

## PRÓLOGO

### REPENSAR LA HISTORIA DEL CONSTITUCIONALISMO EN TIEMPOS DE LA GLOBALIZACIÓN

1. El presente libro de Javier Ruipérez aborda uno de los temas de mayor boga en el pensamiento político y jurídico contemporáneo: el constitucionalismo. Si bien el constitucionalismo nace como el resultado de un profundo quiebre en el pensamiento político y jurídico moderno, ocurrido hace tres siglos, su construcción y evolución ha sido gradual y paulatina. Hoy en día, ante los retos que conlleva la globalización, el constitucionalismo requiere de una redefinición y, para ello, no hay mejor manera que entenderlo desde sus raíces, comprender los objetivos primarios que persigue y pensarlo desde una perspectiva histórica. De no hacerlo, en el intento por adecuarlo a los vertiginosos tiempos actuales, se corre el riesgo de desnaturalizarlo y de convertirlo en algo distinto respecto a su concepción y fines originales. En ese sentido, el trabajo de Ruipérez busca hacer ese análisis retrospectivo a partir del recuento de las principales aportaciones teóricas que fueron prefigurando, primero, y nutriendo, después, el sentido del constitucionalismo; logrando, con ello, reconstruir de manera crítica la evolución misma del concepto. Lo anterior le permite al autor, en última instancia, advertir las contradicciones que median entre la idea de constitucionalismo y los fundamentos teóricos e ideológicos de la oleada liberal-económica que sustenta el fenómeno de apertura de los mercados y el flujo de capitales y mercancías que conocemos como globalización.

2. Hablar del constitucionalismo significa hablar de una larga tradición del pensamiento que encuentra sus raíces en los primeros autores liberales del siglo XVII, de John Locke en adelante, y en las primeras batallas ideológicas libradas en contra del poder absoluto y sus sostenedores.

## XIV

### LORENZO CÓRDOVA VIANELLO

A lo largo de la historia del pensamiento político y jurídico podemos encontrar cuatro usos prevaletentes del concepto de *Constitución*. El primero es aquel que utiliza dicho concepto para referirse a *la forma de gobierno* mediante la que se estructura políticamente una sociedad determinada. Se trata, vale la pena decirlo, del uso más genérico y difundido que se hace de este concepto (y por ello menos preciso conceptualmente hablando), además de ser el primero en aparecer. Éste corresponde a la idea griega de *politeia* con la que Aristóteles, por ejemplo, identifica a los diversos tipos de gobierno en su estudio sobre las formas políticas de la Grecia clásica. La segunda acepción del concepto de Constitución es aquella que, derivada de las tesis del institucionalismo, la concibe como *la expresión y el equilibrio de las fuerzas políticas realmente existentes* en una sociedad; para decirlo de otro modo, es la manera en la que se reflejan e interactúan los factores reales de poder. En términos generales este uso del término coincide con el concepto de *Constitución material* que encuentra su definición más acabada en autores como Ferdinand Lassalle y, principalmente, en Maurice Hauriou y Santi Romano. El tercer uso de la idea de Constitución es el que hace el juspositivismo y que la identifica con una *norma positiva*, la norma de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico, de la que dependen en última instancia todas las demás y que, por ese hecho, constituye el fundamento de unidad y de validez del entero sistema jurídico. Se trata de la norma positiva que corona el sistema y que, en la lógica de Hans Kelsen, se encuentra inmediatamente debajo de la *Grundnorm* (que, en todo caso, no es ya una norma positiva sino presupuesta). El cuarto y último uso de este concepto es el que la identifica con un *sistema de garantías para limitar al poder*, en primer término al poder político. Esta concepción garantista de la idea *Constitución*, típicamente moderna, es la acepción usual del liberalismo político, y encuentra su formulación clásica en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> De acuerdo con Norberto Bobbio, según el moderno constitucionalismo “el poder político en cualquiera de sus formas y en cualquier nivel, incluso el más alto, está limitado por la existencia de derechos naturales... de los cuales son titulares los individuos en particular antes de la institución de la sociedad civil, y por las leyes constitucionales, que están garantizadas por la separación y por el control recíproco de los poderes que ejercen las funciones principales del gobierno de la sociedad”. Bobbio, N., *Teoria generale della politica*, Turín, Einaudi, 1999, p. 194.

