El surgimiento histórico de los derechos fundamentales

The Historical Origin of Fundamental Rights

Vinicius José Poli¹

Resumen: Dado que un enfoque meramente conceptual resulta insuficiente, este artículo busca desarrollar una noción operativa adecuada de los derechos fundamentales a partir de elementos descriptivos y cualitativos. Para ello, se analiza cómo estos derechos han influido y, a su vez, han sido moldeados por un complejo conjunto de transformaciones semánticas y estructurales. Dichas transformaciones reflejan, en una primera etapa, el surgimiento del constitucionalismo y de la constitución en su sentido moderno y, posteriormente, la emancipación de las aspiraciones constitucionales del ámbito estrictamente estatal.

Palabras clave: derechos fundamentales; constitucionalismo; derecho internacional de los derechos humanos; evolución histórica.

Abstract: Since a merely conceptual approach is insufficient, this article seeks to develop an adequate operational notion of fundamental

¹ Doctor (2017) y Máster (2012) en Derecho del Estado por la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (Largo São Francisco - USP). Licenciado (2007) en Derecho por la Facultad de Derecho de Araraquara (UNIARA). Ex asesor de un Ministro del Supremo Tribunal Federal (2019-2024). Actualmente, es Procurador de la Hacienda Nacional.

rights based on descriptive and qualitative elements. To this end, it analyzes how these rights have influenced and, in turn, been shaped by a complex set of semantic and structural transformations. These transformations have reflected, initially, the emergence of constitutionalism and the constitution in its modern sense, and subsequently, the emancipation of constitutional aspirations from the purely state-centered sphere.

Keywords: fundamental rights; constitutionalism; international human rights law; historical evolution.

Sumario

[1. Introducción](#)

[2. ¿Derechos fundamentales antes de las Constituciones?](#)

[3. Nacionalización de los derechos fundamentales: los derechos constitucionales](#)

[4. Internacionalización de los derechos fundamentales: los derechos humanos](#)

[5. Conclusión](#)

[Referencias bibliográficas](#)

1. Introducción

Los conceptos de derechos fundamentales son muchos.² Algunos son tautológicos: destacan la conexión de estos derechos con la propia cualidad de ser humano (Truyol y Serra, 1994, p. 11; Miranda, 2008, p. 9). Otros son predominantemente formalistas, es decir, derivan de la reconocida necesidad de positivización del especial régimen de fundamentalidad al que se someten (Bonavides, 2013, p. 578; Moraes, 2011, p. 20). También existen los teleológicos, que apelan a la indispensabilidad de esta categoría para la concreción de una vida digna (Dallari, 1998, p. 7; Ramos, 2015, p. 27). Otros, finalmente, concomitante y deliberadamente tautológicos, formalistas y teleológicos, contexto en el que los derechos fundamentales se presentan como un conjunto de facultades e instituciones que “concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos” (Luño, 2010, p. 50).

Estos conceptos, sin embargo, si es que dicen algo, dicen muy poco. Todo el “¿qué es esto?” se impone relacionamente como una postulación de sentido a partir de algo otro (el postulante), de modo que la esencialidad es, antes que nada, una perspectiva que presupone multiplicidad (subyacente a ella está siempre el “¿qué es esto para mí?”).

² Como quedará claro en el desarrollo del texto, utilizo la expresión “derechos fundamentales” como género, cuyas especies son “derechos constitucionales” (derechos fundamentales positivados en constituciones estatales) y “derechos humanos” (derechos fundamentales positivados en tratados internacionales de derechos humanos).

De ahí que, siendo una simplificación, un concepto “constituye una aprehensión siempre parcial del mundo en un universo de posibilidades”, que “poco o nada dice sobre su contenido, es decir, poco o nada dice sobre las innumerables formas que histórica y concretamente puede asumir”, sobre todo porque, “aunque pretenda valer para el futuro, es pensado a partir de una experiencia pasada, lo que revela que definir algo es de cierto modo legislar sobre lo desconocido” (Queiroz, 2014, pp. 36-7).

También la idea de derechos fundamentales es indefinible. Toda ella (y lo que se relaciona con ella, como constitución, constitucionalismo, separación de poderes, etc.) es resultado de un proceso, un devenir. Los derechos fundamentales no poseen una esencia y, como tales, no existen: solo son mientras están siendo producidos (Queiroz, 2014, p. 39-40). Son fruto de un “espacio simbólico de lucha y de acción social” (Piovesan, 2013, p. 181), y, por lo tanto, se presentan como concesiones conquistadas en continuos procesos evolutivos llenos de vicisitudes, a través de los cuales las aspiraciones humanas se articulan en estandartes políticos antes de afirmarse como derecho o sucumbir como meras pretensiones. En una palabra, los derechos fundamentales son historia, y “todos los conceptos en los que un proceso entero se condensa semióticamente se sustraen a la definición; definible es solo aquello que no tiene historia” (Nietzsche, 1998, p. 68).

La historia de la concreción de los derechos fundamentales no es solo un proceso de sucesivos intentos de estabilización de reivindicaciones políticas relativas a la libertad, igualdad y participación,

sino también la historia de la contraposición ante la unilateralidad en la estabilización de ciertas reivindicaciones políticas relativas a la libertad, la igualdad y la participación, que crearon nuevas injusticias o reafirmaron antiguas (Bielefeldt, 2000, p. 102). En consecuencia, tiene razón Nietzsche cuando afirma: “[a]sí nacen los derechos: grados de poder reconocidos y asegurados” (2004, p. 62, libro digital).

Tratados en términos típico-ideales (Weber, 1974) la evaluación de estos movimientos de concesión y retoma de poder puede proporcionar elementos descriptivos y cualificadores aptos para delimitar una noción suficientemente operativa de derechos fundamentales. El objetivo inmediato de este artículo es exponerlos e interpretarlos. Previamente, con miras a evitar la arbitrariedad en la utilización de términos y expresiones centrales para el desarrollo del texto, expondré algo sobre la formación social premoderna.

2. ¿Derechos fundamentales antes de las Constituciones?

Como patrón de juridicidad, la formación social premoderna desconoció la concepción del derecho como un conjunto de normas impuestas exclusivamente con base en su positivización. La fuente de su derecho se limitaba casi exclusivamente a costumbres sacralizadas, cuya obediencia se aseguraba por el temor a lo sobrenatural y el desprecio del grupo (Gilissen, 2001, p. 37). En este contexto, la tarea de la política (de la cual el derecho no dependía ni en su contenido ni en su validez formal)

se agotaba en la imposición de un derecho que regía independientemente de ella: “no necesitaba formarlo, sino conservarlo y, en caso de una violación, restablecerlo” (Grimm, 2006, p. 4).

Caracterizada por la prevalencia de una estructura política de dominación que se afirmaba mediante la diferenciación entre poder superior y poder inferior, esta formación social reproducía la semántica moral-religiosa que, idealizada conforme las dicotomías bien/mal y trascendente/inmanente, destacaba, entre otras, las diferenciaciones sistémicas lícito/ilícito (en el derecho), tener/no tener (en la economía), verdadero/falso (en el saber) y bello/feo (en el arte). Como consecuencia, tal jerarquización reflejaba, por un lado, la inclusión de los estamentos superiores como miembros plenos de la sociedad, asociándolos con la semántica del bien, y, por otro, la exclusión de los estamentos inferiores como no miembros, asociándolos con la semántica del mal (Neves, 2009, p. 6-7).

