

LOS ORÍGENES DEL ESTADO CONSTITUCIONAL Y DE LA FILOSOFÍA DEL CONSTITUCIONALISMO

Miguel CARBONELL*

SUMARIO: I. *Dedicatoria*. II. *Las Constituciones en la historia: surgimiento y rasgos evolutivos*. III. *La aportación europea*. IV. *La difusión del constitucionalismo*. V. *La filosofía del constitucionalismo*. VI. *Conclusión*.

I. DEDICATORIA

Cuando estaba cursando el séptimo semestre de la carrera, un compañero de generación y excelente amigo, Rodrigo Gutiérrez Rivas, nos comentó a Lorenzo Córdova Vianello (quien también formaba parte de la generación 1990-1994 de la Facultad de Derecho de la UNAM) que había entrado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la propia UNAM y que le parecía que nuestro perfil encajaría muy bien con lo que allí se hacía. Nos dijo que, si queríamos, nos podía llevar con el director para que nos entrevistara y viéramos si era posible entrar para prestar nuestro servicio social o para ser becarios. Rodrigo en ese entonces era asistente de investigación nada menos que de don Héctor Fix Zamudio.

Tanto Lorenzo como yo le pedimos que nos concertara la cita con José Luis Soberanes, a la sazón director del Instituto y fuimos juntos a la misma. Soberanes nos dio entrada de inmediato en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, con la generosidad que siempre lo ha caracterizado. Ese mismo día de octubre de 1993 comenzábamos una andadura que iba a ser fundamental en nuestra vida. Lorenzo fue asignado como asistente de investigación de José de Jesús Orozco Henríquez, quien se dedicaba a las cuestiones electorales, y yo fui asignado con Víctor Martínez Bulle-Goyri, quien trabajaba temas de derechos humanos.

* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Aunque en ese entonces nadie lo podía saber, Soberanes tuvo la visión (o el tino) de indicarnos una ruta que a la postre iba a marcar también nuestras preferencias temáticas: Lorenzo Córdova con el tiempo se convirtió en el académico más destacado en temas de derecho electoral (hasta ser nombrado primer presidente del Instituto Nacional Electoral en el 2014) y yo iba a desarrollar buena parte de mis investigaciones en temas de derechos humanos.

Al principio trabajé en el Instituto como meritorio sin percibir ningún tipo de ingreso; luego fui prestador de servicio social durante algunos meses. Al terminar mi servicio social le pedí a Soberanes que fuera mi director de tesis y pude subir un peldaño al obtener una “beca nacional” por medio de la cual la UNAM ayudaba a los alumnos que estaban redactando sus tesis de licenciatura.

En mayo de 1994 Soberanes (gesto por el que siempre le estaré agradecido) me apuraba a terminar la tesis y hacer el examen profesional para poder iniciar en el otoño los cursos de doctorado en Madrid. Le dije que con el trabajo en la Secretaría Académica difícilmente podría concluir a tiempo, por lo que —con su anuencia— renuncié a la plaza de técnico académico y me centré de tiempo completo en la tesis, la cual finalicé en menos de dos meses.

Durante el breve periodo de octubre de 1993 a mayo de 1994 pude ganarme la confianza de Soberanes para lograr una beca internacional de la UNAM que me permitiría mantenerme en Madrid mientras hacía mis estudios de doctorado en la Universidad Complutense de Madrid, bajo la tutela del destacado constitucionalista español Pedro de Vega. El apoyo de Soberanes en esa etapa de mi formación académica fue esencial, primero al dirigirme la tesis de licenciatura y luego por abrirme la puerta para la beca de la Universidad Nacional.

Me consta que no soy el único que le debe gran parte de su formación académica y de sus primeros afanes como investigador a José Luis Soberanes. Vaya este escrito como una humilde forma de retribuirle por todo lo que me ha dado con tanta generosidad y para decirle que sin su apoyo mi carrera académica no hubiera podido ser lo que es. Muchas gracias, estimado y admirado José Luis.

II. LAS CONSTITUCIONES EN LA HISTORIA: SURGIMIENTO Y RASGOS EVOLUTIVOS

Cuando surge la primera Constitución en sentido moderno, la que fue creada en Filadelfia en 1787 (todavía vigente, más de 220 años después), lo que se buscaba era fundar una nación independiente. De hecho, el documento que sirve de plataforma ideológica de la Constitución norteamericana es preci-

samente la famosa Declaración de Independencia de los Estados Unidos, promulgada en 1776.

Uno de los aspectos más importantes de su contenido y sobre todo de su sentido es quizás, que la Declaración resume una filosofía política que será la que oriente hacia el futuro el entendimiento de los derechos fundamentales en Estados Unidos, conformando de esa manera el influyente “modelo americano de derechos”, que hoy en día es el que mayor interés puede tener desde la óptica del derecho constitucional comparado.

El texto de la Declaración fue elaborado por una comisión de la que formaron parte personajes tan importantes como John Adams, Benjamín Franklin y Thomas Jefferson. La redacción inicial del documento correspondió justamente a Jefferson. Tuvo como antecedente un documento previo redactado por Henry Lee y aprobado el 7 de junio de 1776, en el que las colonias ya manifestaban el deseo de separarse de Inglaterra. El documento de junio iba dirigido específicamente al monarca inglés y a toda Gran Bretaña. La Declaración del 4 de julio tenía una ambición mayor: se dirigía a toda la humanidad, avisando del surgimiento de una nueva nación soberana.¹

El texto redactado por Jefferson fue objeto de modificaciones de estilo por parte de Adams y Franklin. Incluía originalmente una cláusula que condenaba la esclavitud y hacía recaer la responsabilidad por el inhumano tráfico de personas de color en el monarca inglés, pero tuvo que ser removida por las protestas de Carolina del Sur y Georgia quienes estaban de acuerdo en mantener el esclavismo.

La Declaración representa lo que para algunos es una especie de “derecho fundamental colectivo”: la autodeterminación de los pueblos. Si bien el ejercicio de la autonomía hasta llegar a la secesión no encaja fácilmente en

¹ Sobre la Declaración de Independencia se han escritos miles de obras; una visión introductoria puede encontrarse por ejemplo en Aparisi Miralles, Ángela, “Los derechos humanos en la Declaración de Independencia de 1776” en Ballesteros, Jesús (ed.), *Derechos humanos. Concepto, fundamento, sujetos*, Madrid, Tecnos, 1992; Asís Roig, Rafael y Ansúátegui Roig, Francisco Javier, “Los derechos humanos en las colonias de Norteamérica” en VV. AA., *Historia de los derechos fundamentales*, t.I, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III, 1998, y Asís Roig, Rafael de, et al., “Los textos de las colonias de Norteamérica y las enmiendas a la Constitución” en *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, Dykinson, 2001, t. II, vol. III. Para una aproximación más profunda, hay cuatro obras del gran historiador Gordon Wood que pueden ser útiles: *The Idea of America. Reflections on the Birth of the United States*, Nueva York, Penguin Press, 2011; *The Creation of the American Republic 1776-1787*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1998; *The American Revolution. A History*, Nueva York, The Modern Library, 2003, y *The Radicalism of the American Revolution*, Nueva York, Vintage Books, 1991. Otro texto muy relevante sobre este periodo histórico es el de Baylin, Bernard, *Los orígenes ideológicos de la Revolución norteamericana*, Madrid, Tecnos, 2012.

el entendimiento moderno de los derechos fundamentales,² lo importante es que al decidir su separación de Inglaterra, articulada a través de la Declaración de Independencia, los habitantes de Estados Unidos pudieron otorgarse un catálogo de derechos que es solamente en parte distinto, en su origen y en su posterior desarrollo, el que tenían los habitantes del Reino Unido. De hecho, algunos analistas aprecian una cierta similitud entre la estructura y finalidad de la Declaración de Independencia y la inglesa *Petition of Right* de 1628. Como apunta Habermas, “en lo esencial los *Bill of Rights* inventarían los derechos existentes poseídos por los ciudadanos británicos. La forma de su fundamentación, universal e iusnaturalista, sólo se torna necesaria desde la perspectiva de la emancipación respecto de la madre patria”.³

Aunque apoyada en parte por la experiencia inglesa y por las nociones generales que sobre los derechos se tenían en aquel tiempo en Inglaterra, la Declaración tiene el mérito de encontrar un fundamento distinto al histórico; es decir, la Declaración no se plantea como una continuación de la experiencia histórica inglesa. Su fundamento quizás se encuentre más bien en la ideología pactista, con la cual es posible establecer un convenio o pacto como marco fundacional de una sociedad.

Este fundamento contractualista se justificaría, en las colonias americanas, atendiendo a tres factores: a) la noción de *covenant* que las colonias importan de Inglaterra; los *covenants* servían para determinar el origen de algunas comunidades religiosas y la adhesión a ellas por parte de sus miembros; b) el funcionamiento en los primeros territorios colonizados de las compañías por acciones, que habían financiado las expediciones de colonización, y c) finalmente, la necesidad de alcanzar un autogobierno que debía surgir de un rechazo al poder de la monarquía y que, en algún sentido, tenía que ser creado en el vacío.

Los autores de la Declaración se imaginaban como protagonistas de un capítulo nuevo de la existencia humana sobre la tierra. Suponían que los efectos de la Declaración irían más allá de la frontera de los territorios coloniales. Thomas Jefferson juzgaba, en este sentido, que a partir de la Declaración “la condición del hombre a lo largo del mundo civilizado acabará mejorando grandemente”, mientras que James Madison sostenía que “esta revolución en la práctica del mundo puede ser considerada, con honesta

² Véase las consideraciones de Kymlicka, Will, *Fronteras territoriales*, Madrid, Trotta, 2006.

³ Habermas, Jürgen, “Derecho natural y revolución” en el libro del mismo autor, *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 2002, p. 92.

alabanza, como la época más gloriosa de su historia y el más reconfortante presagio de su felicidad”.

