

## **LA HISTORIA Y LA ECONOMÍA CONSTITUCIONAL FRENTE AL CONSTITUCIONALISMO POPULAR**

*Adrián O. Ravier*<sup>1</sup>

recepción: 10 de marzo de 2021

aceptación: 17 de mayo de 2021

### **Resumen**

El objetivo de este artículo es recorrer brevemente la historia constitucional y resumir los fundamentos de dos de sus expresiones modernas: el constitucionalismo popular y la economía constitucional. Demostraremos que sólo el último es compatible y se construye a partir de aquella tradición de autores que conformó la historia constitucional, mientras que la primera no sólo toma un rumbo diferente, sino que es la antítesis del “verdadero” constitucionalismo. El trabajo concluye analizando la conexión de estos términos con dos formas de democracia. Mientras el constitucionalismo popular representa la democracia ilimitada, el verdadero constitucionalismo es consistente con una democracia limitada. El trabajo es una oportunidad para releer la historia de límites y controles al Leviatán.

**Palabras clave:** Economía constitucional, límites al poder, populismo

---

<sup>1</sup> El autor es Doctor en Economía por la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Es Director de la Maestría en Economía y Ciencias Políticas en ESEADE, donde dicta el curso de Análisis Económico. Este trabajo obtuvo el 2do premio en el concurso de ensayos “Caminos de la Libertad” de México, organizado en 2015. Se publica aquí con la correspondiente autorización.

## **Abstract**

The objective of this article is to briefly review constitutional history and summarize the foundations of two of its modern expressions: popular constitutionalism and constitutional economics. We will show that only the latter is compatible with and builds on that tradition of authors that shaped constitutional history, while the former not only takes a different course, but is the antithesis of "true" constitutionalism. The work concludes by analyzing the connection of these terms with two forms of democracy. While popular constitutionalism represents unlimited democracy, true constitutionalism is consistent with limited democracy. The work is an opportunity to reread the history of limits and controls to the Leviathan.

**Keywords:** Constitutional economics, limits to power, populism

**Códigos JEL:** H1, H3, P5

El siglo XXI abre con un interesante debate en torno a la historia constitucional, lo que nos ofrece una nueva oportunidad para volver a las fuentes, comprender las lecciones de la historia constitucional y reflexionar una vez más sobre los debates que hacen a la “cosa pública”.

El objetivo de este artículo es recorrer brevemente la historia constitucional y resumir los fundamentos de dos de sus expresiones modernas: el constitucionalismo popular y la economía constitucional. Demostraremos que sólo el último es compatible y se construye a partir de aquella tradición de autores que conformó la historia constitucional, mientras que la primera no sólo toma un rumbo diferente, sino que es la antítesis del “verdadero” constitucionalismo.

En la parte I se resumen aspectos fundamentales de la tradición e historia constitucional. En la parte II y III se exponen, respectivamente, los elementos centrales del constitucionalismo popular y la economía constitucional. Así mismo, en la parte III se concluye que el constitucionalismo es compatible con lo que Hayek (1973) y Buchanan (1982) denominaron “democracia limitada”, mientras que el constitucionalismo popular es consistente con la “democracia ilimitada”. Cerramos el artículo con un llamado a defender las instituciones, las reglas y el marco constitucional.

## Parte I: Una reseña a la historia constitucional

Tomando una selección de textos fundamentales de las ciencias políticas, podemos recordar que Thomas Hobbes justificaba en 1651 la existencia del *Leviatán* explicando que en su ausencia prevalece el “estado de naturaleza” o el estado de guerra de “todos contra todos”, ahuyentando los incentivos para la creación de una industria, “ya que su futuro es incierto”. En tal estado, la vida sería “solitaria, pobre, desagradable, brutal y breve”.

Justifica entonces Hobbes (1651), por consenso y consentimiento, el poder del Rey y con ello la relación entre soberano y súbdito.

Y en ello consiste la esencia del Estado, que podemos definir así: *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, 1651, p. 11).

La justificación del Poder del Estado —o en su tiempo del Rey— por medio del argumento de Hobbes aun hoy resulta fundamental en la Filosofía Política, sin embargo, este autor justificó también el *abuso de ese Poder*.

[C]ualquiera cosa que el soberano haga no puede constituir injuria para ninguno de sus súbditos, ni debe ser acusado de injusticia por ninguno de ellos. En efecto, quien hace una cosa por autorización de otro, no comete injuria alguna contra aquel por cuya autorización actúa. Pero en virtud de la institución de un Estado, cada particular es autor de todo cuanto hace el soberano, y, por consiguiente, quien se queja de injuria por parte del soberano, protesta contra algo de que él mismo es autor, y de lo que en definitiva no debe acusar a nadie sino a sí mismo (Hobbes, 1651, p. 13).