Que el derecho no fuera una creación política no significaba, no obstante, que este no fuera utilizado estratégicamente por ella. Al contrario, al constreñirlo, el poder político fácticamente incriticable y jurídicamente incontrolable tomaba prestada de un derecho deificado su legitimación. Así, tomando en consideración la incipiente idea de persona/individualidad (Dimoulis y Martins, 2014, p. 11), la integración social no se relacionaba con la institución de derechos, sino con el establecimiento de estatus, de los cuales emergían relaciones asimétricas entre poder superior y poder inferior: en aquel, se destacaban los “privilegios estamentales o las prerrogativas soberanas a

ser disfrutadas o ejercidas en detrimento de las capas inferiores”, para las cuales, “carentes de privilegios o prerrogativas, restaba el deber de sujeción u obediencia” (Neves, 2009, p. 9).

El antiguo Estado oriental se presenta como el ejemplo más acabado de Estado teocrático, ampliamente asimilable a partir de ese modelo de formación social premoderna (Miranda, 2002, p. 39).³ En su estructura, la interacción entre poder divino y poder estatal podía ocurrir de dos formas: o bien el soberano representaba el poder sacralizado, y su voluntad se asemejaba a la voluntad divina; o se encontraba, aunque de manera muy sutil y parcial, condicionado por el poder divino, que expresaba su potestad a través del propio Estado.

En el primer caso, fortalecido por la teocracia, el Estado se presentaba como un objeto sometido a un poder ajeno y superior a él, en un dualismo externo bastante peculiar que se afirmaba con base en la necesidad, por parte del soberano, de un complemento trascendente y suprahumano, a partir del cual adquiriría capacidad de acción y legitimidad política. En el segundo, debilitado el soberano por el poder divino, se implantaba un dualismo en el interior del propio Estado, y lo escinde en dos poderes, uno humano y otro suprahumano (Jellinek, 2005, pp. 380-1).

³ Sigo, en ese particular, el recorrido argumentativo de Neves (2009), parcialmente basado en la tipología desarrollada por Jellinek (2005), según la cual la estructura jerárquica de la formación social premoderna puede rastrearse hasta cuatro tipos históricos fundamentales de Estados antiguos: el teocrático, el griego, el romano y el de la Edad Media. Al igual que estos autores, prescindo de la discusión sobre si es apropiado utilizar el término "Estado" en esos contextos.

Jellinek (2005, p. 381) identifica al Estado hebreo como el más importante entre los encuadrables en el segundo tipo, ya sea porque su monarquía habría sido concebida como un centro de poder vinculado a la ley divina (y, en consecuencia, limitado por ella), o porque la idolatría a los monarcas, aunque frecuente en otros Estados teocráticos, no habría sido experimentada por los hebreos. Una conclusión similar es presentada por Loewenstein (1964, p. 154), para quien el soberano teocrático de los hebreos, lejos de ostentar un poder absoluto y arbitrario, se encontraba limitado por las leyes de Dios, que sometían igualmente a gobernantes y gobernados.

Sin embargo, a pesar de estas evaluaciones positivas, la experiencia teocrática del antiguo Estado oriental no puede ser tomada como expresión del constitucionalismo, ni su derecho deificado puede ser adecuadamente equiparado a las constituciones en sentido moderno.

De hecho, con la prevalencia de la máxima *princeps legibus solutus est*, la indisponibilidad del derecho sacralizado no funcionaba propiamente como una barrera, sino como una especie de justificación inatacable de investidura, titularidad y ejercicio del poder. Si, por un lado, tal instrumentalización del derecho no significaba que “el soberano no sufriera algunas limitaciones jurídicas cuando actuaba como persona privada (y, por lo tanto, precisamente, como no soberano)”, implicaba, por otro lado, la inexistencia de “limitaciones jurídico-positivas relevantes al soberano en el ejercicio del *jus imperium*” (Neves, 2009, p. 8-9). En otras palabras, en la formación social premoderna, religión es poder:

cuando y si es confrontado por ella, del poder nada se sustrae, algo se suma.

Además, como la diferenciación entre poder superior/inclusión y poder inferior/exclusión se reproducía en el ámbito religioso, basada en especies de conceptos antitéticos asimétricos como nosotros/ellos y fieles/infieles, la lógica diferenciadora y no inclusiva de su funcionamiento (Koselleck, 2006, p. 192-3) y la arbitraria selectividad de sus indignaciones (Onfray, 2006, p. 201) impiden que el Estado teocrático de antaño sea tomado como un modelo en el que se hace posible el reconocimiento generalizado de derechos fundamentales.

En mayor o menor medida, tales imposibilidades se replican en los demás tipos históricos de Estado premoderno. En la antigua Grecia, por ejemplo, se destacaban como rasgos fundamentales de la organización social la desvalorización del individuo y la omnipotencia del Estado (Abadía, 1991): “aquél se disuelve dentro de éste y no es tal sino por el Estado” (Jellinek, 2005, p. 383).

Solo la desconsideración de estos rasgos, por un lado, y la aceptación de que, comparado con el impacto de la cultura helénica en el mundo occidental, “tiene poca importancia el hecho de que la polis-Estado fuese más bien el dominio oligárquico de una clase ociosa, relativamente reducida, montada sobre la infraestructura de una economía de esclavos”, por otro, pueden sustentar la comprensión del Estado griego como un “régimen político absolutamente constitucional”, tal como lo pretendía Loewenstein (1964, p. 155).

Tampoco la noción aristotélica de politeia puede asociarse con la constitución en sentido moderno, ya que, reproduciendo la estructura de diferenciación del Estado teocrático, implicaba igualmente la jerarquización de dos grupos estamentales: “los incluidos en la pólis, es decir, los señores de los *oîkoi* o de las *oikías*, los ciudadanos (*zôon politikón*); y los excluidos de la pólis, dependientes u objetos de los señores en el espacio familiar doméstico” (Neves, 2009, p. 13).

Es significativa, en este punto, la reciprocidad de influencia entre modificaciones semánticas y alteraciones estructurales. Como indica Canotilho, el término politeia pasó a entenderse como “constitución” solo a fines del siglo XVIII, mientras que anteriormente se traducía como “policy”, “government” y “Commonwealth”; el término “government”, a su vez, significaba “la organización y ejercicio del poder político, de ninguna manera identificándose con el poder ejecutivo como llegó a suceder en las doctrinas modernas de la división de poderes” (2003, p. 54).

Por su parte, aunque en el Estado romano hubo un intenso desarrollo de procedimientos de aplicación del derecho, no existían condiciones estructurales para la emergencia de procedimientos de creación del derecho, el cual permanecía bajo el calificativo de la indisponibilidad (Neves, 2009, p. 10).

No desconozco, ciertamente, la existencia de expresiones creadoras de derecho. Pero, incluso aquí, las reformas jurídicas se constituían como excepción y, además, necesariamente vinculaban su contenido al derecho antiguo: podían concretarlo y complementarlo, pero no cambiarlo o revocarlo. Como todo acto reformatorio necesitaba apoyarse

en el derecho vigente, las eventuales alteraciones no eran concebidas como creación de derecho nuevo, sino como desarrollo del derecho existente (Grimm, 2006, p. 5). De esta forma, como el “poder jerárquicamente diferenciado, anclado en la comunidad de culto, era la base de reproducción del Estado” (Neves, 2009, p. 15), una pequeña reserva a la autoridad independiente y no derivada del Estado atribuida al *pater familias* permite extender al Estado romano todo lo dicho anteriormente sobre el Estado griego (Jellinek, 2005, p. 408; Abadía, 1991, p. 15).

Con mayor fuerza, finalmente, aquella semántica moral-religiosa idealizada conforme las distinciones bien/mal y trascendente/inmanente se reprodujo durante toda la Edad Media, sirviendo de justificación a una estructura jerárquica de dominación que se expresaba en distinciones tales como señor/vasallo, soberano/súbdito y poder divino/poder secular (Neves, 2009, p. 16).

