

POR UNA GENEALOGÍA DE LA CONSTITUCIÓN

MAURICIO MALDONADO-MUÑOZ



Por una genealogía de la constitución

Towards a Genealogy of the Constitution

MAURICIO MALDONADO-MUÑOZ

Profesor de filosofía del derecho, Universidad San Francisco de Quito.

E-mail: mmaldonadom@usfq.edu.ec

ABSTRACT

En este trabajo se pretende realizar un ejercicio histórico-reconstructivo, genealógico, del concepto de constitución, en una periodización cuádruple: (1) la constitución de los antiguos, (2) la constitución de los medievales, (3) la constitución de los modernos, (4) la constitución de los contemporáneos.

This paper aims to carry out a genealogical, historical-reconstructive exercise on the concept of constitution, in a quadruple periodization: 1) the ancient constitution, 2) the medieval constitution, 3) the modern constitution, and 4) the contemporary constitution.

KEYWORDS

Constitución, Constitucionalismo, Forma de gobierno, División de poderes, Derechos

Constitution, Constitutionalism, Form of government, Separation of powers, Rights

Por una genealogía de la constitución

MAURICIO MALDONADO-MUÑOZ

1. *Introducción* – 2. *La constitución de los antiguos* – 3. *La constitución medieval* – 4. *La constitución de los modernos* – 5. *La constitución de los contemporáneos* – 6. *Palabras finales*.

Cuando se indica el origen literario de una idea, no se ha mostrado sin más, en manera alguna, la historia de su significación práctica. La historia de la Política es hoy todavía demasiado mera historia de la literatura, y, en cambio, muy poco la historia de las instituciones mismas. El número de ideas políticas nuevas es muy escaso; la mayoría de ellas parecen haber sido conocidas ya por las más antiguas doctrinas del Estado. Y, sin embargo, las Instituciones están en perpetua transformación, debiendo ser comprendidas en su evolución histórica particular.

(Georg Jellinek, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*)

Chi serve meglio la storia: il classificatore, per quanto maldestro, o l'unificatore troppo sicuro di sé?

(Norberto Bobbio, *Lettera a Nicola Matteucci*)

1. *Introducción*

Mauro Barberis propone una distinción que estimo particularmente interesante a efectos de la reconstrucción de la que podríamos llamar una “historia de la constitución” –incluso del “constitucionalismo”– políticamente neutra (ello, en cuanto no resulta comprometida in primis con la defensa de alguna ideología del constitucionalismo, sino que busca rastrear las huellas del movimiento)². Una historia, bien se diga, que pretenda registrar los usos históricos del concepto,

* Versiones previas de este artículo fueron presentadas en la iniciativa Cathedra (9 de abril de 2020), en el seminario “In vino veritas” del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito (14 de agosto de 2020) y en el grupo de discusión “Los Magios” (16 de octubre de 2020). Agradezco a Andrés Cervantes por su generosa invitación a la iniciativa Cathedra. Agradezco asimismo a Juan Pablo Aguilar, Juan Carlos Prado, Daniela Salazar, Farith Simon y Jaime Vintimilla por sus valiosas observaciones en el seminario “In vino veritas”. Deseo, además, expresar mi afectuoso agradecimiento a Jorge Baquerizo, Donald Bello Hutt, Alejandro Calzetta, Víctor García, Julieta Rábanos y Sebastián Reyes del grupo de discusión “Los Magios”. Sus comentarios fueron particularmente útiles. *Last, but not least*, deseo agradecer a Mauro Barberis y Riccardo Guastini, quienes leyeron una primera versión de este artículo. Sus importantes observaciones contribuyeron a corregir algunos errores y a realizar algunas precisiones.

¹ Incluso porque, como dice el propio Barberis, el término “constitucionalismo” viene de “constitución”. Bien mirado, en todo caso, ambos sufrirán mutaciones conceptuales –no siempre paralelas– a lo largo del tiempo.

² Un blanco diverso buscaba, por ejemplo, Matteucci: vid. MARGIOTTA 2000, 391. El trabajo de Margiotta me ha parecido muy interesante. Ello, a pesar de que el debate acerca de la supuesta oposición entre “positivismo” y “constitucionalismo” hoy haya sido prácticamente disuelto por la banal razón de que tal oposición, si uno es un positivista metodológico coherente, no existe como tal: las condiciones de “constitucionalización del ordenamiento” (en donde existe una constitución rígida) son diáfananamente explicadas por algunos positivistas sin otro ánimo que el compromiso metodológico. Pero no, por lo demás, porque tal cosa suponga la apatía frente a los pretendidos avances o retrocesos venidos de la mano del constitucionalismo moderno, sino a efectos de la distinción de operaciones intelectuales diversas que, por razones siempre metodológicas, deben mantenerse diversas. Por lo demás, como dice el propio Bobbio en la carta a Matteucci (carta que se recoge en el texto de marras (Ibíd., 418)),

para distinguir también sus diferentes funciones teóricas, así como aquellas, en último término, ideológicas. Se trata, como se verá a lo largo de este trabajo, de un ejercicio rico en matices. Empero, no se trata de un trabajo que pueda considerarse historiográfico, sino simplemente genealógico.

Barberis distingue tres períodos del constitucionalismo: preliberal, liberal y posliberal³. Eso sí, no debemos olvidar que en sentido estricto no hay una “concepción preliberal” del constitucionalismo, ni siquiera incluso un concepto unívoco del término “constitución”. En realidad, el término latino “*constitutio*” hacía referencia a una especie de “documento legislativo” emanado por el emperador romano (*constitutio principis*)⁴, uso que se conservó también en las *constitutiones* del Sacro Imperio Romano⁵. Sin embargo, como se verá, el término “constitución” ha sido tradicionalmente utilizado también para traducir el vocablo griego “*politeia*”, expresión que hacía alusión a la estructuración u ordenación de las magistraturas (i.e., en términos generales, a la forma de gobierno). El vocablo constitución, usado en este sentido, se popularizaría bastante después, sobre todo a partir del siglo XVIII⁶, aunque también resulte interesante resaltar que ya antes, en época romana, Cicerón había usado el término “*constitutio*” para hacer alusión al *status* referente a una específica forma de gobierno mixta (aunque aquí “constitución” tenga el valor de “composición”, y no estrictamente de estructuración de las magistraturas)⁷.

Por su parte, la expresión “constitucionalismo” (*constitutionalism*) fue acuñada en el período de entreguerras con el fin de explicar el “misterio” de la ausencia de alguna forma de totalitarismo en el mundo angloamericano, y solamente después fue proyectada *à rebours* sobre toda la historia de Occidente⁸, tan lejos como podía llegarse (esto es, hasta el “gobierno de las leyes” de Platón)⁹. En este texto me interesa aludir al uso del término para hacer referencia a la constitución entendida de modo genérico¹⁰, pero también a la evolución de tal concepto, con sus matices y en su relación con el constitucionalismo.

La distinción de Barberis marca el camino a recorrer. Sin embargo, he optado por realizar una periodización que no tiene como vara de medida al liberalismo, sino que toma en cuenta diferentes períodos históricos. El constitucionalismo preliberal, en clave histórica, coincide con los que, a efectos de una periodización, podrían llamarse “constitucionalismo antiguo” y “constitucionalismo medieval”. A su turno, el constitucionalismo liberal, *grosso modo*, se corresponde con el “constitucionalismo moderno”, donde “moderno” cubre todo el período –con sus diferentes mutaciones– que va desde el Renacimiento¹¹, pasando por la Paz de Westfalia, hasta la época de las Revoluciones (inglesas, americana y francesa), en donde el movimiento se consolida. Por último, el constitucionalismo posliberal no es otra cosa que el “constitucionalismo contemporáneo”, cuyas características y evolución se pueden hacer coincidir con el período posterior a la segunda posguerra. Aquí, nótese bien, la expresión “constitucionalismo contemporáneo” no coincide con la

tal elección no supone que detrás no exista una motivación genuinamente política para hacerlo. Dice Bobbio: «Per noi della nostra generazione, che ci siamo trovati faccia a faccia con gli opposti fanatismi (...) la neutralità scientifica è diventata essa stessa un abito di vita, è diventata il nostro modo di partecipare alla lotta politica».

³ BARBERIS 2006, 83.

⁴ Vid., v.gr., GAYO 1845, I.5, 12 s.

⁵ Vid., *inter alia*, SALAZAR SÁNCHEZ 1991 (con relación al *Aurea Bulla*); GUZMÁN BRITO 2002, 299.

⁶ GUZMÁN BRITO 2002, 271.

⁷ GUZMÁN BRITO 2002, 278, 295.

⁸ Vid., *inter alia*, MCILWAIM (1940) 1947.

⁹ PLATÓN 1872.

¹⁰ Vid. BOBBIO 1986; 2013.

¹¹ En la periodización usual, la modernidad se ubica, arbitrariamente, en la época de la conquista de América. La conquista, a diferencia del Renacimiento, no nació de una revolución cultural ni se corresponde con la cosmovisión que luego daría lugar al pensamiento que hoy llamamos moderno. Los liberales, de hecho, se inspiraron en buena parte en las ideas del Renacimiento. Como se verá más adelante, algunas de las ideas del así llamado “Manifiesto del Renacimiento” siguen resonando hoy en día.

controvertida y problemática etiqueta de “neoconstitucionalismo”, que pretendería hacer alusión, de un modo u otro, a una especie de filosofía del derecho del Estado constitucional¹².

2. La constitución de los antiguos

La palabra griega “*politeia*” –a menudo transliterada como “*politia*”–¹³ ha sido traducida como “constitución”, término cuyo inusitado éxito ha llegado hasta nosotros después de haber transitado por caminos serpenteantes. Pero empezemos por el principio: “*politeia*”, como término genérico, hacía referencia a una *forma de gobierno* (a cualquier forma de gobierno). El término “constitución”, en tal sentido, así como un hipotético constitucionalismo *avant la lettre* de los antiguos, está necesariamente asociado a una teoría de las distintas formas estructurales del poder político. Cada forma de gobierno es, efectivamente, una constitución¹⁴.

En la teoría clásica, o sea, la de Aristóteles, las formas de gobierno (las constituciones) son seis: el gobierno de uno, el de pocos y el de muchos, cada uno en su forma pura e impura. De tal manera que nos encontramos frente a tres pares de formas de gobierno: monarquía-tiranía (para el gobierno de uno), aristocracia-oligarquía (para el gobierno de pocos), *politeia*-democracia (para el gobierno de muchos)¹⁵. Aquí podría presentarse una primera perplejidad, visto que tanto un uso genérico del término “*politeia*” como un uso específico (entendido como la forma “buena” del gobierno de muchos) aparecen en la obra aristotélica¹⁶. Algunas hipótesis en torno a tal uso han sido planteadas. Sin embargo, tal cosa está lejos del objetivo de este trabajo. A los efectos que aquí me propongo, hallo más relevante empezar por subrayar la cuestión referente al modo de designar la forma *impura* de la constitución de los muchos, la *democracia*. Aristóteles, como Platón, veía la democracia como una forma “mala”, “impura” de gobierno. No será sino hasta Polibio –artífice, además, de la idea del gobierno mixto–¹⁷ que el término “democracia”, en esta pareja, empezaría a designar a la forma “buena”¹⁸. De todas maneras, y esto es lo que corresponde remarcar particularmente, entre los antiguos la expresión “*politeia*” (constitución) se refiere en términos genéricos a una forma de gobierno dependiente solamente de su estructura

¹² Podría resultar equívoco, en realidad, porque hoy el vocablo “neoconstitucionalismo” parecería hacer referencia a varias tesis distintas, a posiciones que incluso podrían resultar entre sí contradictorias o en conflicto. Vid. GUASTINI 2013, cap. V; COMANDUCCI 2016, cap. III; RATTI 2015. El término, originalmente, corresponde a POZZOLO 1998 (vid., también, POZZOLO 2008).

¹³ GUZMÁN BRITO (2002, 271) señala que tal transliteración corresponde originalmente a Cicerón.

¹⁴ Cuando en los textos que se refieren a este aspecto se lee “las diversas constituciones existentes”, se hace referencia a las diversas formas de gobierno. Vid., *inter alia*, RAMÍREZ CLEVES 2017.

¹⁵ Vid., en general, ARISTÓTELES 1989, libros III-IV. La traducción de *La Política* que aquí cito resulta interesante en la medida en que se hace alusión a un problema que a menudo se ha dado en las traducciones castellanas, en donde el término “*politeia*” se ha traducido de las maneras más abigarradas (desde “régimen” hasta “república”), aunque el término fuese usado por Aristóteles en varios sentidos. Dice Briceño Jáuregui, el traductor de la edición citada: «*politeuma* es el cuerpo de personas que disfrutan de plenos derechos cívicos bajo la *politeia*, y ésta —en el vocabulario del Estagirita— significa: a) el cuerpo de ciudadanos, b) la constitución, c) toda la estructura de la *polis*. De modo que ésta, cualquiera que sea su régimen, se apoya en la existencia de la ciudadanía y en la manera como se distribuyen los oficios. Es decir, que el tipo de *politeia* depende del número y calidad de los ciudadanos. La palabra *politeia* refleja la unidad (no sólo la suma) de ellos, el cuerpo vivo compuesto de gobernantes y gobernados, y la vida política que es y debe ser la vida y naturaleza de los ciudadanos. Como se ve, el Filósofo emplea la palabra en diversos sentidos. Los fundamentos son, uno genérico y otro específico. El primero hace referencia a la “organización política”, y así lo hemos traducido; el segundo, a una forma de organización política “particular” o temperada, por ser la mezcla de dos sistemas (democracia y aristocracia). En otros casos, la palabra *politeia* presenta matices más sutiles» (BRICEÑO JÁUREGUI 1989, 44).