Sin embargo, a pesar de ese significado múltiple y tan diverso del concepto de Constitución, es del último de esos cuatro conceptos, el garantista, del que se nutre el significado moderno del constitucionalismo.

A tono con esa tradición del pensamiento, el presente libro de Javier RUIPÉREZ parte de la última de las acepciones mencionadas, que es la que sirve de fundamento para el concepto de “Estado constitucional democrático” el cual se basa, ante todo, en el reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales como límites al poder político.

3. El nacimiento del Estado moderno bajo la forma de la monarquía absoluta parte de la ruptura y superación del orden político medieval.<sup>2</sup> Frente a la dispersión del poder que caracterizó a la sociedad feudal, la nueva forma de organización política se fundó en la concentración del mismo en manos del monarca. De manera paralela, la teoría política que acompañó el surgimiento y consolidación del Estado absoluto tuvo por objeto, de manera prevaleciente, el estudio y justificación de esa nueva forma de organización política: ese fue el rasgo distintivo de la idea de la “razón de Estado”, que caracterizó a la homónima corriente de pensamiento que va de Maquiavelo hasta Hobbes.

Sin embargo, a partir de la segunda mitad del siglo XVII, un nuevo sujeto pasa a ocupar, de manera central, la atención de los autores políticos: el individuo o, si se quiere, el gobernado. Ese cambio representó un parteaguas histórico que Norberto Bobbio ha definido kantianamente como la “revolución copernicana” de la modernidad.<sup>3</sup> A partir de ese momento, la teoría política prevaleciente dejó de concebir al poder desde una perspectiva *ex parte principis* y pasó a considerarlo desde una postura *ex parte populi*. No se trató de un cambio menor, sino de una transformación radical en la manera de entender a las relaciones políticas y al Estado.

Desde este nuevo mirador el poder absoluto dejó de ser considerado como un elemento indispensable para sustentar la soberanía estatal, y se convirtió en el principal peligro para la libertad de los individuos. A partir de este nuevo enfoque es comprensible que la lucha por la construcción del Estado de derecho haya enfocado sus baterías en regular y limitar el ejercicio del poder. Esa idea de limitar el poder político en relación

<sup>2</sup> Sobre la evolución política que culmina con el nacimiento del Estado moderno, véase Crossman, R. H. S., *Biografía del Estado moderno*, 4a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1986, pp. 17 y ss.

<sup>3</sup> Cfr. Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 105.

con determinadas esferas de libertad individual se convirtió en el paradigma de la que devendría la corriente hegemónica del pensamiento: el liberalismo político.<sup>4</sup>

En ese contexto resulta natural que recobrara fuerza la vieja idea aristotélica del “gobierno de las leyes” (contrapuesto al “gobierno de los hombres”), según la cual no sólo los gobernados sino también los gobernantes están sometidos al imperio de la ley y, por ello, el ejercicio del poder político está sometido, en tanto que regulado, por normas jurídicas que lo vinculan.<sup>5</sup> Las amplias reflexiones de Montesquieu sobre la naturaleza de la ley son un claro ejemplo de ello; el respeto de la ley constituye el criterio que le permite a este autor distinguir entre la monarquía, entendida como una forma de gobierno que se rige por leyes fijas y establecidas, y el despotismo, en donde se gobierna sin leyes ni frenos.<sup>6</sup>

La nueva idea del gobierno limitado y sometido a las leyes implicaba una ruptura con la idea de soberanía, entendida como “el gobierno absoluto y perpetuo de una República”, tal como había sido concebida por Juan Bodino.<sup>7</sup> Se trató de un quiebre importantísimo si se toma en cuenta que la soberanía ya se había constituido para entonces en la característica definitoria del poder político y del Estado.