De hecho, el carácter tradicional del derecho atravesó todo ese período. Si, por un lado, el soberano se sometía al derecho sacralizado —pues el mantenimiento de un orden llamado natural le garantizaba un premio de legitimación—, por otro, instrumentalizaba el derecho como un medio que otorgaba vinculación colectiva a sus decretos, que, sin embargo, no prescindían de la circular referencia al derecho natural indisponible. Entre esos dos momentos de retroalimentación (a saber, el de la indisponibilidad del derecho presupuesto para la regulación de conflictos y el de la instrumentalidad del derecho puesto para el ejercicio del poder de decisión colectivamente vinculante) hay una tensión

insoluble (Habermas, 2003, p. 231), gradualmente corroída solo a partir de la emergencia de los procesos históricos de secularización, sistematización, positivación e historización del derecho, que subyacieron a la emergencia del Estado moderno (Lafer, 1988, p. 37-9).

También aquí, por tanto, la idea de constitución solo se justifica como concepto empírico-descriptivo, válido para toda formación social. En ese sentido amplísimo, parcialmente identificable con la idea de *politeia*, en cualquier época o lugar, “se encuentra siempre un conjunto de normas fundamentales, relativas a su estructura, a su organización y a su actividad, escritas o no escritas, en mayor o menor número, más o menos simples o complejas” (Miranda, 2007, p. 7)⁴. Esto no se ajusta a la normatividad característica de la idea de constitución en sentido moderno. Y, en consecuencia, tampoco aquí fue posible la atribución generalizada de derechos fundamentales.

⁴ Como indica Grimm (2005, p. 488), esa comprensión factual de Constitución no desapareció con la emergencia del Estado moderno, habiendo sido reconstruida, más recientemente, a partir de las ideas de “realidad constitucional” y “concretización constitucional”, en la mayoría de los casos vinculadas, comparativamente, a la concepción moderna de Constitución normativa. Véase, a propósito, la dicotomía “factores reales de poder” y “hoja de papel” de Lassale (2002), la clasificación ontológica de la Constitución en normativa, nominal y semántica de Loewenstein (1964) y los conceptos de constitucionalización simbólica como corroboración de determinados valores sociales, como fórmula de compromiso dilatorio y como álibi de Neves (2007).

3. Nacionalización de los derechos fundamentales: los derechos constitucionales

El advenimiento del Estado moderno no significó, todavía, el surgimiento del constitucionalismo y de la constitución en el sentido moderno (Neves, 2009, p. 17). Con el absolutismo, la capacidad de dominación tendió a emanciparse de su originaria vinculación al derecho deificado. Como consecuencia, el poder político pasó a “llenar, por cuenta propia, mediante legislación, el vacío dejado por el derecho natural administrado teológicamente”, y, así, “la legislación, la ejecución y la aplicación de las leyes [se convirtieron] en tres momentos dentro de un único proceso circular regulado políticamente” (Habermas, 2003, p. 232).

De esta evolución no se derivaron preocupaciones inmediatas con la limitación del poder y el establecimiento de derechos fundamentales. La persistente invocación de principios metajurídicos racional-iusnaturalistas “servía más bien para legitimar un espacio jurídicamente libre para el soberano, dentro del cual él tenía el poder de establecer, aplicar e imponer el derecho” (Neves, 2009, p. 18). La toma del cuerpo de los condenados por parte del soberano como objeto del intermitente sistema de castigos y penas quizás sea el ejemplo más significativo de este espacio para arbitrariedades, ampliamente subsumible en una mala economía del poder (Foucault, 2012, p. 52-3).

En este contexto, la revitalizada insubordinación del soberano a las leyes establecidas por otros hombres agudizaba la tensión entre

instrumentalidad e indisponibilidad del derecho, solo parcialmente procesada por los llamados pactos de poder o cartas de libertad, “leyes fundamentales” que no regulaban “más que muy escasamente la actividad de los gobernantes y no delineaban con rigor sus relaciones con los gobernados” (Miranda, 2007, p. 11).

Como resalta Grimm, esto no significa la completa ausencia de restricciones legales sobre el gobernante, sino que, “en la medida en que no eran simplemente vestigios de capas históricas anteriores, solo podían concebirse como autolimitaciones del poder principesco”, normalmente “arrancadas al gobernante por grupos particulares de súbditos bien posicionados”, establecidas “en cartas o pactos de gobierno”, cuya “validez se basaba en la voluntad unánime de los participantes” y que, en la medida en que se extendían, “juridificaban el gobierno político, pero en ninguna parte aparecían con la pretensión integral de legitimación y regulación que distingue a la constitución moderna” (2005, pp. 449-50).⁵

Lo insoportable de este diseño político se haría patente solo cuando las amplias reivindicaciones del soberano comenzaran a chocar con las concepciones de orden liberal de la burguesía ascendente, momento en

⁵ Relacionando los conceptos teórico-sociales luhmannianos de dimensión social, material y temporal con los conceptos jurídicos kelsenianos de ámbito personal, material y temporal, véase también a Neves, quien contrasta, respectivamente, el particularismo, la especificidad y la factualidad de los pactos de poder con el universalismo, la amplitud y la normatividad de las constituciones en sentido moderno (2009, p. 20-1).

el que se cristalizaría la perspectiva de construcción de un modelo de Estado cuyo radio de acción estuviera consistentemente limitado por el derecho (Bittar, 2009, p. 74). El problema que se planteaba, entonces, era el siguiente: ¿cómo evitar la transfiguración del derecho en un instrumento de exceso del poder?

Debilitada la creencia en un derecho natural derivable tanto de Dios como de la razón (Ely, 2010, p. 67; Kelsen, 2001, p. 22-3), la limitación a la disposición política del derecho solo podría alcanzarse a través del propio derecho, que habría de ser superior al derecho positivo, pero sin afirmarse como suprapositivo.

La solución pasaba por la necesidad de normatización de la normatividad. Con ella, se solidificó la noción de constitucionalismo como semántica político-jurídica que reflejaba la presión estructural por la diferenciación entre política y derecho, lo que, a su vez, al reaccionar constructivamente en el plano estructural, sirvió como ideología revolucionaria para la configuración de la constitución como artefacto posibilitador y garante de esa diferenciación (Neves, 2009, p. 53).

La constitución es, en sus rasgos fundamentales, derecho positivo. No obstante, con su introducción, el derecho positivo se volvió reflexivo, dividiéndose en dos complejos de normas, uno de los cuales imponía la regulación de las condiciones de creación y validez del otro. La política reafirmó su competencia para prescribir el derecho, pero ya no gozaba de la amplia libertad de los monarcas absolutistas, pues estaba condicionada por disposiciones legales (Grimm, 2006, p. 9). A fin de cuentas, el estado constitucional de derecho no es otra cosa que este

“derecho sobre el derecho”, es decir, un conjunto de límites y vínculos jurídicos formales y sustanciales que “deberían envolver cualquier ejercicio de poder, no sólo público sino también privado, no sólo ejecutivo sino también legislativo, y no sólo en el seno de los ordenamientos estatales sino también en las relaciones internacionales” (Ferrajoli, 2013, p. 463).

El constitucionalismo y la constitución en sentido moderno surgen, por tanto, con las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII ocurridas en los Estados Unidos de América y en Francia.⁶ A partir de entonces, la concepción empírico-descriptiva de constitución como simple modo de ser de la realidad político-social internaliza una pretensión normativo-contrafactual amplísima, y toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni establecida la separación de poderes (art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano) se ve, repentinamente, sin constitución.