¹⁶ BOBBIO 2006, 35.

¹⁷ Al respecto, vid., BOBBIO 2006, cap. IV.

¹⁸ BOBBIO 2006, cap. IV.

efectiva, pero independiente de la bondad o no de tal gobierno: incluso si se tratase de un gobierno “malo” (i.e., de una de las variantes “impuras” de las formas de gobierno) entre los antiguos toda asociación políticamente organizada posee una constitución.

Un rasgo saliente, para nada menor, del “constitucionalismo de los antiguos” –que llegará prácticamente intacto al medioevo– tiene que ver con la que podría entenderse como la unión conceptual entre “sociedad” y “gobierno”. No se trata propiamente de una confusión, sino de un uso común entre los antiguos¹⁹. La unión entre la *societas politica* y la *societas civilis* era, de cualquier modo, el producto de la concepción del cuerpo político y social como un todo²⁰. Y aunque la “política”, que viene del término griego “*polis*”, pueda separarse –y resulte que en parte fue efectivamente diversa– de la idea de la *civitas* romana (como prueba de ello, véase la evolución del *status civitatis*)²¹, un camino hacia la concepción medieval parecía estar trazado por efectos de la pretendida sinonimia que posteriormente se establecería entre los términos “*polis*” y “*civitas*”. “*Polis*” para sociedad política, “*civitas*” para sociedad civil²², que, así miradas, harían referencia a un solo “cuerpo”²³. Esta idea concuerda con la concepción *organicista* de acuerdo con la cual “el todo es más importante que sus partes”. Según esta, antes que los individuos está la sociedad (sea política, sea civil, consideradas como un conjunto)²⁴. El individuo, así, se funde en el grupo, y el grupo de los individuos se confunde con el grupo político; es decir, con la constitución. Así mirado, entre los antiguos no hay una “teoría de la constitución” separada de la “teoría del poder”: allí donde está el poder está la constitución, y allí donde está la constitución está el poder.

Por supuesto, también entre los antiguos existían preferencias por determinadas formas de gobierno, así como una jerarquización entre ellas (un “uso axiológico” de las formas de gobierno²⁵): la discusión antigua, lejos de ser avalorativa, a menudo estribaba sobre el mejor régimen político, como en el caso del *optimus status civitatis* del diálogo *De re publica*, de Cicerón²⁶. Por lo demás, todos los pensadores antiguos tenían un sistema de preferencias, casi siempre en favor de la monarquía como la mejor forma entre las otras. No existe –como sucederá hacia los inicios de la modernidad– la distinción entre sociedades (liberales) con constitución, y sociedades (no liberales) sin constitución.

¹⁹ BOBBIO 1981.

²⁰ Podría decirse, quizás, que una excepción interesante a este uso se halla, sin embargo, en Cicerón. Ello, en la medida en que –como dice GUILLÉN (1982, 166)– en el pensamiento ciceroniano «donde domina un tirano, no hay ni siquiera sociedad».

²¹ ESPITIA GARZÓN 2016, 305 ss.

²² MIGLIORE 2005, II.

²³ En el capítulo XXVI de *El Leviatán*, Hobbes dice que *civitas* significa, justamente, Estado (HOBBS 2018 [1651], 211).

²⁴ BOBBIO 2013, 16

²⁵ BOBBIO 2006, 10 ss.

²⁶ Vid. CICERÓN 1984, Libro I. Hago notar, en todo caso, que el pensamiento ciceroniano en esta parte se aleja de la tradición específicamente griega en la que la discusión en torno a la “constitución ideal” no tenía rasgos “conservadores”. Dice ANDRÉS SANTOS (2013, 27): «Si se comparan las reflexiones de Cicerón sobre la mejor forma de Estado con las teorías clásicas griegas sobre el Estado ideal, resulta claro que la teoría del Estado ciceroniana –aunque tributaria de la tradición– se distingue esencialmente en su tendencia de la teoría del Estado griega y, por tanto, se aleja de la antigua tradición filosófico-política, tal como esta se nos presenta actualmente en sus principales representantes, en un punto importante. Mientras Platón, Aristóteles y, seguramente, también los antiguos estoicos investigaron cómo debería estar constituido el mejor Estado sin más, y querían que sus correspondientes concepciones del Estado ideal se vieran como modelos políticos hacia los que deberían irse acercando aproximativamente, mediante reformas, las relaciones políticas existentes, las reflexiones de Cicerón sobre el Estado óptimo sirven, en cambio, para legitimar las relaciones políticas ya existentes, o incluso las pasadas. Si a las teorías políticas griegas les correspondía, según la intención de sus autores, una función innovadora para la política práctica, la teoría de Cicerón muestra una tendencia conservadora y restauradora. Como para Cicerón el óptimo político ya se había realizado en el pasado, para él ya no hacía falta ninguna investigación propiamente dicha sobre aquello que caracterizaría al Estado ideal, sino que todo consiste en convencer del carácter óptimo de la antigua constitución romana, bien conocida por todos, y llamar la atención sobre las condiciones bajo las que esa constitución ha tenido existencia». Por otro lado, el término “*status*” en Cicerón no sería, además, unívoco (vid. GUZMÁN BRITO 2002, 272 ss.).

Todas tenían una constitución, es decir, su respectiva forma de gobierno. Entre los antiguos, como entre los medievales, no hay una sociedad políticamente organizada que “carezca de constitución”. En términos conceptuales, se diría que la constitución de los antiguos podría identificarse exclusivamente con la que nosotros hoy solemos llamar “constitución material”, esto es, «la situación de hecho de una determinada distribución del poder»²⁷.

3. La constitución medieval

El término “*politeia*” (constitución) llega al medioevo con el mismo significado genérico que aquel que conservó entre los antiguos: la constitución de un grupo político es su *forma de gobierno*. Un rasgo característico es, sin embargo, la tendencia –que después se vería en Machiavelli²⁸ a reducir la tipología de las formas de gobierno a una clasificación dúplice: principado (monarquía) y república²⁹. No hay duda, en todo caso, de que es la primera de estas formas la que estaría destinada a tener un éxito mayor en el medioevo. La historia medieval de Europa es, en buena parte, la historia de sus monarquías: aquellas que, al menos a partir del Imperio carolingio, se fueron asentando y desarrollando, y que, en último término, le dieron forma al continente. Esa preponderancia presupone analizar particularmente el papel que tuvo el *regno* en la comprensión de la “constitución medieval”. No porque no hubiese repúblicas (Venecia, Génova, Florencia), o algún tipo de pensamiento específicamente republicano³⁰, sino porque, desde una visión omnicomprendiva, tanto las repúblicas como el pensamiento republicano parecen haber estado a la sombra avasalladora de las monarquías y del pensamiento monárquico medieval, que terminarían imponiéndose.

Maurizio Fioravanti ha señalado que, en el “constitucionalismo medieval”, el organicismo se conserva como base de la concepción que subyace a la sociedad, encarnándose en la figura del “príncipe”. El monarca, dice Fioravanti, era el corazón de un organismo que «no podía pensarse sin él, que no podía vivir sin él»³¹. Fioravanti, sin embargo, ve en esta una característica específica que supondría que dentro del propio organicismo se contuviera el germen del paso del régimen monárquico al régimen (propriadamente) político. Dado que *politicum* –y esto se vería particularmente en la obra de Tomás de Aquino– habría excedido paulatinamente a lo «meramente *regale*», pasando a designar, en un proceso de deslizamiento de significado gradual, al «conjunto de las relaciones existente de hecho en la comunidad política»³². (Nótese, de cualquier manera, que esto no es nada distinto, propriadamente hablando, del concepto de ordenamiento político como constitución material). En suma, el monarca era el “corazón” de la comunidad, pero no superior a ella, pues en función de ella existía el mismo rey³³.

Prevalece, sin embargo, la idea de que, aun existiendo tal separación, esta era siempre

²⁷ BARBERIS 2008, 128.

²⁸ MACHIAVELLI 2010 [1532], 35.

²⁹ Hoy por hoy, sin embargo, esta clasificación corresponde, no tanto a las “formas de gobierno”, cuanto a las “formas de Estado”, de modo que hoy podemos decir sin problema que una monarquía es democrática o una república, en cambio, autocrática.

³⁰ El término “republicanismo”, en todo caso, hoy hace alusión a una compleja discusión, también referente a su genealogía. Para algunos, el republicanismo clásico se puede retrotraer, al menos hasta Cicerón (cuando no hasta Aristóteles), pasando también por una parte del pensamiento del humanismo renacentista italiano (y luego con Machiavelli), hasta conocer algunos desarrollos específicos en el mundo anglosajón. Por otro lado, en buena parte el republicanismo contemporáneo está involucrado en discusiones específicamente normativas acerca de la libertad y, en determinados casos, de las virtudes cívicas (lo que incluye varias discusiones circundantes). Vid., *inter alia*, SKINNER 1998; POCOCK 1981; VIROLI 1999. El tema específico, sin embargo, sobrepasa con mucho el objetivo de este ensayo, por lo que lo dejo sin ulteriores precisiones.

³¹ FIORAVANTI 2001, 45.

³² FIORAVANTI 2001, 46.

³³ FIORAVANTI 2001, 46.

vehiculada por otra concepción típicamente medieval del poder: la idea de que el poder del rey era de *iure divino*. El poder terreno y el poder divino, por lo demás, podían hallar una conexión también en la propia obra de Tomás de Aquino, que ata la Ley Eterna a la Ley Natural y, luego, a la Ley Positiva³⁴. Y si bien es cierto que Tomás de Aquino era partidario de la *potestas temperata*³⁵, no es menos cierto que, en último término, esa misma doctrina dependía de la voluntad del rey para hacerse tal. En otras palabras, la diferencia entre la *potestas absoluta* y la *potestas temperata* (entre el poder absoluto y el poder temperado) descansaba sobre los hombros del propio rey y no en la forma efectiva de la organización del sistema político (aun cuando –y esto hay que remarcarlo– hayan existido numerosos “poderes intermedios” con los que el rey debía hacer cuentas. El sistema feudal, en efecto, reducía en la práctica, no tanto en la doctrina, los *poderes regios*). No es un acaso que Locke, en el *Ensayo sobre la Tolerancia* (1666), ataque a las concepciones –persistentes incluso entonces– que sostenían que el poder del rey era de *iure divino*. La confutación de Locke a los prosélitos de tal doctrina debe ser leída con atención:

«Si lo que entienden por monarquía *iure divino* no es una monarquía absoluta, sino limitada (lo cual, según pienso, es un absurdo, si no una contradicción), deberían mostrarnos los estatutos venidos del cielo y dejarnos ver los documentos en los que Dios ha dado al magistrado el poder de hacer cualquier cosa, pero solo si está dirigida a la preservación y el bienestar de sus súbditos en esta vida; si no, que nos dejen creer lo que queramos. Pues nadie puede ni está obligado a permitir que alguien pretenda ejercer un poder (que él mismo confiesa que es limitado) más allá de lo que él pueda demostrar que le corresponde»³⁶.

Locke deja entrever que la concepción –típicamente medieval (pero que llegó bastante más lejos)– según la cual el poder del rey es de fuente divina, se resiste a ser entendida como una forma de abanderar un poder limitado o *temperato*, al menos frente al *pueblo* (que es lo que se discutía). Como prueba de ello puede subrayarse la forma en que era entendida la “doctrina de la responsabilidad política” en la relación entre el poder y los súbditos del poder, dado que *Rex Dei Gratia* el monarca no era responsable sino ante Dios, no ante su pueblo³⁷. De este modo, absolutista o templado, esto dependía –en último término– de sí mismo y de la labor que quisiera cumplir ante Dios. Y no solo eso, sino que los súbditos no tenían algo parecido a derechos frente al poder³⁸, sino solo deberes, particularmente *el deber* de obedecer al monarca³⁹.

Incluso la *Magna Charta* (1215), como por lo demás el mismo *Bill of Rights* (1689), no señalan de modo alguno que las “declaraciones” expresen prerrogativas que precedan de ninguna manera a ellas mismas. Estas se presentan –diría Bobbio– como «graciosas concesiones del príncipe», del “auténtico” soberano, de modo que incluso si eran el resultado de un pacto entre los súbditos y el rey, estos «debían aparecer como un acto unilateral de este último»⁴⁰. Como prueba, una vez más, de que la distinción entre *potestas absoluta* y *potestas temperata* no era entendida fuera de los poderes del mismo rey, tirano o bondadoso que fuese, de tal suerte que la relación entre el monarca y los súbditos era concebida siempre desde la perspectiva del poder del monarca (*ex parte principis*), y no,

³⁴ Vid. TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica* cuestión 90, arts. 1-3. Cfr. KALINOWSKI 1982, 21.

