

Introducción a la idea y concepto de Constitución

(Desde la Antigüedad hasta el constitucionalismo moderno)

An Introduction to Idea and Concept of Constitution

(From Ancient Times to Modern Constitutionalism)

Jesús María Alvarado Andrade*

Profesor por concurso del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Simón Bolívar.
Profesor por concurso de oposición de Derecho Constitucional de la Universidad Central de Venezuela. Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional.
Miembro titular no Residente de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. Especialista en Derecho Procesal Constitucional (Universidad Monteávil).
Especialista en Derecho Administrativo (Universidad Central de Venezuela).
Máster en Argumentación Jurídica (Universidad de Alicante-España).
Doctorando en Derecho (Universidad Austral-Argentina).
Abogado (Universidad Central de Venezuela).

* Este trabajo forma parte del proyecto de investigación DID-CSH-039-2012, financiado por el Decanato de Investigación y Desarrollo (DID) de la Universidad Simón Bolívar, y será ampliado en un libro de próxima publicación. Agradezco inmensamente a mis profesores, doctores Rodolfo Luis Vigo, María del Pilar Zambrano, Fernando Toller, Juan Bautista Etcheverry, Juan Cianciardo, Pedro Rivas Palá y Joaquín Migliore de la Universidad Austral de Argentina; a los catedráticos Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, así como también a los profesores Josep Aguiló Regla y Jesús Vega de la Universidad de Alicante-España, y asimismo, a los profesores y maestros Allan R. Brewer-Carías, Humberto Njaim y Antonio Canova G., y a mis amigos y destacados profesores Serviliano Abache C., Luis Alfonso Herrera Orellana, Tomás Arias Castillo, Víctor Mijares y Miguel Ángel Martínez Meucci, por haber tenido la paciencia de escuchar mis preocupaciones y animarme a escribir el trabajo. Y, por último, a Andrea C. Martínez Cánchica por haber leído una y otra vez el trabajo. Está de más recordar que las ideas expresadas en este trabajo no implican ninguna responsabilidad a los aludidos profesores.

Correo electrónico: jesusmalvarado@gmail.com

Recibido: 05-09-2012

Aprobado: 27-10-2012

Resumen

Dentro del campo de estudio de la teoría constitucional, el presente artículo tiene por finalidad abordar la idea y concepto de Constitución, desde la filosofía del derecho y la filosofía política. A tales efectos, el trabajo se encuentra dividido en tres partes principales. La primera parte establece las bases teóricas sobre las cuales se edificó la idea y concepto de Constitución en el mundo antiguo (Atenas y Roma). La segunda parte analiza la idea y concepto de Constitución desde la perspectiva del constitucionalismo, mostrando su innegable vínculo con las tesis liberales clásicas, y su *telos*, a saber: la protección de la libertad individual frente al poder político. La tercera parte presenta una refutación a las argucias teóricas que han pretendido vaciar de contenido la idea y concepto de Constitución, del constitucionalismo, con el fin de propugnar una idea y concepto de “Constitución”, puro y equivalente a cualquier forma de Estado, incluso, de aquellos en donde no se garantiza la libertad, a través de las garantías de la separación de poderes, propiedad privada y la garantía de los derechos.

Palabras clave

Constitución; constitucionalismo; liberalismo; derechos y libertad

Abstract

The purpose of this paper is to approach the concept and the idea of Constitution from the perspective of philosophy of law and political philosophy. To such effect, this article has been divided into three main parts. In the first part, I lay the theoretical basis on which the idea and concept of Constitution were built in the ancient world (Athens and Rome). In the second part, I analyze the idea of Constitution from the perspective of constitutionalism, showing its undeniable link with the classic liberal thesis, and its aim, that is: the protection of individual liberty in front of political power. In the third part, I contest the theoretical arguments that have attempted to void the core idea and concept of constitutionalism with a view to encouraging an idea and concept of “Constitution”, pure and equivalent to any form of State, even those States where liberties are not guaranteed by the principle of separation of powers, the protection of private property and guarantees to rights.

Key words

Constitution; constitutionalism; liberalism; rights and freedom

INTRODUCCIÓN GENERAL

El presente estudio, desde una aproximación constitucional, *iusfilosófica* y política, versa sobre un tema importante y actual del derecho constitucional contemporáneo, como es la discusión sobre la idea y concepto de Constitución, asumiendo a lo largo de todo el itinerario propuesto una concepción del derecho que evitará todo análisis acrítico y dogmático, lo cual permitirá reflexionar hondamente sobre estos tópicos, con la finalidad de lograr imprimir una visión significativa que repercuta favorablemente en los estudios de derecho constitucional en Venezuela, notablemente transformados en el siglo xx, debido a los aportes más que significativos de Manuel García Pelayo (Planchart Manrique, 2011:15-18).

Este acercamiento a la Constitución desde la filosofía jurídica y política (García-Pelayo, 1991c), ofrecerá un aparato conceptual y una solidez teórica

a los conceptos empleados, que facilitará el entendimiento de los temas a tratar, puesto que se expondrán los *supuestos* que, numerosas veces por darse por tales, se esquivan (Brewer-Carías, 1975). Con ello se evita incursionar en el derecho constitucional acudiendo a la filosofía jurídica y política, sin tener conciencia de ello, como le sucedía al personaje de Molière (Vigo, 1993:112), que hablaba en prosa sin saberlo, es decir, evitará convertirse en un estudio que presuponga conocimientos filosóficos, políticos y constitucionales, sino que, al contrario, procurará en todo momento situar los supuestos al alcance del lector, para que pueda hacer crítica inmanente al texto.

Para ello, hay que destacar las tres razones que justifican tal propósito: la *primera* es que se aborda un tema de teoría constitucional con el auxilio de los aportes *iusfilosóficos* y políticos, como debe hacerlo todo estudio constitucional, en procura de ir más allá del adjetivo *constitucional*, para así lograr aproximarse de igual modo al sustantivo *derecho* del constitucionalismo, pues todo estudio jurídico siempre se encuentra condicionado por la pertenencia a una escuela o concepción del derecho –formalismo jurídico, positivismo normativista, *iusnaturalismo* clásico, realismo jurídico etc. (Atienza, 2006) y a una filosofía moral y política determinada.

La *segunda* es que se excluye todo abordaje *positivista legalista* o *positivista decimonónico*¹, caracterizado por la pretensión de agotar el derecho en la “Constitución” o en la ley (*legicentrismo*), basado en el estatalismo y en el formalismo interpretativo, características del “Estado de derecho legal” europeo continental ya superado (García Pelayo, 1991b); y, por último, la *tercera*, se prescindirá del quehacer diario de la práctica “inconstitucional” actual nacional (Aguar, 2012) y comparada para, en su lugar, reflexionar formalmente sobre los fundamentos en los cuales descansa la idea y el concepto de Constitución, ofreciendo al lector la posibilidad de analizar las consecuencias que tendría el asumir una concepción del derecho y una filosofía moral y política determinada alejada de los principios que han de informar la idea de Constitución, a saber, los principios de la filosofía

¹ Es irrelevante mencionar que se excluye todo abordaje “positivista ideológico” o “cuasipositivista” como refiere Ross (1997, 2001), caracterizado por sostener la tesis de que el derecho positivo, por el mero hecho de ser derecho positivo (independientemente de cuál sea el contenido de sus normas), es moralmente justo y, por tanto, hay el deber moral de obedecerlo o bien porque hay un deber moral de obedecer al derecho porque instaura la paz o el “orden”, que prácticamente en el panorama de la teoría y filosofía del derecho ya casi nadie sostiene.

política liberal, única cónsona con los principios del *constitucionalismo* (De Otto y Pardo, 2001:12).

En ese sentido, en el itinerario de esta investigación se reflexiona sobre la idea y el concepto de Constitución a partir de la pertenencia del autor *prima facie* a una teoría del derecho *positivista*, reformulada al modo que concibe H.L.A. Hart (1998)², el cual se considera resulta cónsono con los principios del *constitucionalismo clásico* (liberalismo), sin que ello implique no tomar en cuenta las críticas que se le formulan al *positivismo jurídico in generis* (Bobbio, 2012), como actitud “empirista”, opuesta a toda visión *metafísica* del mundo y de su conocimiento, que ha desembocado en la idea de que el derecho es una “ciencia” a la estirpe de los modelos físico-matemáticos, en los cuales la valoración no cuenta *prima facie*, sino la descripción del derecho que *es*, eludiendo el *deber ser*, resultado de la fuerte presencia e influjo de la exposición que de la *ciencia físico-matemática* hicieron Galileo Galilei (1995) y René Descartes (2002), respectivamente, los cuales comenzaron a interrogarse “por el objeto exterior, transformado el *pensar* en el objeto de reflexión, sosteniendo, pues, que es por medio de las operaciones del pensar que la realidad se vuelve realidad inteligible” (Lazo García, 2006:98).

SOBRE LOS ORÍGENES REMOTOS DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

Desde la Antigüedad clásica (Atenas y Roma) existió un gran desarrollo y debate acerca del concepto de “Constitución” (Vallés, 2003), hasta el punto que Aristotélēs, anticipándose al célebre artículo 16 de la *Déclaration des Droits de l’homme et du Citoyen* de 1789, en su *Política* (libro VI, cap. 14), expresamente afirmaba que “todo régimen tiene tres elementos [...] si esos elementos están en regla lo estará también el régimen [...] De esos tres elementos, una cuestión se refiere a cuál es el que delibera sobre los asuntos de la comunidad; la *segunda*,

² Vale recordar cómo el propio Hayek queda un poco desconcertado por el *positivismo jurídico* que defiende H.L.A. Hart, expresándose del siguiente modo: “Como resultado de la obra del profesor H.L.A. Hart, que en muchos aspectos me parece una de las críticas más atinadas del positivismo jurídico, esta expresión se asocia a menudo “a la simple afirmación de que no es en absoluto una verdad necesaria que las leyes reproducen o satisfacen algunos imperativos morales”. Al propio profesor Hart, que defiende esta postura, se le califica de positivista. Sin embargo, a pesar de que yo rechacé las tesis del positivismo [...] no veo motivos para rechazar la afirmación del profesor Hart antes citada, si se la valora atentamente en todos sus términos” (Hayek, 2006:254).

a las magistraturas [...] y la *tercera* a la administración de justicia” (Aristótelēs, 2011), pasaje este que seduce por lo clarividente y por la anticipación intelectual que hizo el Estagirita, siglos antes de que John Locke y el barón de Montesquieu, respectivamente, pensaran, propugnaran e influyeran de forma determinante en el *constitucionalismo moderno* (Dippel, 2009), con la fórmula de la *separación de poderes*, tal como se conoce y perdura en la actualidad.

Este concepto de Constitución en la Antigüedad clásica se perfeccionaba, amén de la *separación de poderes* en los términos ya referidos, con otro elemento destacado en el concepto de Constitución que se expresó en la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* de 1789, cual es un esbozo primigenio de la *garantía de los derechos*, la cual para el estagirita solo era posible si el “régimen” estaba “bien constituido”, es decir, si se cumplía con algunos de los tipos de Constitución que permitía la tripartición aristotélica de las “formas políticas puras”, a saber, la monarquía, la aristocracia y la *politia*, esta última en su acepción de gobierno, ya que en la opuesta tricotomía aristotélica, la de las “formas políticas impuras”, la tiranía, oligarquía y democracia, en el sentido griego de degeneración de la *politeia* y no en la acepción de la *democracia liberal*, no era posible la libertad y la garantía de derechos (Barberis, 2008:131)³.

En Aristótelēs, en el libro III de la *Política*, la *politeia* se define, en el sentido genérico de “Constitución”, entendida esta como “una organización de las ciudades relativa a las magistraturas, a cómo están repartidas, cuál es la autoridad del régimen y cuál es el fin de cada comunidad” (Aristóteles, 2011), agregando que puede haber más de un tipo de Constitución, hasta el punto de concebir seis formas de “Constitución”, atendiendo siempre a un doble criterio, a saber: el *primero*, el de las “Constituciones” que tienden a la utilidad personal de los gobernantes y, el *segundo*, a las Constituciones que tienden al *beneficio común* de la comunidad.

Conforme al estagirita, las Constituciones que tienden al *beneficio común* son correctas, mientras que aquellas que persiguen el provecho de los gobernantes son defectuosas de las denominadas “Constituciones rectas”. Por tanto, cuando los

³ En Aristótelēs, la *Politeia* –nombre de esta prestigiosa revista, por cierto– presenta un doble significado, a saber: el *primero*, más específico y normativo, de “democracia buena”, respetuosa de las leyes, y el *segundo*, más genérico “esta vez cognoscitivo, de conjunto de regularidades que distinguen una polis de otra, es decir, de constitución material”.

gobernantes se guían por el *bien común*, se está en presencia de las denominadas “Constituciones rectas”, pero cuando se rigen por su opuesto, a saber, el beneficio propio del gobernante, surgen desviaciones de las “Constituciones rectas” (Abellán, 2001:71-72). Por ello, Aristotélēs insiste en que las tres “Constituciones rectas” son: la monarquía (*basileia*), la aristocracia, en el que gobiernan los *mejores* y la finalidad es el *bien de la comunidad* y, la *politeia*, el recto “gobierno de la mayoría”, aquella que mira al *bien común* (Aristotélēs, 2008:237)⁴.

Esta idea aristotélica de Constitución no se contrapone de modo absoluto a la idea que se va forjando en el período que va de la *Magna Carta Libertatum* de (1215) otorgada por el rey John de Inglaterra –conocido como John Lackland; la *Glorious Revolution* (1688), (Trevelyan, 1996); la *American Revolution* (1775-1783), (McIlwain, 2005); la *Révolution Française* (1789-1804), (Carlyle, 1946); la *Revolución de Independencia de España* (1808-1814), (Artola, 2007) y, por supuesto, las *revoluciones de Independencia de las repúblicas latinoamericanas*, en la que destaca el caso de Venezuela (1811), (Lynch, 2001), sino que se perfecciona y adquiere otras características no pensadas por los antiguos.

Sin embargo, la razón de la negativa doctrinaria a calificar como Constitución a aquellos documentos organizativos de períodos anteriores (Grecia y Roma) a los hitos del *constitucionalismo moderno*, se debe en parte al hecho de que la idea y el concepto de Constitución actual surge como concepto específico al calor de las *revoluciones liberales* (Martínez Meucci, 2007), a saber, con el constitucionalismo inglés y norteamericano, los cuales dieron al mundo moderno una idea de Constitución diferente a la sostenida por los *antiguos* (Constant, 2002:67), la cual si bien no fue una creación del todo *ex novo*, pues los *founding fathers* de la república norteamericana conocían y se nutrían de la cultura clásica, hasta el punto que vieron en la Antigüedad clásica una probable *fuerza de derecho* (Guibourg, 1996), como se comprueba de la lectura de los *federalist papers*, no debería esto

⁴ En la *Retórica*, de igual modo Aristotélēs se pronuncia señalando que: “Las formas de gobierno son cuatro: democracia, oligarquía, aristocracia y monarquía. Y de este modo, la autoridad y su ejecución pueden residir o en una parte o en la totalidad de los ciudadanos. Democracia es la forma de gobierno en la que las magistraturas se reparten por sorteo. Oligarquía, aquella en la que se otorgan según el censo. Aristocracia, en la que se atribuyen de conformidad con la educación (y llamo educación a la que está establecida en la ley, pues los que permanecen en todo caso fieles a los usos legales son los que gobiernan en la aristocracia; y como necesariamente aparecen éstos como los mejores, por eso recibe esta forma de gobierno dicho nombre). Por último, monarquía, como también indica su nombre, es (la forma de gobierno) en la que uno solo es señor de todos. Y, por lo demás, de entre las monarquías, la que ejerce el poder con alguna reglamentación constituye un reino; y la que lo ejerce sin límites, una tiranía”.

confundir y llevar a considerar una presunta continuidad inalterada en cuanto al mundo antiguo y el mundo moderno, ya que hay significativas variantes, tanto de épocas como de circunstancias, y realidades que modificaron y perfeccionaron dicha idea y concepto de Constitución.