Sin embargo, el tema de la soberanía, lejos de agotarse, sería replantado por Rousseau en clave netamente moderna. Para el filósofo ginebrino, la soberanía define el *status* del pueblo, entendido como sujeto político, que toma las decisiones colectivas. Se trata de un cambio no menor. La soberanía había servido hasta ese momento para justificar el uso del poder por parte del Estado (entiéndase de la monarquía absoluta que había prevalecido como forma de organización política realmente existente) de manera indiscriminada y sin ningún tipo de vínculos; se trataba del sumo poder (*summa potestas*) colocado en el vértice de la estructura decisoria de la sociedad, superior, por ello, a todos los demás (*superiorem non recognoscens*).

Para Rousseau las características de la soberanía no cambian pero sí el titular de la misma: sólo el pueblo puede ostentar tal carácter. Lo anterior

<sup>4</sup> Cfr. Bovero, Michelangelo, “Quale liberalismo per quale sinistra?”, *Iride*, 22, X, 1997, p. 476.

<sup>5</sup> Cfr. Bobbio, N., *Teoria generale della politica*, cit., nota 1, pp. 154 y ss; y 183 y ss.

<sup>6</sup> Cfr. Montesquieu, *Spirito delle leggi*, Turín, UTET, 1952, vol. I, p. 66.

<sup>7</sup> Cfr. Bodino, Juan, *Los seis libros de la República*, Madrid, Aguilar, 1973, p. 46.

es el resultado de la particular idea que este autor tiene del contrato social, es decir, el acuerdo entre todos los individuos para constituir a la sociedad y un poder común. De acuerdo con dicha idea, al momento de suscribir el contrato los individuos no ceden su capacidad de decisión a un tercero, sino que acuerdan ejercerla de manera colectiva con todos los demás asociados mediante una entidad soberana compuesta por todos y cada uno de los ciudadanos; precisamente, el pueblo. De esta manera, el Estado que resulta del contrato social intenta ser “una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes”.<sup>8</sup>

Con Rousseau el poder político dejó de ser concebido como algo que proviene de lo alto, algo extraño a los individuos sobre los que cotidianamente recaen decisiones que los obligan pero que les son ajenas. Ahora son ellos mismos, los gobernados, en cuanto integrantes del pueblo, quienes determinan las normas; es decir, son ellos mismos quienes toman las decisiones que los vinculan. De este modo, se hizo del concepto de soberanía, que hasta entonces había legitimado la imposición vertical de las decisiones, algo de lo que todo ciudadano es titular de manera conjunta con todos los demás.

Sin embargo, la idea de soberanía popular así concebida entró en contradicción con el principio ya imperante de gobierno limitado, propio del liberalismo. Rousseau, que como se sabe no es un liberal, sostenía que el pueblo soberano encarna una capacidad absoluta para decidir y, por lo tanto, conlleva una total sumisión de los individuos al cuerpo político del que, en todo caso, forman parte. Así, para Rousseau, todo límite al poder se desvanece frente al ejercicio colectivo del mismo: no puede haber límites a la voluntad del pueblo en la medida en la que todos los destinatarios de las decisiones han contribuido a formarla. En su lógica, pensar en que el pueblo se viera limitado en su capacidad para decidir implicaría una merma de la libertad de todos los ciudadanos que lo integran y que expresan conjuntamente su sentir —como pueblo— mediante la voluntad general. En ese sentido la idea de imponer límites a la soberanía para proteger a los individuos se presentaría como un sinsentido, ya que son los propios titulares del poder político (los ciudadanos) quienes toman

<sup>8</sup> Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, México, UNAM, 1969, p. 20.