³⁵ Vid. FIORAVANTI 2001, 41 ss.

³⁶ LOCKE 1999 [1666], 24 s.

³⁷ BOBBIO 1991, 41.

³⁸ JELLINEK 2000, 82.

³⁹ BOBBIO 2009, 515.

⁴⁰ BOBBIO 1988, 44. Cfr. SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO 2009, 253: «aunque la Gran Carta tuvo su origen en una rebelión, posteriormente fue confirmada no por un acto unilateral de los Reyes, sino mediante una transacción, en la que el reino compraba sus libertades». Aunque, por supuesto, tales se refieran a “versiones” posteriores de la *Magna Charta*, diferentes de la original de Juan Sin Tierra. Por lo demás, como dice el propio autor apenas citado (Ibidem, 257), la Carta Magna, es un producto típicamente medieval, aunque elevado después de diversas reinterpretaciones a la calidad de “mito” y “piedra fundacional”. Claro que, así mirada, su influencia posterior es innegable.

como sucederá en la modernidad, desde el punto de vista del ciudadano (*ex parte civium*)⁴¹.

4. La constitución de los modernos

Corresponde ahora hablar de un parteaguas que daría inicio a una transformación sin precedentes. En realidad, se trata de un proceso que incluye varios hitos. La Paz de Westfalia, que daría inicio al “Estado moderno”⁴², base de la organización moderna del derecho estatal⁴³; pero, sobre todo, las revoluciones (que acaecieron primero en el ámbito del pensamiento –tan lejos como el Renacimiento–⁴⁴ y solo después en la práctica efectiva)⁴⁵ que dieron lugar a varias consecuencias de las que hablaré más adelante: (1) las dos Revoluciones inglesas, (2) la Revolución americana de independencia y (3) la Revolución francesa. Esta última es particularmente importante en cuanto a la transformación (ideológica)⁴⁶ de la definición de “constitución” a instancias del famoso artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).

También es en esta época cuando se consolida, en Inglaterra, el término “*constitution*” como una expresión de uso extendido: primero para hacer alusión al uso descriptivo o formal de constitución, y solo después para hacer referencia a su uso axiológico o sustancial. Un aspecto curioso es que probablemente aquí el término haya tenido, *grosso modo*, el mismo trasfondo que en el uso ciceroniano, con alguna prosecución medieval posterior, esto es, “constitución” vale por “composición” (del cuerpo político)⁴⁷. Nótese que esto permite atar fácilmente el término “constitución” al griego “*politeia*”. En el ámbito de la literatura política, por otra parte, Locke habría usado el término “*constitution*” para hacer alusión no tanto a la “composición del cuerpo político”, cuanto al «acto de constitución de la forma de gobierno»⁴⁸ (al escribir en vernáculo y no en latín –dice Guzmán Brito– Locke podía evitar posibles confusiones con el uso tradicional romano de “ley”)⁴⁹. Por otro lado, el uso del término en el sentido “constituido” de la palabra se asentaría un poco después. Al respecto, dice siempre Guzmán Brito:

«En el siglo XVIII, el vocablo [era] usado todavía para designar la organización del gobierno de la sociedad, pero (...) no ya para indicar el acto original constitutivo de aquella, sino a su efecto, la forma constituida⁵⁰».

⁴¹ BOBBIO 2009, 511-523; 2013, 16.

⁴² Aunque el término aparecía ya en *El Príncipe* (1532). Y a pesar de que, incluso hoy, se discuta acerca de si el “Estado moderno” constituye una realidad a tal punto nueva que merezca por ello un nombre diverso, o si se trata solamente de la continuación de un fenómeno antiguo. En *Estado, gobierno y sociedad* (2016 [1985], 86 ss.), Bobbio trata el tema en términos de la “discontinuidad” y la “continuidad” el Estado; esto es, las dos posiciones que debaten en torno al “nacimiento” del Estado, al tiempo en que tal cosa habría acaecido.

⁴³ Digo aquí “derecho estatal” para subrayar que no se trata del único tipo de “derecho” (entendido como “sistema jurídico”); ello, en la medida en que se puede distinguir a este, por ejemplo, del derecho internacional o del derecho canónico. RAZ (1984, 2), por su parte, diría que el derecho (estatal) no es sino una más de las formas de organización *institucional*: se trata de «asociaciones tales como partidos políticos, sindicatos, instituciones educativas y asociaciones deportivas. Ellas comparten con el derecho muchas de sus características definitorias. Son sistemas normativos regulados por instituciones de adjudicación y por reglas de reconocimiento que determinan pertenencia al sistema». El original, en inglés, reza: «associations such as political parties, trade unions, educational institutions and sports associations. They share with the law several of its defining characteristics. They are normative systems regulated by adjudicative institutions and by rules of recognition determining membership of the system». La traducción es mía.

⁴⁴ Vid. ZAGREBELSKY 2011, 79-80.

⁴⁵ JELLINEK 2000, 114.

⁴⁶ GUASTINI 2016a, 265-266.

⁴⁷ Respecto al uso inglés de “constitución”, vid. GUZMÁN BRITO 2002, 300 ss.

⁴⁸ GUZMÁN BRITO 2002, 304.

⁴⁹ GUZMÁN BRITO 2002, 304.

⁵⁰ GUZMÁN BRITO 2002, 306.

Como se sabe, al menos a partir de Sieyès (1789) la expresión para hacer referencia al acto consistente en *constituir* es denominado (poder) *constituyente*, mientras que al hablar del ámbito (del poder) *constituido* se hace referencia, primero que todo, a la *constitución*. ¿Pero en qué contexto se desarrolla todo este entramado de usos y transformaciones? He traído a colación algunas ideas que tuvieron lugar entre el Renacimiento y la Ilustración, pero también a algunos eventos específicos que tienen una relación. Me explicaré a continuación.

Quisiera comenzar hablando de la Paz de Westfalia (1648), consecuencia de la cruenta Guerra de los Treinta Años. La Paz de Westfalia se resolvió, como se sabe, en dos “tratados”: el *Instrumentum Pacis Monasteriense* y el *Instrumentum Pacis Osnabrugense*⁵¹. El mayor conflicto europeo de su tiempo, un conflicto tanto político como religioso, tuvo consecuencias en estos dos ámbitos: la afirmación formal de la soberanía estatal, por un lado, y la libertad de culto, por otro⁵². La primera de estas dos, sin embargo, produjo una especie de retroceso *práctico* a efectos de la distribución efectiva del poder. El poder del rey resultaría de hecho afianzado por la disolución de los así llamados “poderes intermedios” de los señores feudales. Por ello, en la práctica, la Paz de Westfalia consolidó la doctrina de la “razón de Estado” entendida como *iuris dominationis*⁵³ (hija del pensamiento maquiaveliano)⁵⁴. La razón de Estado hallaba su justificación última en el concepto ambiguo de “interés público”, base a su vez de los *arcana imperii*: el secreto de los asuntos del poder. Se consideraba que los individuos no debían acceder a tales “secretos”, principalmente porque no serían capaces de entenderlos, de comprender las “razones” del Estado, de modo que era mejor que aparecieran alejados de su conocimiento. El poder del absolutismo monárquico, por ello, podría representarse como la personificación del que todo lo ve y lo escruta, pero sin poder ser visto o escrutado⁵⁵. El ordenamiento estatal estaba estructurado a tales fines. Pero el mismo Estado, entendido como *estructura jurídica*⁵⁶, una vez abandonada la concepción absolutista (tanto en la doctrina como en las revoluciones), sería la base sobre la cual se levantaría posteriormente el edificio del constitucionalismo moderno. Después de todo, se trata de aquella forma de *organización* representada por determinados sujetos frente a quienes los derechos fundamentales de las personas tendrían que hacerse valer. El primero de tales derechos sería, justamente, la libertad religiosa –conquista, al menos en principio, de la misma Paz de Westfalia–⁵⁷, en virtud de la cual el Estado no puede limitar la práctica de la religión o establecer una religión sobre otras⁵⁸.

La base de la concepción moderna del constitucionalismo puede hacerse descansar, en este sentido, en la forma *laica* del Estado. En efecto, es esta y no otra aquella que permite la puesta en marcha de las *ideas liberales* en los Estados modernos, en la medida en que presupone la libertad de conciencia⁵⁹. Por ello, en el pensamiento moderno el poder del Estado se ve justificado solo en la medida en que pueda garantizar determinados “derechos naturales” –como señalan las Declaraciones de Virginia de 1766 y la francesa de 1789– propios, según dicha concepción, de los *individuos* integrantes de una comunidad, pueblo o sociedad. Aquí es del caso remarcar que el artículo 16 de la Declaración de 1789 plantea dos “condiciones necesarias” (novedosas en toda regla) para que una constitución pueda considerarse “genuina”: (1) la separación de poderes y (2) la

⁵¹ FRANCA FILHO 2006, 98.

⁵² FRANCA FILHO 2006, 100.

⁵³ Vid. BOBBIO 2019 [1939], 146.

⁵⁴ Tampoco la doctrina de la “razón de estado” estuvo exenta de un debate acerca de la “buena” y la “mala” razón de estado («que usurpa este nombre»). Al respecto –sobre el pensamiento de Girolamo Frachetta– vid., CONTINISIO 1997, XVI.

⁵⁵ BOBBIO 2009, 431 ss.

⁵⁶ GUASTINI 2016b, cap. XXVI.

⁵⁷ Se trata, en todo caso, de un reconocimiento “parcial”, en la medida en que se trataba de una libertad de culto limitada en un entorno en donde el Estado se podía decir aún semiconfesional.

⁵⁸ Como diría después la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

⁵⁹ CHIASSONI 2013.

garantía de los derechos –en cuya ausencia, se dice, una sociedad “carece de constitución”–. (*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*). Esta definición provocó que, por primera vez en la historia, pudiera separarse a una *doctrina constitucionalista* propiamente dicha de un concepto formal de *constitución*.

El concepto de constitución – a menudo vehiculado por diversos términos – que entre los antiguos designaba una forma cualquiera de gobierno, pasa a entenderse de otro modo, esto es, como una forma *específica* de distribución y limitación del poder. Por un lado, sobre la base de la teoría montesquieuana de la separación de poderes contenida en *De l'esprit des lois* (1748). Tal teoría estaba atada, en la obra de Montesquieu, a las Revoluciones inglesas: será en los términos de tales revoluciones –que en último término dieron lugar a una primera forma de “monarquía constitucional”– que Montesquieu hablará de “constitución”⁶⁰. Por otro lado, sobre los cimientos de la teoría liberal, que nació como una doctrina del gobierno limitado, donde estos límites al poder estaban dados primero que todo por los derechos (así llamados “naturales”) de los individuos⁶¹. Se trataba, en realidad, de dos formas específicas de limitación del poder: una que tenía su base en la distribución del poder en funciones, otra que aludía a los derechos correspondientes a ciertos deberes estatales⁶².

Según la concepción específicamente liberal, la vida, la libertad, la propiedad, la búsqueda individual de la felicidad son principios que la asociación política no debía sobrepasar. Quizás el más importante exponente de estas ideas sea Locke, pero no tanto o no solo por la reivindicación de ciertos “derechos naturales”, cuanto por su noción de soberanía aplicada al ámbito de la persona. Pues bien, mientras la Paz de Westfalia había dado paso a la consolidación de la soberanía estatal de derecho interno y, después, con la conformación de una primera forma de la comunidad internacional, al concepto de soberanía de derecho internacional⁶³, Locke centra su propuesta en la soberanía del individuo⁶⁴. Más adelante, esto aparecerá diáfano también en la obra de Mill: «sobre sí mismo, sobre su mente y sobre su cuerpo, el individuo es soberano»⁶⁵. Para esta concepción, solo dentro de estos límites está el “poder legítimo”. Es esta la noción liberal del “Estado de derecho”⁶⁶: aquel que Bobbio llama “Estado de derecho en sentido *fuerte*”, para diferenciarlo tanto del concepto de “Estado de derecho en sentido *débil*” –o sea, el Estado no despótico, «no regido por hombres sino por leyes»–⁶⁷ como del “Estado de derecho en sentido *debilísimo*” de impronta kelseniana, donde una vez resuelto el «Estado en su ordenamiento jurídico, todo Estado es Estado de derecho»⁶⁸. El Estado de derecho liberal, por ende, asume la existencia de ciertos “derechos inviolables”. El poder jurídico se convierte en un poder limitado en sus poderes y distribuido en sus funciones. Se trata del mismo “gobierno de las leyes” (el poder legítimo es un poder autorizado por normas jurídicas) ya concebido por los griegos, pero reforzado con unos límites que han de condicionar también la esfera de la legalidad –no hay otro modo de entender, en sentido estricto, la noción de “inviolabilidad” de los derechos–⁶⁹.