Sin embargo, en cuanto al modo en que se efectuaría tal pretensión, esta evolución semántico-estructural conocería dos tendencias antagónicas. De hecho, aunque inicialmente concurrentes, las experiencias constitucionales americana y francesa se desarrollaron sobre la base de desconfianzas diversas (Elster, 2009, p. 167 ss; Fioravanti, 2001, p. 100 ss; Veríssimo, 2006, p. 32 ss).

⁶ Desconsidero, con esta afirmación, el atípico desarrollo constitucional inglés, y asumo que solo “en el contexto del constitucionalismo revolucionario de finales del siglo XVIII comienza el proceso moderno de diferenciación entre política y derecho” (Neves, 2009, p. 23).

En los Estados Unidos de América, la preocupación por el derecho de propiedad frente a la “voracidad legislativa de gobiernos populares terminó elevando al poder judicial a la condición de poder político, capaz de situarse entre el gobierno y el ciudadano, en defensa de los derechos individuales de este último” (Arantes, 2004, p. 82).

En este contexto, la aún viva memoria de la condición de colonia, por un lado, y la identificación de un período crítico posindependencia estratégicamente difundido en los artículos federalistas (Onuf, 2001, p. 174), por otro, fundamentaron un desarrollo constitucional basado en el miedo a las mayorías populares (Autor, 2012b). Este temor funcionó como sustrato para el debilitamiento de los poderes representativos y la caracterización del poder judicial como un poder de superposición (Loewenstein, 1964, p. 309; Maus, 2009, p. 281), al capacitarlo para controlar la constitucionalidad de la actuación política del gobierno (Gargarella, 1996, p. 17).

Así es que, incluso antes de la siempre renaciente decisión de John Marshall en *Marbury v. Madison* (1803), Madison ya argumentaba en el Artículo Federalista LXXVIII:

Si se imagina que los congresistas deben ser jueces constitucionales de sus propios poderes y que la interpretación que ellos decidan será obligatoria para los otros ramos del gobierno, la respuesta es que esta no puede ser la hipótesis natural, por no tener apoyo en ningún dispositivo de la Constitución. Por otro lado, no es de admitirse que la Constitución hubiera pretendido habilitar a los representantes del pueblo a sobreponer su propia voluntad a la de sus constituyentes. Es mucho más racional suponer que las cortes fueron destinadas a desempeñar el papel de órgano intermediario entre el pueblo y el Legislativo, a fin de, además de otras funciones, mantener a este último dentro de los límites fijados para su actuación. El campo de acción propio y peculiar de las cortes se resume en la interpretación de las leyes. Una Constitución es, de hecho, la ley básica y como tal debe ser considerada por los jueces. En consecuencia, les corresponde interpretar sus dispositivos, así como el significado de cualquier resolución del Legislativo. Si ocurre una discrepancia irreconciliable entre estas, la que tenga mayor jerarquía y validez deberá, naturalmente, ser la preferida; en otras palabras, la Constitución debe prevalecer sobre la ley ordinaria, la intención del pueblo sobre la de sus agentes (Madison et al., 2010, p. 478-80).

En Francia, por el contrario, el recuerdo de la complacencia del cuerpo judicial con los abusos de la monarquía forjó un modelo de protección de derechos fundamentales y limitación del poder, desconfiado de las minorías aristocráticas. Es válido decir, reconoce Tocqueville en 1856, que la revolución destruyó completamente “todo lo que en la antigua sociedad derivaba de las instituciones aristocráticas y feudales, todo lo que de algún modo se vinculaba a ellas, todo lo que

llevaba su marca, en cualquier grado que fuera, la más mínima huella” (2009, p. 24).

No es por otra razón que las tres constituciones del período revolucionario (1791, 1793 y 1795), a pesar de reflejar en mayor o menor medida la radicalización de las diversas fases de la revolución, solo resaltaron la función del poder judicial como proveedor de justicia común, prohibiéndole interferir en cuestiones relativas a la voluntad general de la nación, expresada por el poder legislativo (Arantes, 2004, p. 82).

Así es que, en un pasaje oportuno, Valdés presenta la defensa del *référé législatif* hecha por Maximilien de Robespierre, en la sesión del 22 de octubre de 1790 de la Asamblea Nacional, que resume este temor:

La claridad de su tesis en este sentido justifica la cita completa del núcleo central de su reflexión: “Los tribunales son instituciones —afirmaba el diputado— para decidir las disputas entre ciudadanos y ciudadanos; donde cesa el poder judicial, comienza la autoridad del tribunal de casación. Es sobre el interés general, el mantenimiento de la ley y la autoridad legislativa que se pronuncia el tribunal de casación. Considerando que el poder legislativo no determina más que la ley general, cuya fuerza depende de su correcta observancia, si los magistrados pudieran sustituirla con su voluntad, se transformarían en legisladores. Por lo tanto, es necesario determinar la vigilancia que corresponde a los tribunales respecto a los principios legislativos. Este poder de vigilancia [...] ¿deberá formar parte del poder judicial? No, porque es el mismo poder judicial el que debe ser vigilado. ¿Deberá ser el poder ejecutivo? No, porque se transformaría en el amo de la ley. ¿Deberá ser, entonces, un poder distinto del poder legislativo, ejecutivo y judicial? No, porque no conozco cuatro poderes en la Constitución. Este derecho de vigilancia [...] es, por lo tanto, una derivación del poder legislativo. De hecho, según los principios auténticamente reconocidos, corresponde al legislador la interpretación de la ley que él mismo ha creado; incluso en el antiguo régimen este principio estaba consagrado” (Valdés, 1997, p. 232-3).

Más recientemente, con la asimilación del paradigma estadounidense como un “modelo global para la democratización” (Waldron, 1998, p. 335), esta diversificación se ha vuelto lo suficientemente sutil como para debilitar la distinción entre estos modelos ideales de constitucionalismo. Efectivamente, como observa críticamente Hirschl (2004), en los últimos años se ha presenciado una

transición sorprendentemente rápida hacia lo que podría denominarse una *juristocracia*. Alrededor del globo, desde Europa del Este hasta Canadá, desde América Latina hasta Sudáfrica, desde Inglaterra hasta Israel, reformas políticas han transferido al poder judicial una cantidad sin precedentes de poder de decisión colectivamente vinculante, mediante constituciones que, además de una amplia declaración de derechos fundamentales, establecen alguna forma más o menos agresiva de control judicial de constitucionalidad.

La aceptación de este modelo es tan masiva que la caracterización de los tribunales como órganos preferentemente encargados de la limitación del poder y la protección de los derechos fundamentales parece no encontrar competencia a la altura en el ámbito interno del Estado.⁷ De hecho, el sentido común teórico parece haberse convencido de que existe algo indecoroso en un sistema en el que “una legislatura electa, dominada por partidos políticos y tomando sus decisiones basadas en el gobierno de la mayoría, tiene la última palabra en cuestiones de derechos y principios” (Waldron, 2003, p. 5).

⁷ Dado el mimetismo internacionalista en este aspecto, tampoco parece factible la afirmación de alternativas no judiciales —o no *cuasi* judiciales— para la protección de los derechos fundamentales en el ámbito internacional. Traducida en algunos debates académicos como una voluntad no siempre honesta de pionerismo sobre expresiones, ideas y teorías, la inseguridad de sí misma que sufre la ciencia jurídica internacionalista (Ferrajoli, 2007, p. 42) puede ser tomada como hipótesis para explicar por qué a la reproducción de estructuras judiciales o *cuasi* judiciales estatales para la protección de derechos fundamentales en el ámbito internacional no siguió, en su totalidad, el enfrentamiento académico de cuestiones relativas a la ilegitimidad democrática de estas estructuras.