Un paso tan importante no podía darse sin pagar un costo igualmente relevante a nivel político, económico y social. Los autores de la Declaración estaban conscientes de ello, al grado de que Adams afirmaba lo siguiente: “me doy perfecta cuenta de los sudores y sangre y dispendios que nos costará mantener esta Declaración y apoyar y defender estos Estados. Pero a través de todas las tenebrosidades puedo ver los rayos de luz y gloria arrebatadores. Puedo ver que el fin es mucho más valioso que todos los medios y que la posteridad se sentirá triunfante al recordar ese día, incluso aunque nosotros debiéramos arrepentirnos de ello, cosa que, confío en Dios, no haremos”.

La Declaración no es un texto dividido en artículos, al modo típico de un documento legislativo; por esta razón, como se apuntaba, tiene un interés mayor para la filosofía política que para los estudios de dogmática constitucional. Lo interesante de su contenido son algunas afirmaciones que en buena medida comparte con el resto de textos importantes del siglo XVIII. Concretamente, la parte que más nos interesa es la que contiene el segundo párrafo, en él se exponen algunas “verdades” que los redactores del documento utilizan para justificar su separación de Inglaterra.

La primera de ellas es una “verdad” bien conocida para la historia de los derechos humanos: “que todos los hombres son creados iguales”; de muchas maneras y en distintas redacciones, este tipo de declaraciones ha estado presente a lo largo de toda la historia del Estado constitucional.

Desde luego, de este reconocimiento de la igualdad de todos los hombres no se puede derivar alguna conclusión sobre la igualdad entre las razas; ya que lo que intentaban poner de manifiesto los autores de la Declaración era su deseo de terminar con los privilegios sociales y con la desigualdad política que caracterizaba a la monarquía inglesa.

El rechazo a los privilegios sociales heredados y a las correspondientes distinciones por razón de nacimiento impulsaron a Jefferson, en 1777, a formular un proyecto de ley para abolir la primogenitura y las propiedades sujetas a vínculos determinados por el sexo. Se intentaba borrar “toda fibra de aristocracia” y alcanzar a la vez un reparto paritario de las herencias. La única aristocracia que merecía perpetuarse, pensaba Jefferson, era la de la virtud y el talento.

La Declaración agregaba que los hombres tienen ciertos derechos inalienables de los que han sido “dotados por su Creador”; entre esos derechos menciona la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. La Declaración no hace referencia alguna a los derechos de los súbditos ingleses, que sin

embargo eran mencionados con frecuencia en los panfletos de mediados del siglo XVIII publicados en las colonias.

Tampoco se refiere la Declaración al derecho de propiedad, que era una divisa muy compartida por el pensamiento de la Ilustración (por ejemplo en la obra de John Locke).

Existen dos posibles explicaciones para comprender esta omisión tan llamativa. La primera es que Jefferson entendía que la propiedad no era un derecho que derivaba directamente de Dios, sino que era creada por el ser humano, al ser la propiedad resultado de una apropiación o de un pacto. La segunda es que la Declaración se quiso mantener en un cierto nivel de abstracción, de modo que no se convirtiera en una camisa de fuerza para las colonias.

La inclusión del derecho “de la búsqueda de la felicidad” tiene como precedentes algunos textos constitucionales de las colonias aprobados antes que la Declaración. Por ejemplo, ya figuraba en el artículo I de la Declaración de Virginia, redactada por George Mason. También estaba presente (con cinco menciones) en la Constitución de Massachussets, obra de John Adams.

El contenido concreto de este derecho se asociaba, en ese entonces, al bienestar material; en este sentido se puede afirmar —como lo ha destacado Ángela Aparisi— que “la idea americana del progreso iba muy ligada a la abundancia material, a la buena salud, a la posibilidad de acceder a un trabajo digno, a la capacidad de elegirlo, a la igualdad de oportunidades, al derecho a recibir una educación básica, etc. La «búsqueda de la felicidad» llegaba también a conectar con la misma tradición democrática norteamericana: libertad de conciencia, derecho a elegir libremente el propio gobierno, etc.”.⁴

La Declaración se refiere de igual forma al papel del gobierno con respecto a los derechos: el gobierno se instituye para preservarlos, pero si repetidamente los destruye, entonces “el pueblo tiene el derecho de reformar o abolir” esa forma de gobierno e instituir uno nuevo que se funde en dichos principios.

Tal cambio, asegura la Declaración, no debe hacerse por motivos leves y transitorios sino solamente cuando se presente “una larga serie de abusos y usurpaciones”, lo que demostraría “el designio de someter al pueblo a un despotismo absoluto”.

El texto del párrafo es el siguiente:

⁴ Aparisi Miralles, Ángela, “Los derechos humanos en...”, *cit.*, p. 237.

Sostenemos por evidentes, por sí mismas, estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su creador de ciertos derechos inalienables; entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o a abolirla, e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio sea la más adecuada para alcanzar la seguridad y felicidad. La prudencia, claro está, enseña que no se deben cambiar por motivos leves y transitorios gobiernos de antiguo establecidos; y, en efecto, toda la experiencia ha demostrado que la humanidad está más dispuesta a padecer, mientras los males sean tolerables, que a hacerse justicia aboliendo las formas a que está acostumbrada. Pero cuando una larga serie de abusos y usurpaciones, dirigida invariablemente al mismo objetivo, demuestra el designio de someter al pueblo a un despotismo absoluto, tiene el derecho, tiene el deber, de derrocar ese gobierno y establecer nuevas garantías para su futura seguridad. Tal ha sido el paciente sufrimiento de estas colonias; tal es ahora la necesidad que las obliga a reformar su anterior sistema de gobierno...

En ese párrafo los abusos despóticos mencionados eran lo que estaba haciendo el rey de Inglaterra sobre las colonias y era también, en consecuencia, la justificación de la independencia. La conclusión del documento no dejaba lugar a dudas: “que estas Colonias Unidas son, y deben serlo por derecho, estados libres e independientes, que quedan libres de toda lealtad a la Corona británica, y que toda vinculación política entre ellas y el Estado de la Gran Bretaña queda y debe quedar absolutamente disuelta; y que, como estados libres e independientes, tienen pleno poder para hacer la guerra, concertar la paz, concertar alianzas, establecer el comercio y efectuar los actos y providencias a que tienen derecho los estados independientes”.

Con la Declaración se rompía el vínculo con Inglaterra, pero todavía faltaba lo más difícil: construir una nación. Ese objetivo no se verá cristalizado sino hasta muchos años después y luego de sufrir una cruel guerra civil. Lo que la Declaración de Independencia produjo en el corto plazo fue la necesidad de que los Estados Unidos establecieran una Constitución; esta es una diferencia que no se observa en Francia.

Mientras que para los franceses la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 sirve para legitimar y dar fundamento a un nuevo texto constitucional (el de 1791), en Estados Unidos la Declaración de Independencia no fundamenta sino que demuestra la necesidad de dotarse de una nueva Constitución.

Una vez lograda la independencia de Inglaterra, Estados Unidos se propone el objetivo de alcanzar un gran acuerdo para dotarse de una Constitución para todo el país. Por lo que es necesario tomar en cuenta que ya existían Constituciones en las “Colonias” (lo que hoy llamamos en México, Constituciones estatales).

Roberto Blanco Valdés apunta, con razón, que los textos constitucionales de las Colonias

...van a ser las primeras Constituciones escritas de la historia o, lo que es lo mismo, las primeras que cumplirán una triple condición: que los principios jurídicos fundamentales reguladores de la vida política de una comunidad se plasmen en un código escrito —racional, coherente, ordenado y sistemático— que regula orgánica y funcionalmente el estatuto de los poderes del Estado y las esferas de libertad de los particulares, esferas que deben estar protegidas frente a la acción política de esos mismos poderes que pudieran tener por objetivo limitarlas; que los textos constitucionales emanen de un poder constituyente basado en la afirmación de la soberanía de la comunidad (nacional o popular); y, finalmente, que tales textos sólo puedan modificarse expresamente a través de un procedimiento de reforma, generalmente rígido, contenido en sus elementos esenciales en la propia norma constitucional.⁵

En la redacción de la Constitución estadounidense influyen muchos pensadores y varias corrientes ideológicas, las cuales defendían conceptos distintos e incluso opuestos sobre lo que tenía que ser una Constitución.⁶ Ahí estaban —nuevamente— las ideas de Thomas Jefferson sobre el gobierno de las generaciones vivas y la necesidad de proceder a cambiar la Constitución cada vez que una nueva generación subiera al poder; pero también se hizo presente la influencia de James Madison, quien quería una Constitución para la eternidad, un documento que estuviera prácticamente escrito en piedra.⁷

Es precisamente en una carta que Jefferson escribe a Madison donde mejor se plasma su idea de que “la tierra pertenece a los vivos”. Desde Pa-

⁵ Blanco Valdés, Roberto L., *La construcción de la libertad. Apuntes para una historia del constitucionalismo europeo*, Madrid, Alianza Editorial, 2010, p. 87.

⁶ Véase, entre otros, Reed Amar, Akhil, *America's Constitution. A Biography*, Nueva York, Random House, 2005. Para la parte del Bill of Rights puede consultarse, del mismo autor, el libro *The Bill of Rights. Creation and Reconstruction*, New Haven, Yale University Press, 1998.

⁷ Una aplicación moderna de las divergencias entre Jefferson y Madison sobre el papel de las Constituciones y la posibilidad de reformarlas, véase Sunstein, Cass, *The Constitution of Many Minds*, Princeton, Princeton University Press, 2009, pp. 1-19.

rís—donde era embajador de los Estados Unidos—Jefferson le dice a Madison en una misiva del 6 de septiembre de 1789 que

...los vivos tienen la tierra en usufructo; y los muertos no tienen poder ni derechos sobre ella. La porción que ocupa un individuo deja de ser suya cuando él mismo ya no es, y revierte a la sociedad... ninguna sociedad puede hacer una constitución perpetua, ni tan siquiera una ley perpetua. La tierra pertenece siempre a la generación viviente: pueden, por tanto, administrarla, y administrar sus frutos, como les plazca, durante su usufructo... toda constitución, y toda ley, caducan naturalmente pasados treinta y cuatro años.⁸

En respuesta a Jefferson, también por medio de una carta, Madison expresa sus dudas sobre la conveniencia de reformar con tanta frecuencia un texto constitucional o de darlo por caducado por el simple relevo generacional. Por lo que se pregunta Madison en una carta del 4 de febrero de 1790: “¿Un gobierno reformado con tanta frecuencia no se haría demasiado mutable como para conservar en su favor los prejuicios que la antigüedad inspira y que tal vez constituyen una saludable ayuda para el más racional de los gobiernos en la más ilustrada era? ¿No engendraría tan periódica revisión facciones perniciosas que de otra manera no podrían cobrar experiencia?”