En efecto, la prolongación de principios constitucionales del “mundo antiguo” a la modernidad es sin duda importante. De hecho, se pueden encontrar antecedentes al moderno control jurisdiccional de la Constitución, a saber, la garantía al carácter normativo de la Constitución que se concreta históricamente según toda la dogmática constitucional, en el célebre caso *Marbury vs. Madison* (5 U.S. 137 1803) del Chief Justice John Marshall, que inaugura la *judicial review* moderna (Simon, 2003), lo que ha puesto en duda los presuntos e innegables orígenes ingleses (*Bonham's case*) y americanos del concepto de Constitución moderna normativa (Snowiss, 1990), que obliga a los estudiosos a increpar la historia, estudiando detenidamente dichos orígenes remotos en la antigua civilización ateniense, hasta la actual idea y concepto de Constitución de raigambre liberal⁵.

Tal circunstancia ha obligado a que los estudiosos del derecho constitucional discurren acerca de la idea y concepto de Constitución, abarcando períodos anteriores al *constitucionalismo moderno liberal*. Sin embargo, ello no debería servir de elemento de confusión al constitucionalista, el cual no debe abdicar de manera

⁵ Refiere Cappelletti, que en aquellos tiempos: “[...] Se distinguía, en el derecho ateniense, entre el nómos, o sea, la ley en sentido estricto, y el pséfisma, o sea, para usar un término moderno, el decreto. En realidad, los nómoi, o sea, las leyes tenían un carácter que, bajo ciertos aspectos, se podría aproximar a las modernas leyes constitucionales; y esto no solamente porque concernían también a la organización del Estado, sino igualmente porque modificaciones de las leyes (nómoi) vigentes no podrían ser introducidas si no *[sic]* a través de un procedimiento especial, que tenía características que sin duda pueden llamar a la mente del jurista contemporáneo el procedimiento de revisión constitucional. Como ha escrito un insigne estudioso del derecho ático, Ugo Enrico Paoli, fue un ‘concepto común a todos los Estados griegos’ el que la ley (nómos) debiese ser alguna cosa fija, sustraída a las tumultuarias vicisitudes de la vida política y a los golpes de cabeza (acciones inesperadas y temerarias) de las asambleas. Por tanto, había sido imaginado en Atenas un procedimiento de revisión de las leyes extremadamente complejo; la mutación de la ley era considerada en suma, un procedimiento de extraordinaria gravedad, circundado por las garantías más prudentes y hasta más extrañas, con muy graves responsabilidades para quien proponía un cambio que no fuese al fin aprobado o que, aún aprobado, se demostrase inoportuno después. De tal manera, el poder de cambiar las leyes estaba sustraído de los golpes improvisados de mayoría de la Asamblea popular (ecclesia). Nótese que esta concepción se encuentra reflejada hasta en la filosofía de los más grandes pensadores de aquella época: de Platón, según el cual la ley debe reproducir el orden divino, superior e inmutable, y ya no tomar una actitud según los intereses mudables de los hombres o de las clases; a Aristóteles, que consideraba la ley como norma por encima de las pasiones humanas y formulaba significativamente ya entonces la doctrina de la ‘supremacía de la ley’ y de la ilegitimidad de la ley injusta” (Cappelletti, 1987:46-47).

rápida del riguroso método histórico, pues si bien la palabra “Constitución” se usó en la Antigüedad clásica (Atenas y Roma), siendo un vocablo que proviene del latín *constitutio*, que a su vez proviene del verbo *constituere*, que quiere significar aquello que se funda o se instituye, no hay que olvidar que si bien el verbo era de uso corriente en la antigua Grecia, “su sustantivación no formaba parte del lenguaje ordinario y fue adquiriendo progresivamente, en la evolución de la terminología jurídica de los romanos, unos significados técnicos” (Sartori, 1999:13), por lo que se hace prioritario “distinguir claramente el verbo y la utilización común de la *constitutio* y los significados especiales del sustantivo” (p. 13).

En Roma, y en especial a la luz del derecho público romano, la *constitutio* y las “constitutiones” eran sobre todo los *edicta* y los *decreta* y, por lo tanto, las “decisiones” (obsérvese, no las *leges*) promulgadas por el emperador (p. 13). Dicho término latino *constitutio* significaba “ley” o “decreto imperial”, por lo cual la noción de “Constitución” devino en un mero concepto político forzosamente encapsulado en *estatutos legales* por el genio jurídico romano, siempre en consonancia con ese *tótem*, a saber, el águila, expresión de un pueblo enamorado de las ideas como instrumentos de acción, a diferencia del pueblo griego, acostumbrado a la especulación y la búsqueda de la verdad (García Bacca, 2004:14-15).

De hecho, el célebre orador y jurista romano Cicerón usó varias veces la palabra *constitutio* para indicar la “forma de la ciudad”, pero reduciéndolo a puro “acto administrativo” (Lucas Verdú, 1994), rompiendo con ello la concepción aristotélica de la *politeia* como algo esencialmente político-cultural; en el afán de obtener una concepción absoluta y privativa del “derecho”, proceso este que puede afirmarse que inició el camino de la “desustancialización” (Lucas Verdú, 1994)⁶ del concepto e idea de Constitución, que se materializará hasta sus últimas consecuencias con el advenimiento del *positivista legalista* y, de algún modo, con el advenimiento del *positivismo normativista* en el siglo xx.

⁶ En este sentido, Pablo Lucas Verdú afirmó que: “... el término *Constitutio* indica la forma jurídica de la unidad. Como indica Sartori, la *civitas* se configura como *civilis societas*, así adquiere una cualificación más elástica, que amplía sus límites en comparación con la polis. La *civitas societas* se resume en una *iuris societas*. Ello permite sustituir lo ‘político’ por lo jurídico. Así, Cicerón sostuvo que la *civitas* no era una simple agregación humana, sino una agregación basada en el consenso de la ley. Ya en los tiempos de Cicerón estamos, pues, próximos a una *civilitas* que no tiene ya casi nada de ‘político’, en el sentido griego del término. La *iuris societas* es a la polis como la despolitización a lo ‘político’”.

SOBRE EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO: LA JURIDIFICACIÓN LIBERAL

Pese al remoto origen en la Antigüedad clásica advertido por Cappelletti, los *constitucionalistas* con bastante razón circunscriben la Constitución moderna al concepto que surge con las ideas liberales, en tanto concepto sustantivo y axiológico “que nace dentro de una delimitación temporal y espacialmente conocida como *constitucionalismo*, que no es más que el fenómeno histórico por antonomasia, destinado a limitar el Estado al servicio de las libertades individuales, cuya fecha de nacimiento puede establecerse en la Inglaterra del siglo XVII, con independencia de la forma que adopte esa Constitución y de su posición en el ordenamiento jurídico” (Varela Suanzez-Carpegna, 2010:46), el cual no pudo vislumbrar, sin lugar a dudas, la civilización grecorromana.

En efecto, desde la antigua civilización griega y romana se encuentran antecedentes que permiten trasladar de esos tiempos a este la noción de Constitución. Sin embargo, desde la cuna de la “civilización occidental”, tradicionalmente circunscrita a Grecia y Roma, hasta la *Glorious Revolution* (1689), solo existieron doctrinas de *limitación jurídica del poder*; pero no Constituciones auténticas en el sentido moderno de la expresión, inspiradas en la *separación de poderes*, en la *garantía de los derechos* y en el encapsulamiento de la *soberanía* por medio de los principios de *supremacía* y *supralegalidad constitucional*.

Estas doctrinas basadas en *limitaciones jurídicas del poder* no equivalentes *in totum* al constitucionalismo moderno y, por ende, al *Rule of law* moderno (Pereira Menaut, 2003)⁷, no descansaban en el sabio principio del gobierno de leyes y no de hombres⁸, ya que en dichas doctrinas basadas en *limitaciones jurídicas del poder*, la palabra “leyes” no tenía la significación que tendría para el *constitucionalismo moderno*, en tanto no existía la diferencia entre *ley* y *legislación*, y menos aun, la de Constitución como norma jurídica, como se entiende hoy en día en sentido garantista,

⁷ El autor entiende al *rule of law* como una noción valorativa y no meramente técnica jurídica, por ello la considera no equivalente ni al “Rechtsstaat” ni al “Estado de derecho” aunque en muchos casos estas pretendan imitar a aquella.

⁸ Este principio fue plasmado en el artículo XXX de su *Constitution, or form of Government, for the Commonwealth of Massachusetts* (1780), al enunciar que “En el gobierno de esta Comunidad, el departamento legislativo nunca ejercerá los poderes ejecutivos y judiciales, o alguno de ellos; el ejecutivo nunca ejercerá los poderes legislativos y judiciales, o alguno de ellos; el judicial nunca ejercerá los poderes legislativos y ejecutivos, o alguno de ellos, para que así sea un gobierno de leyes y no de hombres”.

sino solo principios generales “que excluían, de derecho, el poder incontrolado de uno o más hombres, sin poder limitarlo de hecho” (Barberis, 2008:130).

Por tanto, el concepto sustantivo y axiológico de Constitución propio del *constitucionalismo*, que nace en la Inglaterra del siglo XVII y que se concreta aún más con el *constitucionalismo* norteamericano, deviene en un concepto distinto del mundo antiguo, el cual si bien apunta a un *telos* que siempre ha sido una aspiración de los hombres, a saber, la libertad de los ciudadanos, el cual ha recorrido largo tiempo en la historia de los hombres, presenta de modo más articulado la necesidad de garantizar la libertad de los individuos frente al *Leviatán* que fue edificándose y fortaleciéndose, precisamente con más énfasis cuando las *ideas liberales y libertarias* aparecían con más ahínco⁹.

Por ello es que el célebre Montesquieu afirmaba que aunque en principio todos los Estados tienen el mismo fin, cada uno, sin embargo, tiene uno que le es particular, puesto que para algunos Estados la “Constitución” aparece para procurar la *gloria* del Estado, mientras que para otros la Constitución procura la libertad política de los ciudadanos, ya que:

[...] Hay en el Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que defienden el derecho de gentes, y el poder ejecutivo de los que dependen el derecho civil.

[...] La Libertad política de un ciudadano depende de la tranquilidad de espíritu que nace de la opinión que tiene cada uno de su seguridad. Y para que exista la libertad es necesario que el gobierno sea tal que ningún ciudadano pueda temer nada de otro. Cuando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente. Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.

[...] Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejercieran los tres poderes: el de hacer

⁹ De allí la falsedad de catalogar la “civilización occidental” como exclusivamente basada en la libertad, ya que en ella han convivido dos filosofías diametralmente antagónicas, a saber, las basadas en la libertad y aquellas enemigas de la libertad (Popper, 2010).

las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares (Montesquieu, 2007:175-176).

En efecto, tal como sostiene Montesquieu, la Constitución que propugna el *constitucionalismo moderno* deviene en *Constitución-Constitucional* en la medida en que las demás limitaciones temporales o funcionales (división de poderes, por ejemplo) estén al servicio de la principal y genuina limitación: la limitación material, ya que la “característica genuina, es decir, la nota definitoria del Estado constitucional como forma política histórica, no es solo la limitación del poder mediante el Derecho, sino, sobre todo, el sentido de esa limitación, o dicho con otras palabras, el fin a cuyo servicio la limitación se establece: la garantía de la libertad” (Aragón Reyes, 1998:148).

La idea de Constitución y su correspondencia con las cartas de derechos (*bill of rights*)

El *thelos* de la Constitución, es decir, su vocación por garantizar el “control del poder” para favorecer la libertad individual (p. 20), patente en el *constitucionalismo* inglés y norteamericano, se reforzará y se problematizará con la aparición de las *cartas de derechos*, concretizadas históricamente a modo de ejemplo en la Carta de Derechos Inglesa (*Bill of Rights*) de 1689, la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, la *Declaration of Independence* de los Estados Unidos de América (1776) y la *Déclaration des droits de l’homme et du Citoyen* de 1789 en la Francia revolucionaria, entre otros documentos de vital importancia, las cuales invocaron el *derecho natural*, hasta el punto de ser estas, según el artículo 16 de la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* de 1789, parte fundamental de la idea y concepto de Constitución, ya que, como afirmaba la *Déclaration*: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution” (Brewer-Carías, 1992).

Tal idea motivará en Estados Unidos de América, entre otros factores, la redacción de las primeras diez *amendments* a la Constitución Federal (1787), morigerando así el predominio orgánico *ab initio*, debido a la influencia que en los *colonos* tuvieron los planteamientos revolucionarios de los conocidos *levellers*, quienes habían promovido y conseguido, en Inglaterra, documentos como el *Agreement of the people* (1647) y el *Instrument of government* (1653), con los cuales se pretendían garantizar los derechos y libertades fundamentales de los ingleses, entendiendo a

tales documentos como normas supremas (*paramount law*), lo cual dio inicio a una forma constitucional que fue estudiada y caracterizada por Manuel García Pelayo como “tipología racional normativa” (García-Pelayo, 1991c:2283).

Tales inclusiones de derechos en las Constituciones, exigencias de los principios liberales, inauguraron un tiempo y un lenguaje basado en los *derechos* (García de Enterría, 2000), lo cual no ha estado exento de dificultades ni antes ni ahora, en especial con la aparición de los polémicos “derechos sociales”¹⁰, “culturales”, “ambientales” e incluso “animales” (Muñoz Machado, 1999) en los siglos xx y xxi. Dichas cartas de derechos, en especial los derechos civiles y políticos, únicos realmente *derechos* basados en la *private property*¹¹, significaron un paso trascendental en la lucha histórica del hombre por ser libre y abolir el despotismo, pues formularon una concepción del hombre y del mundo que partía de dos concepciones características del *constitucionalismo moderno*, a saber, la que sostenía que los hombres son titulares *per se* de derechos de validez universal, por el mero hecho

¹⁰ Como bien ha apuntado Arias Castillo (2010), “el ‘Estado social’ incorpora ‘derechos sociales’ que a decir verdad son ‘principios rectores de la política social y económica’ y no *derechos*. Esta diferencia puede corroborarse si se confrontan con los verdaderos *derechos*, ya que los ‘sociales’ (i) no tienen un contenido esencial a priori, pues requieren de desarrollo legislativo, o interpositio legislatoris; (ii) no definen con claridad un sujeto obligado; (iii) no comportan deberes correlativos; (iv) su satisfacción depende de la disponibilidad presupuestaria estatal; y (v) sin duda, lo más grave, tienen una tutela judicial bastante condicionada”.

¹¹ Como bien ha advertido Von Hayek, “Nuestra generación ha olvidado que el sistema de la propiedad privada es la más importante garantía de libertad, no sólo para quienes poseen propiedad, sino también, y apenas en menor grado, para quienes no la tienen. No hay quien tenga poder completo sobre nosotros, y, como individuos, podemos decidir, en lo que hace a nosotros mismos, gracias tan sólo a que el dominio de los medios de producción está dividido entre muchas personas que actúan independientemente. Si todos los medios de producción estuvieran en una sola mano, fuese nominalmente, la de la sociedad, o fuese la de un dictador, quien ejerciese este dominio, tendría un poder completo sobre nosotros. Nadie pondrá seriamente en duda que un miembro de una pequeña minoría racial o religiosa, sería más libre sin propiedad, si sus compañeros de comunidad, disponían de ella y estaban, por tanto, en condiciones de darle empleo, que lo sería si se hubiera abolido la propiedad privada y se le hiciese propietario de una participación nominal en la propiedad común. Y el poder que un multimillonario, que puede ser mi vecino y quizá mi patrono, tiene sobre mí, ¿no es mucho menor que el que poseería el más pequeño funcionario que maneja el poder coercitivo del Estado, y a cuya discreción estaría sometida mi manera de vivir y trabajar? ¿Y quién negará que un mundo donde los ricos son poderosos es, sin embargo, mejor que aquel donde solamente puede adquirir riquezas el que ya es poderoso?” Es patético, pero a la vez alentador, ver a un viejo comunista tan prominente como Mr. Max Eastman redescubrir esta verdad: “Me parece evidente ahora [escribe en un reciente artículo] —aunque he tardado, debo decirlo, en llegar a esta conclusión— que la institución de la propiedad privada es una de las principales cosas que han dado al hombre, aquella limitada cantidad de libertad e igualdad que Marx esperaba hacer infinita aboliendo esta institución. Lo extraño es que Marx fue el primero en verlo. Él fue quien nos enseñó, mirando hacia atrás, que el desarrollo del capitalismo privado, con su mercado libre, ha sido una condición previa para el desarrollo de todas nuestras libertades democráticas. Jamás se le ocurrió, mirando hacia adelante, que si fue así, estas otras libertades, pudieran desaparecer con la abolición de la libertad de mercado” (Hayek, 2007:140-141).

de existir, cuya aceptación y respeto devenía en una condición necesaria para que en cualquier parte del mundo el poder político pudiera ser tenido por legítimo, y se reputara válido el *derecho positivo* instituido por el Estado, en tanto dichos *derechos naturales* devenían independientes del *derecho positivo* (Rubio Llorente, 2001:113-114), y aquella basada en la *separación de poderes*.