⁶⁰ Y ello a pesar de que, con posterioridad, solo las revoluciones americana y francesa serán vistas, propiamente, como de genuina “vanguardia”. A manera de ejemplo, como ya se dijo, se puede señalar que el *Bill of Rights* (1689) no puede considerarse como tal moderno.

⁶¹ BOBBIO 2013, 17.

⁶² Vid. MANIN 1997.

⁶³ GUASTINI 2016b, cap. XXX.

⁶⁴ LOCKE 2006 [1690], cap. 5.

⁶⁵ MILL 2001 [1859], 13. Traducción libre.

⁶⁶ La “voz” estado de derecho, sin embargo, merece un tratamiento más complejo que el aquí realizado. Al respecto, vid., PINTORE 2011.

⁶⁷ BOBBIO 2013, 19.

⁶⁸ BOBBIO 2013, 19. Con la consecuencia, como advierte el propio Bobbio, de que, en esta última noción, el concepto de “Estado de derecho” «pierde toda su fuerza calificativa».

⁶⁹ Razón por la cual, por lo demás, no es lo mismo decir “Estado (simplemente) legal de derecho” que “Estado liberal de derecho”

Valdría la pena recalcar, en todo caso, que hay un hilo conductor que ata el ideal liberal con la actitud antiescolástica del Renacimiento (a todas luces, una ruptura en el pensamiento de su época)⁷⁰, sobre todo porque es este el movimiento del que nace efectivamente la revalorización de la libertad como una característica esencialmente humana. En efecto, tal cosa aparece ya en el así llamado “Manifiesto del Renacimiento”, esto es, el *Discurso sobre la Dignidad del Hombre* (1486), de Giovanni Pico della Mirandola: el ser humano está ubicado –se dice– entre las bestias y los ángeles, pero es diferente a todos ellos porque “los ángeles son lo que son y no pueden ser otra cosa que ángeles” y “las bestias son lo que son y no pueden ser otra cosa que bestias”, mientras que el hombre, en uso de su libertad, puede ser tantas cosas como quiera (incluso arrastrarse junto a las bestias o aspirar a la perfección angélica)⁷¹. Y es en esta libertad, según el pensamiento renacentista, que se halla la fuente de su dignidad. De allí que no sea difícil entender cómo, después, el pensamiento liberal se presentase como una forma de rechazo del organicismo y una reivindicación del *individualismo*.

El organicismo perdería de ese modo el lugar que había ocupado durante siglos para dar paso al individualismo, en donde cada una de las “partes” cuenta como tal. El individuo no se funde ya en el grupo, sino que posee una identidad propia, por lo que se lo considera – al menos idealmente – libre, y al conjunto de los individuos, como poseedores de una *libertad igual*⁷². Con una consecuencia adicional: en la relación entre los gobernantes y los gobernados, el gobernante aparece como *responsable* ante el conjunto de los ciudadanos (ya no solo “ante Dios”), y los ciudadanos no tienen ya solamente deberes frente al poder, sino, *in primis*, derechos. El problema del poder empieza a ser mirado desde la óptica del individuo, del ciudadano, *ex parte civium*⁷³.

Por supuesto, también aquí hay una diferencia relevante entre los ideales y la realidad: aun cuando fueron solemnemente proclamados, muchos de los derechos fundamentales no incluían en su esfera de protección a todos los individuos. La historia de los derechos fundamentales es, en realidad, algo tortuosa: se trata de un proceso de expansión del ámbito de cobertura de tales derechos que pasó de los propietarios a los no-propietarios, de los hombres a las mujeres, de los libres a los esclavos, etcétera⁷⁴. Un proceso gradual, paulatino, a menudo bajo amenaza. Las revoluciones, en ese sentido, constituyen un punto de partida, no un punto de arribo. Para muestra, un botón: los *founding fathers* de los Estados Unidos –como dice Waldstreicher⁷⁵– estaban del todo conscientes del problema de la esclavitud⁷⁶, y aunque la Constitución

⁷⁰ ZAGREBELSKY 2011, 79 s.

⁷¹ PICO DELLA MIRANDOLA 2016 [1486].

⁷² MALDONADO-MUÑOZ 2019, 32.

⁷³ BOBBIO 2009, 511-523; MALDONADO-MUÑOZ 2018, 93 ss.

⁷⁴ Piénsese en que, durante mucho tiempo, el término “derechos del hombre” –que dio nombre a la famosa obra de PAINE (1792)– no era omnicompreensivo. La más grande crítica que recibiera Mary WOLLSTONECRAFT por su obra *Vindication of the Rights of Woman* (1792 [1792]) fue producida, justamente, por sus ideas con relación a una cierta igualdad de derechos. Las mismas que le costaron la vida a Olympe de Gouges por haber escrito –entre otras cosas– una Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana (1791): la que consistía, casi toda, en el cambio de la palabra «mujer» allí donde en la Declaración de 1789 se usaba la palabra «hombre». Como he dicho ya, también estaban excluidos de la categoría, al menos para ciertos efectos, los no propietarios y los esclavos. La reivindicación de los derechos de otros sujetos considerados “diferentes” llegaría todavía mucho después.

⁷⁵ Sobre este punto, es muy interesante ver el rol que jugó efectivamente la esclavitud en la Revolución americana y, luego, en su Constitución: vid. WALDSTREICHER 2010.

⁷⁶ Como recuerda Hart, Bentham fue tanto un detractor inicial como un admirador postrero de los Estados Unidos de América. Sin embargo, aun como admirador, criticó duramente a la esclavitud americana como una especie de “monstruosidad”, aunque esta estuviera seguramente destinada a la extinción. Dice HART (1982, 72 s.): “Most serious of the vices in Bentham’s eyes of the American system was its disfigurement by the institution of slavery. This indeed Lind had fastened upon, in the work containing so many of Bentham’s ideas which he wrote in 1776 criticizing Prize. There he had attacked the Americans for speaking as if their professions of faith that men were created equal meant that America ‘where men and cattle are offered for sale in the same advertisement’ was in fact to be the home of equal liberty. Bentham condemned the system of slavery as a monstrosity, but he thought that

americana (1787) no incluya la palabra, la esclavitud fue ampliamente discutida en los prolegómenos a la aprobación de la constitución, y, al menos en parte, ella no puede comprenderse sin tener en cuenta esta espinosa cuestión: el silencio de la Constitución no fue casual, sino deliberado⁷⁷ (me viene a la mente una frase de Huxley: «grande es la verdad, pero más grande todavía, desde el punto de vista práctico, el silencio sobre la verdad»)⁷⁸.

Si se quisiera hacer énfasis en otro punto relacionado, incluso se podría recordar que el Estado de Virginia, en donde nació la famosa Declaración de Derechos de 1776, fue uno de los Estados esclavistas miembros de la Confederación que luchó por mantener la institución de la esclavitud hasta 1865, cuando terminó la Guerra civil estadounidense. Ya en 1831-1832, de hecho, se había discutido en la Legislatura de Virginia si este debía o no sumarse a los Estados libres, y es célebre un comentario en torno a ello que hiciera uno de los defensores de la esclavitud, Thomas R. Dew. Entre otros argumentos, él sostuvo que la institución de la esclavitud no era contraria al ideal republicano de la igualdad, sino que, más bien, lo realizaba; esto, al mantener como “iguales” entre ellos a los blancos, por una parte, y como “iguales” entre ellos a los esclavos negros, por otra (una supuesta “igualdad entre iguales”)⁷⁹. No hay que hacer demasiados esfuerzos para ver que esta forma de pensar posee un parecido de familia con la doctrina posterior *separated, but equal* (“separados, pero iguales”), que permitió la segregación racial, incluso con la venia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el conocido fallo *Plessy v. Ferguson* (1896). Esta doctrina fue abandonada solo después de muchos años en el fallo *Brown v. Board of Education* (1954). La lucha de los afroamericanos por los derechos civiles continuó durante varios años más, y el reconocimiento de los derechos por ellos reivindicados cobró varias vidas en esos tiempos tumultuosos, pero no solo entonces: aún hoy, como es bien sabido, el problema persiste. La historia de los derechos está desgraciadamente plagada de estos ejemplos⁸⁰.

Pero volvamos al punto central. Un rasgo interesante es que la Constitución americana de 1787 no incluía una declaración de derechos (las *Enmiendas* a la Constitución que los proclamaban fueron añadidas después, en 1791)⁸¹, de modo que, según los estándares del artículo 16 de la *Déclaration* de 1789, esta no habría sido una “verdadera” constitución. Esto deja entrever, como ya dije, que el concepto de constitución así entendido es un concepto de tipo axiológico, *sustancial*. Este sirvió, no hay duda, para provocar una transformación importante en sus consecuencias; en particular, la distinción entre el concepto de constitucionalismo de impronta liberal y el concepto *formal* de constitución reconducible a la “forma de gobierno”. Se trata de un hecho inédito. Pero sería un error –que, sin embargo, se halla muy difundido–⁸² señalar que solo una “verdadera” constitución prevé la separación de poderes e incluye una declaración de derechos (a manera de

the Americans were by 1821 employed in combating it and seems to have thought that it would soon disappear without friction when its disutility in terms of the general welfare became, as he told it would, increasingly apparent”. El fin de la esclavitud, aunque no de la discriminación, como es de sobra conocido, llegó solamente con la Guerra civil.

⁷⁷ Dice WALDSTREICHER (2010, 19): “[Founders] wanted the wealth and power that slavery and its governance brought without the moral responsibility that... they also knew came with slavery. Silence, compromise, and artful design characterized their solutions. The silences are not absences: they had meanings that were understood and debated (...) The debates and compromises over slavery played a central part in the creation of the U.S. Constitution, shaping the character and nature of the government it formed”.

⁷⁸ HUXLEY 1969, prólogo.

⁷⁹ Vid. DEW 1832.

⁸⁰ Aún hoy, desde una perspectiva liberal, el proceso de reconocimiento de los espacios de libertad del ser humano se encuentra incompleto. Basta ver la manera en que siguen siendo tratados, en varios países, asuntos como el aborto (incluso en casos de violación), la eutanasia, el suicidio asistido, etc. En general, sobre el “paternalismo jurídico”, que incluye también su confutación: vid. MANIACI 2020.

⁸¹ Respecto a los prolegómenos de la adopción de la Constitución americana, así como a determinadas discusiones circundantes, vid. BEEMAN 2012; HAMILTON et al. 2012 [1787-1788].

⁸² Vid. GUASTINI 2017, cap. XI.

principios, valores). Así termina por sugerirse que toda otra “constitución” sería espuria, indigna de este nombre. Esta no es sino una posición ingenua, ideológicamente cargada, respecto del concepto de constitución. Sostener que este es el caso implicaría borrar de un plumazo toda la historia, rica en matices, del concepto. Por otro lado, no se ve por qué sería conveniente hacerlo: de un plumazo se borraría la historia de las constituciones del “socialismo real”, muchas constituciones de los siglos XVII y XVIII, entre otras⁸³.

Aun así, es del caso resaltar otras mutaciones conceptuales que coincidieron con esta transformación ideológica del concepto de constitución y que, por supuesto, reflejan bien el espíritu de su tiempo. Ante todo, el rechazo del pensamiento antiguo en cuanto a la equiparación entre sociedad política y sociedad civil, que durante siglos fue la manera “natural” de pensar. Esto se ve, por ejemplo, en la obra –relevante en varios aspectos– de Paine. Aquí basta recordar el célebre inicio de *Common Sense* (1776):

«Algunos escritores han confundido hasta tal punto sociedad con gobierno hasta dejar poca o ninguna diferencia entre ellos; mientras que estos no solo son diferentes, sino que tienen distintos orígenes. La sociedad es el producto de nuestros deseos, y el gobierno de nuestras debilidades; el primero promueve *positivamente* nuestra felicidad al unir nuestros afectos, el segundo lo hace *negativamente* al restringir nuestros vicios. La una estimula nuestras relaciones, el otro crea distinciones (...) La sociedad, en cualquier estado es una bendición, pero el gobierno, incluso en su mejor estado no es sino un mal necesario, en el peor de sus estados, uno intolerable»⁸⁴.

Como se ve en estas líneas, aparecen disociadas la *sociedad* (civil) y el *gobierno*. Se trata de una característica cardinal que separa todavía más al constitucionalismo antiguo y medieval del constitucionalismo moderno: el individuo es un integrante con identidad propia que hace parte de la sociedad civil, y esta es cosa distinta respecto del gobierno (la sociedad política)⁸⁵. También la “forma de gobierno” es tratada como algo diverso respecto de la “constitución”, como aparece también en Paine (en la célebre obra *Rights of Man* (1791)): «Una constitución no es el acto de un gobierno, sino de un pueblo que constituye un gobierno; y gobierno sin constitución es poder sin derecho»⁸⁶. Es interesante notar que Paine empieza señalando que es *evidente* que constitución y gobierno son cosas distintas, pero solo un poco más adelante ve necesario remarcar que su trabajo está dedicado, al menos en parte, a *demostrar* (este es el término que utiliza) que en efecto esto es así. No es fantasioso arriesgar la hipótesis de que Paine remarcó este punto porque conocía bien que constitución y (forma de) gobierno fueron tratados como sinónimos durante siglos.