La supervivencia de una forma de gobierno debe hallarse, dice Madison, en la utilidad que le pueda suponer para las generaciones futuras; si dicha utilidad no existe, entonces habrá que cambiar la forma de gobierno, pero eso no es algo que se pueda predeterminar con una temporalidad acotada, como lo propone Jefferson. Sigue Madison: “las *mejoras* introducidas por los muertos constituyen una carga para los vivos que sacan de ellas los correspondientes beneficios. Esta carga no se puede satisfacer de otra manera más que ejecutando la voluntad de los muertos que acompañaba a las mejoras”.

La conclusión de Madison es que una generación puede y debe obligar a las siguientes, siempre que de tales obligaciones se obtengan beneficios. Sus palabras son las siguientes: “parece haber fundamento en la naturaleza de las cosas en orden a la relación en que está una generación con otra, en particular en cuanto al *traspaso* de obligaciones de una a otra. Lo exige la equidad, y de ello derivan beneficios para una y otra generación. Todo lo que es necesario en lo que hace al ajuste de las cuentas entre los muertos y

⁸ Jefferson, Thomas, *Autobiografía y otros escritos*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 517-521. Una buena selección del pensamiento del autor puede encontrarse en Jefferson, Thomas, *Writings*, Nueva York, The Library of America, 1984 (hay reimpresiones posteriores).

los vivos es ver que las deudas deparadas a éstos no excedan de las ventajas creadas por los primeros”.⁹

En el fondo de la discusión entre Madison y Jefferson late uno de los dilemas más clásicos del constitucionalismo: ¿qué tan estable o qué tan mutable debe ser una Constitución? ¿En qué casos y bajo qué circunstancias se justifica que un texto constitucional sea reformado? Si las Constituciones contienen las decisiones más importantes que puede tomar un pueblo ¿Esas decisiones deben ser consideradas eternas o deben ser cambiadas cuando haya pasado un cierto tiempo?

No se trata de cuestiones fáciles. Esa es la razón por la que el intercambio de cartas entre James Madison y Thomas Jefferson se sigue citando en muchos tratados y manuales del derecho constitucional del siglo XXI.

III. LA APORTACIÓN EUROPEA

En las mismas coordenadas temporales pero del otro lado del Océano Atlántico, se fraguaba en Francia un movimiento constitucional igualmente importante, aunque con distintos objetivos. La Revolución francesa no pudo alumbrar, en un primer momento, un texto constitucional, pero aportó el que ha sido calificado como el documento jurídico más importante del mundo moderno:¹⁰ la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789. La Declaración fue redactada para servir de preámbulo a lo que luego sería un texto constitucional que ya no pudo ser creado por el mismo cuerpo deliberativo, sino que llegó algunos años después.¹¹

Las ideas que animaron el surgimiento de la Declaración no fueron idénticas a las que incendiaron el imaginario de los “founding fathers” en los Estados Unidos.¹² En Francia no se tenía que alcanzar la independencia respecto

⁹ Todas las citas provienen de Madison, James, *República y libertad*, Madrid, CEPC, 2005, pp. 102 y 103. El mismo documento y otros de mayor interés véase Madison, James, *Writings*, Nueva York, The Library of America, 1999.

¹⁰ Wachsmann, Patrick, “Déclaration des droits de l’homme et du citoyen” en Alland, Denis y Rials, Stéphane (directores), *Dictionnaire de la culture juridique*, París, PUF, 2003, pp. 350 y 351. Miguel Artola califica a la Declaración francesa de 1789 como “la más conocida e influyente de todas las Declaraciones”, *Los derechos del hombre*, Madrid, Alianza, 1986, p. 10.

¹¹ Un análisis del origen histórico y del significado de la Declaración en el desarrollo de los derechos fundamentales, véase Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, UNAM, CNDH, 2011, pp. 65 y ss.

¹² Aunque hubo una clara influencia del movimiento constitucional norteamericano sobre el debate político francés de la época, como lo ha destacado Roberto Blanco Valdés, *op.cit.*, pp. 90 y ss.

de ninguna potencia colonial sino establecer un sistema en el que no reinaran más los privilegios de nacimiento y en el que no hubiera una monarquía absolutista. Se trataba de proclamar solemnemente, a través de un documento jurídico, la ruptura de la Revolución con el Antiguo Régimen.

Y vaya que se logró (al menos por unos años, hasta que llegó la restauración monárquica y el prolongado dominio de Napoleón y sus sucesores). Quizá la norma que mejor refleja el ideario rupturista de la Revolución sea el artículo 1 de la Declaración, que señalaba: “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos...”.¹³

Estamos ante uno de los momentos más brillantes de lo que se ha llamado la “hora inaugural” del Estado constitucional. La Declaración representa, junto con la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, una especie de acta de nacimiento del constitucionalismo.

La Declaración es importante, desde un punto de vista jurídico, pero también tiene mucha relevancia desde una óptica política, pues representa nada menos que la plasmación jurídica de los ideales del quizá movimiento revolucionario más importante del mundo moderno, cuya influencia se extiende hasta nuestros días. La Declaración es “el documento fundacional de la Revolución y su signo emblemático, hasta hoy mismo”.¹⁴

Al considerar que la Declaración es un texto fundacional o inaugural “se quiere decir que marca un inicio y que éste es consagrado mediante una ceremonia, esto es, que posee un carácter único y que cualquier texto que le siga será evaluado con el rasero del modelo inicial”.¹⁵

La Revolución francesa no solamente fue un intento por derrocar al Antiguo Régimen, en buena medida exitoso, sino sobre todo una consecuencia social y política de la filosofía racionalista del siglo XVIII. Las pretensiones de los iniciadores del movimiento revolucionario iban mucho más allá de un cambio de régimen.

Como dice Eduardo García de Enterría, autor de uno de los estudios más completos sobre las consecuencias jurídicas de la Revolución, “se pretendía, nada más y nada menos, rectificar la historia entera de la humanidad”.

¹³ Sobre los alcances de este artículo, véase Carbonell, Miguel, *Una historia de..., cit.*, pp. 106-109.

¹⁴ García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza, 1994, p. 19. El impacto de la Revolución francesa sobre el derecho constitucional y, en concreto, sobre la teoría de la Constitución han sido expuestos sumariamente por Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992, pp. 70-73.

¹⁵ Fauré, Christine, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, México, Fondo de Cultura Económica, CNDH, 1999, segunda reimpresión, p. 17.

dad, fundar un nuevo orden político y social completamente nuevo, capaz de establecer una nueva etapa de la trágica evolución humana y de asegurar para el futuro una felicidad segura e inmarchitable... Una embriaguez de omnipotencia, de la infinitud de posibilidades que la libertad abría, de esperanza sin límites, se extendió por doquier".¹⁶

Esta percepción de su propio lugar en la historia humana, cierta o falsa, pesó de manera importante sobre los trabajos y los contenidos de la Asamblea que daría lugar a la Declaración, la cual "supuso implícitamente que un orden coercitivo de normas generales y formales se transformaría inmediatamente en una organización de las relaciones vitales sociales".¹⁷

Tanto por los sujetos a los que se dirige como por su contenido, la Declaración es una buena muestra del carácter universalista y potencialmente ilimitado de la perspectiva revolucionaria animada por el pensamiento ilustrado.¹⁸ Asomados a un precipicio, que lo mismo podía significar una caída que un salto hacia el futuro, los revolucionarios decidieron mirar hacia adelante, dejando para la historia un documento prodigioso, modelo hasta nuestros días de la filosofía humanista que ha marcado por siglos la mentalidad del mundo moderno. No cabe duda que estaban animados por la firme creencia de "estar inaugurando una nueva época en la historia del hombre".¹⁹

La Declaración contiene en forma de enunciados jurídicos los principios políticos que el nuevo régimen entendía como esenciales para la consecución de sus fines; conceptos tan relevantes como "derechos", "ley", "libertad", "poder", entre otros, se encuentran recogidos y desarrollados por el conciso texto de la Declaración.²⁰

¹⁶ García de Enterría, Eduardo, *op.cit.*, p. 20. En la misma obra, García de Enterría apunta que "el primer objetivo de la Revolución fue, entre sus ensoñaciones y pulsiones, construir una nueva sociedad política y a ello se dispuso con resolución desde sus primeros pasos"; para ello era necesario crear a la vez "un nuevo derecho público, que articulase en una nueva relación a los ciudadanos y al poder que de ellos mismos emanaba, y un nuevo derecho privado, que permitiese a una sociedad al fin igualitaria y despojada de «privilegios», una sociedad abierta y libre, su funcionamiento propio, fluido y espontáneo," p. 45.

¹⁷ Habermas, Jürgen, *op.cit.*, p. 122.

¹⁸ El "esencial componente utópico de la Revolución viene, indudablemente, de los ilustrados, pero de manera especial de Rousseau", García de Enterría, Eduardo, *op.cit.*, p. 22. Habermas, por su parte, destaca el hecho de que para los contemporáneos de la Revolución francesa "era un lugar común afirmar que la filosofía había trasladado la revolución de los libros a la realidad. La filosofía, es decir: los principios fundamentales del derecho natural racional, ellos eran los principios de las nuevas Constituciones", Habermas, Jürgen, *op.cit.*, p. 87.

¹⁹ García de Enterría, Eduardo, *op.cit.*, p. 23.

²⁰ *Ibidem*, p. 32.