Estas cartas de derechos que surgen de *principios morales* que generan los conocidos *derechos naturales* o *humanos*, introducirán en el *constitucionalismo moderno* un elemento trascendental, ya que las reivindicaciones de dichas *pretensiones morales* frente al Estado conllevarán una limitación interna importante al poder político, solo si, como plantearon los *levellers*, se lograba “juridificarlos”, lo cual aconteció con la plasmación de los mismos en sucesivos documentos a lo largo de la historia del constitucionalismo, *exempli gratia*: el *Agreement of the People* (1647); el *Instrument of government* (1653); los *Bill of rights* luego de la *Glorious revolution* (1689)¹²; las *amendments* a la Constitución Federal norteamericana (1791 y ss.); las respectivas constituciones de los estados federados americanos, así como la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* de 1789 (Bobbio, 2006:138).¹³

Tal “juridificación” de las referidas *pretensiones morales* en las Constituciones más básicas y legítimas, al no poder establecerse todas en las Constituciones –por circunstancias diversas que no se pueden plantear *hic et nunc*–, obligaron a los *founding fathers* a idear una fórmula que resolviera dicho problema, a través de la polémica *novena enmienda*. Sin embargo, surgía el problema siguiente: ¿Cómo solucionar los conflictos jurídicos, cuando la *legislación*, emanada del Poder Legislativo, fuese incompatible en contenido, con aquellos denominados “principios morales válidos”, “juridificados” o no en la Constitución?

Las respuestas a tal problema –pregunta–, han sido de estricta importancia en la evolución del *constitucionalismo moderno*, hasta el punto de propiciar planteamientos diametralmente opuestos que han complicado la teoría constitucional, a

¹² Karl Marx entiende que la *glorious revolution* es el nombre que da la historiografía burguesa inglesa al “golpe de Estado” de 1688, con el que se derrocó la dinastía de los estuardos y se instauró (1689) la monarquía constitucional de William Henry of Orange, régimen de compromiso entre la aristocracia propietaria de tierras y la gran burguesía (Marx, 2010:615).

¹³ Vale recordar la *Statute of labourers* (1351) que entre otras cartas de derechos critica ferozmente Karl Marx en su célebre *Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie* (Marx, 2010:624 y ss.).

saber: i) aquella que ha insistido en la necesidad de articular el modo de coincidir por vía interpretativa el derecho regulado en la *legislación* con la norma constitucional y, si fuera el caso, abogar porque el intérprete vaya más allá de las normas positivas para alcanzar una decisión “justificada” (Nino, 2007:24), lo cual da pie a todo tipo de “activismo judicial” (Waldron, 2005); ii) aquella que se pronuncia política y teóricamente contra las *cartas de derechos*, por considerarlas extremadamente peligrosas, en especial en el ámbito de la “justicia constitucional”, es decir, en el control jurisdiccional de la Constitución europea continental de principios de siglo xx, planteada por el jurista checo Hans Kelsen.

Con relación a esta posición (ii), el límite entre el catálogo de derechos y las tradicionales disposiciones constitucionales sobre el contenido programático –orgánico, es decir, de orden formal y de procedimiento, las cuales para Kelsen sí estaba obligado a defender el órgano llamado a ejercer el control de la constitucionalidad frente a la *legislación* –en Kelsen el “Tribunal Constitucional”– se diluye tanto que no resultaría imposible que un “tribunal constitucional”, llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una *legislación*, la anule ya no en razón de cuestiones de *forma*, sino en razón de que es “injusta”, en tanto la “justicia” sería un principio constitucional que el tribunal, en consecuencia, debiera aplicar, lo que para Kelsen devendría en una circunstancia insoportable para la mayoría de la población, en tanto devendría en el temible *government of judges* (Kelsen, 2008b:35-36)¹⁴.

¹⁴ Es importante referir que Kelsen siempre se adhirió así fuera de modo vago a la causa *socialista*; sin embargo, siempre combatió el *marxismo* y toda idea favorable a la “democracia social”, criticando incluso a quienes sostenían que la “democracia representativa” era meramente “formal”, ya que consideraba que la llamada “democracia verdadera” para los *marxistas* y *socialistas*, la “democracia social”, basada en órdenes sociales y políticos, presuntamente “justos”, terminaban sacrificando la libertad y culminaban en formas autocráticas. Huelga advertir que las teorías kelsenianas eran detestadas por los autores nazis, y no como se ha querido ver, de modo mal intencionado, de bases teóricas del *nacionalsocialismo* (Kelsen, 2008a; Müller, 2009). Por otro lado, y de no menor importancia, el checo Kelsen sostuvo, en su *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, la importancia de los mecanismos de la representación proporcional en el sistema parlamentario, además de promover la defensa de los derechos de las minorías en contra de la “tiranía de la mayoría”, preconizada por Alexis de Tocqueville (Kelsen, 2006). Ahora bien, si es menester destacar que el emotivismo ético que asumió, ligado al paradigma de ciencia decimonónica que siempre defendió, hizo que postulara la imposibilidad de cualquier modo de racionalidad en el tema de los valores, por lo que concibió que estos no son cognoscibles. Por tanto, la “justicia” en Kelsen devenía en un “ideal irracional” (Kelsen, 1991) y es quizás por ello, que su aventajado alumno, Von Hayek, llegara a afirmar que el “positivismo jurídico” –y el kelseniano es uno bien destacado–, se ha convertido también en el principal soporte ideológico de los poderes ilimitados de la democracia, pues si la voluntad de la mayoría debe ser ilimitada, “naturalmente serán sólo los fines particulares de esa mayoría los que pueden determinar qué es la ley” agregando que “La demostración de que no existe un test positivo de justicia se emplea aquí para demostrar que no puede haber un test objetivo de

Dicho *government of judges*, tan debatido en la actualidad (Waldron, 2005), se vería aun más fortalecido si se toma en cuenta, como advierte Kelsen, que la presencia de normas del *derecho natural* remite a algo incierto, que la mayor de las veces desembocará en una sentencia sui géneris, en la que el juez resolverá la controversia según su saber y entender, lo cual abriría una especie de *caja de Pandora*, máxime si se tiene presente que en la concepción kelseniana el tema de los *valores* deviene en un tópico absolutamente irracional.

Tal advertencia, muchas veces no tomada en cuenta con el debido cuidado, dará lugar a que en el fenómeno de la “juridificación” de dichos derechos, otrora *derecho natural*, desemboque en la convicción hartamente peligrosa de que no hay más derecho que el *derecho positivo*, por lo que si es legítimo que el orden jurídico reconozca en sus normas supremas una norma moral o de *derecho natural* o, que simplemente remita a ellas como fundamento último de juridicidad, se llegue a “juridificar” la moral, como ocurre hoy en día¹⁵ con efectos perturbadores en el orden social y político.

justicia de cualquier género que pueda determinar si una norma de ley es válida o no. Ni siquiera se toma en consideración la posibilidad de que haya un test negativo que permita eliminar ciertas normas porque son justas” (Hayek, 2006:250 y 251). Por ello es que agregaba Von Hayek, que la postura kelseniana no es más que expresión de la ideología del *socialismo*. Sin embargo, bien ha destacado Sosa Wagner: “La justicia es relativa, y desde luego subjetiva, la teoría pura (que trata de distinguir los actos válidos, que se imponen por su efectividad real, y los no válidos) se limita a estudiar el derecho positivo con independencia del juicio acerca de la justicia o injusticia que derive de su aplicación. La nota de la positividad forma parte del concepto del Derecho al que debe dedicarse el jurista explicando los principios lógicos, su armazón. Ello no quiere decir que todo Derecho sea, sin más, justo y que puedan desaparecer los criterios valorativos: simplemente se postula que están fuera del Derecho, de su campo inmanente, y que el jurista sólo puede tenerlos en cuenta como máximas para la elaboración del Derecho o para su reforma crítica” (Sosa Wagner, 2005:410).

¹⁵ Así se refiere Kelsen en contra de la libertad frente al Estado como un *derecho subjetivo*: “También la libertad frente al Estado, es decir, la ausencia de normas reguladoras de algún aspecto de la conducta humana, ha sido considerado como derecho subjetivo, e incluso existe una enumeración de derechos subjetivos de libertad que no son sino otras tantas libertades [...] De cuanto llevamos dicho se desprende claramente que esos “derechos” no lo son, en realidad, puesto que se trata de una esfera extrajurídica, ajena al “Derecho”; y la “libertad”, en sentido de un “estar libre” frente al orden jurídico, no es determinable jurídicamente más que en su aspecto negativo [...] Por lo demás, la teoría del Estado enlaza, en este punto, con una práctica hartamente discutible de las modernas constituciones. Por regla general, éstas contienen un catálogo de derechos de libertad [...] Esta específica ideología jusnaturalista de casi todos los movimientos revolucionarios se apoya en la idea de que la validez del orden jurídico estatal se basa, en último término, en la libre voluntad de los particulares; sobre la base del pacto, y, por tanto, el Derecho del individuo, el derecho “subjetivo” precedería al restante Derecho positivo surgido por las vías de la heteronomía, no sólo por su mayor valor, sino incluso en el orden del tiempo; por lo cual el Derecho objetivo, el Estado, no existiría sino para la protección del derecho subjetivo, y, por consecuencia, ni sería capaz de conceder tales derechos, ni estaría autorizado para desconocerlos y violarlos, puesto que derivan de la naturaleza del hombre y son absolutamente evidentes. De este modo, el “Derecho”, se convierte en libertad frente al Estado (es decir, al Derecho positivo), y el Estado en límite de esta libertad, ya como protección de la misma, ya como ataque a ella (inadmisible, por

Tal planteamiento no significa que Kelsen no postulara ningún límite al poder coercitivo del Estado, ya que en su obra (Kelsen, 2002) se reivindican tanto límites de validez *espacial y personal* (territorio y pueblo), límites de validez *temporal*, así como límites de validez *material*, en cuanto existirían materias que *de facto* no pueden ser sometidas objetivamente a reglamentación, las cuales pueden incluso ser indisponibles por el propio ordenamiento, como sucede en todos los ordenamientos en los que están garantizados los derechos civiles y políticos basados en la *private property* (vida, libertad y bienes), por lo que si el Estado interfiere en ellos, dicha normas, aunque fuesen válidas, pudieran ser consideradas ilegítimas (Bobbio, 2006:130), con la salvedad de que estos límites, derivados de la consideración del Estado como derecho, sean insuficientes para el *constitucionalismo whig*.

Por último, (iii), representado en el austríaco Von Hayek, se observa una diferencia ostensible por cuanto se asumen los principios del *rule of law*, en el cual, a diferencia de la concepción kelseniana, el derecho no se concibe como un producto deliberado de la *voluntad humana*, sino como un *orden* que surge espontáneamente –por oposición a todo diseño racional previo, *organización*–, por lo que el derecho en ningún caso, sostiene Von Hayek, debe entenderse como disposiciones orientadas a la consecución de un objetivo (telocracia), incluido el de dar *forma* a la sociedad, o el de “conformar” a la sociedad en término más semejante al usado en la actualidad –conforme a la invasiva idea en contra de la libertad propia del “Estado

lo demás). Ese ataque no debe realizarse o realizarse tan sólo a condición de que el súbdito asienta mediante un pacto. Al fundarse las colonias inglesas en Norteamérica, esa ideología se impuso en los documentos constitucionales, que fueron como las escrituras del contrato social. La esfera de libertad frente al Estado, es decir, al Derecho positivo, fue delimitada por éste mismo, estableciéndose un catálogo de derechos de libertad, el cual no contenía, naturalmente, más que los derechos más importantes e indiscutidos, esto es, aquellos que han sufrido históricamente los mas enojosos y desagradables ataques del orden estatal. Pero lo paradójico de la situación consiste en que todos los principios del Derecho natural se desnaturalizan tan pronto como adoptan la forma de derecho positivo. No sólo dejan de ser Derecho natural para convertirse en Derecho positivo, sino que cambian por completo su significación. Primeramente, eran prohibiciones al Estado, normas que prohibían ciertos actos del Estado, emanadas de una instancia extra estatal. Después, conviértanse en normas del Estado mismo; pero en ese caso son, cuando menos, superfluas, pues no tiene sentido prohibir actos al Estado, puesto que dichos actos no están expresamente prescritos, en tanto que no hay hombres que tengan la facultad o la obligación de realizarlos en calidad de órganos estatales, no son posibles jurídicamente. El hombre puede hacer todo lo que no le está prohibido por el Estado, es decir, por el orden jurídico; pero el Estado o, mejor, el hombre investido de la calidad de órgano estatal, sólo puede hacer lo que le está permitido jurídicamente, pues únicamente aquellos hechos estatuidos por las normas jurídicas pueden constituir actos estatales [...] Por tanto, aun cuando las modernas constituciones contengan un catálogo de los derechos de libertad y declaren que es ilegítima la intervención del Estado en esa esfera de libertad, no variaría lo más mínimo la consistencia material del orden jurídico en el caso de que se prescindiese de esa parte dogmática, siempre que ésta no tuviese la función de suprimir la posibilidad actualmente existente de realizar tales ataques...” (Kelsen, 2002:259-260).

social” preconizada por Ernst Forsthoff–, sino el de servir de un marco abierto de normas que deberán ser observadas por los ciudadanos, para así posibilitar el que cada quien alcance la pluralidad infinita de finalidades individuales a través de la búsqueda individual de su propia felicidad (*pursuit of happiness*)¹⁶.

Por ello, Von Hayek considerará a las *cartas de derechos* como innecesarias, ya que las mismas se encuentran tácita o expresamente garantizadas por la *ley*, la cual, en el nobel de Economía (1974), no equivale a la noción degenerada de “ley” actual, que incluso le da tal rótulo a toda resolución *debidamente* aprobada por el Poder Legislativo, así sea en contra de la libertad individual, ya que para él y para toda la tradición del *Rule of law*, el concepto de *ley* no equivale a *legislación*, es decir, a la manipulación coactiva de individuos a través del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo habilitado, sino aquellas normas generales de recta conducta (*nomos*), derivadas de la evolución cultural y de la información que los individuos adquieren a través de los tiempos (*trial and error*).

Tal concepción en Von Hayek encuentra su base de sustentación en que el derecho, para el *rule of law*, deviene en un producto eminentemente evolutivo y consuetudinario, tal como se observa históricamente en el proceso de formación del derecho romano que heredaron y adoptaron los anglosajones en su *common law*, pero que en la Europa continental, y luego en todos los países que heredaron y adoptaron el *civil law*, se rechazó debido a la irrupción en el panorama intelectual y científico del *positivismo jurídico* y, en especial, de ese particular *positivismo legalista* que se emparentó rápidamente con las corrientes *socialistas* (Bastiat, 2004, 185 y ss.), lo cual posibilitó el paralelismo entre “derecho” y “ley” positiva, que inobjetablemente representa un atentado a la libertad individual.