Existe, por supuesto, una gigantesca idealización del papel que el poder judicial desempeña en la idea contemporánea de constitucionalismo. Basta recordar, en este sentido, el elitismo epistemológico (Nino, 1996, p. 186) a partir del cual se desarrolló la imagen del juez héroe Hércules por parte de Dworkin, para quien no existe ninguna razón por la cual “sea más probable que un legislador tenga opiniones más precisas [que un juez] sobre el tipo de hechos que, bajo cualquier concepción plausible de derechos, serían relevantes para determinar cuáles son los derechos de las personas” (Dworkin, 2001, p. 26).

La suma de estas idealizaciones con el ultrarrealismo comúnmente utilizado para describir los brazos representativos del poder no podría ser otra, por tanto, que una deseada falta de alternativa hecha realidad: otro síntoma de aquel *dirty little secret* identificado por Unger en la teoría constitucional contemporánea, también evidenciado en la creación “incesante de limitaciones a la regla de la mayoría”, en la “hipertrofia de prácticas y estructuras” que les son contrarias, en el abandono “de la reconstrucción institucional a momentos raros y mágicos de recreación nacional”, en la oposición a todo tipo de “reforma institucional, principalmente aquellas concebidas para elevar el nivel de compromiso político popular, como amenazas al sistema de derechos”, en el esfuerzo por obtener judicialmente “los avances que la política popular no logra producir” y, fundamentalmente, en la comprensión del sistema político moderno como “una fuente subsidiaria y última de la evolución jurídica, a

ser tolerada cuando ninguno de los métodos más sofisticados de resolución jurídica de controversias se aplica" (Unger, 2004, p. 95-6).⁸

En cualquier caso, desde esta perspectiva, a pesar de algunos esfuerzos teóricos revitalizadores de la dignidad de la legislación y del legislador (Autor, 2012a y 2015; Waldron, 2004; Tushnet, 2000), parece posible afirmar con Sweet (2003, p. 2745) que, tal vez con una educada reverencia hacia Westminster, la alternativa no judicializada de constitucionalismo en el ámbito estatal puede ser declarada muerta.

4. Internacionalización de los derechos fundamentales: los derechos humanos

Constituciones, declaraciones de derechos y adecuación de constitucionalidad: esa es la configuración básica de la protección institucional de los derechos fundamentales. Tratados internacionales de derechos humanos, declaraciones de derechos y adecuación de convencionalidad: esa es la nueva configuración que surgió después de la Segunda Guerra Mundial.

⁸ También en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos algo de este *dirty little secret* puede ser vislumbrado. Vale como referencia la limitación que el deber de adecuación convencional impone, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a las manifestaciones democráticas favorables a la amnistía de actos violatorios de los derechos humanos. Cf., a propósito, el Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C, no 73.

Para una adecuada comprensión de este proceso de internacionalización de los derechos fundamentales, es necesario especificar dos redefiniciones paradigmáticas: una respecto a la nunca olvidada concepción de soberanía estatal como poder absoluto e incuestionable; y otra respecto al *status* tradicionalmente atribuido al individuo en el escenario internacional.

Como categoría filosófico-jurídica, tanto la dimensión interna como la externa de la noción de soberanía (Ferreira, 1975, p. 206) son resquicios premodernos de matriz iusnaturalista que, concomitantemente, fundamentan el origen de la modernidad jurídica y se contraponen a ella. Como categoría filosófico-política, el término delimita los procesos históricos convergentes relativos a su disolución interna, paralela a la formación de los Estados constitucionales, y a su absolutización externa, cuyo apogeo se alcanzó en la primera mitad del siglo XX, con las dos grandes guerras mundiales. Como categoría jurídica, a su vez, la soberanía representa la propia antinomia del derecho, ya sea en el ámbito estatal, cuando se enfrenta a la aspiración constitucionalista de sujeción de todo poder al derecho, ya sea en el ámbito transestatal, cuando se enfrenta a tratados internacionales, especialmente aquellos relativos a los derechos humanos (Ferrajoli, 2007, p. 2-3).

La teorización pionera del aspecto externo de la soberanía derivó, en gran medida, de la necesidad de fundamentar religiosa y jurídicamente la violenta conquista y sumisión del Nuevo Mundo. Para este propósito, el pensamiento de Francisco de Vitoria ejerció una función decisiva, especialmente en lo que se refiere a la configuración teórica de una

sociedad de Estados plenipotenciarios pero iguales, a la atribución de una serie de derechos llamados naturales a los Estados y a la caracterización de la guerra justa, por ser aprobada por Dios, como sanción justa (Scott, 2000).

Libres de grandes obstáculos gracias a Bodin, quien identificaba en las leyes divinas y naturales los únicos límites al soberano (1973, p. 52-3), y posteriormente secularizadas por Grotius, quien hizo derivar el derecho de los intereses de los sujetos más fuertes de la comunidad internacional (2004, p. 88), estas ideas permitieron el desarrollo, por parte de Hobbes, de la metáfora antropomórfica del Estado-persona, fundamental para la consolidación de los Estados nacionales, a la cual la soberanía (ahora como poder incuestionable en el ámbito interno) pasó a ser asociada como esencia. El Estado, sentenció Hobbes, debe ser “definido como una persona única cuya voluntad, en virtud de los pactos celebrados entre muchos hombres, debe considerarse como la voluntad de todos ellos y que puede, por consiguiente, utilizar las fuerzas y los bienes de cada uno para la paz y defensa común” (1966, p. 122).

Las implicaciones teóricas de esta metáfora son bastante significativas. A partir de ella, el Estado se afirma como soberano en el ámbito interno como una reacción asumida como necesaria para superar el hipotético estado de naturaleza original, deslegitimando, con ello, fuentes normativas internas o externas como inferiores a él.

No obstante, su soberanía externa, sumada a la soberanía externa paritaria de otros Estados, pasa a ser equiparada a una libertad salvaje que reproduce, en el ámbito internacional, la situación de constante

desorden que su propia institución se propuso superar. Es así que la creación del Estado soberano como factor de paz interna y de superación del *bellum omnium*, señala Ferrajoli, “equivale a la fundación simultánea de una comunidad de Estados que, precisamente por ser soberanos, se transforman en factores de guerra externa en la sociedad artificial de Leviatanes con ellos generada” (Ferrajoli, 2007, p. 20-1).

A fin de cuentas, aunque nunca hubiera existido un tiempo en el que los individuos se encontraran en condición de guerra contra todos, “en todos los tiempos los reyes, y las personas dotadas de autoridad soberana, debido a su independencia, viven en constante rivalidad, y en la situación y actitud de gladiadores”, es decir, con sus “fuertes, guarniciones y cañones custodiando las fronteras de sus reinos, y constantemente con espías en el territorio de sus vecinos, lo que constituye una actitud de guerra” (Hobbes, 1983, p. 77).

De esto resultó un Estado moderno fundado laica y racionalmente sobre una doble oposición al estado de naturaleza (Ferrajoli, 2007, p. 25): una por negación (entre “civilidad” e “incivilidad”, como origen de legitimación de nuevas formas de desigualdad y dominio), y la otra, paradójicamente, por afirmación (mediante la creación de un nuevo estado de naturaleza artificial, ya que fue producido por el mismo artificio que hizo nacer al propio Estado: la sociedad salvaje de los Estados soberanos virtualmente en estado de guerra entre sí).

Con las revoluciones liberales del siglo XVIII, esta doble oposición precipitó dos procesos paralelos antagónicos: internamente, la superación de un estado de naturaleza hipotético, con la disolución del

poder de mando; externamente, la instauración de un estado de naturaleza artificial, con la absolutización del poder de guerra.