Ahora bien, vemos también que Paine, en sus esfuerzos por marcar estas distancias, recurre a ejemplos de constituciones entendidas como documentos normativos (lo que hoy solemos llamar “constitución documental”). Pero las constituciones documentales fueron, en cierto sentido, una novedad⁸⁷. Un rasgo interesante es que, si bien de estas constituciones hay ya

⁸³ Dice GUASTINI (2017, 325): «Resta però da capire quale mai possa essere il vantaggio epistemologico di escludere dal dominio della storia costituzionale non solo le costituzioni del “socialismo reale”, ma anche molte costituzioni sette-ottocentesche - quelle napoleoniche, quella norvegese, quella svizzera, quella della Terza Repubblica francese, lo stesso Statuto albertino (piuttosto povero di “valori”, in verità), etc. - e forse persino la costituzione federale americana, almeno fino all'approvazione del *Bill of Rights*».

⁸⁴ PAINE 2012 [1776], 7. Traducción libre.

⁸⁵ La pretendida sinonimia entre *polis* y *civitas*, aquí aparece como un mero dato etimológico.

⁸⁶ PAINE 2017 [1791], 201.

⁸⁷ Cabría hacer algunas precisiones, por la materia del trabajo de LASALLE (2018 [1862], 55-58), pero hallo interesante, a estos efectos, citar este fragmento: «no hay nada más errado... que la idea tan extendida de que las constituciones son una característica peculiar de los tiempos modernos. No hay tal cosa (...) Todo país tiene, y ha tenido siempre, en todos los momentos de su historia, una Constitución real y verdadera. Lo específico de los tiempos modernos... no son las constituciones reales y efectivas, sino las constituciones escritas».

varios ejemplos en la historia de los Estados Unidos, y que la propia independencia quedará sellada por la promulgación de la Constitución federal, así como el hecho de que entre los franceses surgiera el mismo fenómeno de “codificación constitucional”⁸⁸, la idea no es originalmente americana o francesa⁸⁹. Sobre este segundo caso, Posada dice que a pesar de que se puede afirmar que la *ocurrencia* –es la palabra que usa– de una constitución escrita respondía «a los ideales del espíritu francés», la idea original no es de origen francés: «por extraño que parezca, la idea de una constitución escrita viene del país del derecho constitucional consuetudinario: de Inglaterra»⁹⁰.

Este dato es correcto, pero no resuelve todavía cuál de las constituciones escritas puede ser considerada ya como una constitución *moderna*. Jellinek, por ejemplo, dice que las Cartas de Connecticut (1662) y de Rhode Island (1663) son «las más antiguas constituciones escritas, en el sentido moderno de la palabra»⁹¹. Dippel, por su parte, señala que, en la antesala de la Revolución americana, existían ya dos constituciones escritas, las de New Hampshire (1776) y Carolina del Sur (1776), pero que estas conservaban los elementos tradicionales. De ese modo, solo la Declaración de Derechos de Virginia (1776) podría ser considerada –siempre según Dippel–⁹² en toda regla como la primera constitución *moderna* (o el primer documento constitucional moderno, siendo algo más precisos).

Por supuesto, decidir qué cuenta como una constitución moderna depende también de los elementos que atribuyamos a un documento normativo dado para que este pueda satisfacer esta propiedad (ser “moderno”). Una definición (siempre estipulativa) en este sentido, podría atarse a la tradición que consideramos moderna en el marco del pensamiento. Y para esto, en realidad, no es necesario inventar una nueva, sino recurrir a la ya citada del artículo 16 de la Declaración de 1789. De tal manera que una constitución moderna contendría no solo la *forma de gobierno* de un Estado (o sea, la forma en que está ordenado el poder), correspondiente al concepto *antiguo* de constitución. Ante todo, una constitución moderna contendría una forma específica de organización del poder conforme a una división de poderes: es decir, la distribución de las diferentes funciones del Estado⁹³. Por último, y sobre todo, una constitución moderna contendría algunos derechos que deberían encontrarse allí previstos. Si esto es así, podría decirse que la Declaración de Virginia cumplía, a grandes trazos, con tales condiciones; aunque, en un sentido más preciso, las dos primeras constituciones *modernas* serían la francesa de 1791 y la americana, una vez que la Carta de Derechos (i.e., las Enmiendas) fue incluida como parte de ella (en el mismo año, 1791). Huelga decir que todos estos elementos ya se encontraban, aunque dispersos, en diferentes documentos, aunque muchos no tuvieran sino el valor de declaraciones sin genuina eficacia.

En este rompecabezas falta una pieza importante. Se trata de un aspecto atado al principio de soberanía popular, esto es, el problema de la democracia moderna. En cualquier ordenamiento se llama “soberano” a aquel que detenta el poder. Si quisiéramos banalizar un poco la cuestión, podríamos decir que la soberanía está atada a una pregunta bastante simple: *¿quién gobierna (es titular del poder)?* ¿Gobierna –i.e., es el titular o detentor del poder– uno solo, gobiernan unos

⁸⁸ GUASTINI 2016a, 263.

⁸⁹ Por otro lado, suele decirse que la que sí es idea originalmente francesa es aquella del “poder constituyente” (vid. SIEYÈS 2002 [1789]). Al respecto, dice ZAGREBELSKY (2005, 36): «Central en la concepción revolucionaria de la constitución como voluntad expresada en un texto que rige sobre la historia constitucional es el poder constituyente, una de las mayores novedades político-constitucionales de la época moderna».

⁹⁰ POSADA 2000, 52. (Ejemplos de tal fenómeno se podrían hallar, en ciernes, ya en la *Magna Charta* de 1215, y, quizás de modo más preciso, en el *Instrument of Government* (1653)). Nótese que, en la clasificación de BARBERIS (2008, 125 ss.), en una tipología de las constituciones, estas pueden entenderse en su sentido documental (“el código constitucional”), material (“la distribución de hecho del poder político”) y funcional (“el conjunto de costumbres constitucionales”).

⁹¹ JELLINEK 2000, 93.

⁹² DIPPEL 2005, 156-158.

⁹³ GUASTINI 2016b, cap. XXVII.

pocos o gobiernan muchos? Durante toda la Edad Media se daba prácticamente por descontado que el “verdadero” soberano debiese ser el rey (gobierno de uno), y nadie más que él. Las monarquías medievales consistían en esto precisamente. El principio de soberanía popular nace a partir de un cambio en la relación de fuerzas. Cuando se dice que el soberano es el “pueblo” se dice que el poder de gobernar descansa –o más bien debe descansar– en el conjunto de los ciudadanos de un Estado (de Locke a Rousseau y a Paine, así se presenta este principio)⁹⁴. En suma, se trata de una forma del gobierno de muchos: la democracia. Pero aquí es del caso apuntar que entre los modernos el término “democracia” no es el mismo que entre los antiguos: la democracia moderna es la democracia representativa de corte liberal, la democracia de los antiguos es la democracia directa del *ágora*⁹⁵.

En la democracia de los antiguos, por supuesto, no entra en juego el problema del liberalismo: de hecho, la doctrina liberal es solo moderna⁹⁶. El liberalismo –cuyo primer fin era limitar el poder en favor de los *individuos*– nace con independencia de la democracia. La democracia –cuyo primer fin era la distribución del poder en favor del *pueblo*– no nace atada al liberalismo⁹⁷. Pero la democracia moderna es, como dice Bobbio⁹⁸, la consecuencia del Estado liberal; ello, por cuanto la soberanía popular nace del presupuesto individualista (base de la teoría de los “derechos naturales”) de que cada persona cuenta con una identidad propia, identidad que es la base de su libertad.

En el pensamiento moderno, la democracia adopta el mismo paradigma individualista: atomiza la sociedad en cada una de sus partes (los individuos), para después recomponerla en el conjunto de los ciudadanos (el pueblo)⁹⁹. Si esto es así, democracia y liberalismo están atados por la conjunción de dos clases de derechos: por un lado, los derechos de libertad (libertades liberales), y, por otro, los derechos políticos (libertades democráticas). La deliberación, que se entiende como un antecedente de las decisiones democráticas, puede ser considerada como tal solo en un marco de libertades. En ese sentido, el procedimiento democrático sin la garantía de las libertades liberales (expresión, reunión, asociación, etc.) es simplemente ficticio, no real. Si se toma en serio al voto como mecanismo de decisión democrática, y a la regla de mayoría como una fórmula genuina de formación de la voluntad general, la única forma de que tal ejercicio tenga relevancia, y no se vuelva entonces una mera práctica simulada, es que quienes son los poseedores de ese derecho puedan ejercerlo en un marco de libertades¹⁰⁰. La democracia representativa se afianzó, así, en los ordenamientos modernos; de allí que el vocablo *constitución* y la doctrina *constitucionalista* terminaran por asociarse –en términos siempre axiológicos– con el ordenamiento *democrático-liberal*. Pero la democracia y la libertad conocieron después varias amenazas que pusieron en riesgo a sus propias bases. Veamos.

5. La constitución de los contemporáneos

Cuando se dice que en el período de entreguerras se produjo un proceso de “desconstitucionalización” quiere hacerse alusión al hecho de que los valores del Estado liberal-democrático habían sido puestos en entredicho por parte de algunas doctrinas que marcaron la historia de aquellos tiempos convulsos; doctrinas, bien se diga, que pretendieron minar las bases del constitu-

⁹⁴ LOCKE 2006 [1690]; ROUSSEAU 2007 [1792]; PAINE 2017 [1791].

⁹⁵ BOBBIO 2009, 401-409; BOBBIO 2013, 32-38.

⁹⁶ Los que hoy por hoy mantienen esta crítica (vid., *inter alia*, HANKE 2011) simplemente yerran el blanco.

⁹⁷ Vid., *inter alia*, MANIN 1997.

⁹⁸ BOBBIO 2013.

⁹⁹ Vid., *inter alia*, TOCQUEVILLE 2015 [1835]; MILL 2001 [1861].

¹⁰⁰ Al respecto, sobre huellas bobbianas, vid., en general, MALDONADO-MUÑOZ 2019.

cionalismo moderno. Dos vertientes arreciaban, por izquierda y por derecha: por un lado, la Revolución bolchevique que triunfó en Rusia (1917) y, por otro, el fascismo que se instaló en Italia (1922). De poco valió en Alemania que la Constitución de Weimar (1919) proclamara aquellos principios de la democracia-liberal cuando el nacionalsocialismo llegó al poder (1933). Este movimiento sumó a los valores “patrióticos” del fascismo la reivindicación de la “superioridad de la raza aria” (nazismo y antisemitismo están atados)¹⁰¹. De las vergüenzas de la Segunda Guerra Mundial –que no son pocas– la peor fue la Shoá (esto es, el proceso que –a regañadientes por el término del que se trata– llamamos “Holocausto”)¹⁰². No es este el lugar para hablar *in extenso* del tema, aunque quizás sea oportuno recordar que las heridas de Auschwitz aún no se han cerrado del todo y que los testimonios de los pocos sobrevivientes hoy valen tanto como en su tiempo, en particular como un necesario llamado a la memoria (*perché ciò che è stato possibile perpetrare ieri potrà essere tentato nuovamente domani, potrà coinvolgere noi stessi o i nostri figli. Si prova la tentazione di torcere il viso e distogliere la mente: è una tentazione a cui ci si deve opporre*¹⁰³).

La Shoá y el lanzamiento de las dos bombas atómicas sobre Hiroshima y Nagasaki (6 y 9 de agosto de 1945) representan, en su especie, un *unicum* en la historia de la humanidad. Es por esto que el constitucionalismo contemporáneo se puede ubicar en la época de la segunda posguerra, en buena parte como una reacción a estos acontecimientos. En efecto, el documento más importante del constitucionalismo contemporáneo, uno de sus hitos fundacionales si se quiere, es la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Lo inédito de esta declaración es su pretendida validez universal:

Mientras la afirmación de los derechos naturales era una teoría filosófica, esta afirmación tenía valor universal pero no tenía eficacia práctica alguna; cuando estos derechos fueron acogidos en las constituciones modernas, su protección se convirtió eficaz, pero sólo en los límites en los que venía reconocida por parte de aquel determinado Estado. Desde la Declaración Universal, la protección de los derechos naturales tiende a tener en sí misma eficacia jurídica y valor universal. Y el individuo tiende a convertirse de sujeto de una comunidad estatal en sujeto también de la comunidad internacional, potencialmente universal¹⁰⁴.

Esta especie de “proyecto cosmopolita”¹⁰⁵, sin embargo, no ha terminado aún de realizarse (en este sentido, dice Ferrajoli, el ordenamiento internacional es «un conjunto de promesas no

¹⁰¹ Esto formaba parte del plan original italiano, pero después, ignominiosamente, se añadió mediante las “leyes raciales del fascismo” (1938).

¹⁰² Vid. AGAMBEN 2000, 16 ss.