Por ello, Von Hayek sostendrá que los catálogos de derechos han ocasionado lo contrario de lo que pretendían garantizar, cual es evitar el poder arbitrario

¹⁶ Recordemos a este respecto al virginiano Thomas Jefferson “[...] Mantenemos que las siguientes verdades son evidentes en sí mismas: que todos los hombres han sido creados iguales; que su Creador les ha dotado con ciertos derechos inalienables; que entre estos derechos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que los gobiernos se instituyen entre los hombres para asegurar esos derechos y obtienen sus limitados poderes del consentimiento de los gobernados; que cuando cualquier forma de gobierno se convierte en dañino a esos fines, el pueblo tiene el derecho de modificarlo o abolirlo e instituir un nuevo gobierno, colocando sus cimientos en dichos principios y organizando sus poderes de la forma que consideren mejor para lograr su seguridad y felicidad”. Sobre la diferencia americana y francesa sobre este importante concepto resulta valiosa la mención de Brewer-Carías (2011:128 y ss.), en el que se aprecia el falso individualismo francés y su obvio falso *liberalismo (constitucionalismo)*.

para proteger la libertad individual, ya que el gobierno (Estado) ha asumido que puede emplear la coacción en contra de la libertad individual, máxime si no existen límites previos, a saber, derechos “juridificados” en las Constituciones, lo cual recuerda el temor que tenían los *founding fathers* de no incluir una *carta de derechos* en la Constitución americana, puesto que si el fin de una Constitución es precisamente el de evitar todas las limitaciones y coacciones arbitrarias de los derechos, incluso si las mismas derivaran del Poder Legislativo –hoy diríamos de la colusión *Ejecutivo-Legislativo* en contra de los ciudadanos– es irrelevante que los derechos estén o no estén en las Constituciones, ya que la única coacción permitida por el Estado desde una perspectiva liberal –y el *constitucionalismo* no es más que liberalismo juridificado–, es la de observar las normas universales de *recta conducta* que protegen la esfera individual (Hayek, 2006:478-479).

Vale acotar que Von Hayek incluso criticará –y esto es de la mayor importancia para el constitucionalismo– aquellos derechos plasmados en las Constituciones, formulados *in abstracto* en las *bill of rights*, por su absoluta falta de especificación, haciendo imposible el determinar la obligación respectiva para con ese derecho que se pretende garantizar, violando el conocido principio de *alteridad*¹⁷, no solo en los textos constitucionales, sino también en las *cartas de derechos* con vocación universal, a saber, en la *Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas* (1948), en el cual se observa un predominio de la mentalidad del *organization thinking* bastante vinculado a las tesis *socialistas* y *marxistas*, las cuales pretendían vaciar de contenido el orden social-liberal

¹⁷ En Venezuela, por ejemplo, y esto puede replicarse en muchas Constituciones “occidentales”, las cartas de derechos incluyen los polémicos “derechos sociales”, los cuales no guardan ningún tipo de relación con el principio de *alteridad*, hasta el punto de que se le atribuyen al Estado innumerables obligaciones que, como bien advierte Brewer-Carías “marginan a la sociedad civil” lo cual conlleva un “esquema que globalmente considerado es altamente paternalista” (Brewer-Carías, 2001:69 y 70). En ellos, agrega Brewer-Carías, hay “confusión entre las buenas intenciones y los derechos constitucionales y el engaño que pueden derivar de la imposibilidad de satisfacer algunos derechos sociales; en virtud de la consagración de supuestos derechos que no pueden originar obligaciones u obligados, por imposibilidad conceptual” (Brewer-Carías, 2001:79). aspecto que considero morigera las tesis favorables al “Estado social” en sus obras iniciales, y obligaría a tomar una postura más crítica con esta cláusula. Esta advertencia es incomprendida por gran parte de la doctrina *administrativista* nacional actual (Hernández, 2011:201), la cual elude la incompatibilidad manifiesta entre Estado de derecho –de inspiración liberal– y “Estado social” –de inspiración socialista-marxista– en tanto conquista *socialista* para destruir el orden liberal. Una posición claramente liberal, se puede cotejar tanto en Arias Castillo (2007) como en Herrera Orellana (2010), quienes critican enfáticamente la manera en cómo el *derecho administrativo* se ha erigido en Venezuela como el verdugo de las libertades de los ciudadanos. Para un análisis constitucional de cómo el derecho administrativo en Venezuela nunca se ha constitucionalizado, lo cual puede replicarse en muchos países, puede leerse con la venia de estilo en Alvarado Andrade (2011).

(Carrera Damas, 1997)¹⁸ y convertir a la sociedad en un sistema paulatinamente totalitario (Hayek, 2006).

La finalidad de las cartas de derechos (*bill of rights*) según el liberalismo clásico: los límites internos al poder estatal

Es indudable que todo auténtico derecho debe ir acompañado de un deber u obligación respectiva (*principio de alteridad*), para poder emplear con pertinencia en el *lenguaje normativo* la palabra y el concepto de *derechos*. La “juridificación” de los derechos –en especial de los auténticos derechos: los derechos individuales, civiles y políticos– a partir de los siglos xvii y xviii, entendidos inicialmente como *derechos innatos*, cuya existencia es independiente de las normas –exigencias racionalmente derivadas del conocimiento de la naturaleza humana– tenían por finalidad la protección de libertad, la cual era concebida como derivada de la ausencia de normas de *ius imperium*, aun cuando dicha ausencia de normas por sí sola no atribuye un derecho, sino cuando va acompañada de un deber para otros (personas y Estado) de abstenerse de interferir en el ámbito de la libertad individual, resumida en el concepto de *private property* lockeano (Laporta, 1987), que el poder político no solo debe respetar y proteger, sino también garantizar, pues como sostenía Locke:

[...] El Estado es, a mi parecer, una sociedad de hombres constituida solamente para procurar, preservar y hacer avanzar sus propios intereses de índole civil. Estimo, además, que los intereses civiles son la vida, la libertad, la salud, el descanso del cuerpo y la posesión de cosas externas, tales como dinero, tierras, casas, muebles y otras semejantes (Locke, 2002:8).

Por ello, la *Carta de derechos* en Norteamérica no pretendía imponer una obligación al Gobierno (*government*) a que promoviera una condición particular (*State of affairs*), sino que, al contrario, pretendían imponer al Gobierno (*government*)

¹⁸ En Venezuela, Germán Carrera Damas sostenía hace un buen tiempo que era posible conciliar el orden jurídico constitucional con un desarrollo planificado de los recursos de la sociedad, lo cual ha demostrado la historia es totalmente inviable. Sin embargo, en una entrevista reciente (Hernández, 2009), ha afirmado que al hablar de la revolución liberal de la América del Norte en comparación con la revolución bolchevique: “La norteamericana nace y se funda en el individuo como agente de realización vital; la otra, la socialista, se fundamenta en el Estado como realizador de las condiciones vitales del individuo”, lo cual puede analizarse como un paso más decidido a favor de las tesis liberales, en lugar de las imperantes tesis *socialistas* en todo el panorama intelectual venezolano y comparado.

la obligación de que cuando actuara observara dichos derechos como límites a las *reglas de conducta justa*. Por ello, los *founding fathers* insistían en concebir las normas constitucionales como imperativos negativos o prohibiciones al Estado, que permitieran al individuo perseguir libremente sus propios fines (*pursuit of happiness*), sin ser obstaculizado por nadie, salvo por aquellos que igualmente son titulares de derechos (Bobbio, 2003:176), limitando con ello la función del derecho, a saber, la de los poderes del Estado, reduciendo estos a la tarea básica de ofrecer y garantizar las condiciones básicas para que los individuos libres puedan perseguir su libertad, evitando el ser constreñidos por el poder estatal, principio este de gran calado, el cual ha sido deliberadamente desvirtuado por la insistencia en fomentar la polémica cláusula del “Estado social” y de “Welfare State”, ambos totalmente contrarios al ideal político del *rule of law*.

Las cartas de derechos (*bill of rights*) y la separación de poderes

El postulado revolucionario de 1789, que establecía los requisitos básicos para que pueda hablarse con propiedad de Constitución (*l'article 16*), obliga a considerar las diferentes garantías que el *constitucionalismo moderno* pensó para el efectivo goce de los *derechos naturales* o fundamentales¹⁹, a saber: i) las *cartas de derechos*, los cuales se concebirán como reconocimientos que hacía el Estado a los ciudadanos, de aquellos espacios de inmunidad que servirían de límites al poder coercitivo del Estado, los cuales además se debían entender no como negaciones o desestimaciones de otros derechos conservados por el pueblo como reza la *novena enmienda* de la Constitución norteamericana, y ii) la *separación de poderes*.

Ambas concepciones, la de las *cartas de derechos* y la de la *separación de poderes*, formaban y forman el núcleo duro del *constitucionalismo liberal*, y revelan una finalidad común, cual es el articular las limitaciones necesarias a la coacción estatal, para que los ciudadanos puedan ejercer su libertad plena. La idea, por tanto, es que toda acción coactiva del *government* debe someterse al principio básico de imposición de normas generales, ya que todos los derechos fundamentales enumerados en las *cartas de derechos* –y aquellos no “juridificados”– solo se encuentran debidamente garantizados cuando los individuos no se encuentren vinculados por

¹⁹ *Exepli gratia*, libertad, propiedad, seguridad, resistencia a la opresión, libertad de prensa, de palabra y de opinión, devenidos posteriormente en “derechos humanos” (Nikken, 1994).

prohibiciones u autorizaciones específicas que violen la igualdad *ante la ley*²⁰, que es precisamente el aspecto vulnerado por las “leyes” particulares del “Estado social”, y que las corrientes “neoconstitucionalistas” defienden, haciendo equiparar los *derechos de libertad* con los falsos derechos: los *prestacionales*.

Por ello es que los *founding fathers* estaban conscientes de que solo podía garantizarse la igualdad *ante la ley*, si el poder coercitivo del Gobierno se redujera a la aplicación de normas generales a todos por igual, pues como advertía Locke, hay que gobernar “guiándose por leyes promulgadas y establecidas, que no han de variarse en casos particulares, sino que han de aplicarse igualmente al rico y al pobre, al favorito en la Corte y al campesino que empuña el arado” (Locke, 2008:150).

La necesidad de la existencia de cuerpos intermedios como prius de la separación de poderes

El *constitucionalismo moderno*, el cual se ha referido con antelación, indubitablemente debe entenderse como sinónimo de *liberalismo*, por lo que está inspirado en el *individualismo* que inicia John Locke, Bernard Mandeville (2004), David Hume (2010), Adam Ferguson (2010), Adam Smith (*Investigación sobre la naturaleza y causa de las riquezas de las naciones*, 2005) y Edmund Burke (1996), por lo que su bandera de lucha es la reducción al mínimo de la omnipotencia del poder político. Por ello, el liberalismo pensó desde siempre los modos de favorecer por todos los medios posibles la libertad. De allí, pues, la decisiva importancia de los cuerpos intermedios como *prius* de la *separación de poderes*, a los fines de evitar el proceso de concentración de poder, a través de la afirmación de institución de la *familia* –en clara sintonía con el cristianismo–, así como también todas las asociaciones que favorecieran la pequeña comunidad. De allí también la idea del

²⁰ Recordemos que incluso un positivismo como el de H.L.A Hart reconoce un “contenido mínimo de derecho natural” para que la sociedad pueda ser viable. Refiriéndose a la “igualdad”, destaca: “Los hombres difieren entre sí en fuerza física, agilidad y aún más en capacidad intelectual. Sin embargo, es un hecho de considerable importancia para la comprensión de las diferentes formas del derecho y la moral, que ningún individuo es tanto más poderoso que los otros que pueda, sin cooperación, dominarlos o sojuzgarlos, salvo durante un término muy breve” (Hart, 1998:241). De la misma forma, vale acotar que “la igualdad ante la ley” –una de las conquistas históricas de la burguesía– no es una noción puramente formal, en cuanto que supone también, o ha llegado a suponer, la exigencia de que la ley no discrimine por razones de nacimiento, raza, sexo, religión, etc.” (Atienza, 2007:98).

federalismo (Rachadell, 2008) como modo de garantizar la libertad, dotando de autonomía a los comunidades frente al poder federativo (poder central).

La base de esta idea de los cuerpos intermedios como garantías de libertad, que luego será fortalecida con la *separación de poderes*, era la de proponer que gran parte de los poderes coercitivos del Estado²¹ debían limitarse lo más mínimo, para que pudieran los hombres vivir en libertad, para lo cual resultaba necesario reducir el ámbito de actuación del poder político, bajo la premisa de que la búsqueda del *bien público* a través del poder político siempre terminaba siendo perjudicial para el individuo y la libertad, lo que llevó al postulado de que los individuos, asociados voluntariamente, podían –y *de facto* es así– lograr una colaboración voluntaria más acentuada que aquella que pretendiera el poder político (Hayek, 2009:76), ya que como bien apuntó Adam Smith, como principio general, antecedente de las teorías del orden social espontáneo, “Una mano invisible los conduce a realizar casi la misma distribución de las cosas necesarias para la vida que habría tenido lugar si la tierra hubiese sido dividida en porciones iguales entre todos su habitantes, y así sin pretenderlo, sin saberlo, promueven el interés de la sociedad y aportan medios para la multiplicación de la especie” (Smith, 2009:324).

Esta idea de la asociación voluntaria como un espacio intermedio necesario para el ejercicio de la libertad se relacionaba con una institución a veces del todo ignorada, a saber, la *familia*, la cual actualmente en muchas Constituciones se encuentra protegida²², mas sin embargo ignorada en sus fundamentos. En efecto, dicha protección constitucional encuentra su basamento y valor con la aparición de la *libertad cristiana*, la cual favoreció la distinción entre *libertad personal*, vinculada a libertad de pensamiento y de conciencia, y *libertad civil o social*, vinculada principalmente a la capacidad y el derecho de asociarse libremente, las cuales serán defendidas por el *liberalismo clásico*, en tanto factor decisivo en el *derecho* de los hombres de formar *familia* y de afirmarse mediante la *private property* (Negro, 2003:326).

²¹ Existe una gran diferencia entre “Estado” y “Gobierno”, una tensión nada fácil. Los *founding fathers*, conforme a la tradición inglesa, hablan más de “Gobierno” que de “Estado”, tradición que se mantiene en Inglaterra y Estados Unidos. Sin embargo en Europa continental se habla más de “Estado”, de lo cual el “Gobierno” formaría una parte. No podemos abordar esto aquí, pero en próximos trabajos será explicado detenidamente.

²² La Constitución de 1999 señala en su artículo 75 una “protección” precaria, en tanto el artículo 3 conforme a la cláusula del “Estado social” siempre devenida en “Estado total”, le otorga al Estado el despropósito ya no solo de “conformar la sociedad”, sino el de “desarrollar la persona” como fin esencial del Estado (Art. 3).

La *familia*, en tanto institución vital para la libertad, sacrificada por todas las tesis favorables al “Estado social” de inspiración *socialista*, se enlazará con otra institución de no menor importancia, y por ende, de ineludible protección, a saber, el *matrimonio monógamo*, el cual será concebido como el medio de *santificación* ideal, pues al estar basado en el consentimiento libre e igual de los esposos, en el amor recíproco y en la fidelidad conyugal, permitirá el “disciplinar el impulso pasional [...] mediante su concentración en el matrimonio”, lo cual dejará “[...] libres los demás impulsos o tendencias naturales”, consintiendo un espíritu de sacrificio de los padres para con sus hijos que favorecerá indubitablemente el *bienestar material*.

Esta iniciativa para mejorar el *estatus familiar* y el *espíritu de ahorro* realza la importancia de la *private property* en tanto apoyo material de la institución y garantía de su continuidad, lo cual permitirá a los hombres defenderse con más ahínco frente al poder político. Por ello es que “la propiedad es entendida así como medio para fomentar la ‘riqueza productiva’, concepto ausente en las otras civilizaciones” (Negro, 2003:332-333), como se puede corroborar histórica y sociológicamente.

Estos cuerpos intermedios –instituciones–, a saber, la *familia* a través del *matrimonio monógamo* y las asociaciones diversas que pactan los individuos para múltiples propósitos, se vieron aún más garantizados en la lucha del hombre por su libertad, con la propuesta *liberal* de la *separación de poderes*, el cual ha estado presente a lo largo del pensamiento político-jurídico occidental desde la Antigüedad a nuestros días con sus múltiples variantes²³.

Esta fórmula, que pretendía romper con la indivisibilidad del poder, evitando la concentración de las otrora funciones típicas de los “monarcas absolutos” (*princeps legibus solutus est*)²⁴ para con ello permitir el vivir libertad y no en dictadura

²³ En la primera parte (I) ya se advirtió la influencia aristotélica.