De hecho, la efectivización de las reivindicaciones políticas de carácter liberal por legalidad, separación de poderes y protección de derechos fundamentales excluyó, como ilegítima, la posibilidad de sujetos *legibus soluti*, acarreó, por otro lado, la transformación de los poderes absolutos del Estado en poderes funcionales, y correspondió, en última instancia, a la propia negación de la soberanía interna (Azambuja, 1975, p. 67; Ferrajoli, 2007, p. 28; Groppalli, 1962, pp. 147-8). Después de todo, como ya se afirmó en otro contexto, donde "el derecho predomina, un cierto estado y grado de poder se mantiene, una disminución o un aumento es rechazado" (Nietzsche, 2004, libro digital, p. 62).

Hubo, ciertamente, expresiones filosóficas que anularon, en un plano teórico, la autonomía de la individualidad y la diluyeron en un comunitarismo estatal fortalecido por concepciones de soberanía aún más robustas que las proporcionadas por las tradicionales perspectivas teocráticas y contractualistas. Véanse, como ejemplo, las nociones de voluntad general rousseauiana (Rousseau, 2006, especialmente pp. 21-2 y 39) y de Estado ético hegeliano (Hegel, 1997, pp. 206-7).

Hubo, igualmente, expresiones jurídicas que, al tomar al Leviatán y la figura antropomórfica del Estado hobbesianos como algo más que meras metáforas, derivaron, especialmente en Alemania y en la Italia pre unificación, hacia una metafísica idealista y autoritaria, que reconoció en el Estado la única fuente de producción legítima del derecho, configuró los derechos fundamentales como limitaciones autodispensables y

disponibles a la soberanía estatal interna, y fundamentó la aún vigente doctrina organicista del Estado, a partir de la cual no solo el poder soberano, sino también el pueblo y el territorio, son concebidos como meros elementos constitutivos de ese ente etéreo y más abarcador (Ferrajoli, 2007, p. 31).

A pesar de estas expresiones, la afirmación histórica de los Estados constitucionales ratificó el proceso de negación de la soberanía interna. Como síntoma de esta afirmación, tómesese la posibilidad, sugerida por Neves (2009, p. 5), de identificación de la idea de Constitución, por un lado, y de la importancia de llamarse constitucional, por otro, con la noción de conceptos antitéticos asimétricos de Kosselleck, a partir de los cuales “un grupo concreto reclama el derecho exclusivo a la universalidad, aplicando un concepto lingüístico a sí mismo”, haciendo derivar de esta aplicación unilateral “la denominación usada para el otro, que para ese otro equivale lingüísticamente a una privación, pero que en la realidad puede equipararse a una expoliación” (Kosselleck, 2006, pp. 192-3).

Por otro lado, aunque la emergencia del constitucionalismo y de la constitución en sentido moderno representó la disolución de la soberanía interna en un modelo de Estado cuyo radio de acción pasó a ser consistentemente limitado, hizo poco, porque poco podía hacer, para contener la absolutización del poder de guerra externa de los nuevos Leviatanes, lobos artificiales en un estado virtual pero perenne de guerra, sustraídos al control de sus creadores y capaces de destruirlos a todos (Ferrajoli, 2007, p. 22).

En una singular serie de eventos políticos, el período entre los siglos XIX y XX fue testigo de la consagración de Estados nacionales, liberales y democráticos que, al atribuirse un complejo sistema de normas conformadoras del poder de mando interno, se liberaron, en las relaciones externas con otros Estados nacionales, liberales y democráticos, de cualquier freno jurídico-político. En estos paradójicos procesos simultáneos, cuanto más se limitaba la soberanía interna, más se legitimaba el Estado y más se absolutizaba y se legitimaba, en relación con otros Estados, su soberanía externa. Y cuanto más se afirmaba el Estado como poder limitado en el plano interno, tanto más se afirmaba como autosuficiente, al hipostasiarse como sujeto no relacionado y *legibus solutus* en el plano externo (Ferrajoli, 2007, p. 35).

En este contexto, se moderniza, por así decirlo, la estructura jerárquica típica de la premodernidad. Con el triunfo de la noción de ciudadanía como base de igualdad y fuente de discriminación, los derechos del hombre se aplanan en derechos del ciudadano, y a la consagración de algunos de los tradicionales derechos llamados naturales por la Constitución como derechos positivos supuestamente universales, sigue la completa restricción del universo del Estado a su propio derecho, a su propio pueblo, a su propio territorio: todos los hombres nacen libres e iguales, pero algunos más libres y más iguales que otros.⁹

⁹ Como resquicio de esa noción de ciudadanía como base de igualdad y fuente de discriminación, véase el artículo 5º, *caput*, de la Constitución brasileña de 1988, que, al proclamar "todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza",

Sigue igualmente una relativa anomia en las relaciones entre Estados y entre Estados y ciudadanos de otros Estados, a partir de la cual su paradigma de legitimación, después de secularizarse con la filosofía contractualista tardía, vuelve a "sacralizarse", aunque laicamente, con el idealismo alemán (Ferrajoli, 2007, p. 36): el Estado dios mortal hobbesiano, "al cual debemos, por debajo del Dios inmortal, nuestra paz y defensa" (Hobbes, 1983, p. 106), se transfigura así en el Estado dios real hegeliano, que "posee un derecho soberano frente a los individuos que, al ser miembros del Estado, tienen su más elevado deber" (Hegel, 1997, pp. 206-7).

Dos derivaciones más importantes podrían extraerse de este *Zeitgeist*. En primer lugar, la negativa de autonomía a la idea de derecho internacional, que, identificado por Hegel como mero derecho soberano externo del Estado, resultará posteriormente reinterpretado y reestructurado por el unilateralismo nacionalista. En segundo lugar, la vocación expansionista y destructiva de este Dios convertido en real, cuyos corolarios principales son la exaltación hegeliana de la guerra como un sublime "momento ético" conservador de la "salud moral de los pueblos" (Hegel, 1959, p. 334), la redescubierta de la razón de Estado como razón de poder por los agresivos nacionalismos europeos, y, en especial, el absoluto desprecio por la *alter* ciudadanía, sobre todo en lo que respecta a los "incivilizados" de los más variados nuevos y viejos mundos (Ferrajoli, 2007, p. 37-8).

restringe la aplicación de los derechos y deberes individuales y colectivos a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país.

La domesticación del paradigma descrito anteriormente se consolidaría solo con la Carta de las Naciones Unidas, del 26 de julio de 1945, y, sucesivamente, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948 (Burgers, 1992; Piovesan, 2013, pp. 181-2).

A partir de estos documentos internacionales, el orden jurídico del mundo es trasladado del estado de naturaleza al estado civil, y la absolutizada soberanía externa del Estado deja de ser una libertad salvaje para subordinarse, jurídicamente, a los imperativos de la paz y la protección de los derechos humanos (Ferrajoli, 2007, p. 37).

Es importante destacar que esto no significa que no se sigan cometiendo masivas violaciones a los derechos fundamentales, ni que las numerosas instituciones nacionales e internacionales diseñadas para prevenir y contener tales violaciones estén funcionando adecuadamente. Por el contrario, muchos Estados hacen de la sistemática violación de estos derechos una verdadera política pública, y muchos otros desearían hacerlo abiertamente. De todos modos, como señala Buergenthal (1997, p. 704), el hecho es que se ven obligados por factores externos e internos a responder por su comportamiento ante la comunidad internacional, realidad que limita su libertad de acción y, a menudo, contribuye a mejorar la situación de los derechos humanos.

De hecho, el veto a la guerra marca una fuerte presencia en la Carta de San Francisco. Ya en su preámbulo se restringe el *ius ad bellum* que, desde Francisco de Vitoria, había sido el principal atributo de la soberanía externa. Se destacan, en su preámbulo, las necesidades de

“preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra” y de “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre” y en la “igualdad entre las naciones grandes y pequeñas”. Además, como propósitos de las Naciones Unidas, se establecen en su artículo primero, “el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”, “el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones y la cooperación internacional para resolver problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario”, así como “la promoción del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión”.