La Declaración comienza a fraguarse en mayo de 1789. El 5 de mayo del mismo año se reúnen en París por mandato del rey Luis XVI los Estados Generales que no habían sido convocados desde 1614. Los Estados Generales, que no tenían claramente establecidas sus funciones, estaban integrados por tres estamentos de la sociedad francesa como expresión de la forma de pensar típica del feudalismo: el clero, la nobleza y el “tercer Estado”, que era el resto del pueblo.²¹ Cada uno de los tres estamentos elegía a sus representantes y éstos se reunían y votaban por separado diversas cuestiones. Su primera reunión fue en 1483 y hasta la convocatoria de 1789 solamente se habían reunido en cinco ocasiones.²²

El 17 de junio de 1789 los representantes del tercer Estado se constituyeron como Asamblea Nacional, considerando que daban voz a toda la nación al rechazar la representación estamental que habían tenido tradicionalmente los Estados Generales.²³ El 20 de junio los mismos diputados juraron no separarse hasta haber escrito una Constitución; por ello, para dar solemnidad a su pretensión hicieron el “Juramento del Juego de Pelota”.²⁴

A pesar de haber tenido inicialmente bastantes reticencias, el 27 de junio el rey decidió que los diputados del clero y de la nobleza se debían reunir con los del tercer Estado para que la Asamblea Nacional sustituyera a los Estados Generales. Así, el 9 de julio la Asamblea se declara “constituyente”. Con dicha declaración la Asamblea rompe definitivamente las reglas del juego hasta entonces vigentes y se considera revolucionaria.

Es opinable si la Asamblea tenía la legitimidad suficiente para hacerlo o no. En cualquier caso, como dice Martin Kriele, la consideración constituyente de la Asamblea deja de ser juzgada por el principio de efectividad: “si el nuevo orden logra imponerse de hecho al viejo orden, si la revolución resulta victoriosa, entonces no requiere legitimación por el antiguo derecho.

²¹ En realidad el tercer Estado no representaba a todo el pueblo, sino principalmente a la burguesía de las ciudades, pero no a los habitantes rurales y a la población urbana pobre; véase, Kriele, Martin, *Introducción a la teoría del Estado*, trad. de Eugenio Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 373.

²² Una explicación sintética de los Estados Generales puede verse en Bluche, Frédéric *et al.*, *La révolution française*, 6a. ed., París, PUF, 2003, pp. 15 y ss.

²³ Esta decisión seguramente toma en cuenta la opinión de Siéyes, quien en su ensayo *¿Qué es el Tercer Estado?* decía, contestando precisamente a esa pregunta: “el tercer Estado es la nación misma.”

²⁴ El texto del juramento puede consultarse en Rials, Stéphane, *Textos políticos franceses*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, p.11; en una de sus partes la Asamblea afirma lo siguiente: “decide que todos los miembros de esta Asamblea al momento presten juramento solemne de jamás separarse, y de reunirse en todo sitio en que las circunstancias lo exijan, hasta que la Constitución del reino esté establecida y apoyada sobre fundamentos sólidos...”.

La asamblea nacional no pretendió en absoluto aspirar a una legitimación de este tipo”.²⁵

La Asamblea estaba compuesta por más de 1,000 diputados (algunos autores dicen que eran unos 1,190,²⁶ otros 1,315²⁷ y otros más ofrecen la cifra de 1,223 diputados propietarios y 581 suplentes; de esta última cifra cabe mencionar que entre diputados propietarios y suplentes ocuparon escaños en la Asamblea 1,318 diputados)²⁸ lo que dificultaba las discusiones de forma importante. Comenzados los trabajos de la Asamblea, los diputados presentaron sus *Cahiers de doleances*, que eran una especie de mensajes de reivindicaciones o de quejas de sus representados sobre las cuestiones públicas francesas.²⁹

La redacción de la Declaración tuvo que superar algunos obstáculos previos, como por ejemplo, si debía ir antes o después de la Constitución que se proponía redactar la Asamblea o si tenía que acompañarse de una declaración de deberes.³⁰ Durante los trabajos de la Asamblea se presentaron diversos proyectos articulados de “declaración de deberes”; aunque su estudio exhaustivo se debería hacer en otro momento, conviene mencionar su existencia, sobre todo para demostrar que todavía en esas fechas no se había impuesto el “giro copernicano” de la modernidad que separaba la existencia de los derechos de la de los deberes, volviendo de esa forma la validez de los primeros independiente del cumplimiento de los segundos.

Finalmente las dudas sobre si la Declaración debe acompañarse o no de una manifestación de deberes se solventan, y se comienza a trabajar en la redacción del texto. Se presentan a consideración de la Asamblea más de 20 proyectos según algunos autores,³¹ aunque otros elevan esta cifra hasta 36 o 43, si junto a los proyectos se incluyen también las opiniones que presentaban los diputados sobre el contenido que debía tener la Declaración.³²

²⁵ Kriele, Martin, *op. cit.*, p. 371.

²⁶ Conac, Gérard, “Introduction” en varios autores, *La déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789*, París, Económica, 1993, p. 17.

²⁷ Peces-Barba, Gregorio, “Fundamentos ideológicos y elaboración de la Declaración de 1789”, *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, Dykinson, 2001, t. II, vol. III p. 177.

²⁸ Fauré, Christine, *op. cit.*, p. 351.

²⁹ Una síntesis de los principales *Cahiers* y de su contenido véase Peces-Barba, Gregorio, *op. cit.*, pp. 178 y ss.

³⁰ Conac, Gérard, *op. cit.*, pp. 22-24.

³¹ *Ibidem*, p. 20.

³² Fauré, Christine, *op. cit.*, p. 18.

Para organizar el trabajo y poner orden en la ingente cantidad de materiales que comienzan a producirse, primero la Asamblea designa un Comité de Constitución formado por 30 comisiones el 7 de julio; una semana después, el 14 del mismo mes, se nombra un nuevo Comité de Constitución formado esta vez por 8 miembros.³³ Posteriormente, el 12 de agosto se nombra a una comisión que tiene el encargo de actuar como ponente, la integran cinco miembros que son: Desmeuniers, La Lutzerne, Mirabeau, Tronchet y Auvergnat Rhedon.³⁴

La comisión termina su trabajo y lo presenta a la Asamblea a través de Mirabeau el 17 de agosto, con el título: “Proyecto de Declaración de los derechos del hombre en sociedad”;³⁵ en su intervención ante la Asamblea Mirabeau defiende el proyecto diciendo que está compuesto por “axiomas tan simples, evidentes y fecundos que sería imposible separarse de ellos sin ser absurdo”.

A pesar de contener cuestiones interesantes, la redacción del proyecto de los Cinco les parece a algunos diputados, con toda razón, demasiado farragosa; el hecho de que se reconozca como derecho inalienable el modificar la Constitución (quizá por influencia de Jefferson), inquieta a diputados como Mounier y Lally Tollendal.³⁶ El proyecto no convence a la Asamblea y el 18 de agosto, es rechazado.

El 19 de agosto se elige como base de la discusión un proyecto distinto, que había sido elaborado por otra comisión presidida por De la Fare, Obispo de Nancy;³⁷ este segundo proyecto se impuso en la votación a uno que originalmente había presentado Sieyés.³⁸ Al final, el proyecto de la comisión dirigida por De la Fare (conocido como proyecto de la Sexta Comisión) fue muy cambiado, pues solamente 5 de sus 24 artículos quedaron integrados en el texto definitivo de la Declaración.

El proyecto presentado por Siéyes es relativamente largo, ya que está integrado por 37 artículos. Muchos de ellos tienen un contenido más filosófico

³³ Entre ellos estaban Mounier, Sieyés, Le Chapelier y Lally-Tollendal, que a la postre serían algunos de los más destacados miembros de la Asamblea.

³⁴ Fauré, Christine, *op. cit.*, p. 15.

³⁵ Conac, Gérard, *op. cit.*, p. 25. El texto véase Fauré, Christine, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, *cit.*, pp. 255-257.

³⁶ La última parte del artículo 3o. del proyecto señalaba: “cualquier asociación política tiene el derecho inalienable de establecer, de modificar o de cambiar la Constitución, es decir, la forma de su gobierno, la distribución y los límites de los diferentes poderes que la componen.”

³⁷ Se puede consultar en Fauré, Christine, *op. cit.*, pp. 205 y 206.

³⁸ *Ibidem*, pp. 197-200.

o político que jurídico; también muestran una marcada influencia de las tesis contractualistas. El texto final de la Declaración no recoge la mayoría de sus postulados, pese a que algunos de ellos pudieron haber sido interesantes para la Asamblea.

Repiriendo las tesis de Rousseau, el proyecto de Siéyes afirma en su primer artículo lo siguiente: “cualquier sociedad sólo puede ser la obra libre de una convención entre todos los asociados”. De igual forma, el artículo tercero establecía que “cualquier hombre es propietario único de su persona y esta propiedad es inalienable”.

Los trabajos propiamente de redacción del texto de la Declaración se llevan a cabo en un tiempo muy corto: el 20 de agosto se aprueba el preámbulo³⁹ y el 26 se termina el último artículo.⁴⁰ El 27 de agosto la Asamblea se reúne simplemente para acordar que la redacción de la Declaración ha terminado y que es momento de comenzar los trabajos referidos al texto constitucional. Al parecer, la intención de los diputados era completar la Declaración con artículos adicionales, pero se decide que ese trabajo deberá hacerse después de redactar la Constitución,⁴¹ en cualquier caso, lo que es obvio, es que la adición de más artículos nunca se pudo llevar a cabo.

Son varias las funciones que la Declaración tiene según la visión de sus creadores: una función crítica, una función legitimadora, una función constitutiva y una función pedagógica, según algunos comentaristas;⁴² para otros, las funciones de la Declaración son tres: política, pedagógica y de comunicación.⁴³

Desde luego, la Declaración quiere tener una función crítica respecto al antiguo régimen. Uno de los objetivos no solamente de la Declaración sino del movimiento revolucionario francés es cerrar una etapa histórica y abrir una nueva página, para lo cual debe demostrar la injusticia del sistema hasta entonces imperante.

La función crítica de la Declaración tiene que ver con una mirada hacia el pasado.⁴⁴ Esta función se observa sobre todo en el preámbulo, cuando se señala que “la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los go-

³⁹ Conac, Gérard, *op. cit.*, p.26.