²⁴ Al respecto, Norberto Bobbio ha acotado que “El principio no quiere decir –cómo por motivos polémicos de parte de los escritores liberales posteriores, o por error, se ha creído–, que el poder del príncipe no tenga límites; las leyes a las que se refiere el principio son las leyes positivas, es decir, las leyes puestas por la propia voluntad del soberano, quien no está sometido a las leyes que él establece porque nadie puede dar leyes a sí mismo. Esto de ninguna manera excluye que esté sometido, en cuanto hombre, como todos los hombres, a las leyes naturales y divinas. Bodin señala: “...por lo que hace...a las leyes naturales y divinas, todos los príncipes del mundo están sujetos a ellas, no está en su poder transgredirlas, sino quieren hacerse culpables de lesa majestad divina” [1576, trad.it; 361]. Incluso, otros partidarios de la monarquía absoluta

—también despotismos y tiranías—, como advertían los *federalist papers*, solo era posible si se le asignaban claramente a los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, respectivamente, claras funciones, haciendo hincapié en la necesidad de que el Poder Legislativo se limitara a dictar normas universales y uniformes de *recta conducta*, a los fines de evitar la coacción arbitraria por parte del Gobierno.

Esta articulación de la *separación de poderes* se vería favorecida por otro límite de la mayor importancia, a saber, el reforzamiento de los límites de la *forma de conveniencia*, como gustaba referir a Baruch Spinoza, quien sostenía que:

[...] En efecto, un Estado es tanto más independiente cuando se ajusta más a los dictados de la razón [...] Por el contrario, si va contra ella, es culpable hacia sí mismo y cae en falta. Se comprenderá mejor cuánto deseo decir si consideramos que aunque cada individuo pueda disponer por completo de cuanto posee por derecho, esta facultad debe limitarse no sólo por el poder del agente, sino también por la aptitud de quien sufre la acción. Si, por ejemplo, yo afirmo que tengo el derecho de disponer de esta mesa, eso no significa, naturalmente, que tenga el derecho de hacerla comer hierba. Los mismo, cuando decimos que los hombres no son libres, sino en cuanto súbditos de un Estado, eso no significa que queremos decir que los hombres pierden su naturaleza humana, para tomar otra diferente, pues el Estado no goza del derecho de hacer que los hombres vuelen o (lo que es también irrealizable) hacer que consideren con respecto aquello que excita hilaridad o asco (Spinoza, 1996:168).

Así pues, la *separación de poderes*, formulada en Inglaterra y llevada a concreción en Estados Unidos de América, como modo de articular la idea y concepto de Constitución como límite al poder político, se ha visto frustrada en perjuicio de la libertad, entre otros factores, por las tesis críticas a la formulación original, por

van más allá: el poder del príncipe no solo está limitado por las leyes naturales y divinas, sino también por las leyes fundamentales del reino como, por ejemplo, las leyes que regulan la sucesión al trono, que son leyes transmitidas, leyes consuetudinarias, y como tales positivas. El problema de las leyes fundamentales y su fuerza obligatoria es un tema que aparece en todos los escritos de los juristas que se preocupan por fijar con normas claras y ciertas los límites del poder del rey; son las normas de aquella Constitución no escrita que regula las relaciones entre gobernantes y gobernados. El rey que viola las leyes naturales y divinas se vuelve un tirano *ex parte exercitii*; el rey que viola las normas fundamentales es un usurpador, o sea, un tirano *ex defectu titulii*. En fin, hay un tercer límite que más que cualquier otro es útil para distinguir la monarquía real de la monarquía despótica: el poder del rey no se extiende hasta invadir la esfera del derecho privado [que es considerado un derecho natural], salvo en casos de clara y justificada necesidad. En polémica con la doctrina de la comunidad de bienes propuesta por Platón, Bodin afirma que “no hay nada publico allí donde no hay nada privado” y “los estados han sido ordenados por Dios” con el objeto de que el Estado cuide de lo que es público, y de lo que a cada cual le corresponde en su propiedad privada” (Bobbio, 2006:134 y 135).

su presunta “hipostatización” (García Pelayo, 1991a:2939)²⁵, en aras de favorecer la cláusula del “Estado social”, y con ello, expandir la “función administrativa” a todos los poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, banalizando la fórmula original de Locke y Montesquieu, la cual resuelve, como no ha hecho ningún otra teoría constitucional hasta la actualidad, el problema perenne del *constitucionalismo moderno*, a saber, limitar el poder político, lo cual revela la incompreensión y desconocimiento de las ideas liberales en el panorama constitucional, lo cual ha legitimado los más perniciosos experimentos “constitucionales” en su búsqueda por abolir la Constitución (liberalismo) y, por ende, la *separación de poderes*, que se ha materializado, desde el punto de vista jurídico, a través de la inclusión en los *textos constitucionales*²⁶ de *funciones* a los poderes, que jamás los clásicos habrían atribuido al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial, respectivamente.

Tal supresión de la *separación de poderes* se ha hecho posible gracias a la conocida “teoría formal-sustancial”, la cual consiste en propugnar una idea simple y perniciosa, la cual estriba en que todo poder –Legislativo, Ejecutivo o Judicial–

²⁵ La más importante y perniciosa teoría contra la separación de poderes es la “teoría formal-sustancial”, la cual fue adoptada por la Corte Federal y de Casación en Venezuela y en muchos países, en su búsqueda incesante por incrementar el poder del Estado. Luego la doctrina administrativista la heredó. Así, Brewer-Carías se pronuncia “[...] la doctrina o principio de la separación de poderes no tiene aplicación alguna en Venezuela, en su concepción rígida, como separación de tres “poderes” atribuida en forma exclusiva a tres órganos distintos e independientes sino que más bien ha sido formulada como una “división del Poder” en el sentido de que se establece una multiplicidad de órganos y a cada uno se asigna una función propia, lo que en modo alguno significa exclusividad en el ejercicio de esa función. Esta es realmente la innovación constitucional de los textos de 1953 y de 1961, y el sentido de la llamada colaboración funcional de los poderes. En otras palabras, el sistema constitucional establece una separación orgánica con la cual no coincide una supuesta “separación de funciones” (Brewer-Carías, 1975:219). Ahora bien, el concepto de “hipostatización”, acuñado por García Pelayo, y heredado acriticamente en la dogmática administrativista (Hernández, 2011:62 y 63), ha llevado a sostener que “La tesis de Montesquieu ha sido objeto de una hipostatización: su interpretación, poder ende, debe ahorrarse a las transformaciones que el Estado ha sufrido, preservando siempre su esencia, cual es evitar la concentración del poder en detrimento de la libertad”. Esta *falacia ad populum* por parte del autor *in comento*, no logra demostrar cómo es que dos ideas tan antagónicas “Estado de derecho” y “Estado social” puedan convivir y aún mas, cómo es que una teoría como la “formal-sustancial” puede lograr mantener la *esencia* de la idea germinal de la *separación de poderes*. Por otro lado, en dicho libro de publicación reciente y que reedita el planteamiento de Brewer-Carías, se cita un trabajo de Gonzalo Pérez Luciani, mas sin embargo, la tesis que sostiene el autor, a su vez, la misma de Brewer-Carías, es diametralmente distinta a la de Pérez Luciani, mencionado en la nota al pie, con lo cual más bien debió criticarse la tesis de quien se cita, lo cual lleva a la conclusión que la crítica pertinente de Pérez Luciani se mantiene en pie y lo endeble de la “teoría formal sustancial” defendida por el autor, la cual a todas luces viola la *separación de poderes* y con ella la idea de Constitución.

²⁶ Repárese que no son Constituciones conforme a la fórmula de la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789* “Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution”.

puede ejercer tanto su *función principal*, desde el punto de vista *formal* y, a su vez, de modo secundario, otra función que *sustancialmente* pertenece a otro poder. Esta teoría, con efectos devastadores a la libertad, permitía como sostuvo Giannini:

[...] violar el principio de división de poderes, en tanto quedaba a salvo el principio de la división de funciones. Y si algún político protestaba era fácil responderle que el principio de la división de poderes, era inaplicable en una fórmula rígida. En este esquema la administración pública del Estado no está siquiera mencionada; ésta era la *puissance exécutrice* como había dicho Montesquieu (y antes que éste Locke); ésta “responde a la idea de poder ejecutivo” como dicen nuestros tratadistas con expresión bastante sibilina; ésta es pues, diríamos hoy, un aparato ejecutivo que la corona y el gobierno, esto es, el poder ejecutivo emplea para hacer cumplir las leyes del parlamento” (Giannini, 1991:75-76).

Esta teoría, influida por la escuela alemana de derecho público (Albrecht, Gerber, Laband y Jellinek), partía de la errónea idea de que la *separación de poderes* al no ser una institución de *derecho positivo*²⁷, debía descartarse, ya que socavaba la “unidad del Estado”, razón que explica el fervor por favorecer la cancelación de las ideas a favor de la libertad individual, pues como refirió Carré de Malberg:

[...] En realidad, bajo un aspecto de sabio liberalismo, las ideas expuestas en el capítulo sobre la Constitución de Inglaterra han sido, tal vez, más perjudiciales que los sofismas del Contrato Social; pues éstos sólo pudieron ser aceptados por espíritus fáciles de seducir, mientras las doctrinas separatistas de Montesquieu ejercieron su influencia hasta en los medios más esclarecidos. Ahora bien, esta influencia es realmente disolvente, porque la separación de poderes, al descomponer la potestad estatal en tres poderes, cada uno de los cuales sólo tiene una capacidad de acción insuficiente, no lleva a nada menos, que a destruir en el Estado la unidad que es el principio mismo de su fuerza” (Carré de Malberg, 2000:754).

La tesis sostenida por Carré de Malberg permeará a lo largo de la historia del *constitucionalismo* europeo continental, negando la necesaria reducción de la “capacidad de acción” de los poderes públicos y eludiendo de igual modo la importancia que en los clásicos tenía la especialización funcional, pero, mucho más trascendental, cancelará la vigencia de la *separación de poderes*, es decir, la

²⁷ La influencia de la “teoría formal-sustancial” invadió mayoritariamente la conciencia de los *iuspublicistas*; sin embargo, experiencias recientes han puesto de bulto la *separación de poderes* en su versión original (Brewer-Carias, 2001:53 y 54).

prohibición de las uniones orgánicas que tendrían forzosamente atentar contra la libertad, en tanto esta²⁸ devenía en una condición previa para el equilibrio de poderes a través de su recíproco control²⁹ (Constitución mixta).

La abolición de la vigencia de la *separación de poderes* resulta notable en Carré de Malberg y en la mayor parte de la doctrina posterior a él, pues en aras de garantizar ya no la libertad individual, sino el principio de la “unidad estatal”, intentará dotar al Estado de una *personalidad jurídica* que ejercerá un “poder público” único e indivisible, el cual operará a través de determinados órganos, no como capacidades personales, sino como competencias estatales, por lo que advierte que el principio de la *separación funcional* como exclusividad entre los órganos, no es de hecho practicado ni conviene que lo sea, puesto que en su criterio, la *separación orgánica de poderes* no equivale a *separación de funciones*, dando muerte a la idea clásica.

Esta “teoría formal-sustancial”, es menester acotar, luego fue en parte criticada por la escuela vienesa de la formación del derecho por grados, aunque en parte debería tomarse a esta como su prolongación por otras vías, ya que de hecho, la *stufenbaum*, si bien supone una crítica a la *división de funciones* de la teoría “formal-sustancial”, en tanto considera falsa la distinción entre “función ejecutiva” como a la “función judicial”, pues en ambos se trata de la aplicación de la “ley” a un caso concreto, ya que *legislación, administración y jurisdicción* no son funciones realmente diferentes del Estado, sino fases del proceso de creación del “derecho”, vale advertir que tampoco garantiza la *separación de poderes*, pues es una teoría que legitima toda función del Estado como creadora del único “derecho”³⁰ válido.

²⁸ Señala Carré de Malberg (2000:752) que “... los autores alemanes impugnaron la idea francesa de la separación de poderes, no solamente declarándola inconciliable con el sistema monárquico de su derecho nacional, sino también tratando de probar que, de una manera general, es inaplicable, a causa de que su aplicación destruiría la unidad del Estado”. Este jurista, en el tiempo de la III República francesa, favorecía el “Estado legal”, basado exclusivamente en la “ley”.

²⁹ La idea según la cual Montesquieu (2007) no trató de construir una radical separación entre los poderes, sino más bien una combinación entre los mismos es de Eisenmann (1935).

³⁰ Al respecto ha sostenido un representante de la escuela vienesa (Merkel, 2004:226-228) “... existen actos que presentan una relación distinta respecto al orden jurídico. Ciertos actos de la administración se hallan jurídicamente cualificados porque, aunque sirven a la ejecución de normas jurídicas superiores, crean, por su parte, derechos, ya sean para una pluralidad de casos, como ocurre con la ordenanza, ya sea para un caso aislado, como ocurre con las resoluciones, disposiciones y órdenes. Estos actos son, a la vez, aplicadores y productores del derecho. Pero hay otros que se limitan a ejecutar el derecho. Y esta falta del aspecto creador les ha proporcionado la apariencia de su irrelevancia jurídica, y también los mismos actos creadores, con

Estas teorías, tanto la “formal-sustancial” como la *stufenbaum*, sin duda alguna, han transformado la idea original de la *separación de poderes*, y han desembocado en un mar de confusiones, que han permitido la cancelación de todos los principios que los sabios *founding fathers* precisamente pretendían negarles a dichos poderes. Tal principio de la *separación de poderes* tenía una base de largo aliento, la cual estribaba en que la distinción y divisibilidad del poder, en funciones legislativa, ejecutiva y judicial, solo tendría sentido si por *ley*³¹ se entendía a aquellas *normas generales de mera conducta*, las cuales no agotaban el derecho.

Tal supresión de las ideas liberales ha consentido que tanto el Legislativo como el Gobierno intenten conseguir funciones y atribuciones no bien diferenciadas, las cuales, legitimadas por teorías como la “formal-sustancial”, han hecho posible absurdos tales como el *gobrnar-legislando*, una forma de colusión entre los poderes Ejecutivo y Legislativo –incluso el Poder Judicial con sus “legislaciones en positivo”– (Brewer-Carías, 2011) en contra del ciudadano, que sin duda agravan la lamentación de Von Hayek:

[...] cuando Montesquieu y los padres de la Constitución norteamericana articularon la concepción de una constitución limitadora que se había desarrollado

excepción de las ordenanzas, suelen ser desprovistos de esta su naturaleza creadora y considerados como actos de pura aplicación del derecho. En lugar, pues, de esta división tendremos la de actos administrativos meramente ejecutivos y actos administrativos a la vez creadores del derecho. Al primer grupo pertenecen aquellos actos que aplican un precepto jurídico a un caso concreto, sin establecer, por su parte, un precepto jurídico. Los actos del segundo grupo serán aquellos que al poner en ejecución un precepto jurídico superior establecen otro precepto jurídico inferior del que resultan también obligaciones y derechos. Ejemplos de estos actos establecedores de derecho son los Reglamentos que, por un lado, aplican la ley, pero, por otro crean derecho, para un grupo más reducido de casos, es cierto, pero con la misma generalidad que el de la ley que los condiciona; lo mismo cabe decir de las disposiciones, resoluciones y órdenes que, por un lado, aplican el derecho contenido en la ley o en el Reglamento, pero, por otro, crean el derecho para el caso concreto. [...] En sentido estricto, sólo los actos jurídicos o, con la expresión arriba utilizada, los establecedores de derecho, se consideran como actos administrativos. Por último, suele restringirse la amplitud del concepto de acto administrativo, porque se excluyen de él todos aquellos que crean derecho para una pluralidad de casos, limitándolo para aquellos actos que establecen derecho para un caso individual. Así Otto Mayer define el acto administrativo como aquella “decisión que corresponde a la autoridad administrativa y que determina frente al súbdito en un caso concreto lo que ha de ser derecho para éste”. Este es el concepto más restringido de acto administrativo. Abarca los actos de la autoridad administrativa con carácter impositivo, excepción hecha de los Reglamentos. Entre los diversos tipos de actos administrativos hay que estudiar en primer lugar los Reglamentos. Los Reglamentos son actos administrativos establecedores de derecho, con los cuales, según la expresión corriente, se crea derecho para una pluralidad de casos, se regula jurídicamente una pluralidad de casos”.

³¹ La *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 dirá “Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents” (Art. 6).

en Inglaterra, establecieron un modelo al que el constitucionalismo liberal ha venido conformándose desde entonces. Animábales, sobre todo, la idea de proporcionar una adecuada salvaguardia institucional a la libertad individual, sirviéndose para ello del artificio de la separación de poderes. En la forma en que nosotros la conocemos, esta división de poderes entre los órganos legislativo, judicial y administrativo no ha podido ciertamente alcanzar los objetivos deseados (Hayek, 2006:15).