Por otro lado, al reconocer la “dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana” (preámbulo) y consagrar los derechos humanos como un “ideal común a ser alcanzado por todos los pueblos y todas las naciones” (proclamación), la Declaración Universal de 1948 deconstruyó la noción de ciudadanía como base de igualdad y fuente de discriminación, emancipando, con ello, las aspiraciones constitucionalistas del ámbito del Estado. Asimismo, señala una superación parcial del modelo westfaliano al reestructurar el derecho internacional de un sistema puramente basado en pactos, ya sea en tratados bilaterales o plurilaterales *inter pares*, a un verdadero ordenamiento jurídico transestatal integrado por normas que, caracterizables como *ius cogens*, contemplan obligaciones *erga omnes*: “no más un *simple pactum associationis* (pacto asociativo), sino también un *pactum subjectionis* (pacto de sujeción)” (Ferrajoli, 2007, p. 41).

En este nuevo derecho internacional de los derechos humanos, la reciprocidad como patrón para el relacionamiento entre entes soberanos pasa a ser suplantada por la noción de orden público común, haciendo emerger al individuo mismo como sujeto de derecho en el plano internacional. De hecho, como aduce Trindade, los tratados internacionales de derechos humanos “incorporan obligaciones de carácter objetivo, que trascienden los meros compromisos recíprocos entre las partes” y se orientan “a la salvaguardia de los derechos del ser humano y no de los derechos de los Estados, en la cual ejerce una función clave el elemento del “interés público” común o general (o *ordre public*) superior” (Cançado Trindade, 1991, p. 10-1).

Con tal evolución, la soberanía estatal, que ya había experimentado un progresivo desvanecimiento en su dimensión interna con la emergencia del constitucionalismo y de la Constitución en sentido moderno, pasa a sufrir, igualmente, un vaciamiento en su dimensión externa. Desde entonces, los individuos se han convertido en sujetos de preocupación internacional, no solo como dependientes de un Estado soberano, sino directamente y, más que eso, por derecho propio, de modo que, cualquiera “que sea la percepción que haya prevalecido cuando el sistema de Westfalia dio lugar por primera vez a la noción de soberanía estatal a mediados del siglo XVII”, actualmente esa noción “claramente conlleva la obligación de un Estado de proteger el bienestar de su propio pueblo y cumplir con sus obligaciones hacia la comunidad internacional en general” (Claude y Weston, 2006, p. 7).

La historia jurídica de la soberanía se revela, con ello, y en su plenitud, como una historia de antinomia: su crisis se instaura en el mismo instante en que entra en contacto con el derecho, dado que ella, como poder sin límite, es su negación, y él, como límite al poder, la negación de ella. No es por casualidad, observa Ferrajoli (2007, pp. 44-5), que Carl Schmitt, uno de los últimos grandes defensores de la soberanía, haya reconstruido su significado a partir de una categoría incompatible con la lógica del Estado constitucional (Dotti, 2005, p. 255), como lo es la del estado de excepción permanente (Schmitt, 1998, especialmente pp. 56 y 58).

5. Conclusión

Como se ha visto, con la reconstrucción de la idea de dignidad humana en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, el derecho internacional experimentó una modificación estructural cuyos efectos más importantes pueden resumirse en el vaciamiento de la noción de soberanía estatal externa, en la ampliación de su lista de sujetos de derecho y, de manera más amplia, en la propia emergencia de un derecho internacional de los derechos humanos, ya sea como hecho, ya sea como saber. Por otro lado, los ordenamientos jurídicos nacionales también han experimentado cambios relevantes. La internacionalización de las aspiraciones constitucionalistas, la apertura normativa, la reformulación de la teoría de las fuentes jurídicas y la funcionalización de la soberanía interna son algunas de las más significativas.

Bien comprendidas, esas transformaciones revelan una situación paradójica: “si bien los ordenamientos jurídicos nacionales pierden parte de su capacidad para regular la vida al interior del Estado, han ganado protagonismo a la hora de asegurar la efectividad del derecho internacional” (Alvorado, 2015, p. 11). Como señal clara de esta paradoja, véase, por ejemplo, Peters, para quien “las constituciones estatales ya no pueden regular la totalidad de la gobernanza de manera integral, y la pretensión original de las constituciones estatales de formar un orden básico completo queda así derrotada” (2006, p. 580), y, por otro lado, Slaughter y Burke-White, para quienes “el terreno principal del ámbito internacional debe cambiar —y ya está cambiando en muchos casos— de una regulación independiente por encima de los Estados nacionales a un compromiso directo con las instituciones domésticas” (2006, p. 328).

En cuanto a la protección de los derechos fundamentales, las consecuencias derivadas de estas transformaciones son múltiples. Ilustrativamente, se puede destacar un cierto impacto positivo en el día a día de los individuos, especialmente en lo que respecta a la garantía de algunos de sus derechos civiles y políticos (Alvorado, 2015, p. 11; Paulus, 2011, p. 56). Por otro lado, no se puede simplemente dejar de considerar, en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, el impacto negativo de una predilección perversa por las cosas, en detrimento de las personas (Lima Trindade, 2002, p. 206; Ribotta, 2003; Zambrano, 2013, p. 148).

Sin embargo, el análisis de esas consecuencias escapa al propósito de este artículo, cuyo objetivo central fue explicitar cómo la emergencia

de la idea de derechos fundamentales influenció y fue influenciada por un conjunto de transformaciones semánticas y estructurales que sintetizan, en un primer momento, la emergencia del constitucionalismo y de la constitución en sentido moderno, y en un segundo momento, la emancipación de las aspiraciones constitucionalistas del ámbito del Estado.

Referencias bibliográficas¹⁰

Abadía, Jesús Lalinde (1991). *El Derecho en la Historia de la Humanidad*. 3ª ed. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias S/A.

Alvorado, Paola Andrea Acosta (2013). *Más Allá de la Utopía – Del Diálogo Interjudicial a la Constitucionalización del Derecho Internacional: la red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel*. Tese (Programa de Doctorado Derecho Internacional y Relaciones Internacionales) – Instituto Universitario Ortega y Gasset, Universidad Complutense de Madrid, Madrid.

Arantes, Rogério Bastos (2004). "Judiciário: entre a justiça e a política". In: Avelar, Lúcia; Cintra, Antônio Octávio (orgs). *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro e São Paulo: Fundação Adenauer e Unesp, p. 79-108.

¹⁰ Con excepción de los libros originalmente publicados en español, todas las traducciones que aparecen en el artículo son propias del autor.

Azambuja, Darcy (1975). *Teoria Geral do Estado*. 5ª ed. Porto Alegre: Editora Globo.

Bielefeldt, Heiner (2000). *Filosofia dos Direitos Humanos*. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos.

Bittar, Eduardo C. B. (2009). *O Direito na Pós-Modernidade e Reflexões Frankfurtianas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

Bodin, Jean (1973). *Los Seis Libros de la República*. Seleção, tradução e introdução de Pedro Bravo. Madrid: Tolle Lege Aguilar Ediciones.

Buergenthal, Thomas (1997). "The Normative and Institutional Evolution of International Human Rights". In: *Human Rights Quarterly* 14, p. 703-723.

Burgers, Jan Herman (1992). "The Road to San Francisco: the revival of the human rights idea in the twentieth century". In: *Human Rights Quarterly* 14, p. 447-477.

Bonavides, Paulo (2013). *Curso de Direito Constitucional*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros.

Canotilho, J. J. Gomes (2003). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina.