⁴⁰ *Ibidem*, p.34.

⁴¹ *Idem*.

⁴² García Manrique, Ricardo, “Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”, *Historia de los derechos fundamentales*, vol. III, t.II, p. 231.

⁴³ Koubi, G. y Romi, R., “Preamble” en varios autores, *La déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789*, París, Economica, 1993, p. 56.

⁴⁴ García Manrique, Ricardo, *op. cit.*, pp. 230 y 231.

biernos”. También puede observarse una crítica hacia el antiguo régimen en el artículo 2o. de la Declaración, que establece que “el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”.

La función legitimadora de la Declaración debe entenderse desde dos puntos de vista diferentes. Hacia adentro de los trabajos de la Asamblea, la Declaración busca legitimar su carácter constituyente. Hacia afuera de la Asamblea y de forma más general, la Declaración es un intento de legitimar el movimiento revolucionario.⁴⁵ ¿Para qué se abandona el antiguo régimen si no para proteger los derechos “naturales e imprescriptibles” del hombre? ¿Cómo no iba a tener carácter constituyente una Asamblea que se plantea escribir verdades sencillas e indiscutibles, que se antojan verdaderas no solamente para los franceses sino para el resto de la humanidad y no solamente para ese tiempo histórico sino también para el resto de la historia humana? La legitimación de la Declaración debe ser puesta en relación con el concepto que los miembros de la Asamblea tenían de sí mismos y con el papel que jugaban en favor de la ideología de la Revolución.

La vocación universalista de la Revolución fue puesta de manifiesto, entre otros, por la aguda mirada de Alexis de Tocqueville, quien escribió que:

Todas las revoluciones civiles y políticas tuvieron una patria y en ella se encerraron. La Revolución francesa no tuvo territorio propio; es más, su efecto ha sido en cierto modo el de borrar del mapa todas las antiguas fronteras... la Revolución francesa procedió precisamente de la misma manera que las revoluciones religiosas actúan en vista del otro: consideró al ciudadano en abstracto, al margen de todas las sociedades particulares, tal como las religiones consideran al hombre en general, independientemente del país y del tiempo. No sólo buscó cuál era el derecho particular del ciudadano francés, sino también cuáles eran los deberes y los derechos generales de los hombres en materia política... Como parecía orientarse a la regeneración del género humano, más aún que a la reforma de Francia, provocó una pasión que nunca antes habían podido producir las más violentas revoluciones políticas.⁴⁶

La legitimación del movimiento revolucionario quizá se pueda desprender del artículo 2o. de la Declaración, que establece lo siguiente: “el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 231 y 232.

⁴⁶ Tocqueville, Alexis de, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 95 y 97.

seguridad y la resistencia a la opresión”. Con este artículo se ponía en evidencia al antiguo régimen, se legitimaba el derecho a sublevarse contra la injusticia (por medio del reconocimiento de la “resistencia a la opresión”) y se enviaba un mensaje sobre cómo debería ser el futuro al hablar del fin que debe tener toda asociación política. No se debe pasar por alto que la Declaración, además de ser un texto jurídico, es también un arma ideológica, que quiere servir a la vez como crítica del pasado y como instrumento de formación cívica para ganar adeptos hacia el futuro.⁴⁷

La función constitutiva de la Declaración consiste en que se plantea como un texto preparatorio o introductorio al texto constitucional que se propone redactar la Asamblea. En este sentido, para algunos la Declaración establece las bases para un amplio programa de acción que se debe concretar a través de los mandatos legales que sean emitidos después de su expedición.⁴⁸ La tarea de la ley, en los meses y años siguientes, debería ser la de ir concretando cada uno de los derechos establecidos, pues en casi todos los casos la Declaración remite al “legislador” o a la “ley”.

La función pedagógica y comunicativa es esencial y todo parece indicar que la tuvieron muy presente los redactores de la Declaración. En parte se puede desprender del espíritu racionalista que recorre todo el siglo XVIII. Los miembros de la Asamblea eran en buena medida la élite de ese tiempo y se consideraban con capacidad para hacer una función de pedagogía social hacia el resto de la población⁴⁹ “una vez vista desde una perspectiva filosófica, la verdad necesitaba, entonces, la propagación”, dice Habermas sobre la función pedagógica de la Declaración y sobre la función que debían desarrollar los diputados.⁵⁰

⁴⁷ García Manrique, Ricardo, *op. cit.*, p. 233. Al respecto Habermas apunta que “según la autocomprensión revolucionaria, esta declaración (de 1789) debía manifestar sobre todo la comprensión y la voluntad, la comprensión de la conexión racional de las normas fundamentales y la voluntad de proporcionarles validez por medio de un poder de sanción obligado en sí mismo por estas normas”, Habermas, Jürgen, *op. cit.*, p. 90.

⁴⁸ García Manrique, Ricardo, *op. cit.*, p. 232.

⁴⁹ Tocqueville apunta, negando en parte el carácter mesiánico de la Revolución, que “La Revolución fue cualquier otra cosa menos un acontecimiento fortuito. Ciento es que tomó al mundo desprevenido, pero sin embargo sólo fue el complemento de un trabajo más prolongado, la terminación repentina y violenta de una obra a la que se habían dedicado diez generaciones de hombres. De no haberse producido, igual se habría derrumbado por doquier el viejo edificio social, aquí más pronto, allá más tarde; sólo que habría ido cayendo paulatinamente, en vez de derrumbarse de pronto. Mediante un esfuerzo convulsivo y doloroso, sin transición, sin precaución y sin miramientos, la Revolución concluyó de manera repentina lo que a la larga habría acabado de por sí poco a poco. Esa es su obra”, véase Tocqueville, Alexis de, *op. cit.*, p. 105.

⁵⁰ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, p. 94.

Finalmente, no hay que olvidar que la Declaración se mueve en dos espacios diferentes: uno político y social, que apuesta a dejar atrás al antiguo régimen y a crear una sociedad donde primen las relaciones entre iguales; otro es el espacio metafísico y moral al que se sienten llamados los diputados, quienes piensan que la tarea de “declarar” los derechos contiene una fuerza positiva de gran alcance para oponerse al poder y para que los ciudadanos sean capaces de tener garantizados esos derechos.⁵¹

Por otro lado, el “reconocimiento de los derechos” exigía que se produjera también su “conocimiento” por lo que la función pedagógica debía tener un lugar preponderante. El objetivo final de dar a conocer los derechos era asegurar el bienestar de todos.⁵² Así lo establece expresamente el preámbulo al señalar que la Declaración busca estar “presente de manera constante en todos los miembros del cuerpo social”, con el fin de servirles para recordar “sin cesar sus derechos y deberes”.

Ha sido Peter Häberle uno de los juristas que con mayor perspicacia y profundidad ha entendido el significado de la Declaración francesa para el universo jurídico del siglo XXI. Partamos de una certeza: la Declaración encierra todavía hoy en día una multitud de significados y de mensajes aprovechables. Su lectura es obligada para todos aquellos que quieran comprender cómo surge y se desarrolla el constitucionalismo, pero también para quienes quieran imaginar hacia dónde vamos en esa materia. Para no ir más lejos, en Francia la Declaración es un texto jurídico vinculante ya que forma parte de la Constitución de 1958, tal como lo reconoce su preámbulo y como lo ha sostenido en su jurisprudencia el *Conseil Constitutionel*.⁵³

La Declaración contiene el pasado y el futuro del Estado constitucional, lo que ha sido, lo que ha querido ser y lo que probablemente será el constitucionalismo en relación con los derechos fundamentales. La Declaración significa una especie de “barrera cultural” a favor de la dignidad y la libertad humanas que no admite retroceso. Häberle cita a Kant para recordar que “un fenómeno tal en la historia de la humanidad ya no se olvida, porque ha dejado al descubierto en la naturaleza humana una capacidad de perfección y una predisposición hacia ella”.

El propio Häberle escribe, más en general pero tomando en cuenta los contenidos de la Declaración, que

⁵¹ Koubi, G. y Romi, R., *op. cit.*, p. 58.

⁵² *Ibidem*, p. 61.

⁵³ Morange, *La Déclaration...*, *cit.*, pp. 105 y ss., y García Manrique, Ricardo, *op. cit.*, p. 218.

Los derechos del hombre y su fundamento, la dignidad humana (desde Kant y Schiller), la separación de poderes (Locke y Montesquieu), así como la democracia (gracias a Rousseau y al *Federalista*) conforman barreras culturales que no permiten el paso atrás y fundan elementos básicos de cualquier avance constitucional hacia el futuro. Igualmente resultan eficaces como potencial de fuerzas y reservas dinámicas: por ejemplo, como dignidad humana *en el puesto de trabajo*, como separación de poderes en sentido amplio entre empresarios y sindicatos, como democracia interna en los partidos.⁵⁴

Los elementos que en 1789 aportan a la forma “Estado constitucional” se pueden sintetizar, siguiendo a Häberle y de acuerdo a lo que ya hemos señalado, en los siguientes puntos:

El carácter escrito de las Constituciones, en la línea de lo establecido por las cartas constitucionales de las colonias norteamericanas, a partir del modelo del *Bill of Rights* de Virginia, de 1776.

Los derechos fundamentales como derechos innatos (traducción jurídica de los antiguos derechos “naturales”) e imprescriptibles de la persona, tal como lo establece el artículo 2o. de la Declaración. Estas características de los derechos se han proyectado en varias teorías contemporáneas de los derechos fundamentales.

Las declaraciones de derechos como conjunto unitario, incluyendo no solamente la enunciación de los mismos, sino también su función y sus ámbitos protegidos.

La idea de la codificación y de la positivación del derecho. Esta idea toma como punto de partida la peculiar representación de la historia que se hicieron los revolucionarios franceses y en concreto la visión de que la Declaración venía a marcar una nueva época en la historia de la humanidad. Positivizando *ad eternum* los derechos naturales de toda la especie humana, con ambición de valer universalmente. Dupont de Nemours lo expresaba claramente poco antes de comenzar los trabajos de la Asamblea que redactó la Declaración: “no se trata de una Declaración de derechos destinada a durar un día. Se trata de una ley sobre la que se fundan las leyes de nuestra nación y las de las otras naciones y que debe durar hasta el final de los siglos”.

