostrar, a través de este episodio atribuido a Saturno, la divinidad itálica y romana, identificada con el Cronos griego,

que destronó a su padre, mutilándolo para que no pudiera tener descendencia, y más tarde devoró a sus hijos para impedir que se sublevaran contra él, esa situación de hobbesiana raíz en la que, en el

conflicto permanente que enfrenta a todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*), no hay peor enemigo para el ser humano que el propio hombre (*homo homini lupus*).

LAWRENCE GOLDSTONE, *The Activist. John Marshall, Marbury v. Madison, and the Myth of Judicial Review*, Walker & Company, New York, 2008, 294 pp.

Por FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO\*

I. Es sobradamente conocido que entre las numerosas decisiones trascendentales que la Corte Suprema norteamericana ha pronunciado en sus más de 220 años de vida, ninguna ha tenido el eco y el impacto, dentro y fuera de los Estados Unidos, que la dictada en el celeberrimo *Marbury versus Madison case* (1803), que se ha convertido, como se afirma en el libro, en «a cornerstone of American government itself». La sentencia no concernía a un caso de especial trascendencia, pues los cuatro demandantes que desencadenaron el proceso (William Marbury, Dennis Ramsay, William Harper y Robert Townshend Hooe), todos ellos nombrados por el Presidente Adams jueces de paz del distrito de Columbia (en los condados de Washington y Alexandria), tan sólo pretendían que la *Supreme Court* emitiera al Secretario de Estado de la nueva Administración republicana, James Madison, un *writ of mandamus* a cuyo través se le ordenara entregar a los cuatro frustrados jueces el despacho de nombramiento, sin el que no podían ocupar su cargo, despacho o credencial que, al no haber podido ser entregado por la Administración federalista en tiempo oportuno, dado que estos nombramientos se ubican dentro de los llamados *Midnight Judges*, cargos judiciales que Adams, en las vísperas mismas de su cese y subsiguiente traspaso

de poderes a la nueva Administración jeffersoniana, proveyó con personas afines a él y a su partido, el Presidente Jefferson se negó a entregar. La sentencia, en lo que atañe al litigio concreto que la desencadenó, fue además, en cierto modo, inocua, pues terminó negando la emisión del requerido *mandamus*, pero iba a pasar a la posteridad al sentar la universalmente conocida doctrina de la *judicial review*. Pocas decisiones han suscitado entre la doctrina norteamericana tanta polémica como ésta, discusión que además es intemporal.

Es en el ámbito de esa discusión en donde se ha de ubicar el libro que comentamos. En él, su autor, Lawrence Goldstone, Doctor en estudios constitucionales americanos, historiador y autor, entre otras obras históricas, de la valuada *Dark Bargain: Slavery, Profits, and the Struggle for the Constitution*, trata de mostrar que la *judicial review* no sólo no está contemplada en ninguna parte de la Constitución, sino que ni tan siquiera fue tomada en consideración por sus autores, que nunca habrían otorgado tal facultad en un sistema de equilibrios («a checks-and-balances system») a funcionarios no elegidos por el pueblo que habían además de desempeñar su cargo con carácter vitalicio. De ahí que el instituto de la *judicial review* no sea para el autor sino el fruto del activismo del

\* Catedrático de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.