En efecto, la germinal idea de la *separación de poderes*, de garantizar que el Poder Legislativo se limitara a la sanción de normas generales de mera conducta, para lo cual los derechos fundamentales sirvieran de límites a la acción coactiva del Estado, ha terminado siendo desconocida por la colusión de los poderes en contra de los ciudadanos, lo cual ha rehabilitado la famosa oposición de Herbert Spencer en su célebre *Man vs. the State* (1896). Ello sumado a que los *bills of rights* perdieron todo sentido, en tanto el Poder Legislativo, a veces solo, a veces en colusión con el Ejecutivo y el Judicial, ya no se limitan a la imposición de normas generales de mera conducta, tal como formuló Locke, cuando advirtió que había que “gobernar guiándose por leyes promulgadas y establecidas, que no han de variarse en casos particulares, sino que han de aplicarse igualmente al rico y al pobre, al favorito en la corte y al campesino que empuña el arado” (Locke, 2008:150), sino a buscar la manera de convertir sus *programas políticos* particulares en *legislación*, vulnerando la idea de Constitución y, por ende, de *separación de poderes*.

DEL ESTADO DE NATURALEZA A LA SOCIEDAD POLÍTICA: LA CONSTITUCIÓN COMO GARANTÍA DE LA LIBERTAD

La pretensión de un positivista no liberal como Thomas Hobbes (Romero, 1998) en su *magnum opus*, *El Leviatán*, expresión de una filosofía basada en el “miedo” que genera el *estado de naturaleza*³², propugnará un Estado basado en

³² Así se explica Locke (2008:43 y 44). “[...] A esta extraña doctrina –es decir, a la doctrina de que en el estado de naturaleza cada hombre tiene el poder de hacer que se ejecute la ley natural– se le pondrá, sin duda, la objeción de que no es razonable que los hombres sean jueces de su propia causa; que el amor propio los hará juzgar a favor de sí mismos y de sus amigos, y que, por otra parte, sus defectos naturales, su pasión y su deseo de venganza los llevarán demasiado lejos al castigar a otros, de lo cual sólo podrá seguirse la confusión y el desorden; y que, por lo tanto, es Dios el que ha puesto en el mundo los gobiernos, a fin de poner coto a la parcialidad y violencia de los hombres. Concedo sin reservas que el gobierno civil ha de ser el remedio contra las inconveniencias que lleva consigo el estado de naturaleza, las cuales deben ser, ciertamente, muchas cuando a los hombres se les deja ser jueces de su propia causa. Pues no es fácil imaginar que quien fue tan injusto como para cometer una injuria contra su prójimo sea al mismo tiempo tan justo como para

la espada, es decir, un Estado omnipotente, que no defenderá la libertad frente a la opresión, sino la prevalencia del orden y la estabilidad frente a la anarquía, señalando con ello que la causa, generación y definición de un Estado (soberano) podía entenderse de la siguiente forma:

[...] La causa final, fin o designio de los hombres (que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás) al introducir esta restricción sobre sí mismos (en la que los vemos vivir formando Estados) es el cuidado de su propia conservación y, por añadidura, el logro de una vida más armónica; es decir, el deseo de abandonar esa miserable condición de guerra que, tal como hemos manifestado, es consecuencia necesaria de las pasiones naturales de los hombres, cuando no existe poder visible que los tenga a raya y los sujete, por temor al castigo, a la realización de sus pactos y a la observancia de las leyes de la naturaleza establecidas (Hobbes, 2006:137).

Esta posición de Hobbes se trae a colación por cuanto, para él, el *Estado civil* se construye sobre la abdicación que los individuos hacen de su poder natural, en favor del Estado, el cual descansa cuando:

[...] Una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos, realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno, para asegurar la paz y defensa común. El titular de esta persona se denomina soberano, y se dice que tiene poder soberano; cada uno de los que le rodean es súbdito suyo (Hobbes, 2006:141).

Esta idea *hobbesiana* basada en el poder del soberano, fue en primer término refutada casi en el mismo período histórico por Baruch Spinoza, quien buscó la manera de conseguir la libertad e independencia del individuo, a través de la protección de su vida privada, lo cual le permitiría pensar y actuar sin temor y

castigarse a sí mismo por ello. Pero quiero que quienes me hagan esta objeción recuerden que los monarcas absolutos son también simples hombres; y si el gobierno ha de ser el remedio de esos males que se siguen necesariamente del que los hombres sean jueces de su propia causa, siendo, pues, el estado de naturaleza algo insoportable, desearía saber qué clase de gobierno será, y si resultará mejor que el estado de naturaleza, aquel en el que un hombre, con mando sobre la multitud, tiene la libertad de juzgar sobre su propia causa y de hacer con sus súbditos lo que le parezca, sin darle a ninguno la oportunidad de cuestionar o controlar a quien gobierna según su propio gusto, y a quien debe someterse en todo lo que haga, ya sean sus acciones guiadas por la razón, por el error o por el apasionamiento. Mucho mejor sería la condición del hombre en su estado natural, donde, por lo menos, los individuos no están obligados a someterse a la injusta voluntad del prójimo; y si el que juzga lo hace mal, ya sea en su propia causa o en la de otro, será responsable por ello ante el resto de la humanidad”.

con esperanza (Spinoza, 1996), y luego posteriormente por John Locke (2008). En ambos, tanto en Spinoza como en Locke, el *Estado civil* se obtiene, no cuando el poder político se construye sobre la abdicación que los individuos hacen de su *poder natural*, sino como un instrumento del que los individuos se sirven para dotar de eficacia real y práctica y no simplemente moral a los derechos que ya en el *estado de naturaleza* tenían y retienen. La base de esta postura sugiere que estos derechos serían protegidos frente a los demás individuos y no frente al Estado, pues como refiere Locke:

[...] El mero hecho de preguntar cómo protegerse del daño y de la injuria provenientes de quien tiene mayor poder para causar esos males es ya estar predicando la disidencia y la rebelión. Es como si los hombres, una vez dejado el estado de naturaleza, y tras ingresar en la sociedad, acordaran que todos ellos, menos uno, deben estar bajo las leyes; y que la única persona que no está sometida a ellas retiene toda la libertad propia del estado de naturaleza, aumentada con el poderío y hecha licenciosa con impunidad. Ello equivale a pensar que los hombres son tan estúpidos como para cuidar de protegerse de daños que puedan causarle los gatos monteses y los zorros, y que no les preocupa, más aun, que encuentren seguridad en el hecho de ser devorados por los leones (Locke, 2008:108).

De esta filosofía tan preclara resulta comprensible que los derechos que prevalecen en los *textos constitucionales* basados en el *liberalismo* no son aquellos que el Estado ha de realizar, sino aquellos que tienen por fin limitar jurídicamente al Estado, lo que es la parte nuclear de toda Constitución, la cual se sostiene en el principio de que a través de un *pactum libertatis* los individuos del *corpus societatis* conservan sus derechos e instituyen un poder en cuyo caso solo tiene la obligación de garantizar la libertad y la *private property*, es decir, una fuerza externa que nunca podrá de ningún modo conculcar ese *pactum libertatis* (García de Enterría, 2001).

La Constitución y el *positivismo jurídico*: el problema de los *derechos*

En el plano *iusfilosofico* y constitucionalista europeo continental, la idea de Constitución basada en el *Rule of law*, tomó otro camino, por cuanto allí tanto la *separación de poderes* como las *cartas de derechos* fueron concebidos de modo distinto a como ocurrió en el mundo anglosajón, entre otros factores, por el hecho de que se pensó que el “derecho” y la Constitución, podían surgir *ex nihilo*, a partir del poder recaído en la *soberanía nacional*, a través del absurdo *pouvoir constituant*

originaire (Noria, 1999)³³, a los efectos de regular jurídicamente la organización del poder y el modo de ejercerlo.

De igual modo, las *cartas de derechos* –jamás aplicadas³⁴– nunca constriñeron e imposibilitaron los atentados del Poder Legislativo y del Gobierno, en contra del ciudadano, hasta el punto de que en Europa continental, puede afirmarse, no hubo Constitución, sino hasta fechas muy recientes, a través en parte del fenómeno del “neoconstitucionalismo”, una especie de teoría de dudoso parentesco con el único constitucionalismo, el liberal, que pretende redescubrir las ideas *liberales*, pero tergiversándolas, al estar contaminadas por doctrinas opuestas a estas, tales como las ideas colectivistas *in genere*, a través de la defensa del “Estado social”.

Estos poderes en la Europa continental, a diferencia de lo que acontecía en el mundo anglosajón, llegaron a erigirse en soberanos, hasta el punto de que no hubo *supremacía constitucional* pero sí supremacía o soberanía parlamentaria, con lo cual no existían límites reales a la actuación de los poderes, lo que obligó a que los “constituyentes” europeos continentales insistieran en la necesaria obligación de incorporar límites materiales al poder político a través de los *derechos* en los textos constitucionales (Rubio Llorente, 2001), que, aunque nunca terminó siendo operativo, sí afianzó la tesis de la positividad de todo “derecho” (*positivista*), lo que generó la perniciosa idea de que estos *derechos* existen y valen exclusivamente porque se encuentran incorporados en la Constitución o en la “*ley*”.

Sin embargo, es menester advertir que en la versión *positivista legalista o normativista* los *derechos* resultan una *contradictio in abyecto*, ya que esta concepción rechaza toda idea relativa a los *derechos humanos* o *derechos fundamentales* en sí, por su conexión *metafísica* (Alexy, 2007); de allí que Jeremy Bentham sostuviera que los *derechos humanos* son un disparate con zancos (*nonsense upon stilts*) (Rubio Llorente, 2001), algo que luego Hans Kelsen retomará pero por otras vías,

³³ Es el caso del inventor de “artilugios constitucionales”, a saber, Emmanuel-Joseph Sieyès, lo cual afectó considerablemente la idea de Constitución basada en el *Rule of law*. Escaparía a los objetos de este trabajo explicar dichos artilugios, a los que luego tendremos ocasión de referirnos.

³⁴ Recordemos *exempli gratia*, el caso francés, en el que la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* de 1789 jamás fue aplicada y nunca fue directamente aplicable a los individuos, lo que viene a cambiar en los años setenta del siglo xx, gracias a decisiones del *Conseil Constitutionnel*, que hicieron posible el que los derechos realmente tuvieran alguna importancia, gracias a lo que se llama *bloc de constitutionnalité*, aunque nunca del modo que ya explicamos debido al predominio de la concepción francesa heredada de la *Révolution*.

al sostener que no solo no cabe hablar de derechos fuera del *derecho positivo*, sino que incluso dentro de él, puesto que la noción de *derecho subjetivo* resultaba una noción muy superior a la de *derechos humanos*, siguiendo la noción de *derecho subjetivo* como facultad, que desde las obras de William Ockham y de Francisco Suárez se fue imponiendo en la *iusfilosofía*, con el consiguiente abandono acerca de *lo justo*.

Esta incompatibilidad entre *derecho positivo* y *derechos humanos* ha generado una tensión permanente entre la idea y el concepto de Constitución del *constitucionalismo* desde el prisma de la teoría *positivista* (Bobbio, 2012), ya que el origen filosófico de la Constitución se basaba en criterios de *derecho natural*, los cuales se entendían como *derecho vigente* y no meramente un ideal, como sostenía la *escuela moderna del derecho natural*, por lo cual los *derechos humanos* –en especial los verdaderos derechos– los determinaba el *status* ontológico del ser humano y aquellos suyos que la *naturaleza humana* ha dictado, aun cuando ello fuera rechazado por sus autoridades o ignorados por la sociedad (Vigo, 2007:162-163).

De allí, pues, que la idea y concepto de Constitución del *constitucionalismo* no pueda ser comprendida *in totum* desde una visión *empirista* y *positivista*, en especial de aquella visión *positivista* legalista y formalista, más atenta a la *forma* y menos atenta a la *sustancia* de los problemas que el *constitucionalismo* encierra, pues ello le impide pensar en la idea auténtica de Constitución, pues, como refiere (Sartori, 1999:18), el *positivismo jurídico* –vale acotar, *el legalista* y *normativista*– rechaza lo *político*, “no congenia con él. No le es fácil conciliar los requisitos del derecho en sí y por sí, de un derecho “puro”, con la sustancia a la que están llamadas a atender las Constituciones”.

LA DESUSTANCIALIZACIÓN DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN: EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA Y EL POSITIVISMO NORMATIVISTA

Desde el punto de vista teórico constitucional, la llamada escuela *iusnaturalista racionalista*, la *nueva escuela del derecho natural* –que en nada tiene que ver con las tesis del *realismo jurídico clásico*–, así como también el *positivismo jurídico* legalista, contribuyeron al complejo proceso de “desustancialización” de las Constituciones, en tanto condujeron a la reducción formal y técnica de las mismas, lo cual se tradujo rápidamente en la pérdida de la razón de ser de la

sustancia a la que están llamadas a atender las Constituciones, a saber, la protección de la libertad negativa.

Pese a que la palabra *iusnaturalista* remite a consideraciones metafísicas, debe indicarse que la *burguesía europea continental* adoptó un peculiar *iusnaturalismo* –el *racionalista*– por lo que la defensa de las *cartas de derechos* en las Constituciones fueron “desustancializadas” debido principalmente a las interpretaciones exegéticas a las cuales fueron sometidas, lo cual conllevó la prescindencia de consideraciones *metafísicas* o *iusnaturalistas*, distanciándose así de las ideas que propugnaban antes de la toma del poder (Rubio Llorente, 2001:114 y ss.), para así evitar consecuencias perjudiciales una vez conquistado el poder, en clara sintonía con su postura conservadora y no *liberal*, en aras de preservar el *statu quo* social adquirido.

Tal posición *burguesa* fue reforzada por la concepción *positivista* y *conservadora* imperante luego de la *Révolution* de 1789, en tanto la misma se basó en una filosofía falsamente liberal e individualista, basada en un “progreso” sin libertad, un falso régimen “liberal”, una *pseudo* democracia-liberal, y un orden “capitalista” sin “individualismo” económico, lo que comportó una equivalencia entre libertad y orden, lo cual realizaba la condición *antiliberal* y *anticapitalista* (De la Vega, 1998:123 y ss.) que adoptaría posteriormente el panorama intelectual europeo continental hasta nuestros días.

Esta “desustancialización” del concepto de Constitución en Europa continental no fue producto del *liberalismo*, sino de la mentalidad de la clase media social *burguesa europea continental*, que buscaba, después de obtener el poder en contra del clero y la aristocracia, conservarlo y afianzarlo frente a grupos sociales, que luchando contra las mismas consignas de la burguesía contra el antiguo régimen, posterior a la *Révolution*, quedaban, sin embargo, excluidos del poder (De la Vega, 1998).

Es por ello que puede afirmarse que el *positivismo legalista* en la Europa continental “desustancializó” el concepto de Constitución, hasta el punto de concebir a las Constituciones como meros productos de la imaginación, abstraídos de la realidad social, política y económica, exhibiendo de estas solo su aspecto *formal*, descuidando el hecho de que las *revoluciones liberales* pretendían el afianzamiento de la libertad y los derechos, concibiendo a estos, no como meras exigencias del orden jurídico positivo, sino como cuestiones *dadas*, las cuales el orden jurídico

positivo podía reconocer o no, ya que su existencia no dependía por entero del *derecho positivo*, y que perdieron su peso, cuando “el positivismo jurídico se convirtió en la concepción jusfilosófica dominante” (Bulygin, 1987).

Ciertamente, tanto el *iusnaturalismo racionalista* como el *positivismo jurídico* del siglo XIX iniciaron el proceso agudo de *desustancialización* del concepto de Constitución. De hecho, Kelsen ya en pleno siglo XX llega a confesar que su propuesta de *Reine Rechtslehre* no es inauditamente nueva, sino que puede ser entendida como la “continuación de tesis que ya se anunciaban en la ciencia jurídica positivista del siglo XIX” (Kelsen, 2009:9).