Hay que considerar que las declaraciones aparecen casi contemporáneamente a las grandes codificaciones (cuyo paradigma sigue siendo el Código Napoleón de 1804); el pensamiento de la época discurría posible y deseable reunir todo el derecho en las leyes y códigos, haciendo una es-

⁵⁴ *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, cit., p. 88.

pecie de suma total que rigiera a la sociedad en su conjunto.⁵⁵ Uno de los fundamentos de la codificación como ideología es justamente la “idea de sistema o de organización del derecho sobre la base de un plan lógico axiomático-deductivo”,⁵⁶ así como la posibilidad de obtener “un derecho materialmente justo de una vez para siempre, por su conformidad con la razón universal”;⁵⁷ ese derecho sería un reflejo del iusnaturalismo racionalista que animaba todo el proceso codificador. En nuestros días este ideal se ha de-rrumbado completamente, al grado de que no son pocos los autores que describen nuestro tiempo como la “edad de la descodificación”.⁵⁸

La doctrina del poder constituyente del pueblo.

La separación de poderes, siguiendo las ideas de Montesquieu y los planteamientos constitucionales que se toman de los Estados Unidos.

El concepto de ley como expresión de la voluntad general, en el sentido de Rousseau, junto con el procedimiento legislativo.

La lectura de la Declaración, sin embargo, se puede hacer de otra forma: atendiendo a lo que *no* dice. Nadie mejor que Häberle, de nuevo, para decirnos lo que el Estado constitucional ha conseguido no gracias a 1789 sino “contra 1789”:⁵⁹

A) La vía de las reformas en vez de las revoluciones, “la creencia — como lo escribe Häberle — en la evolución cultural en lugar de la revolución cultural y el pulido de los correspondientes procedimientos”. Hoy en día esa creencia está perfectamente asentada en el imaginario democrático de gran parte de los países del mundo. El cambio constitucional en las últimas décadas se ha dado por la vía pacífica, mostrando movimientos en evolución más que en revoluciones.

La reforma constitucional no fue un asunto presente en las discusiones de la Asamblea de 1789; algunos diputados eran de la opinión no solamente de que la reforma no debía ser admitida, sino también de que debía existir una amenaza de muerte contra quien la propusiera.⁶⁰

⁵⁵ Un resumen de la filosofía de la codificación y de los primeros esfuerzos codificadores de la modernidad, véase Cruz Barney, Oscar, *La codificación en México: 1821-1917*, México, UNAM, 2004, pp. 3-47.

⁵⁶ Cruz Barney, Oscar, *Ibidem*, p. 7.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ Cfr. Irti, Natalino, *La edad de la descodificación*, Barcelona, Bosch, 1992.

⁵⁹ *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, cit., pp. 78-79.

⁶⁰ Véase Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y Constitución*, trad. y prólogo de Miguel Carbó-nell, Madrid, Trotta, 2005, p. 38.

Algunos otros miembros de la Asamblea sí quisieron introducir un artículo sobre el tema en la Declaración, pero su intento no tuvo éxito; entre ellos estaba Concorcet, que al final de su propio proyecto de Declaración incluía un artículo en el que negaba el carácter perpetuo de la misma y el establecimiento de convenciones cuya función era reformar el texto constitucional; tales convenciones serían diferentes al órgano encargado de ejercer el poder legislativo ordinario (con ello se intentaba reflejar el sentido de la rigidez constitucional). También Sieyés propuso incorporar una cláusula para decir que “un pueblo posee siempre el derecho de revisar y reformar su Constitución”. Finalmente, el diputado Mathieu de Montorency propuso el 26 de agosto, poco antes de aprobar el artículo 17 de la Declaración (el último), un artículo con el siguiente texto: “como la renovación de los abusos y el interés de las generaciones que se suceden requieren la revisión de toda institución humana, un pueblo tiene siempre el derecho de revisar y reformar su Constitución; es bueno indicar los medios apacibles y constitucionales para el ejercicio de ese derecho”.⁶¹ Ninguna de estas propuestas fue tomada en cuenta.

La negación de la posibilidad de reformar en el futuro la Declaración era una consecuencia del iusnaturalismo racionalista que animaba los trabajos de la Asamblea: si la Declaración era conforme con la “ley de la naturaleza”, entonces no tenía sentido entenderla como un producto temporal, pues debía servir para siempre. De esa manera, el “tiempo constituyente” devora al tiempo por venir, el cual resulta “engañado, contraído o aplastado” por la obra constitucional.⁶² Además, la inmutabilidad viene de la mano con la consideración de perfección que la Asamblea le da a su trabajo: la Declaración era un texto perfecto y por tanto tenía que ser inmutable: “perfección e inmutabilidad van de la mano”, señala Gustavo Zagrebelsky.⁶³

B) La idea del pacto constitucional, dejando atrás la imposición unilateral de los textos constitucionales. Esta característica ha sido una consecuencia de la pluralidad de actores y puntos de vista que intervienen en los procesos de creación y renovación constitucional. Dicha pluralidad ha producido que algunos textos constitucionales estén redactados de forma muy amplia, incluso ambigua, producto de los pactos y acuerdos a los que las partes en liza deben arribar durante los trabajos constituyentes. La Constitución española de 1978 y su inacabado título VIII sobre la distribución territorial del poder es el mejor ejemplo de lo que se acaba de decir.

⁶¹ Citados por García Manrique, Ricardo, *op.cit.*, pp. 316 y 317.

⁶² Zagrebelsky, Gustavo, *op.cit.*, p. 38.

⁶³ *Ibidem*, p. 39.

C) La diferenciación de las variantes democrático-representativas (en ocasiones de corte plebiscitario o referendatario) y el desarrollo de la protección de las minorías. En el constitucionalismo de nuestros días se abandona la idea de que la ley es la expresión de la voluntad general y por tanto puede imponerse como proyecto de vida para toda la comunidad. Se entiende, por el contrario, que la ley es producto de la mayoría contingente de gobierno y que frente a su contenido se deben proteger los derechos básicos o fundamentales. La confianza en el legislador es, en nuestros días, seguramente mucho menor que la que tuvieron los revolucionarios franceses. La representación política como ejercicio democrático no puede pasar por encima de los derechos de cada una de las personas que habitan el Estado constitucional contemporáneo; entre la representación y los derechos se construye una serie de relaciones no siempre armónicas, en el fondo de las que late la siempre presente tensión entre constitucionalismo y democracia.

D) El fortalecimiento de la jurisdicción independiente y del valor de la jurisprudencia, particularmente de la jurisdicción constitucional y de su jurisprudencia. Como se sabe, a la Revolución francesa y al pensamiento de la Ilustración no les producía muchas simpatías el poder de los jueces, ya que no se les veía como los protectores de los derechos fundamentales, sino más bien como un instrumento de dominio al servicio del despotismo. La desconfianza hacia los jueces y el enorme peso del legislador como órgano delimitador y de garantía de los derechos es lo que Fioravanti ha calificado como “el punto débil” de la Declaración: la falta de una garantía jurisdiccional.

E) El carácter federal o confederal del Estado, con todo lo que ello implica: descentralización, regionalismo, autonomía municipal, autogobierno en sentido amplio, en fin, la separación vertical de poderes.

F) La libertad de asociación, que hoy en día es, en palabras del mismo Häberle, “un elemento irrenunciable de la democracia pluralista o de la *Constitución del pluralismo*”, pero que no lo era en la Francia de 1791, cuando la llamada *Ley Châpelier* prohibió la conformación de agrupaciones de trabajadores.

Aparte de los aspectos señalados por Häberle, el punto más débil de la Declaración, como se mencionaba, es la falta de una garantía jurisdiccional, lo que tiene profundas consecuencias para todo el constitucionalismo de la Europa continental en las décadas siguientes y hasta bien entrado el siglo XX.

Para los revolucionarios franceses el instrumento fundamental de garantía de los derechos era la ley, y su guardián era el legislador como expresión de la voluntad del pueblo; como lo señala Fioravanti:

...todas las garantías ofrecidas por la Declaración de derechos convergen sobre un solo punto, *sobre la supremacía, en materia de derechos y libertades, de la ley general y abstracta...* En la Declaración de derechos y, en general, en la revolución todo se remite a la ley y a la autoridad del legislador... Todas las ideologías que sustentan la revolución llegan a esta conclusión: la convicción de que la ley general y abstracta —más que la jurisprudencia, como en el caso británico— es el instrumento más idóneo para la garantía de los derechos.⁶⁴

En parte, esta opción tiene un cierto sentido histórico, pues no se podía en ese tiempo hacer descansar la garantía de los derechos en los jueces del antiguo régimen, totalmente proclives a la monarquía.

El movimiento revolucionario no se puede apoyar más que sobre sí mismo, por lo que construye un edificio que descansa por completo en la noción de soberanía popular, expresada a través del legislador. Esto hace que se les olvide a los creadores de la Declaración el concepto de “rigidez constitucional”, dice Fioravanti.⁶⁵ Pero, más que la rigidez, ¿No será que lo que no tuvieron claro los revolucionarios franceses es el concepto de “supremacía constitucional”? Considero, no es el momento de detallar las diferencias entre los dos conceptos, pero si atendemos a la forma en que se desarrolla, por ejemplo, en Estados Unidos el control jurisdiccional de la ley (a través de la sentencia del caso *Marbury vs. Madison*), ya que lo que se hace valer es el hecho de que la Constitución es la norma *suprema*, pero no se menciona la imposibilidad de la ley de reformar a la Constitución (que es, justamente, la rigidez).

La falta de una garantía jurisdiccional parece ser, pues, el gran olvido de la Declaración de 1789. Pero no se trata de una omisión por descuido o por ignorancia sino que se entiende y justifica a la luz del movimiento revolucionario, mismo que no se podía apoyar en alguno de los órganos del antiguo régimen.

La Revolución aspiró a renovar por completo a la sociedad y al Estado a través de los derechos recogidos en la Declaración. Haber depositado su garantía en los jueces habría sido, en ese contexto, una traición a sus propios ideales. Pero al no hacerlo privó a la propia Francia en primer lugar y a toda la Europa continental de la jurisdicción constitucional necesaria para imponer la supremacía constitucional frente al legislador.