Claude, Richard Pierre; Weston, Burns H. (2006). *Human Rights in the World Community: issues and action*. 3ª ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Dallari, Dalmo de Abreu (1998). *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Editora Moderna.

- Dimoulis, Dimitri; Martins, Leonardo (2014). *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Atlas.
- Dotti, Jorge (2005). *Carl Schmitt: época y pensamiento*. Buenos Aires: Homo Sapiens.
- Dworkin, Ronald (2001). *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes.
- Elster, Jon (2000). *Ulisses Liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. Tradução de Cláudia Sant 'Ana Martins. São Paulo: Editora Unesp.
- Ely, John Hart (2010). *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes.
- Ferrajoli, Luigi (2007). *A Soberania no Mundo Moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. 2ª ed. Tradução de Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes.
- (2013). *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia. 1. Teoría del Derecho*. Traducción de Perfeto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferreira, Luís Pinto (1975). *Teoria Geral do Estado – 1º volume*. 3º ed. São Paulo: Saraiva.

Fioravanti, Maurizio (2001). *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*.

Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta.

Foucault, Michel (2002). *Vigiar e Punir*. 40ª ed. Tradução de Raquel

Ramalhete. Petrópolis: Vozes.

Gargarella, Roberto (1991). *La Justicia Frente al Gobierno: sobre el carácter*

contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Editorial Ariel.

Gilissen, John (2001). *Introdução Histórica ao Direito*. 3ª ed. Tradução de A.

M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Grimm, Dieter (2005). "The Constitution in the Processes of

Denationalization". In: *Constellations*, vol. 12, no 4, p. 447-463.

— (2006). *Constituição e Política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo

Horizonte: Del Rey.

Groppali, Alexandre (1962). *Doutrina do Estado*. 2ª ed. Traduzida da 8ª ed.

italiana por Paulo Edmur de Souza Queiroz. São Paulo: Saraiva.

Grotius, Hugo (2004). *O Direito da Guerra e da Paz (De Jure Belli ac Pacis) –*

vol. 1. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí.

Habermas, Jürgen (2003). *Direito e Democracia: entre facticidade e*

validade, volume II. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler.

Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

Hegel, G. W. Friedrich (1997). *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução

de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes.

- Hirschl, Ran (2004). *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts, and London, Endgland: Harvard University Press.
- Hobbes, Thomas (1966). *Del Ciudadano*. Traducción del Latim y Nota Preliminar por Andrée Catrysse. Caraca: Instituto de Estudios Políticos – Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela.
- (1983). *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de Um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3ª ed. (Os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural.
- Jellinek, Georg (2005). *Teoría General del Estado*. Tradução da 2ª ed. alemã de Fernando de los Ríos. Montevideo, Buenos Aires: Julio César Faura Editor.
- Kelsen, Hans (2001). *O Que É Justiça? A Justiça, o Direito e a Política no Espelho da Ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes.
- Kosselleck, Reinhart (2006). *Futuro Passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Tradução do original alemão de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Revisão da Tradução de César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto: Editora PUC-Rio.
- Lafer, Celso (1988). *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Lassale, Ferdinand (2000). *A Essência da Constituição*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Loewenstein, Karl (1964). *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel.

Luño, Antonio Enrique Pérez (2010). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 10ª ed. Madrid: Tecnos.

Madison, James; Hamilton, Alexander; JAY, John (2010). *O Federalista*. 3ª ed. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores.

Maus, Ingeborg (2009). *O Direito e a Política: teoria da democracia*. Tradução de Elisete Antoniuk e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. Belo Horizonte: Del Rey.

Miranda, Jorge (2002). *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora.

— (2007). *Manual de Direito Constitucional – Tomo II: Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.

— (2008). *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV: Direitos Fundamentais*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora.

Moraes, Alexandre de (2011). *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral*. 9ª ed. São Paulo: Atlas.

Nino, Carlos Santiago (1996). *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven & London: Yale University Press.

Neves, Marcelo (2007). *A Constitucionalização Simbólica*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes.

— (2009). *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes.

- Nietzsche, Friedrich (1998). *Genealogia da Moral: uma polêmica*. 10ª ed. Tradução de Paulo César de Sousa. São Paulo: Companhia das Letras.
- (2004). *Aurora*. Tradução, Notas e Posfácio de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras (livro digital).
- Onfray, Michel (2006). *Tratado de Ateología: la física de la metafísica*. 3ª ed. Tradução de Luiz Freira. Buenos Aires: Ediciones de la Flor.
- Onuf, Peter S. (2001). *The Origins of the Federal Republic: jurisdictional controversies in the United States 1775-1778*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Paulus, Andreas (2011). "Between Constitutionalization and Fragmentation: concepts and reality of international law in the 21st century". In: Humbolt Forum Recht, no 5, p. 56-63.
- Peters, Anne (2006). "Compensatory Constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures". In: Leiden Journal of International Law, 19, p. 579-610.
- Piovesan, Flávia (2013). *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva.
- Queiroz, Paulo (2014). *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm.
- Ramos, André de Carvalho (2015). *Curso de Direitos Humanos*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva.

Ribotta, Silvina Verónica (2003). *"Globalización versus Derechos Humanos. Pueden configurarse los derechos humanos como un estrategia emancipadora en el actual contexto de globalización neoliberal?"*. In: Revista Futuros – Revista Trimestral Latinoamericana y Caribeña de Desarrollo Sustentable, vol. 1, n. 3, sem paginação.

Rousseau, J. J. (2006). *O Contrato Social: princípios de direito político*. 4ª ed. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes.

Schmitt, Carl (1998). *El Concepto de lo Político*. Tradução de Rafael Agapito. Madrid: Alianza.

Scott, James Brown (2000). *The Spanish Origins of International Law: Francisco de Vitória and his law of nations*. New Jersey: The Lawbook Exchange, Publications of The Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law.

Slaughter, Anne-Marie; Burke-White, William (2006). *"The Future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law)"*. In: Harvard International Law Journal, 47, 2, p. 327-352.

Sweet, Alec Stone (2003). *"Why Europe Rejected American Judicial Review – And Why It May Not Matter"*. In: Michigan Law Review, vol. 101, p. 2744-2780.

Tocqueville, Alexis de (2009). *O Antigo Regime e a Revolução*. Organizado por J.-P. Mayer. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes.

Trindade, Antônio Augusto Cançado (1991). *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva.

Trindade, José Damião de Lima (2002). *História Social dos Direitos Humanos*. São Paulo: Pierópolis.

Truyol y Serra, Antonio (1994). *Los Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos.

Tushnet, Mark (2000). *Taking the Constitution Away From the Courts*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.

Unger, Roberto Mangabeira (2004). *O Direito e o Futuro da Democracia*. Tradução de Caio Farah Rodrigues e Márcio Soares Grandchamp, com consultoria do autor. São Paulo: Boitempo.

Valdés, Roberto L. Blanco (1997). *Il Valore della Costituzione: separazione dei poteri, supremazia della legge e controllo di costituzionalità alle origini dello Stato liberale*. Tradução de Antonella Salerno e Silvio Gambini. Padova: Casa Editrici Dott. Antonio Milani.

Veríssimo, Marcos Paulo (2006). *A Judicialização dos Conflitos de Justiça Distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

Weber, Max (1974). *Ensaio de Sociologia*. Organização de H. H. Gerth e C. W. Mills. 3ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores.

Waldron, Jeremy (1998). "Judicial Review and the Conditions of Democracy". *In: The Journal of Political Philosophy*, vol. 6, nº 2, p. 335-355.

— (2003). *A Dignidade da Legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes.

— (2004). *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press.

Zambrano, Sonia Patricia Cortés (2013). "La Globalización Económica y los Derechos Humanos". In: *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, vol. 8, no 2, p. 138-149.