Este esfuerzo de Kelsen por ofrecer una *Reine Rechtslehre* terminó asimilando la “Constitución” con el “Estado” y el “derecho” con el “Estado,” lo que lo llevó a concebir a la “Constitución” en unos términos tan formales como la de la producción normativa a partir de una *Grundnorm* que en tanto hipótesis primero y luego *ficción* crearía, *ex nihilo*, en virtud de la pureza metódica, el conjunto normativo escalonado, con lo cual se esgrimen en consecuencia unos efectos como son los de la dinámica interna en la cual cada escalón de producción normativa –*competencia*– es base del siguiente, y cada escalón intermedio es ejecutor del anterior y creador a su vez del siguiente, hasta llegar a su aplicación, en el que “Estado” y el “derecho” se identifican³⁵.

Ello sumado a la prescindencia en Kelsen de la noción de *Rule of law* en su acepción político-moral, lo cual indudablemente influyó negativamente en el proceso del *constitucionalismo* del siglo XX, en especial, el que se desarrolla en Europa

³⁵ Como bien indica García Amado (2010:389 y 390), “Ese y no otro es el significado de la afirmación de Kelsen de que todo Estado es un Estado de derecho. Ahí la noción de Estado de derecho no se utiliza en su acepción político-moral o en el sentido de un determinado modelo de organización estatal basada en la separación de poderes, la sumisión de los poderes a la legalidad y el respeto a ciertos derechos fundamentales de las personas, sino que únicamente se pretendía resaltar la falta de sustancia real de todo Estado que se quiera al margen y por encima del derecho, sea cual sea el contenido de ese derecho. No se trata de dotar de legitimidad moral a cualquier Estado ni, menos aún, de fundar la obligación política de los ciudadanos frente a cualquier forma de Estado y frente a sus normas, sino meramente de desenmascarar lo que de pura ideología de dominación de los ciudadanos tiene todo intento de hacer del Estado una entidad natural, un bien en sí, un ser de raíz metafísica o la pura emanación de una comunidad cultural o nacional. Podrá haber estado sin ese marchamo metafísico y providencial que sean injustos o aborrecibles, opresivos, pero sólo serán estados sobre la base de un derecho y no previos a él. Y a la hora de luchar los ciudadanos contra esa posible injusticia del Estado, se habrá avanzado un gran paso al verlo sólo como lo que es, una red institucional de poderes tejida por el ordenamiento jurídico y que cambiará si se modifica dicho ordenamiento, no una esencia prejurídica que se deba aceptar y a la que hayamos de someternos con la pasiva actitud con la que se aceptan los fenómenos naturales que están fuera de todo control humano y, en especial, sustraídos a la acción política de los ciudadanos”.

continental, ya que al “desustancializar” el concepto de Constitución, despojarla de todo contenido político y concebirla como una mera forma con contenido orgánico en el que se regulará la estructura y funcionamiento del Estado, toda idea de Constitución en *sentido liberal* quedaba diluida.

De hecho, este *positivismo normativista* (Aguiló Regla, 2001), defendido por Kelsen, entenderá por Constitución a aquel conjunto de normas fundamentales de un sistema jurídico-político que regulan la elaboración de la *legislación*, las normas generales en ejecución, de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales: tribunales, autoridades administrativas, es decir, un catálogo de normas organizativas.

La “fundamentalidad” de este concepto de “Constitución” se explica por el hecho de que se trata de normas que no remiten recursivamente a otras normas, y lo de fundamentales, del hecho de que a ellas se remiten los tres problemas básicos a los cuales se ha enfrentado el *positivismo jurídico* a la hora de conceptualizar el derecho: a) el de la identificación del derecho, b) el de la unidad del derecho y c) el de la continuidad del derecho (Aguiló Regla, 2001:437 y ss.)³⁶.

³⁶ Según Kelsen, “[...] La cuestión de la garantía y el tipo de garantía de la Constitución, es decir, la regularidad de los grados del orden jurídico inmediatamente subordinados a la Constitución, presupone, para ser resuelto, una noción clara de la Constitución. Únicamente la teoría de la estructura jerárquica (*Stufenbau*) del ordenamiento jurídico, ya apuntada, está en condiciones de proporcionarla. Inclusive, no es exagerado afirmar que solo ella permite conocer el sentido inmanente de esta noción fundamental de *Constitución* en el cual pensaba ya la Teoría del Estado de la Antigüedad, porque esta noción implica la idea de una jerarquía de las formas jurídicas. A través de las múltiples transformaciones que ha sufrido, la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el ordenamiento estatal y la esencia de la comunidad constituida por este ordenamiento. Como quiera que se defina, la Constitución es siempre el fundamento del Estado, la base del ordenamiento jurídico que se pretende conocer. Lo que se entiende ante todo y siempre por Constitución –y la noción coincide en este sentido con la forma de Estado– es que ella constituye un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas en un momento determinado, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución, de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales: tribunales, autoridades administrativas. Esta regla de creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, de determinación de los órganos y del procedimiento de la legislación forma la Constitución en sentido propio, originario y estricto del término. La Constitución es, pues, la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la comunidad estatal, así como de aquellos que determinan los órganos necesarios para aplicarlas e imponerlas, y la forma como estos órganos habrán de proceder. Es decir, la Constitución es, en suma, el asiento fundamental del ordenamiento estatal. De esta noción se deriva la idea de asegurar a la Constitución la mayor estabilidad posible, de diferenciar las normas constitucionales de las normas legales, sometiendo la revisión de aquellas a un procedimiento especial, que contiene condiciones más difíciles de reunir. Así aparece la distinción entre la forma constitucional y la forma legal ordinaria” (Kelsen, 2008b:10 y 11).

La posición de Kelsen concebirá el concepto de “Constitución” únicamente como un concepto normativo-formal, desprendida poco a poco de su relación con la realidad social, la política, la historia, etc., en la procura de *matematizar* el derecho. Esta concepción, que explica ciertamente la producción del derecho por medio de la *Stufenbau*, permite entender que las *fuentes del derecho*, a partir de una norma primera, e incluso la normatividad de la Constitución, en tanto norma jurídica (parte orgánica), no es autosuficiente, no se basta a sí misma, por tanto, la misma se “resiente por creaciones normativas fuera de los márgenes señalados por la norma superior respectiva” (Vigo, 2010:12).

Esta idea de la *purificación* del derecho lleva ínsita la muerte de la idea de Constitución auténtica, la cual es y siempre será la de ser una norma que recoge una doctrina denominada *constitucionalismo*, doctrina política informada por el *liberalismo*, que surgió como respuesta perenne frente al problema eterno entre opresión-libertad, sustentada en el principio de la *separación de poderes*, cuya aplicación consecuencialmente implica un reconocimiento de espacios de libertad para los ciudadanos, conocidos como *derechos individuales* o *derechos de libertad*.

Por tanto, la “purificación” de todo vestigio político –y el constitucionalismo es uno de ellos– olvida que en toda Constitución, la política –*eso sí juridificada*– está presente, como adjetivación que penetra el texto por entero, porque de lo contrario la misma devendría en incomprensible, ya que terminaría ignorando la *realidad social* que opera como contrapunto de la normatividad, lo cual no debe ser interpretado como una posición que esté a favor de la negación de la Constitución como norma jurídica, sino como un elemento que no se debe olvidar en todo análisis constitucional científico, para así poder responder satisfactoriamente la pregunta de cuándo hay Constitución o no la hay en un determinado país.

EL RULE OF LAW Y LA PUESTA EN ESCENA DE LA CONSTITUCIÓN RACIONAL-NORMATIVA

Indubitablemente, el *thelos* de la Constitución, es decir, su contenido sustancial básico, es el de ser garantía de la libertad, como bien rezaba el célebre artículo 16 de la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* de 1789, lo cual significa que no solo debiera estar determinada la *separación de poderes*, sino que debían estar asegurados y garantizados los derechos, con lo cual ambos

requisitos se traducían y se traducen en condiciones básicas para poder hablar de auténtica Constitución.

La idea de Constitución en el *Rule of law*, basada más en el derecho consuetudinario, se soporta en la creencia de que ella no es el resultado de un diseño racional previo, es decir, no surge por la creación de normas jurídicas que pretendan someter la realidad a pautas organizativas pensadas *racionalmente*. Tal acotación resulta de extrema importancia si se toma en cuenta, que en el *Rule of law*, la excepcional *legislación*, escrita³⁷, no es otra cosa que la afirmación de títulos declaratorios de derechos anteriores de los que no se puede decir sino que existen, de allí que la idea de “Constitución formal” no exista en la Gran Bretaña.

En efecto, el *Rule of law*, opuesto a toda tendencia racionalista (Bentham, et al.), no propugna un “derecho” pensado racionalmente. Sin embargo, la escritura constitucional, que indudablemente tiene un germen racionalista, fue adoptada por los americanos del Norte, con la diferencia de que los *pilgrim fathers* y los *founding fathers*, por herencia de las tesis del *liberalismo clásico*, concibieron a la Constitución como un esquema de organización que tendería a garantizar los derechos individuales frente al Estado, lo cual dará inicio al nacimiento del “Estado constitucional” por oposición al “Estado legal de derecho”³⁸, a través de

³⁷ Como refiere Leoni (2011:168) “[...] la consecuencia más importante de la nueva tendencia fue que la gente del continente, y hasta cierto punto también la de los países habla inglesa, se acostumbraron más y más a concebir la ley en su conjunto como derecho escrito, esto es, como una serie de promulgaciones de los cuerpos legislativos realizados de acuerdo con la regla de la mayoría. Así, se empezó a pensar en la ley, globalmente, como el resultado de decisiones de grupo, en vez de elecciones individuales, y algunos –por ejemplo, el profesor Kelsen– llegaron hasta negar que fuera posible hablar de un comportamiento jurídico o político de los individuos sin hacer referencia a un conjunto de normas coercitivas que pudieran dar pie a calificar la conducta de “legal” o no”.

³⁸ Conforme a (García Pelayo, 1991b:3035) el *Estado legal de derecho* “... identifica el Derecho con la ley o con las normas dictadas en función de una Ley. Ciertamente se reconocía la significación jurídica de la Constitución, pero sin que se vieran remedios a sus posibles contravenciones por parte de los poderes públicos. Sólo al parlamento en cuanto representante de la soberanía popular y en el desarrollo de su función legislativa se le consideraba competente para la interpretación última de la Constitución, lo que, sin embargo, no evitaba conflictos con otros poderes que habían de resolverse por la vía política”, mientras que el Estado Constitucional de Derecho “eleva la Constitución desde el plano programático al mundo de las normas jurídicas vinculatorias y, por consiguiente, no sólo acoge el principio de la ley *in suo ordine* sino que lo complementa con el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley y, por tanto, sobre todo el ordenamiento jurídico, con la consiguiente anulación en la medida que en su conjunto o en algunos de sus preceptos no se adecúa a la norma constitucional. Esta primacía de la Constitución sobre la ley se sustentan en primer lugar, en la doctrina iniciada por Kelsen y hoy generalmente admitida según la cual el orden jurídico constituye un sistema jerárquico que, iniciándose en la Constitución, se extiende por los sucesivos momentos en el proceso de su creación a través de la ley, el reglamento, el acto administrativo, la sentencia y la ejecución”.

la “aplicación *sublimizada* del concepto de *ley* en el sentido liberal” (Soriano de García Pelayo, 2005:213 y ss.); de allí que se afirme que con el concepto “racional normativo” de Constitución:

[...] no mandan las personas ni las instituciones, sino las normas y, por consiguiente, la Constitución aparece como fundamento del Estado de Derecho y como supuesto de la legitimidad de los órganos e instituciones estatales y, de este modo, implícita al concepto racional normativo de constitución está la afirmación de la soberanía (García-Pelayo, 1991c:2283).

Este concepto “racional-normativo” de Constitución comporta la idea de la *despersonalización* de la soberanía, y con ello la materialización del principio de la *supremacía* de la Constitución, lo cual significa que el orden constitucional se transmuta en un orden supremo que no deriva de ningún otro y del que sí, en cambio, derivan todos los demás, resonancia del principio escolástico de la unidad del orden expresado en la fórmula *ad unum derivatur et ad unum reducitur*, es decir, que “todo ha de legitimarse por su concordancia directa o indirecta con la Constitución” (García Pelayo, 1991b:3036).

Dicha Constitución no es el resultado de una concepción neutral o *despolitizada*, meramente formal, indiferente al contenido, sino que para ser tal, debe estar dotada de un sistema de valores políticos cónsonos con la idea liberal de los derechos individuales, toda vez que solo es Constitución, aquella *forma* (o no) que garantice a los ciudadanos frente al Estado los derechos individuales, la cual se logra, bien con un valor procesal –pero también sustantivo– como lo es la *separación de poderes*, o bien cuando exista un consenso medular sobre principios y valores, es decir, hondas creencias morales que favorezcan la libertad individual, de lo cual se colige que no todo texto o *forma* constitucional es Constitución para el *constitucionalismo*.

REFLEXIONES FINALES

Los conceptos emitidos durante el transcurso del estudio pretenden dar cuenta de la importancia que ha tenido y tiene la reflexión acerca de la idea y el concepto de Constitución, así como el *thelos* de la Constitución en *sentido moderno*³⁹, a

³⁹ Esta posición fue empleada para analizar las “Constituciones” en Venezuela y observar los intentos fracasados de *Rule of law* (Alvarado Andrade, 2010).

saber, la inspirada en los principios *liberales clásicos*, el cual forjó la única idea y concepto válido, el cual permanece inalterado y reforzado, ante las pretensiones *antiliberales* que pretenden vaciarla de contenido, y descubrir “Constituciones” incluso en aquellas partes del mundo, en las que se desconoce la libertad individual y se viola la *separación de los poderes*.

Esta exaltación a la idea y concepto de Constitución del *constitucionalismo*, a todas luces sinónimo de *liberalismo*, pretende volver a encauzar la discusión constitucional sobre la importancia que aun tiene el controlar el poder político y limitarlo en aras de resguardar los derechos y garantías individuales, tal como pensaron los americanos del Norte, cuando sufrieron los embates de un poder legislativo, que al propugnar una presunta *soberanía parlamentaria ilimitable*, pretendió socavar los principios de la *Whig Revolution* de 1688, lo que los llevó a la toma de conciencia, no solo de que estaban olvidando los ingleses –y ellos se sentían ingleses también– el principio del *no taxation without representation*, sino también el principio de la proscripción de todo poder arbitrario que no se someta a límites superiores (*higher law*). De allí, pues, la exaltación de la *supremacía de la Constitución* y la necesidad del realzamiento de la noción de *ley* general y abstracta una vez decididos a separarse de Inglaterra, que vale siempre recordar.

Estos principios, adoptados por los americanos del Norte, permitieron la *Constitution of Liberty*, caracterizada por la definición y *separación de los poderes*, es decir, las limitaciones al poder de cualquier autoridad; la fijación de claras reglas procedimentales para que el poder político pudiera manifestarse atenido al derecho y, además, la sujeción tanto de los hombres como de los titulares de los poderes públicos a la Constitución, lo cual permitiría el *gobierno representativo*, basado en principios medulares, a saber: i) la necesidad de que los gobernantes no aumenten los impuestos sobre la propiedad del pueblo sin el consentimiento de este, “ya venga dado por el pueblo mismo o por sus diputados”; y ii) la proscripción de toda *delegación* de la potestad legislativa del Poder Legislativo al Gobierno, ya que “La legislatura no deberá ni podrá transferir el poder de hacer las leyes, ni depositarlo en lugar diferente de aquel en el que el pueblo lo ha depositado” (Locke, 2008:150), toda vez que el Gobierno no puede legislar y el Legislativo y el Gobierno no puede legislar para un grupo en particular, bien sea para favorecerlo o para discriminar en su contra, pues, como se ha advertido, el poder de la *legislación escrita* socava la idea básica del derecho, cual es el de ser un *orden social espontáneo* que permite la búsqueda de la felicidad individual (*pursuit of*

happiness) con prescindencia del Estado, siendo las “leyes” particulares la negación de la verdadera noción de *ley*.

Esta concepción del derecho, como resultado de un *orden social espontáneo*, resulta de indudable importancia, en tanto en la tradición del *common law* no se “crearon” las libertades individuales, sino que se reconocieron, diferenciándose del constructivismo racionalista en el orden político de raigambre europea continental, que surge con el *falso individualismo* (Hayek, 2009), a saber, el francés, el cual proviene de la tradición dieciochesca racionalista, que tiene como representante a modo de ejemplo a Jean Jacques Rousseau, y a toda la tradición posterior a él, los cuales concibieron al derecho, de modo errado, como un producto exclusivamente deliberado de la inteligencia humana, con independencia de las tradiciones culturales existentes, lo que da lugar al fortalecimiento de la idea positivista de la “ley”, resultado incluso de una *volonté générale* e, incluso, a la concepción de un “derecho natural” racionalísticamente concebido, resultado de deducciones *in abstracto* e independiente de circunstancias históricas, concretadas en las codificaciones napoleónicas, lo cual dio inicio a diversas formas de *socialismos* y de *totalitarismos*, soportados en la concepción antiliberal del “Estado-nación”.