La Declaración, al omitir el control de constitucionalidad, evita responder a una pregunta crucial para el modelo del Estado constitucional, tal como nos lo recuerda Fioravanti: “¿Cómo defenderse contra la hipótesis de

⁶⁴ *Los derechos fundamentales*, cit., p. 70.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 74.

que precisamente el legislador se convierta en el peor enemigo de los derechos y libertades?”. Esa pregunta no pudo ser satisfactoriamente contestada en Europa sino hasta bien entrado el siglo XX, cuando Hans Kelsen expone sus ideas sobre el tribunal constitucional, plasmadas desde 1920 en la Constitución de Austria, redactada en gran medida por el mismo. Para entonces Estados Unidos llevaba ya más de cien años de ejercicio práctico del control constitucional a través del Poder Judicial.

IV. LA DIFUSIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO

Otro episodio, objetivos y otras formas de constitucionalismo se presentaron muchos años después en la ciudad de Querétaro (México). Se trataba de dotar de estructura jurídica al régimen todavía militar que había surgido de la primera Revolución del siglo XX. La aportación del constitucionalismo mexicano quedó plasmada en los artículos que reconocían derechos para campesinos y trabajadores (27 y 123), las cuales establecían un sistema de educación a cargo del Estado para los habitantes del país (30.), que preveían un sistema de propiedad comunal de la tierra (27).

La discusión que tuvo lugar en el Teatro de la República de Querétaro, organizada a partir del texto presentado el 1 de diciembre de 1916 por el presidente Venustiano Carranza,⁶⁶ terminó alumbrando una Constitución de las clases sociales oprimidas. Comenzaba su andadura el constitucionalismo de signo social. Los constituyentes mexicanos quisieron (aunque luego la realidad los derrotaría clamorosamente) terminar con la exclusión social, política y económica de obreros, y campesinos que habían sido explotados por décadas.

De ese modo llegamos —en esta narración telegráfica sobre la historia del constitucionalismo— a las Constituciones de la segunda posguerra, es decir, las Constituciones que han sido identificadas con el neoconstitucionalismo.⁶⁷ Son Constituciones como la italiana de 1947 o la alemana de 1949, que buscan decir “nunca más” a las experiencias de los regímenes

⁶⁶ Véase Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1989*, México, Porrúa, 1989, pp. 764 y ss; el texto original aprobado por el Constituyente de 1916-1917 se encuentra en Carbonell, Miguel, Cruz Barney, Oscar *et al.*, *Constituciones históricas de México*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2004, pp. 493 y ss.

⁶⁷ Una explicación sobre los significados y alcances del concepto véase Comanducci, Paolo, “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico” en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2009, pp. 75 y ss, así como en Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 23 y ss. Una completa exposición del tema y sus implicaciones véase García Figue-

genocidas, de signo nazista o fascista. Nunca más a la persecución de minorías religiosas o étnicas, nunca más a la entronización de una “dictadura constitucional”, nunca más al genocidio y al atropello de la más elemental dignidad humana.

También en el caso de las Constituciones de Portugal en 1976 y España en 1978 se intentaba dejar atrás las recientes experiencias autoritarias de ambos países. Pero ya no para evitar la repetición de un genocidio, sino más bien para abrirse camino hacia la democracia, así como para construir un régimen con elecciones periódicas, sufragio universal y bien contado, libertades públicas y descentralización.

Se trata de procesos deliberativos parecidos en parte a lo que habría de vivir América Latina en la década de los 80 del siglo pasado.⁶⁸ Guatemala en 1985, Brasil en 1988, Colombia en 1991, Argentina por medio no de una convención constituyente ni de una nueva Constitución pero sí a través de una reforma integral en 1994. Fueron procesos constituyentes animados y guiados por un puñado de ideas que todavía, tantos años después, siguen teniendo la vigencia de los propósitos no alcanzados: democracia, derechos para todos, equilibrio de poderes, democracia de mercado, combate a la exclusión social y a las desigualdades.

Un capítulo aparte lo representa la Constitución de Sudáfrica de 1996, por su texto y contexto, ambos ejemplares y edificantes para las discusiones en torno al nuevo constitucionalismo. La forma de dejar atrás ese régimen espiritual del apartheid, de transitar por la ruta casi inédita del perdón sin olvido, la apuesta por la reconciliación racial y política fueron (y siguen siendo) una muestra del enorme poder emancipador y constructor de solidaridades que contiene el constitucionalismo. La Corte Constitucional Sudafricana se ha convertido en un referente internacional en materia de protección de derechos sociales, por ejemplo.

La más reciente etapa en esta historia de la odisea constitucional se produce en los años 90 del siglo pasado en Europa del Este (una vez que cae el Muro de Berlín y se derrumba para siempre la lógica bipolar que había regido por décadas las relaciones entre las grandes potencias del Este y el Oeste) y en América Latina.

roa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009.

⁶⁸ Véanse al respecto las consideraciones de Carpizo, Jorge, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, Bogotá, UNAM, Universidad del Externado de Colombia, 2009; del mismo autor, “Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano” en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge *et al.* (coords.), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, IDEA, AECI, IIDC, 2009, pp. 1-31.

También son muy recientes las experiencias de renovación constitucional llevadas a cabo en Venezuela, Ecuador y Bolivia. Los experimentos constitucionales de esos tres países parecen tener como vectores ideológicos tres cuestiones al menos: a) democracia con mayor inclusión social; b) amplios catálogos de derechos fundamentales, y c) fortalecimiento del Poder Ejecutivo, incluyendo la delicada cuestión (al menos para América Latina, según lo demuestra la historia) de la reelección presidencial.

Es en este momento en el que se encuentra el constitucionalismo del siglo XXI. Tenemos Constituciones muy amplias, respaldadas por consensos sociales robustos y maduros; Constituciones que diseñan el ser presente de los países pero sobre todo su deber-ser futuro. Son las utopías concretas de nuestro tiempo.

V. LA FILOSOFÍA DEL CONSTITUCIONALISMO

En términos generales el Estado constitucional surge como respuesta a los excesos del Estado absolutista que se consolida en Europa durante el siglo XV y al descontento de su población.⁶⁹ Sin duda, la caracterización del Estado constitucional puede y debe hacerse a partir de elementos estrictamente jurídicos, pero también es cierto que en el surgimiento de esa forma de Estado influyeron tanto cuestiones normativas como políticas, sociales, económicas y filosóficas.

En parte, el surgimiento del constitucionalismo moderno se debe al pensamiento de la Ilustración y al cambio de paradigma que dicho pensamiento introduce respecto al papel del Estado y al lugar de las personas dentro de la organización estatal. Por tanto, si se quisiera entender el nacimiento de los derechos fundamentales se tendría que hacer un recorrido sobre tres rutas distintas: el Estado absolutista, el pensamiento de la Ilustración y el constitucionalismo originario como nueva forma de organización del poder. Algunos aspectos de estos tres grandes temas se abordan en los párrafos que siguen.

El Estado absolutista, como se sabe, es la forma de organización estatal que sigue a la decadencia del Estado feudal. Aunque su cristalización es muy diferente en cada país, podemos decir que se afirma durante el siglo XVI. Para efectos de nuestra exposición, lo que interesa destacar del Estado absolutista es que crea una serie de instituciones públicas que luego serán

⁶⁹ Una amplia revisión del surgimiento, consolidación y decadencia del Estado absolutista véase Anderson, Perry, *El Estado absolutista*, 17a. ed., México, Siglo XXI editores, 2002.

características del Estado moderno: impuestos, ejército, burocracias permanentes y más o menos profesionales, diplomacia, un derecho codificado y un incipiente mercado unificado.⁷⁰

En palabras de Matteucci,

...por Estado absoluto se entiende un particular momento del desarrollo político que se verifica en una diferenciación institucional, en una creación de nuevos oficios y en una especificación de nuevas funciones, producidas por las presiones internacionales o por las nuevas exigencias de la sociedad. Se caracteriza por la tendencia al monopolio del poder político y de la fuerza por parte de una instancia superior que no reconoce otra autoridad ni en el plano internacional (*superiorem non recognoscens*), ni en el plano interno... El Estado, personificado por el rey, es el único sujeto, el único protagonista de la política, y representa la unidad política, una unidad superior y neutral respecto a las opiniones de los súbditos.⁷¹

Es probable que el Estado absoluto haya sido consecuencia de las exigencias conectadas con el surgimiento de la forma capitalista en la economía y con la emergencia de la nueva clase burguesa; ambas exigían al Estado un marco estable y compartido de seguridad, tanto seguridad física como, sobre todo, seguridad económica para poder llevar a cabo los intercambios comerciales.

Como lo señala Peces-Barba:

La nueva clase ascendente, la burguesía, cuyo poder se acrecienta y se consolida en el tránsito a la modernidad, necesitará, tras el derrumbamiento de las estructuras políticas medievales, o simplemente ante su ineficacia, primero el orden, la seguridad. Así se consolida en el mundo moderno la idea de que la primera función de todo poder político y de todo sistema jurídico es la organización pacífica de la convivencia. Sin ella no hay sistema económico posible y la burguesía ascendente necesitaba esa convivencia ordenada para el progreso de sus negocios.⁷²

Para lograr tal objetivo el Estado debía imponerse a las formas de organización feudales, que impedían el comercio a lo largo de su territorio

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 11 y 24.

⁷¹ Matteucci, Nicola, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Madrid, Trotta, 1998, p. 29.

⁷² Peces-Barba, Gregorio, “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales” en varios autores, *Historia de los derechos fundamentales*, t.I, Madrid, Universidad Carlos III, Dykinson, 1998, p. 39.

y en las que los señores feudales hacían y deshacían sin más límite que sus propios deseos.

El Estado absolutista, sin embargo, resolvió solamente una parte de esta compleja ecuación que exigía la burguesía: centralizó el poder y de esa forma mejoraron considerablemente las condiciones para el surgimiento de la economía burguesa capitalista, pero los abusos de poder no desaparecieron sino que solamente cambiaron de manos: de los señores feudales a las monarquías despóticas. Este hecho pavimentó el surgimiento histórico del constitucionalismo justamente como sistema de control del poder.