## XVIII

### LORENZO CÓRDOVA VIANELLO

las decisiones y, sin duda, no asumirían una determinación contraria a sus intereses.

4. La contradicción intrínseca entre los postulados del liberalismo, expresados en la búsqueda de límites al poder a través de dos instrumentos fundamentales, el establecimiento de ciertos derechos individuales inviolables por parte del Estado y la división de poderes, por un lado, y el principio de la soberanía popular, que ve en la voluntad general la expresión colectiva de la libertad de todos los ciudadanos que integran al pueblo, por el otro, no sería solucionada fácilmente. Prueba de ello es el precario equilibrio que caracterizó a las Constituciones francesas revolucionarias. En efecto, tanto la Constitución de 1791 como las subsiguientes de 1793 y de 1795 hacen suya la declaración de derechos de 1789 pero también, en pos del dogma de la soberanía popular, confirieron a sus poderes legislativos atribuciones casi ilimitadas, como la de modificar a voluntad las respectivas Constituciones, como bien refiere Javier Ruipérez en su libro. De esta manera, en los hechos, sacrificaron en el altar de la soberanía popular, encarnado por las asambleas, los derechos individuales y, de paso, la estabilidad política de los regímenes revolucionarios.<sup>9</sup>

Sería el pensamiento constitucional norteamericano el que lograría resolver esa contradicción y permitir una convivencia armónica entre la idea de soberanía popular y del gobierno limitado por las leyes. Para lograrlo, se distinguió entre el acto fundante del Estado y la vida ordinaria del mismo, es decir, entre el momento constituyente y la operación cotidiana de los órganos públicos como entidades constituidas. El primero de esos dos momentos, aquél en el que se instituye la constitución y se funda el Estado, es en el que la soberanía popular se expresa plenamente; en él es el pueblo el que, en ejercicio de su plena soberanía, acuerda libremente los principios políticos que regirán su existencia y los plasma en un texto constitucional que regirá su vida futura; en él el pueblo determina las modalidades que tendrá el naciente Estado y las reglas que regirán su actuación. El Estado nace así limitado por voluntad del pueblo, voluntad que se plasma y que perdura en el texto de la Constitución.

<sup>9</sup> Al respecto resulta particularmente interesante el pormenorizado análisis que realiza Pedro Salazar en su libro *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, en prensa.

De esta manera, el supuesto del pacto social querido por el contractualismo se encarna en el momento constituyente, y la Constitución se plantea efectivamente como la expresión misma del contrato originario. La idea del pueblo soberano que decide establecer las reglas comunes de convivencia y que establece un poder político colectivo deja de ser una mera suposición teórica y encuentra plena materialización práctica. Así lo demuestra el prefacio del texto de la Constitución de 1787 cuando señala:

Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una unión más perfecta, establecer justicia, afirmar la tranquilidad interior, proveer la defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la libertad, estatuímos y sancionamos esta Constitución para los Estados Unidos de América.

Con esta solución la actuación del pueblo soberano se circunscribe sólo al momento constituyente, pero los efectos de las decisiones que ha tomado (de la voluntad que se materializa en la Constitución) perduran y vinculan la actuación sucesiva del naciente Estado. Así no sólo la institución del Estado, sino también su funcionamiento son el resultado de lo que quiere el pueblo soberano.

Pero también en los momentos posteriores al acto constituyente se hace prevalecer la voluntad del pueblo, a pesar de que éste no se manifiesta expresamente en cada decisión del Estado. Ello se consigue mediante el establecimiento de dos principios: el de *supremacía constitucional* y el de *rigidez constitucional*. Según el primero, la Constitución, por el hecho de ser la norma fundante del Estado, el acto originario de éste, se encuentra en una posición de superioridad respecto de todas las demás leyes y de todos los actos de las autoridades estatales. En ella se establecen los principios que instituyen y regulan la actuación del Estado y, consiguientemente, determinan los contenidos de todas las normas que le subyacen, por lo que toda ley o acto de autoridad contraria a la misma, sale de la órbita de lo lícito, de lo permitido por la Constitución (que no es otra cosa sino lo que quiso el pueblo soberano).