¹⁰³ LEVI 2007 [1986], 38 s. Además, me vienen a la mente los versos del más famoso poema (que da nombre al primer libro, *Se questo è un uomo* (1947)), de Primo Levi, un judío italiano sobreviviente de Auschwitz: «Vosotros que vivís seguros / en vuestras cálidas casas, / vosotros que encontráis al regresar a la tarde / la comida caliente y los rostros amigables: / Considerad si esto es un hombre / que trabaja en el fango / que no conoce la paz / que lucha por medio pan / que muere por un sí o por un no. / Considerad si esta es una mujer, / sin cabellos y sin nombre / sin más fuerzas para recordar / vacíos los ojos y frío el vientre / como una rana en invierno. / Pensad que esto sucedió: / os encomiendo estas palabras. / Esculpidlas en vuestros corazones / estando en casa, caminando por las calles, / al acostaros, al levantaros. / Repetidlas a vuestros hijos. / O que se derrumben vuestras casas, / que la enfermedad os incapacite / y que vuestros descendientes os nieguen la mirada». El original, en italiano, dice: «Voi che vivete sicuri / nelle vostre tiepide case, / voi che trovate tornando a sera / il cibo caldo e visi amici: / Considerate se questo è un uomo / che lavora nel fango / che non conosce pace / che lotta per mezzo pane / che muore per un si o per un no. / Considerate se questa è una donna, / senza capelli e senza nome / senza più forza di ricordare / vuoti gli occhi e freddo il grembo / come una rana d'inverno. / Meditate che questo è stato: / vi comando queste parole. / Scolpitele nel vostro cuore / stando in casa andando per via, / coricandovi, alzandovi. / Ripetetele ai vostri figli. / O vi si sfaccia la casa, / la malattia vi impedisca, / i vostri nati torcano il viso da voi». Traducción libre.

¹⁰⁴ BOBBIO 1991, 39.

¹⁰⁵ El “constitucionalismo cosmopolita”, por otra parte, ha sido abordado recientemente en otros términos. Piénsese en el texto *Cosmopolitan Constitution*, de A. SOMEK (2014, 244 ss.): “The cosmopolitan constitution has a janus-faced

mantenidas»¹⁰⁶). En todo caso, es oportuno subrayar que las constituciones de algunos países representaron, por otro lado, la materialización a nivel interno de aquel proyecto que tenía como su centro a las libertades. Es un hecho a destacar que las dos primeras constituciones de la posguerra hayan venido justamente de Italia (1948) y Alemania (1949). En la segunda de estas se dice que en la base del reconocimiento de los derechos está la *dignidad* del ser humano. Aquí también hay un ligamen que ata el pensamiento renacentista al pensamiento liberal y al pensamiento constitucional de la contemporaneidad.

Sin embargo, el constitucionalismo contemporáneo no puede comprenderse sin otras dos instituciones –por decirlo de modo genérico– cuyos antecedentes se encuentran en la época previa a la segunda posguerra. Se trata de la constitucionalización de los derechos sociales, por obra de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (1917), por un lado, y de la incorporación del sistema de control concentrado de constitucionalidad, a instancias del modelo kelseniano¹⁰⁷ de la Constitución austríaca (1920), por otro. El concepto (axiológico) de constitución permanece entre los contemporáneos como lo hace entre los modernos: la idea de una constitución (documental) cuya base sea la soberanía popular, con el poder dividido en funciones y una declaración de derechos. Pero en las constituciones de la segunda posguerra generalmente se amplía el catálogo de los derechos y se suma el aspecto del control de constitucionalidad.

Uno de los esquemas conceptuales que suele usarse para explicar la existencia de al menos tres “generaciones” de derechos pasa por una serie de mutaciones del concepto de libertad. Quisiera recordar que en una *conversación* entre Ferrajoli y Barberis, publicada en un libro de *Il Mulino*, Mauro Barberis habla de los derechos sociales como una “invención” dentro del propio pensamiento liberal, no como algo extraño a él¹⁰⁸. Por supuesto, se trata de una específica posición liberal¹⁰⁹. Luigi Ferrajoli, a su turno, señala que las fórmulas, respectivamente, del

appearance. Viewed from one perspective, it is congenial to our political nature; from another, it is not. It is possible, therefore, to distinguish between a political and an administrative face of the cosmopolitan constitution (...) The segmented world of bounded democracies is one large zone of virtual representation. So long as the conditions of virtual representation are met no national democracy raises any issues of democratic legitimacy across borders. Just as virtual representation depends on the integrity of actual representation, cosmopolitan self-determination depends on actual political self-determination (...) The principle of cosmopolitan citizenship requires that the laws of those polities that live up to the principles of human rights, democracy, the rule of law, and non-discrimination be respected. This is a matter of mutual cosmopolitan civility. This principle of cosmopolitan citizenship alters fundamentally what we take to be the default relationship to the world... our most elementary status is not that of a citizen of a polity. We are *prima facie* on foreign territory. We are at home in the world. We are not at home in a place. The world is not a place because it is boundless. Rather, it is the medium for picking and choosing places. Cosmopolitans (...) do not belong to a place. They are foreign. According to the core conception of cosmopolitan citizenship one can only be virtually represented by an active citizenry. Virtual representation is derivative of actual representation. Dependent cosmopolitan self-determination presupposes political self-determination (...) When actual representation and political volition drop out of the picture and can no longer be regarded as necessary conditions of virtual representation the ambivalence of the cosmopolitan constitution is fully revealed. One encounters its administrative face. This means in practice that more problem solving is either prepared by, or delegated to, administrative or private bodies on either a national or a transnational scale. The administrative face of the cosmopolitan constitution grows in the shadow and as a shadow of the political face”.

¹⁰⁶ FERRAJOLI 2018, 52. La expresión “promesas no mantenidas”, como se sabe, hace alusión al primer capítulo de *El futuro de la democracia*, de BOBBIO (1986). Como se verá hacia el final, el problema relativo a la posibilidad de una “democratización global” – aunque esta expresión no pueda considerarse unívoca y, por ende, tampoco de uso pacífico – impone trabas a un pretendido proceso de expansión del constitucionalismo entendido de modo sustancial.

¹⁰⁷ Vid. KELSEN 1928; 1942.

¹⁰⁸ FERRAJOLI-BARBERIS 2013, 63 ss.

¹⁰⁹ No se aplica al “libertarismo”, por ejemplo. Muchos liberales, generalmente los que no abrazan las tesis libertarias como he dicho, sostienen que un cierto sistema (aunque sea mínimo) de asistencia, resulta necesario para que la misma “lógica” liberal (también, incluso, la del mercado) pueda funcionar. De hecho, no es aventurado decir que el propio Adam Smith puede ser considerado como el primer ejemplo en ciernes de este fenómeno (vid. Smith, 2007, libro I, cap. VIII; libro V, cap. I, parte III; y, también, High, 1985).

Estado liberal mínimo y del *Estado social máximo*, aunque aparentemente antitéticas, no solo que no se contraponen, sino que hallan su integración en el modelo constitucional continental europeo¹¹⁰. Visto de este modo –como surge del texto del propio Barberis¹¹¹ al “constitucionalismo posliberal” la etiqueta solo se le ajusta parcialmente: el liberalismo no se ve tanto superado cuanto enriquecido (ello, me repito, desde una posición *liberal* específica). La diferencia, en todo caso, estribaría en que, en el constitucionalismo contemporáneo, «la constitución no es ya concebida (solo) como límite del poder político, sino (también) como su fundamento»¹¹², aunque siempre el concepto de libertad vaya atado a aquel.

Pero vamos por partes. Kelsen había afirmado, en un famoso texto sobre la democracia, lo siguiente: «Ya que hemos de ser gobernados, aspiramos al menos a gobernarnos por nosotros mismos»¹¹³. Admitidos dos conceptos de “autogobierno”, uno personal y otro social, aquí se hallan en ciernes dos conceptos que aparecerán con claridad solo después en las obras de Bobbio¹¹⁴ y Berlin¹¹⁵; esto es, la libertad como *no-impedimento* (como inmunidad personal frente al poder de terceros, en especial del Estado) y la libertad como *autonomía* (como libertad personal para actuar y como libertad democrática por la que el conjunto de los individuos tiene el derecho a determinar –al menos mediante representantes– las leyes a las que ha de someterse). De aquí nacen dos tipos de libertades que suelen llamarse, respectivamente, *libertad liberal* (o negativa) y *libertad democrática* (o positiva)¹¹⁶. En el primer concepto se engloban los derechos de libertad: conciencia, religión, expresión, imprenta, asociación, etc. En el segundo, los derechos políticos: elegir y ser elegido, participar –al menos mediante representantes– en la formación de las leyes, etc. Pero los así llamados derechos sociales nacen de una mutación ulterior, la que suele llamarse *libertad social*, entendida como aquella que debe tutelar la «capacidad jurídica y material para concretar las posibilidades abstractas garantizadas por las constituciones liberales»¹¹⁷. En otras palabras, proteger derechos como la salud o la educación no implica un detrimento de la libertad de los individuos; al contrario, se trata de una ampliación de sus posibilidades efectivas: una persona sana es más libre que una persona enferma, una persona educada es más libre que una persona ignorante¹¹⁸. Los derechos, en este sentido, no corresponderán solamente a obligaciones de abstención (como en general en los derechos de libertad), sino a obligaciones de prestación (como en general en los derechos sociales)¹¹⁹.

Los derechos fundamentales, por lo demás, no constituyen un *numerus clausus*¹²⁰: nuevas generaciones y nuevos derechos suelen ser introducidos en las constituciones o, en su caso también, mediante los fallos de las altas cortes¹²¹. A menudo, por otro lado, las constituciones contemporáneas contienen “cláusulas abiertas” de derechos cuyo fin es que otros derechos

¹¹⁰ Dice Ferrajoli (2013, 66): «Il costituzionalismo inglese... ha inventato le libertà fondamentali, la separazione dei poteri e perfino il *welfare*. Tuttavia, proprio per la forza di questa sua tradizione liberale, che lo ha reso immune da avventure di tipo fascista, il sistema del *rule of law* ha potuto permettersi di rimanere in gran parte ancorato al vecchio modello giurisprudenziale del diritto premoderno, al punto da non aver conosciuto non solo una formale Costituzione scritta, ma neppure le codificazioni, cioè le due grandi conquiste della modernità giuridica sulle quali il costituzionalismo continentale ha invece edificato l'intero sistema delle garanzie dei diritti fondamentali».

¹¹¹ BARBERIS 2006, 86.

¹¹² BARBERIS 2006, 86.

¹¹³ KELSEN 1934, 16.

¹¹⁴ BOBBIO 2009, 113-126; 401-417. Vid., también, BERNAL PULIDO 2008.

¹¹⁵ BERLIN 1969.

¹¹⁶ Vid. MALDONADO-MUÑOZ 2018, 25 ss.

¹¹⁷ BOBBIO 2009, 526.

¹¹⁸ BOBBIO 2009, 538 ss.

¹¹⁹ FERRAJOLI 2001, 19.

¹²⁰ CHIASSONI 2011, 27 s.

¹²¹ En general vid. MALDONADO-MUÑOZ, 2018, 83 ss.

puedan ser introducidos mediante la reflexión filosófica y jurídica¹²². Nuevas generaciones, como las de los derechos colectivos o las de los derechos ambientales, e incluso nuevos sujetos de derechos, como los animales¹²³ o, inclusive, la naturaleza¹²⁴, han encontrado un lugar en la ampliación del catálogo de derechos en varios ordenamientos.

El control de constitucionalidad, como otra característica cardinal del constitucionalismo (moderno en el modelo americano, contemporáneo en el modelo continental-europeo), pretende asegurar, al menos en línea de principio, que el legislador ordinario no expida “derecho inconstitucional”¹²⁵, es decir, asegurar el principio de legalidad material. El control de constitucionalidad, según el órgano que realiza dicho control, se divide clásicamente en tres modelos¹²⁶: (1) difuso, (2) concentrado, (3) mixto. En el modelo difuso norteamericano (*judicial review*) –que de acuerdo con la tradición es hijo del celeberrimo fallo *Marbury v. Madison* (1803)¹²⁷– los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad de las normas sometidas a su conocimiento con efectos, en general, *inter-partes*. En el modelo concentrado austríaco, un órgano especializado realiza el control de constitucionalidad de las normas, con efectos, generalmente, *erga-omnes*. En el modelo mixto, por su parte, existe un órgano concentrado de control (como una corte o tribunal constitucional) que convive con jueces ordinarios que tienen la facultad de declarar inaplicables las normas en los casos concretos¹²⁸. La conveniencia de un modelo u otro¹²⁹ o la nitidez de estas distinciones¹³⁰ no son

¹²² No es infrecuente encontrar disposiciones, generalmente denominadas cláusulas abiertas, que se han previsto en las constituciones con el fin de permitir la inclusión de nuevos derechos. Algunos ejemplos se pueden encontrar en la Novena Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, en el art. 11.7 de la Constitución del Ecuador, en el art. 5.2 de la Constitución brasileña, entre otros.