Durante el absolutismo las guerras siguieron siendo una constante, lo que en parte determina el desarrollo de esta forma de Estado. En Europa surge el servicio diplomático de carácter profesional y especializado, que se encarga de tejer alianzas y rebajar rivalidades.

También aparecen los primeros ejércitos estatales permanentes, cuya organización requiere de una burocracia que va creciendo. Los técnicos comienzan a asentarse en la administración pública. Serán ellos los encargados de diseñar un sistema tributario que le permita al rey contar con los recursos necesarios para poder seguir afrontando las guerras. La administración de las finanzas “se convierte en el eje del nuevo sistema de gobierno”.⁷³

Para algunos autores, los derechos fundamentales no surgen *contra* el Estado absolutista, sino gracias precisamente a la nueva posición que el ser humano asume en esta forma de organización del poder político.

Es el caso de Gregorio Peces-Barba, para quien:

La filosofía de los derechos fundamentales, que aparentemente está en radical contradicción con el Estado absoluto, necesita sin embargo de éste, de su centralización y monopolio del poder, que subsistirán en el Estado liberal, para poder proclamar unos derechos abstractos del hombre y del ciudadano, teóricamente válidos para todos, dirigidos al ‘homo iuridicus’. Sin el esfuerzo previo de centralización, de robustecimiento de la soberanía unitaria e indivisible del Estado, no hubieran sido posibles históricamente los derechos fundamentales. Por otra parte, sin ese robusto poder del Estado, no habría aparecido tan nítida una de las primeras funciones que se atribuyen a los derechos: limitar al poder del Estado.⁷⁴

⁷³ Matteucci, Nicola, *op.cit.*, p.30.

⁷⁴ Peces-Barba, Gregorio, *op.cit.*, p. 21. Más adelante en su mismo ensayo el autor reitera esta idea de que la existencia del Estado absoluto “es una condición previa” para la existencia de los derechos fundamentales, p. 34.

Hay muchos factores, como el cambio en la organización económica, que justifican y explican la superación del Estado absolutista y el surgimiento del Estado moderno. Es obvio que la reforma protestante tuvo un papel importante en el surgimiento de los derechos fundamentales y en el tránsito a la modernidad, ya que permitió el comenzar a explicarse la realidad del mundo y de la vida religiosa a partir de una pluralidad de credos, lo que con el paso del tiempo daría lugar al aparecimiento de la tolerancia religiosa y del derecho de libertad religiosa; como lo explica Peces-Barba, “la primera vía de superación de la organización política medieval que desemboca en el Estado moderno es la lucha contra la supremacía de la Iglesia católica... La victoria del Estado sobre la Iglesia será pues una de las condiciones para la supremacía, la autonomía y la independencia del Poder, características del Estado moderno”.⁷⁵

La cuestión religiosa afecta no solamente al tránsito desde el feudalismo hasta el absolutismo y de éste al Estado moderno sino que pervive durante buena parte de las primeras décadas del Estado constitucional, que podríamos considerar ya como un Estado liberal en la medida en que va dando paso a otras libertades jurídicas concretas.

Matteucci escribe al respecto:

Desde el comienzo el constitucionalismo moderno está investido del problema de la tolerancia religiosa, que con el tiempo se convertirá en el de la libertad religiosa; y la libertad religiosa es la madre de todas las libertades. Después, en nombre de la propiedad liberada de los vínculos medievales, se descubrirá que el mercado debe ser tutelado por las intervenciones del Estado absoluto mercantilista, y se protegerán los partidos políticos como canales de expresión de los distintos grupos sociales y ya no facciones que nos alejan del bien común. Así, el Estado constitucional se concreta, con el correr del tiempo, cada vez más como Estado liberal.⁷⁶

También el mayor peso de la filosofía individualista en la organización de signo capitalista influye en el tránsito que va del Estado absoluto a los derechos fundamentales;⁷⁷ con el surgimiento de las ideas de lo que luego conoceremos como constitucionalismo,

...se va fortaleciendo la defensa del individuo, único y solitario protagonista de la vida ética y económica frente al Estado y a la sociedad, en la medida en

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 53 y 54.

⁷⁶ Matteucci, Nicola, *op.cit.*, p. 37.

⁷⁷ Peces-Barba, Gregorio, *op.cit.*, p. 21.

que éstos paralizan y obstaculizan su libertad; una defensa que culmina en las declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano. Esta concepción individualista y antropocéntrica madura desde el Humanismo hasta la Ilustración, por lo que si en el Medioevo se defendían las libertades concretas, como privilegios tutelados por el derecho, ahora el constitucionalismo... debe situar al hombre como fundamento de las libertades jurídicas concretas...⁷⁸

La defensa de la persona frente al Estado se produce al inicio del constitucionalismo en el ámbito de la tolerancia religiosa, como ya se ha señalado, pero también en el campo del derecho penal y procesal penal, que es donde se produjeron durante siglos varios de los mayores abusos en nombre de la ley (que para entonces no era en sentido estricto una ley solamente civil sino también religiosa, con lo cual se borraba la frontera entre quienes cometían un delito y quienes eran acusados de la comisión de pecados). El esfuerzo por humanizar el derecho penal de la mano de pensadores como Beccaria, también contribuye al surgimiento de los derechos fundamentales.

Como quiera que sea, el nacimiento del Estado moderno (que no se da de un día para otro, sino que va aconteciendo por etapas, de forma asincrónica) necesita de una ruptura: la Revolución francesa.⁷⁹

¿Qué es lo original del constitucionalismo por oposición a la forma de organización social y política que había prevalecido durante buena parte de la Edad Media? El constitucionalismo como filosofía política aspira en lo fundamental a una sola cosa: controlar el poder con el fin de preservar la libertad, si recurrimos a la conocida formulación de Montesquieu. Para ello es necesario que cada Estado se dote de una regulación básica de carácter unitario: la Constitución escrita.

El tener un texto supremo de carácter escrito es una novedad histórica que aporta el siglo XVIII y que no existía durante el feudalismo, que se regía más bien por normas consuetudinarias.⁸⁰ Pero la lógica de la codificación, que comienza su andadura en el campo del derecho privado, alcanza también al derecho público. La forma escrita de las Constituciones permite, además, responder a las exigencias de certeza y publicidad que se encuentran en el pensamiento de la Ilustración.

Por otro lado, las Constituciones escritas sirven para cambiar el fundamento de la legitimidad de lo estatal, o mejor dicho, de las autoridades que ejercen funciones públicas. Si el derecho del feudalismo se apoyaba en buena medida en la tradición, en los designios divinos o en la ascendencia

⁷⁸ Matteucci, Nicola, *op.cit.*, p. 36.

⁷⁹ Peces-Barba, Gregorio, *op. cit.*, p. 62.

⁸⁰ Matteucci, Nicola, *op.cit.*, p. 25.

real, el constitucionalismo aspira a basar la legitimidad de la actuación de las autoridades (y del funcionamiento del derecho) en el consenso racional de los miembros de la comunidad.

Esto se percibe claramente en la Declaración francesa de 1789, que puede considerarse la expresión jurídica de la Revolución. ¿Qué querían los revolucionarios franceses? Dicho de forma sintética: firmar un nuevo contrato social, basado en premisas distintas a la lógica con que hasta entonces se había organizado el Estado.⁸¹

Para ello consideraron necesario redactar un catálogo de derechos que mediara las relaciones entre el rey, la nobleza y los oficiales públicos, y el resto del pueblo. Matteucci lo explica con las siguientes palabras: “el moderno constitucionalismo se liga de esta manera a algunas corrientes contractualistas, por un lado, y, por otro, a la revolución liberal, cuyo objetivo no fue tanto dar una legitimación distinta al poder, sino cambiar su modo de ejercicio para garantizar a los ciudadanos concretas libertades políticas, sociales y civiles, para permitir a los individuos el libre desarrollo de su personalidad”.⁸²

VI. CONCLUSIÓN

Como puede verse, el surgimiento del constitucionalismo responde a coordenadas temporales y políticas muy específicas. Es cierto que la realidad norteamericana difería de la francesa, y que las circunstancias de cada país eran diferentes, pero también es verdad que en ambas experiencias históricas se tenía claro que el más poderoso resorte institucional para controlar el poder radicaba en la existencia de un texto escrito, que sometiera a límites y vínculos concretos a los gobernantes.

Puede parecer algo muy obvio para los lectores del siglo XXI, pero haberlo logrado (con todos sus problemas y limitaciones propias de su tiempo) a finales del XVIII debe contarse entre los más grandes logros del proceso de la civilización humana.

A partir del momento en el que surge el constitucionalismo —en las dos orillas del océano Atlántico— se va desarrollando en muchos países conforme a sus propias circunstancias y en función de las necesidades locales que se deben atender en cada caso. México debe atravesar por un siglo XIX marcado por la anarquía y el desorden, y atravesar por el duro trance de

⁸¹ Tomo la idea de Furet, Francois, *La revolución a debate*, Madrid, Ediciones Encuentro, 2000, p. 50.

⁸² Matteucci, Nicola, *op.cit.*, pp. 25 y 26.

una dictadura y una revolución, antes de llegar al Congreso Constituyente de Querétaro. Muy distinto es el proceso colombiano de 1991 o el de la República Dominicana en 2010.

Cada experiencia constitucional presenta sus propios rasgos evolutivos, ya que el constitucionalismo no es una experiencia cerrada ni puede entenderse como un sistema de gobierno estático sino que sus expresiones van variando conforme pasa el tiempo y lo van permitiendo las circunstancias.

Obviamente, esa evolución debe darse respetando siempre las dos premisas básicas que alimentan a toda la odisea histórica del constitucionalismo, que son la división (efectiva y no meramente nominal) de poderes, y el respeto y garantía de la dignidad humana. Sin esos dos elementos, como lo supo enunciar de manera magistral el artículo 16 de la Declaración francesa de 1789, no hay Constitución ni constitucionalismo sino mera simulación.