De acuerdo con el segundo principio, el de rigidez constitucional, el texto de la Constitución resulta inmodificable mediante el procedimiento legislativo ordinario. De esta manera, los principios constitucionales son salvaguardados frente a la actuación del poder legislativo, consiguiendo

la subsistencia y perdurabilidad de los mismos. En el caso norteamericano, como es sabido, la redacción de la Constitución es inalterable y sólo puede ser adicionada mediante enmiendas que, en todo caso, conllevan un procedimiento agravado respecto del que rige para la legislación normal.

Adicionalmente el constitucionalismo norteamericano se enriqueció de una serie de criterios interpretativos de su Suprema Corte de Justicia, que contribuyeron a sentar bases de garantía de los principios mencionados. Destaca particularmente la famosa sentencia sobre el caso *Marbury vs. Madison* que abrió la puerta para que el Poder Judicial se consolidara como el custodio de la coherencia de las normas secundarias con las disposiciones constitucionales, pudiendo decretar la invalidez e inaplicabilidad de las primeras en caso de ser contradictorias con la Constitución y, por ello, contravengan el principio de supremacía constitucional.

5. El aporte de la experiencia norteamericana en el desarrollo del constitucionalismo es fundamental. A partir de entonces sus principios inspiradores acabarían impactando, tarde o temprano, al entero pensamiento constitucional, incluido el característico de tradiciones jurídicas completamente diferentes. A la larga el constitucionalismo se convertiría en una de las expresiones más acabadas del liberalismo al plantear la existencia de "...un sistema de vínculos sustanciales, es decir, de prohibiciones y de obligaciones impuestas por las cartas constitucionales, y precisamente por los principios y por los derechos fundamentales en ellas establecidas, a todos los poderes públicos, incluido el legislativo".<sup>10</sup>

La historia posterior del constitucionalismo podría caracterizarse por la paulatina expansión de los límites establecidos al poder político a través del gradual surgimiento de nuevas esferas de garantías a favor de los individuos que poco a poco fueron incorporándose a los diversos textos constitucionales. Así, a la originaria protección de las esferas libertad (civil y política), que implicaban una actuación negativa por parte del Estado: abstenerse de invadir y lesionar esas esferas de prerrogativa individual, se sumaron los derechos sociales, que implicaron, por el contrario, una actuación activa a cargo del poder público: satisfacer las expectativas que estos derechos confieren a los gobernados.

<sup>10</sup> Ferrajoli, L., "Quali sono i diritti fondamentali?", en Vitale, E. (ed.), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Turín, Rosenberg & Sèller, 2000, p. 107.



El término de la Segunda Guerra Mundial y la traumática experiencia que ésta trajo consigo, se tradujeron en una demanda por proteger a los derechos individuales incluso más allá del ámbito estatal. La Carta constitutiva de la ONU y la expedición de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y de los posteriores pactos internacionales de derechos civiles y políticos, y de derechos económicos, sociales y culturales, de 1966, dan constancia de esa expansión del espíritu de protección de las prerrogativas individuales a nivel internacional, al grado que hay quien ha visto incluso en esos instrumentos internacionales un “embrión de constitución mundial”.<sup>11</sup>