¹²³ En la reflexión filosófica se han planteado varios debates acerca de la posibilidad de identificar a nuevos sujetos de derecho. El más apasionante y el más interesante de estos debates tiene que ver con la posibilidad de atribuir o reconocer derechos a los animales: el debate sobre los derechos de los animales, que los animalistas han avivado desde hace al menos tres décadas, constituye uno de los últimos de una larga lista de reivindicaciones que pretenden el reconocimiento de un cierto estatus a algunos “agentes morales” y a otros “pacientes morales” (este último sería el caso de ciertos animales, pero también de algunos seres humanos con capacidades disminuidas en razón de su edad o de su estado físico o mental). Y si bien este no es el lugar para explayarse al respecto, considero importante citar una parte de la bibliografía relevante: CASTIGNONE 1985; CAVALIERI & SINGER 1994; VIOLA 2003; NOZICK 1997, 305-310. Nótese, también, que esta no es la única discusión que se ha dado en la historia acerca de la posibilidad de atribuir a los animales “situaciones jurídicas subjetivas”, aunque en el pasado se pensara en obligaciones y no en derechos. En época griega y romana se cuenta de ciertos casos en donde se consideraba a los animales como “personalmente” responsables de ciertos actos. Incluso se dice que en tiempos de la inquisición se realizaron sendos procesos contra una cerda acusada de un homicidio, entre otros casos igualmente llamativos: se habla, por ejemplo, de «juicios realizados físicamente a animales, [y de] sentencias dictadas en su contra tan curiosas como la expulsión de los animales... de los campos cultivados a tierras salvajes» (MORALES MUÑIZ 1998, 308). KELSEN atribuye estos casos a una concepción animista: «cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres» (2009 [1960], 58). Esta concepción fue eventualmente abandonada. No desapareció, sin embargo y para bien, el debate acerca de los «deberes humanos hacia los animales». Personajes tan prestigiosos como KANT (2013, 359 s.) se vieron inmiscuidos en este debate. Para Kant, los seres humanos no tienen deberes directos hacia los animales, sino solamente hacia otros humanos; sin embargo, dice él, maltratar a un animal es un acto inhumano, de modo que si debemos evitar realizar este tipo de actos es porque debemos a otros humanos conservar nuestra humanidad. Pero también esta concepción ha ido cediendo terreno, y hoy prácticamente no hay moralista que no sostenga que tenemos algunos deberes directos hacia los animales. Por supuesto, el debate aparentemente más complejo es aquel que tiene que ver con los *derechos* de los animales. Empero, la cuestión tiene que ver con la asunción de una cierta ideología, aunque no por esto menos deseable en términos morales.

¹²⁴ Es el caso del Ecuador, vid. arts. 10 y 71 de la Constitución de la República. La cuestión, empero, no es de fácil resolución (al menos práctica). Vid., SIMON 2013; cfr. ÁVILA 2014, 85 ss.

¹²⁵ Vid., *inter alia*, PÉREZ ROYO 2007, 126 ss.

¹²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA 1982, 123 ss.; NINO 2005, 659 ss.

¹²⁷ Las cosas, sin embargo, parecen ser diferentes (vid. GARCÍA-MANSILLA 2020).

¹²⁸ Tal era el caso, por ejemplo, del Ecuador durante la vigencia de la Constitución de 1998 (vid. arts. 274 ss.).

¹²⁹ Este era el punto en el citado trabajo de KELSEN (1942).

¹³⁰ Para muestra, un botón. En el caso argentino, donde el sistema de control constitucional es difuso (no

materia de este trabajo. Sí lo es resaltar que el control de constitucionalidad es garantía de la supremacía efectiva de la constitución¹³¹. La supremacía de la constitución, así como su *rigidez*, son típicos del constitucionalismo contemporáneo¹³².

Todo esto, como se dijo, sumado al hecho de que las constituciones de la posguerra son generalmente largas (i.e., que no se limitan a disciplinar la organización de los poderes públicos, sino que incluyen –cuanto menos– un (amplio) catálogo de derechos)¹³³, puede entenderse como la fuente de una característica saliente del constitucionalismo contemporáneo –léase bien, no del neoconstitucionalismo–, esto es, la “constitucionalización del ordenamiento”. Este fenómeno, como dice Guastini, se distingue porque un ordenamiento de este tipo (“constitucionalizado”) presenta las siguientes características: (a) La legislación resulta condicionada por la constitución en la medida en que los “fines” se estiman predispuestos por ella, dejándole al legislador la tarea de establecer solo “medios” (legítimos) para su puesta en marcha, (b) las decisiones de los jueces resultan condicionadas porque ellos tienen la obligación de aplicar no solo las leyes, sino también –y primariamente– la constitución (aun a falta del desarrollo de normas inferiores), (c) las relaciones privadas resultan condicionadas porque la constitución no disciplina solamente relaciones verticales (entre el Estado y los ciudadanos), sino también horizontales (entre ciudadanos), (d) el estilo doctrinal del estudio del derecho resulta condicionado en la medida en que los tratadistas buscan el fundamento axiológico de sus instituciones en la constitución, (e) el accionar político resulta condicionado porque los actores políticos y los órganos constitucionales buscan, en general, justificar sus decisiones y acciones en la constitución¹³⁴.

Decía antes que el control de constitucionalidad constituye un rasgo saliente del constitucionalismo; aunque también haya generado suspicacias. Los críticos del constitucionalismo lo

concentrado), los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma se producen, en principio, solamente *inter-partes* (no *erga-omnes*); lo cual tiene incidencia también en el sistema de derechos. Pero también aquí ha de tenerse en cuenta que el así llamado fenómeno de “expansión”, directa o indirecta, de las sentencias de declaratoria de inconstitucionalidad influye en los efectos de los fallos dictados en ese sistema (particularmente en el caso de las sentencias de la Corte Suprema de la Nación argentina). De cualquier manera, este tema rebasa los objetivos de este trabajo, por lo que lo dejo sin ulteriores precisiones.

¹³¹ En efecto, la constitución es fuente de validez formal y material del resto de las normas del ordenamiento, por lo que está jerárquicamente supraordenada a las demás normas. La constitución es fuente de validez formal en la medida en que discipline la forma de creación de las otras normas (que son, en este sentido, jerárquicamente inferiores desde el punto de vista formal). La constitución es fuente de validez material en la medida en que el contenido de las normas inferiores del ordenamiento no puede ser incompatible con la constitución (por lo que dichas normas, en este sentido, son jerárquicamente inferiores desde el punto de vista material). (Cito a GIANFORMAGGIO (1997, 540): «[L]a costituzione non è soltanto un dover essere: la costituzione come norma si distingue tanto dalla costituzione come ordine quanto dalla legge per essere (quanto meno) il dover essere della legge, vale a dire di un altro dover essere. La Costituzione-norma vale come limite e garanzia nei confronti (quanto meno) dell'arbitrio della volontà che pone le norme di legge»). Los conceptos de jerarquía formal y material, y de validez formal y material, están atados: una norma inferior es formalmente válida en la medida en que haya sido producida de acuerdo con las normas que disciplinan su creación (modificación o eliminación), mientras que una norma inferior es materialmente válida en la medida en que su contenido no resulte incompatible con las normas superiores en el ordenamiento.

¹³² Se puede decir que la noción de “Estado constitucional de derecho” no es sino la noción clásica en presencia de una constitución rígida y suprema (con observaciones ulteriores que aquí no discuto, vid. AGUILAR 2018, 9 s.).

¹³³ GUASTINI 2016b, 177.

¹³⁴ *Ibidem*, 176 s. En estas condiciones de “constitucionalización” se ha planteado que la interpretación de la constitución constituiría una práctica específica, distinta de la interpretación jurídica en general, entre otras cosas porque las constituciones contemporáneas abundan en principios. Esta tesis, sin embargo, no es persuasiva. La así llamada “tesis de la especificidad de la interpretación constitucional” yerra el blanco. Ello, haciendo un análisis general (por ende, constreñido a dejar de lado algunos aspectos importantes), al menos por dos razones: (i) materias reguladas por la constitución suelen ser reguladas también por las leyes (como en el caso de las leyes electorales), de modo que no se ve por qué demandarían métodos específicos que no sean a la vez comunes a ambos tipos de textos normativos; y, (ii) no solamente las constituciones expresan valores y principios, algunos textos legales (como el código civil o el código penal) contienen “principios fundamentales del sistema jurídico” o de sus áreas específicas. ¿Por qué los principios constitucionales requerirían un tipo distinto y específico de interpretación? (vid., GUASTINI 2011, 343 ss.)

presentan como un instrumento de limitación de la democracia¹³⁵. Aquí, a diferencia de lo que sucede con el concepto *sustancial* del constitucionalismo, tal movimiento es pensado como opuesto al poder democrático. Es interesante ver que la pugna entre democracia y constitucionalismo se plantea, *grosso modo*, porque se rechaza que un poder de control se imponga a la hipotética voluntad general expresada por las leyes formales creadas por el Parlamento. El problema no es sencillo, aunque puede admitir (al menos) dos estrategias de defensa: la primera es que, dado el control de constitucionalidad de las leyes, la soberanía no descansa ya, *in primis*, en el Parlamento, sino en el poder constituyente; la segunda es que, si la constitución es rígida –y esta es una característica del constitucionalismo contemporáneo– el legislador no puede disponer de la constitución (es este, decía antes, el principio de legalidad material)¹³⁶.

Queda, según creo, un aspecto que merecería ser destacado en el ámbito del derecho constitucional contemporáneo: la discusión en torno al problema de la ampliación de la esfera del constitucionalismo del ámbito interno al ámbito del derecho internacional. Ferrajoli, por ejemplo, sostiene que al proceso de constitucionalización de los Estados debería seguir la implementación de un genuino constitucionalismo global a instancias de la creación de una “esfera pública mundial” (en otro sentido, ya Ackerman hablaba de un *World Constitutionalism*)¹³⁷ cuyo fin primordial sea contrarrestar a los poderes financieros y económicos supranacionales que han logrado subvertir los poderes estatales¹³⁸, poniéndolos a su merced y condicionando su esfera de actuación y su eficacia. Es necesaria –piensa Ferrajoli¹³⁹ la implementación de un sistema de «límites y vínculos constitucionales» que puedan frenar el impulso de estos poderes *extra ordinem* en la esfera internacional, a instancias también de la protección de nuestras democracias¹⁴⁰. Esta propuesta puede hacerse coincidir con un ideal que tiene que ver, primordialmente, con la protección de los derechos de los individuos más allá de que sean habitantes de tal o cual Estado. Una aspiración, dirían algunos, de *iure utopico*¹⁴¹.

Por supuesto, al menos en parte la propuesta de expansión del constitucionalismo al ámbito internacional tiene también sus detractores. Así como los opositores al *judicial review* señalan que tal es antidemocrático, en el ámbito del derecho internacional algunos señalan que la expansión del derecho constitucional a estas esferas supone subvertir los procesos democráticos internos en pos de órganos (judiciales y administrativos) internacionales sin ningún tipo de representación. Se trata, según se dice, de un proceso de limitación de la democracia por obra del derecho. Por supuesto, también frente a este caso cabría poner algunos puntos sobre las íes: tomada en serio, la democracia –incluso procedimental– tiene algunos cotos que van más allá de la regla de mayoría¹⁴², y en no pocos casos el poder recurrir a las cortes internacionales es el único camino para buscar protección para los derechos desatendidos en el ámbito interno (piénsese particularmente en el caso latinoamericano, en donde el Sistema Interamericano de

¹³⁵ Vid., *inter alia*, WALDRON (2005), así como los defensores del *Popular Constitutionalism* (vid. KRAMER 2004).

¹³⁶ GUASTINI 2016, 165 ss.

¹³⁷ ACKERMAN 1997.

¹³⁸ Ya BOBBIO (2019, 416) había señalado: «El poder de una gran empresa multinacional desafía al gobierno democrático legítimo, de modo no distinto de como una gran potencia se sustrae a las deliberaciones de las Naciones Unidas o a una decisión de la Corte de Justicia de La Haya»

¹³⁹ FERRAJOLI 2018, 127 ss.

¹⁴⁰ FERRAJOLI 2018, 52.

¹⁴¹ Existe, por otro lado, un problema que atañe específicamente a la relación entre los Estados, no ya a los individuos. Aquí nos hallamos frente al problema de la posibilidad efectiva de que una completa “democratización” de la esfera internacional sea realizada. A los poderes privados supranacionales, ha de añadirse el poder (público) de las potencias sobre los demás Estados. Como decía ya Bobbio, la democratización del sistema internacional se topa con la distribución efectiva del poder en la comunidad internacional, con el peso de cada Estado: «Allí donde está reunida la comunidad, la Asamblea, en la que todos los Estados tienen el mismo derecho de voto, no está el poder. Allí donde podría localizarse el poder, el Consejo de Seguridad, no está la comunidad» (BOBBIO, 2019, 416).

¹⁴² Vid. BOBBIO 2009, cap. VIII.II, BOVERO 2012, MALDONADO-MUÑOZ 2019.