Por tanto, la reflexión sobre la idea y el concepto de Constitución se encuentra presente a lo largo de todo el pensamiento político-jurídico occidental. Por lo que en esta *introducción* se reflexionó sobre las bases de la única y auténtica Constitución, la inspirada en los cánones del *liberalismo clásico*, así como también en las razones que han posibilitado el fracaso de las diversas “Constituciones” tanto europeas continentales como latinoamericanas, para frenar el poder político, deviniendo en “hojas de papel” al distanciarse de los principios ya esbozados.

Tales intentos fracasados por vivir en libertad se comprenden con mayor facilidad si se toma en cuenta que no hay un determinismo histórico que impida vivir de la misma forma que los *países ricos*, sino que su causa se encuentra en el intento por evadir los fundamentos liberales clásicos, desconociendo que las Constituciones son parte del pensamiento liberal, el cual concibió a la misma como el corolario de esa doctrina metalegal llamada *Rule of law*, tan importante para aquellos países en los que no ha prevalecido la insensata idea de que a través de la presunta bondad de los “titulares ocasionales del poder”, así como los que pretenden ser vitalicios “titulares del poder” puedan cumplir esos maravillosos planes de reingeniería social, pretendiendo resolver todos los problemas de marginación,

condiciones precarias de vida, falta de oportunidades, etc., como si fueran dotados de una *master mind* que les permitiera tener soluciones mágicas y perfectas, pues estas, –ya la historia lo ha reiterado miles de veces– no existen, y sí al contrario, experiencias históricas que demuestran que con la adopción de los principios antes mencionados, sí es posible el desarrollo integral de la persona por sí misma, y garantizarse la libertad, la cual podrá posibilitar el que cada individuo logre su *bienestar material*, pues como ha dicho un célebre premio Nobel de Economía y distinguido liberal:

Por supuesto, la existencia de un mercado libre no elimina la necesidad de un gobierno. Por el contrario, como hemos dicho, el gobierno es esencial como foro para determinar “las reglas del juego” y como árbitro para aplicar las reglas que se decidan. Lo que el mercado hace es reducir mucho el espectro de problemas que hay que decidir políticamente y, por consiguiente, minimiza la medida en la que el gobierno tiene que participar directamente en el juego. El rasgo característico de la acción política es que tiende a requerir, o poner en vigor, una sustancial conformidad. La gran ventaja del mercado, por otra parte, consiste en que permite una gran diversidad. En términos políticos es un sistema de representación proporcional. Cada persona puede votar, por decirlo así, por lo que quiere y conseguirlo. No necesita saber qué quiere la mayoría y luego, si está en la minoría, someterse (Friedman, 2002:15).

REFERENCIAS

ABELLÁN, J. (2001). *Democracia. Conceptos políticos fundamentales*. Madrid: Alianza.

AGUIAR, A. (2012). *Historia inconstitucional de Venezuela 1999-2012*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

AGUILÓ REGLA, J. (2001). “Sobre la constitución del Estado constitucional”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 24:429-458.

ALEXY, R. (2007). “¿Derechos humanos sin metafísica?”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30:237-248.

ALVARADO ANDRADE, J.M. (2010). “Aproximación a la tensión Constitución y libertad en Venezuela”. *Revista de Derecho Público*, 123:17-43.

ALVARADO ANDRADE, J.M. (2011). “Sobre Constitución y administración pública. ¿Es realmente el derecho administrativo en Venezuela un derecho constitucional concretizado?” En J.I. Hernández G., *100 años de enseñanza del derecho administrativo en Venezuela 1909-2009*. Caracas: Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Universidad Monteávila-Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda), pp. 165-263.

ARAGÓN REYES, M. (1998). “Constitución y derechos fundamentales”. En M. Aragón Reyes, *Estudios de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 147-162.

ARAGÓN REYES, M. (1987). “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 19:15-52.

ARIAS CASTILLO, T.A. (2007). “La sentencia nº 1002/2004 y el derecho a la salud en Venezuela”. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, 128:123-155.

ARIAS CASTILLO, T.A. (13 de septiembre de 2010). “Vendiendo utopías una respuesta al profesor José Ignacio Hernández”. Universidad Monteávila. Recuperado el 1º de septiembre de 2012, de http://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Tomas_Arias_Castillo.pdf

ARISTOTÉLĒS. (2011). *Política*. Madrid: Gredos.

ARISTOTÉLĒS (2008). *Retórica*. Madrid: Gredos.

ARTOLA, M. (2007). *La Guerra de la Independencia*. Madrid: Espasa Calpe.

ATIENZA, M. (2006). *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.

ATIENZA, M. (2007). *Introducción al derecho*. México, D.F: DIBS Fontamara.

BARBERIS, M. (2008). *Ética para juristas*. Madrid: Trotta.

BASTIAT, F. (2004). *Obras escogidas*. Madrid: 2004.

BOBBIO, N. (2003). *El futuro de la democracia*. México, D.F: Fondo de Cultura Económica.

- BOBBIO, N. (2012). *El problema del positivismo jurídico*. México, D.F: Fontamara.
- BOBBIO, N. (2006). *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la Política*. México, D.F: Fondo de Cultura Económica.
- BOVERO, M. (2001). “Tutela supranacional de los derechos fundamentales y la ciudadanía”. *Revista Internacional de Filosofía Política*, 18:5-24.
- BREWER-CARÍAS, A.R. (2011). *Constitutional courts as positive legislators*. New York: Cambridge University Press.
- BREWER-CARÍAS, A.R. (1975). *Derecho administrativo*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- BREWER-CARÍAS, A.R. (2011). *Las declaraciones de derechos del pueblo y del hombre de 1811*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- BREWER-CARÍAS, A.R. (2001). *Reflexiones sobre el constitucionalismo en América*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- BREWER-CARÍAS, A.R. (1992). *Reflexiones sobre la Revolución Norteamericana (1776), la Revolución Francesa (1789) y sus aportes al constitucionalismo moderno*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- BULYGIN, E. (1987). “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 4:79-85.
- BURKE, E. (1996). *Textos políticos*. México, D.F: Fondo de Cultura Económica.
- CAPPELLETTI, M. (1987). “El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado”. En M. Cappelletti, *La justicia constitucional: estudios de derecho comparado*. México, D.F: Universidad Autónoma de México (UNAM), pp. 19-97.
- CARLYLE, T. (1946). *Historia de la Revolución Francesa*. Buenos Aires: Joaquín Gil Editor.

CARRÉ DE MALBERG, R. (2000). *Teoría general del Estado*. México, D.F: Facultad de Derecho UNAM-Fondo de Cultura Económica.

CARRERA DAMAS, G. (1997). *Una nación llamada Venezuela*. Caracas: Monteávila Editores.

COMTE, A. (1841). *Cours de Philosophie Positive*. París: Libraire pour les Mathématiques.

CONSTANT, B. (2002). *Sobre el espíritu de conquista. Sobre la libertad de los antiguos y en los modernos*. Madrid: Tecnos.

DE LA VEGA, M. (1998). *Evolucionismo versus positivismo*. Caracas: Monte Ávila Editores Latinoamericana.

DE OTTO Y PARDO, I. (2001). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.

DESCARTES, R. (2002). *Discurso del método y meditaciones metafísicas*. Madrid: Tecnos.

DIPPEL, H. (2009). *Constitucionalismo moderno*. Madrid: Marcial Pons.

EISENMANN, C. (1935). “L’esprit des lois et la separation des pouvoirs”. En C. Pfister y J. Duquesne, *Mélanges Carré de Malberg*. París: Libr. du Recueil Sirey, pp. 165-192.

FERGUSON, A. (2010). *Ensayo sobre la historia de la sociedad civil*. Madrid: Ediciones Akal.

FRIEDMAN, M. (2002). *Capitalism and freedom*. Chicago: University of Chicago.

GALILEO-GALILEI. (1995). *Diálogo sobre los dos máximos sistemas del mundo ptolemaico y copernicano*. Madrid: Alianza Editorial.

GARCÍA AMADO, J.A. (2010). *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

GARCÍA BACCA, J.D. (2004). *Elementos de filosofía. Origen y evolución, desde los griegos hasta el siglo xx; estructura, fundamentos y grandes temas*. Caracas: El Nacional.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2001). “El valor normativo de la Constitución española de 1978”. En VV.AA, *Constitución y constitucionalismo hoy. Cincuentenario del derecho constitucional comparado de Manuel García Pelayo*. Caracas: Fundación Manuel García Pelayo, pp. 65-92.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2000). *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza Editorial.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1994). *Revolución Francesa y administración contemporánea*. Madrid: Editorial Civitas.

GARCÍA PELAYO, M. (1991a). “División de poderes”. En M. García Pelayo, *Obras completas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

GARCÍA PELAYO, M. (1991b). “Estado legal y Estado constitucional de derecho”. En M. García Pelayo, *Obras completas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

GARCÍA PELAYO, M. (1991c). “Derecho constitucional comparado”. En M. García-Pelayo, *Obras completas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

GIANNINI, M. S. (1991). *Derecho administrativo*. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas.

GUIBOURG, R. (1996). “Fuentes del derecho”. En F. Laporta y E. Garzón Valdés, *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta.

HART, H. (1998). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

HAYEK, F. (2006). *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*. Madrid: Unión Editorial.

HAYEK, F. (2009). *Individualismo: el verdadero y el falso*. Madrid: Unión Editorial.

HAYEK, F. (2007). *Camino de servidumbre*. Madrid: Editorial Alianza.

HERNÁNDEZ, J.I. (2011). *Introducción al concepto constitucional de administración pública en Venezuela*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

HERNÁNDEZ, R. (2009). *El asedio inútil. Conversación con el historiador Germán Carrera Damas*. Caracas: Editorial Libros Marcados.

HERRERA ORELLANA, L.A. (1° de julio de 2010). Derecho administrativo y libertad: o de por qué el derecho administrativo venezolano no ha respetado ni promovido la libertad. Recuperado el 4 de septiembre de 2012, de Universidad Monteávila: [http://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Derecho_Administrativo_y_Libertad\[1\].pdf](http://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/Derecho_Administrativo_y_Libertad[1].pdf)

HOBBS, T. (2006). *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México, D.F: Fondo de Cultura Económica.

HUME, D. (2010). *Ensayos morales, políticos y literarios*. Madrid: Tecnos.

KELSEN, H. (2008a). *Autobiografía*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

KELSEN, H. (2008b). “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia Constitucional)”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 10:3-46.

KELSEN, H. (2006). *De la esencia y valor de la democracia*. Madrid: KRK Ediciones.

KELSEN, H. (2002). *Teoría general del Estado*. Granada: Editorial Comares.

KELSEN, H. (2009). *Teoría pura del derecho*. México, D.F: Porrúa.

KELSEN, H. (1991). *¿Qué es justicia?* Barcelona: Ariel.

LAPORTA, F. (1987). “Sobre el concepto de derechos humanos”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 4:23-46.

LAZO GARCÍA, V. (2006). “John Stuart Mill y la racionalidad del programa clásico”. *Nueva Economía* 98. Caracas: Academia Nacional de Ciencias Económicas, pp. 97-111.

LEONI, B. (2011). *La libertad y la Ley*. Madrid: Unión Editorial.

LOCKE, J. (2002). *Carta sobre la tolerancia*. Madrid: Tenos.

LOCKE, J. (2008). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madrid: Alianza Editorial.

LUCAS VERDÚ, P. (1994). “Reflexiones en torno y dentro del concepto de Constitución: la Constitución como norma y como integración política”. *Revista de Estudios Políticos*, 83:9-28.

LYNCH, J. (2001). *Las revoluciones hispanoamericanas 1808-1826*. Barcelona: Ariel.

McILWAIN, C.H. (2005). *The American Revolution: A constitutional interpretation*. USA: Lawbook Exchange Ltd.

MANDEVILLE, B. (2004). *La fábula de las abejas: los vicios privados hacen la prosperidad pública*. México, D.F: Fondo de Cultura Económica.

MARTÍNEZ MEUCCI, M.A. (2007). “La violencia como elemento integral del concepto de revolución”. *Politeia*, 39:187-222.

MARX, K. (2010). *El capital. Crítica de la economía política*. México, D.F: Fondo de Cultura Económica.

MERKL, A. (2004). *Teoría general del derecho administrativo*. Granada: Editorial Comares.

MONTESQUIEU. (2007). *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos.

MÜLLER, I. (2009). *Los juristas del horror. La “justicia” de Hitler: El pasado que Alemania no puede dejar atrás*. Bogotá: Álvaro Nora.

MUÑOZ MACHADO, S. (1999). *Los animales y el derecho*. Madrid: Aranzadi.

NEGRO, D. (2003). “Lo que debe Europa al cristianismo”. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 80:289-343.

NIKKEN, P. (1994). “El concepto de derechos humanos”. En VV.AA, *Estudios básicos de derechos humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH).

NINO, C. S. (2007). *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

NORIA, O. (1999). *La teoría de la representación política del abate Sièyes: la idea de la voluntad constituyente*. Caracas: Publicaciones UCAB-Universidad Simón Bolívar.

PEREIRA MENAUT, A.C. (2003). *Rule of law o Estado de derecho*. Madrid: Marcial Pons.

PLANCHART MANRIQUE, G. (2011). “El descubrimiento venezolano del derecho constitucional comparado”. *Politeia*, 26:15-18.

POPPER, K. (2010). *La sociedad abierta y sus enemigos*. Madrid: Paidós.

RACHADELL, M. (2008). Liberalismo y federalismo. *Politeia*, 41:1-29.

ROMERO, A. (1998). ¿Fue Hobbes un liberal? En A. Romero, *Estudios de filosofía política*. Caracas: Panapo, pp. 215-232.

ROSS, A. (1997). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.

ROSS, A. (2001). *El concepto de validez y otros ensayos*. México: Fontamara.

RUBIO LLORENTE, F. (2001). “Derechos fundamentales, derechos humanos y derechos constitucionales”. *Politeia*, 26:109-138.

SARTORI, G. (1999). “Constitución”. En G. Sartori, *Elementos de teoría política*. Madrid: Alianza.

SIMON, J.F. (2003). *What kind of nation: Thomas Jefferson, John Marshall, and the epic struggle to create a United States*. USA: Simon & Schuster.

SMITH, A. (2005). *Investigación sobre la naturaleza y causa de las riquezas de las naciones*. México, D.F: Fondo de Cultura Económica.

SMITH, A. (2009). *La teoría de los sentimientos morales*. Madrid: Alianza Editorial.

SNOWISS, S. (1990). *Judicial review and the law of the Constitution*. USA: Yale University Press.

SORIANO DE GARCÍA PELAYO, G. (2005). “Manuel García-Pelayo en el desarrollo del derecho constitucional del siglo xx”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 13:205-231.

SOSA WAGNER, F. (2005). *Maestros alemanes del derecho público*. Madrid: Marcial Pons.

SPINOZA, B. (1996). *Tratado teológico-político. Tratado político*. Madrid: Tecnos.

TREVELYAN. (1996). *La Revolución Inglesa 1688-1689*. México, D.F: Fondo de Cultura Económica.

VALLÉS, O. (2003). “¿En Atenas, “la vida entera era pública”? Democracia y vida privada en la época de Pericles”. *Politeia*, 31:1-19.

VARELA SUANZEZ-CARPEGNA, J. (2010). “Algunas reflexiones metodológicas sobre la historia constitucional”. *Revista de Derecho Público*, 123:45-57.

VIGO, R. (2007). *El iusnaturalismo actual. De M. Villey a J. Finnis*. México, D.F: DIBS Fontamara.

VIGO, R. (1993). “Nuevos vientos de la filosofía del derecho”. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 13:111:129.

VIGO, R. (2010). Prólogo. En A. Santiago. *En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho. Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*. Buenos Aires: Marcial Pons.

WALDRON, J. (2005). *Derechos y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.