6. De cara a los fenómenos políticos actuales ¿cuáles son los desafíos que enfrenta a futuro el constitucionalismo? Me parece que son fundamentalmente dos: en primer lugar, el surgimiento en el ámbito privado de nuevos centros de poder que, siendo paralelos al poder político, se encuentran en igual capacidad de lesionar masivamente derechos de los individuos. Estos nuevos poderes, fundamentalmente económicos e ideológicos, se han visto alentados y fortalecidos por la lógica de la globalización, en particular en el ámbito de la informática y de las comunicaciones. Se trata de aquellos que Luigi Ferrajoli, un autor fundamental para hablar del constitucionalismo hoy en día —y que no deja de extrañarse en un libro como el que el lector tiene entre manos, dedicado a este tema—, ha denominado “poderes salvajes”.<sup>12</sup> Estos poderes salvajes se presentan a contracorriente con la lógica que inspiró la construcción del estado constitucional de derecho moderno entendido “...como una técnica dirigida a limitar, disciplinar y, por consiguiente, minimizar el poder”,<sup>13</sup> y representan esa forma “incivil” de no ajustarse a las fronteras de su actuación que el derecho les fija.

Lo peor de todo es que esas nuevas formas de poder pretenden ampararse, para desarrollarse, precisamente en las libertades que el constitucionalismo protege y garantiza, conformando una paradoja con las que

<sup>11</sup> Cfr. Ferrajoli, L., “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, *Isonomía*, México, núm. 9, octubre de 1998, pp. 173-186.

<sup>12</sup> Cfr. Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 931 y ss.

<sup>13</sup> Ferrajoli, L., “Garantismo e poteri selvaggi”, *Teoria politica*, Milán, año. XIV, núm. 3, 1998, pp. 11-24 (traducción al español: “Garantismo y poderes salvajes”, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 120-154).

éste deberá hacer las cuentas. En ese sentido, me parece inevitable reconocer que el constitucionalismo no sólo está planteado en contra del eventual abuso del poder público, sino contra cualquier poder —público o privado que sea— que constituya una amenaza para los derechos fundamentales,<sup>14</sup> se trata, dicho en otros términos, de una verdadera técnica de limitación de *todo poder* que pueda poner en riesgo los derechos fundamentales de las personas. Ello impone, en consecuencia, un replanteamiento del constitucionalismo para establecer garantías efectivas de protección de los derechos individuales frente a todos los poderes salvajes hoy existentes.

En segundo lugar, el constitucionalismo enfrenta el desafío de la restricción que presentan las fronteras nacionales ante la globalización de los nuevos poderes, lo que vuelve ineficaces los actuales mecanismos de garantía frente a la realidad política del mundo contemporáneo. En ese sentido, creo que la única alternativa consiste en el reforzamiento de las instancias internacionales y la creación de nuevos mecanismos de protección y garantía.

7. El breve recorrido histórico y teórico abordado en estas breves reflexiones, no pretenden ser sino el proemio de un tratamiento mucho más amplio y sistemático que el autor de este libro realiza. Ruipérez, en efecto, bajo el pretexto de la celebración del aniversario de la Constitución española de 1978, realiza un exhaustivo recuento de los acontecimientos históricos que dieron origen a la idea de constitucionalismo; a la fundamental inspiración que Montesquieu y Rousseau tuvieron para que el constitucionalismo norteamericano hiciera suyos los principios liberal y el de la soberanía popular; a la difícil interpretación que los revolucionarios franceses hicieron de los mismos; a la reticencia de la doctrina del derecho público europeo para aceptar las implicaciones del constitucionalismo y, por último, a la contradicción intrínseca entre los postulados del mismo constitucionalismo y del liberalismo económico que ha venido inspirando a la globalización.

<sup>14</sup> El mismo Ferrajoli sostiene en ese sentido que “si son normativamente de «todos»... estos derechos no son alienables o negociables sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados” Ferrajoli, L., “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en AA VV, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 21.

PRÓLOGO

XXIII

Se trata, en suma, de un libro que hace un recuento que resulta indispensable para analizar los retos que el constitucionalismo hoy enfrenta y en las rutas alternativas que pueden seguirse ante una realidad política sin duda desalentadora y decepcionante, pero que impone con urgencia la necesidad de repensar el constitucionalismo.

Lorenzo CÓRDOVA VIANELLO