Derechos Humanos, más allá de las críticas que ha recibido, ha significado un avance sustancial en la protección de los derechos en la región). La deriva populista que, en no pocos casos, apunta sus dardos contra estas cortes, representa un peligro para las conquistas específicas del constitucionalismo liberal-democrático.

6. *Palabras finales*

Constitutionalism is not dead. In fact, it is still confronted with the same old problem of emancipation.

(Alexander Somek, *Cosmopolitan Constitution*)

Constitución, *de te fabula narratur*. Esta especie de narración acerca de la constitución y del constitucionalismo es –y no puede no ser sino– simplemente parcial, aproximativa. Sigue siendo cierto lo dicho por Dippel (sobre las huellas de McIllwain): la historia del constitucionalismo debe aún ser escrita¹⁴³. Esta declaración no supone que carezcamos de información que nos permita orientarnos en el terreno (los propios Dippel y McIllwain son fuente de consulta). Quiere decir, quizás, que esta historia es más compleja y escabrosa respecto de lo que podría aparecer a primera vista (este trabajo, que pretende ser un aporte a la construcción de una genealogía de la constitución, así lo demuestra). Por ello, debemos acercarnos a estudiarla con cuidado y detenimiento, lupa en mano, para hallar sus varios matices. Solo de ese modo podremos tener una idea –aunque sea aproximada– de cómo y por qué llegamos hasta acá. No me atrevo a decir qué vendrá después. Ciertamente, tengo algunos deseos específicos sobre el camino que debería seguirse; pero esa es, por supuesto, otra historia.

¹⁴³ DIPPEN 2005; MCILLWAIN 1947 [1940].

Referencias bibliográficas

- ACKERMAN B. 1997. *The Rise of World Constitutionalism*, en «Virginia Law Review», 83, 4, 771-797.
- AGAMBEN G. 2000. *Lo que queda de Auschwitz*, Pretextos.
- AGUILAR J.P. 2018. *El mito del nuevo paradigma constitucional*, CEP.
- ANDRÉS SANTOS F.J. 2013. *Cicerón y la teoría de la ‘constitución mixta’: un enfoque crítico*, en «Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho», 27, 1-29.
- ARISTÓTELES. 1989. *La Política (Politeia)*, Instituto Caro y Cuervo.
- ÁVILAR. 2014. *En defensa del neoconstitucionalismo andino*, CEP.
- BARBERIS M. 2006. *Liberalismo, costituzionalismo, pluralismo*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXVI, 1, 77-92.
- BARBERIS M. 2008. *Ética para juristas*, Trotta.
- BEEMAN R. 2012. *Introduction*, en ID. (ed.), *The Declaration of Independence and The United States Constitution*, Penguin.
- BERLIN I. 1969. *Two Concepts of Liberty*, en ID., *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press.
- BERNAL PULIDO C. 2008. *El concepto de libertad en la teoría política de Norberto Bobbio*, en «Isonomía», 29, 97-120.
- BOBBIO N. 2016. *Estado, gobierno y sociedad*, Fondo de Cultura Económica.
- BOBBIO N. 1981. *Società civile*, in *Enciclopedia Einaudi*, v. 13, 53-68.
- BOBBIO N. 1986. *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica.
- BOBBIO N. 1988. *Del mondo del privilegio al mondo dei diritti*, en «Vita italiana», 4, 3, 32-47.
- BOBBIO N. 1991. *El tiempo de los derechos*, Sistema.
- BOBBIO N. 2006. *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, Fondo de Cultura Económica.
- BOBBIO N. 2009. *Teoría general de la política*, Trotta.
- BOBBIO N. 2013. *Liberalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica.
- BOBBIO N. 2019. *L’interpretazione delle leggi e la ragion di stato*, en «Dereito, Economia & Sociedade Contemporânea», 2, 1, 144-153.
- BOVERO M. 2012. *Elezioni e democrazia. Note critiche sul principio di maggioranza*, en «Teoria Politica», 2, 293-303.
- BRICEÑO JÁUREGUI M. 1989. *Prólogo del traductor*, en Aristóteles. *La Política (Politeia)*, Instituto Caro y Cuervo.
- CASTIGNONE S. 1985. *I diritti degli animali*, Il Mulino.
- CAVALIERI P., SINGER P. 1994. *Il progetto grande scimmia: eguaglianza oltre i confini della specie umana*, Theoria.
- CICERÓN M.T. 1984. *Sobre la República*, Gredos.
- CHIASSONI P. 2011. *Diritti umani, sentenze elusive, clausole ineffabili. Scritti di realismo militante*, Aracne.
- CHIASSONI P. 2013. *Laicidad y libertad religiosa*, Cuaderno 10, UNAM.
- COMANDUCCI P. 2016. *Estudios sobre constitución y derechos fundamentales*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- CONTINISIO C. 1997. *Introduzione*, en BOTERO G. *La ragion di stato*, Donzelli.

- DEW T.R. 1832. *Review of the Debate in the Virginia Legislature of 1831-1832*, T.W. White.
- DIPPEL H. 2005. *Modern Constitutionalism. An Introduction to History in Need of Writing*, en «Legal History Review», 73, 1, 153-170.
- ESPITIA GARZÓN F. 2016. *Historia del derecho romano*, Universidad Externado de Colombia.
- FERRAJOLI L. 2001. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta.
- FERRAJOLI L. 2013. *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Il Mulino.
- FERRAJOLI L. 2018. *Libertad y propiedad. Por un constitucionalismo de derecho privado*, Palestra.
- FIORAVANTI M. 2001. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trotta.
- FRANCA FILHO M.T. 2006. *Historia y razón del paradigma westfaliano*, en «Revista de Estudios Políticos», 131, 87-III.
- GARCÍA DE ENTERRÍA E. 1982. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas.
- GARCÍA-MANSILLA M.J. 2020. *Marbury v. Madison y los mitos acerca del control judicial de constitucionalidad*, en «Revista Jurídica Austral», 1, 1, 9-89.
- GAYO. 1845. *La Instituta*, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica.
- GIANFORMAGGIO L. 1997. *Tempo della costituzione, tempo della consolidazione*, en «Politica del diritto», 4, 527-551.
- GUASTINI R. 2011. *Interpretare e argomentare*, Giuffrè.
- GUASTINI R. 2013. *Distinguendo ancora*, Marcial Pons.
- GUASTINI R. 2016a. *Las fuentes del derecho*, Raguél ediciones.
- GUASTINI R. 2016b. *La sintaxis del derecho*, Marcial Pons.
- GUASTINI R. 2017. *Discutendo*, Madrid, Marcial Pons.
- GUILLÉN J. 1982. *La constitución romana según Cicerón*, en «Humanitas», 33/34, 147-212.
- GUZMÁN BRITO A. 2002. *El vocabulario histórico para la idea de constitución política*, en «Revista de estudios histórico-jurídicos», 24, 267-313.
- HAMILTON A. et al. 2012. *The Federalist Papers*, Penguin.
- HANKE S.H. 2011. *Sobre la democracia versus la libertad*, en «Cato Institute» (Disponible en: <https://www.elcato.org/sobre-la-democracia-versus-la-libertad>).
- HART H.L.A. 1982. *United States of America*, en ID. *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press.
- HIGH J. 1985. *State Education: Have Economists Made a Case?*, en «Cato Journal», 5, 1, 305-323.
- HOBBS T. 2018. *Leviatán*, Fondo de Cultura Económica.
- HUXLEY A. 1969. *Un mundo feliz*, Orbis.
- JELLINEK G. 2000. *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- KALINOWSKI G. 1982. *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Abeledo-Perrot.
- KANT I. 2013. *We Have no Duties to Animals*, en R. Shafer-Landau (ed.). *Ethical Theory: An Anthology*, Wiley-Blackwell.
- KELSEN H. 1928. *La garantie juridictionnelle de la constitution (La justice constitutionnelle)*, en «Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger», 35, 197-259.
- KELSEN H. 1934. *Esencia y valor de la democracia*, Labor.
- KELSEN H. 1942. *Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, en «The Journal of Politics», 4, 183-200.

- KELSEN H. 2009. *Teoría pura del derecho*, Eudeba.
- KRAMER L.D. 2004. *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press.
- LASALLE F. 2018. *¿Qué es una constitución?*, Temis.
- LEVI P. 2007. *I sommersi e i salvati*, Einaudi.
- LEVI P. 2014. *Se questo è un uomo*, Einaudi.
- LOCKE J. 1999. *Ensayo y Carta sobre la tolerancia*, Alianza.
- LOCKE J. 2006. *Segundo Tratado sobre el Gobierno civil*, Tecnos.
- MACHIAVELLI N. 2010. *El príncipe*, Edimat.
- MALDONADO-MUÑOZ M. 2018. *Los derechos fundamentales. Un estudio conceptual*, Olejnik.
- MALDONADO-MUÑOZ M. 2019. *La democracia a partir de Bobbio*, Cevallos.
- MANIACI G. 2020. *Contra el paternalismo jurídico*, Marcial Pons.
- MANIN B. 1997. *The Principles of Representative Government*, Cambridge University Press.
- MARGIOTTA C. 2000. *Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXX, 2, 387-425.
- MCILLWAIN C.H. 1947. *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Cornell University Press.
- MIGLIORE J. 2005. *Reflexiones en torno al concepto de sociedad civil*, in «Cultura económica», 62, 11-24.
- MILL J.S. 2001. *On liberty*, Batoche Books.
- MILL, J.S. 2001. *Consideraciones sobre el gobierno representativo*, Alianza editorial.
- MONTESQUIEU C. 1875. *De l'esprit des lois*, Garnier Frères Éditeurs.
- MORALES MUÑIZ M.D. 1998. *Los animales en el mundo medieval cristiano-occidental. Actitud y mentalidad*, en «Espacio, tiempo y forma», 3, 11, 307-329.
- NINO C.S. 2005. *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea.
- NOZICK R. 1997. *Do animals have rights?*, en ID., *Socratic Puzzles*, Harvard University Press.
- PAINE T. 2012. *Common sense*, Penguin Classics.
- PAINE, T. 2017. *Los derechos del hombre*, Fondo de Cultura Económica.
- PÉREZ ROYO J. 2007. *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons.
- PICO DELLA MIRANDOLA G. 2016. *Discurso sobre la dignidad del hombre*, UNAM.
- PINTORE A. 2011. *Stato di diritto*, en «Diritto & questioni pubbliche», 11, 873-884.
- PLATÓN 1872. *La República*, Medina y Navarro editores.
- POCOCK J.G.A. 1981. *Virtues, Rights, and Manners: A Model for Historians of Political Thought*, en «Political Theory», 9, 353-368.
- POSADA A. 2000. *Estudio preliminar*, en JELLINEK G., *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, UNAM.
- POZZOLO S. 1998. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*, en «Doxa», 21, 2, 339-353.
- POZZOLO S. 2008. *Neocostituzionalismo. Breve nota sulla fortuna di una parola*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXVIII, 2, 405-417.
- RATTI G.B. 2015. *Neoconstitucionalismo positivo y negativo*, «Ius humani», 4, 227-261.
- RAMÍREZ CLEVES G. 2017. *Teoría de la constitución, constitución y poder constituyente*, en CORREA

- HENAO M., OSUNA PATIÑO N., RAMÍREZ CLEVES G. (eds.), *Lecciones de derecho constitucional. Tomo I*, Universidad Externado de Colombia.
- RAZ J. 1984. *Legal Rights*, en «Oxford Journal of Legal Studies», 4, 1, 1-21.
- ROUSSEAU J.-J. 2007. *El contrato social*, Edimat.
- SALAZAR SÁNCHEZ M. 1991. *La Aurea Bulla. Constitución del Sacro Imperio romano germánico*, en «Revista de derecho público», 50, 33-50.
- SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO M. 2009. *La Magna Carta: realidad y mito del constitucionalismo pactista medieval*, en «Historia constitucional», 10, 243-262.
- SIEYÈS E.J. 2002. *Qu'est-ce que le Tiers état?*, Boucher.
- SIMON F. 2013. *Derechos de la naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político?*, en «Iuris Dictio», 15, 9-38.
- SKINNER Q. 1998. *Liberty Before Liberalism*, Cambridge University Press.
- SMITH A. 2007. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, MetaLibri.
- SOMEK A. 2014. *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford University Press.
- TOCQUEVILLE A. 2015. *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica.
- VIOLA F. 2003. *Gli animali tra giustizia e diritti*, en prensa.
- VIROLI M. 1999. *Repubblicanesimo*, Laterza.
- WALDRON J. 2005. *The Core of the Case Against Judicial Review*, en «Yale Law Review», 115, 1346-1406.
- WALDSTREICHER D. 2010. *Slavery's Constitution. From Revolution to Ratification*, Hill and Wang.
- WOLLSTONECRAFT M. 1992. *A Vindication of the Rights of Woman*, Everyman's Library Classics.
- ZAGREBELSKY G. 2005. *Historia y constitución*, Trotta.
- ZAGREBELSKY G. 2011. *El derecho dúctil*, Trotta.