John Locke, en su “Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil” de 1690, compartía con Hobbes la necesidad de abandonar tal estado de naturaleza; sin embargo, entendió que éste justificaba las monarquías absolutas, carentes de cualquier límite al poder. Locke entendía que “los hombres se unen en comunidades políticas y se ponen bajo el gobierno de ellas para preservar su propiedad”,

pero deben crear una ley conocida, fija, promulgada, recibida y autorizada por común consentimiento para resolver controversias.

111. [...] Vino la adulación a enseñar a los príncipes que sus intereses eran distintos y separados de los del pueblo. Entonces fue cuando los hombres creyeron necesario examinar con más cuidado los orígenes y los derechos del gobierno, idearon medios para restringir las pretensiones exageradas y para evitar los abusos de ese poder que ahora se empleaba en daño de ellos, siendo así que solo para su bien lo habían puesto en sus manos (Locke, 1690, 18).

Locke inicia entonces un debate acerca de cómo limitar el poder del Leviatán:

124. El fin, pues, mayor y principal de los hombres que se unen en comunidades políticas y se ponen bajo el gobierno de ellas, es la preservación de su propiedad; para cuyo objeto faltan en el estado de naturaleza diversos requisitos.

En primer lugar, falta una ley conocida, fija, promulgada, recibida y autorizada por común consentimiento como patrón de bien y mal, y medida común para resolver cualesquiera controversias que entre ellos se produjeren.

125. En segundo lugar, falta en el estado de naturaleza un juez conocido e imparcial, con autoridad para determinar todas las diferencias según la ley establecida [...]

126. En tercer lugar, en el estado de naturaleza falta a menudo el poder que sostenga y asista la sentencia, si ella fuere recta, y le dé oportuna ejecución (Locke, 1690, p. 19).

Locke, incluso, advertía la necesidad de que el gobierno se rija por normas del legislativo y no por decreto, dictados repentinos y resoluciones arbitrarias, además de defender la igualdad ante la ley, tanto para el rico como para el pobre.

131. [E]l poder social o legislatura constituida por ellos, no puede suponerse que vaya más allá de lo que pide el bien común, sino que ha de obligarse a asegurar la propiedad de cada uno, protegiéndolos a todos contra aquellas tres deficiencias que mencionábamos más arriba y que hacían del estado de naturaleza una situación insegura y difícil. Y así, sea quien sea aquel a quien correspondiere el poder supremo o legislativo en un estado, estará obligado a gobernar por fijas leyes establecidas, promulgadas y conocidas de las gentes, y no mediante decretos extemporáneos. (Locke, 1690, p. 20).

142. Deberán gobernarse por leyes sancionadas y promulgadas, no en caso particular alguno alterable, sino regla única para el rico y el pobre, el favorito de la corte y el labrador en su labranza (Locke, 1690, p. 23).

Finalmente, aunque por supuesto los aportes de Locke se extienden a otros puntos también, define el *fin del gobierno* en la preservación de la propiedad, lo que da lugar a la comprensión de que el individuo cede al soberano ciertas responsabilidades, pero se reserva el derecho a la vida, a la libertad y al trabajo.

138. [E]l poder supremo no puede quitar a hombre alguno parte alguna de su propiedad sin su consentimiento. Porque siendo la preservación de la propiedad el fin del gobierno, en vista del cual entran los hombres en sociedad, supone y requiere necesariamente que al pueblo ha de permitírsele tener propiedades (Locke, 1690, p. 22).

Recordemos que hay cuatro formas de adquirir propiedad en forma voluntaria: en primer lugar, cada individuo es dueño de sí mismo, de su cuerpo, de su mente, de su capacidad y de su fuerza de trabajo. Desde este punto de vista, los llamados derechos individuales o “derechos humanos” no son otra cosa que la aplicación del derecho de propiedad al ser humano mismo. En segundo lugar, obtiene la propiedad sobre los recursos que la naturaleza ha creado, de acuerdo con la definición de Locke “mezclando su trabajo con...”, es decir, realizando un esfuerzo para controlar el recurso hasta entonces no apropiado por nadie. Una tercera forma de acceder a la propiedad de un bien de consumo o de capital es como “herencia” o “regalo”, es decir, de alguien que lo adquirió en las formas antes mencionadas y voluntaria y gratuitamente lo cede. Por último, se puede “intercambiar” todo tipo de recurso obtenido en las formas antes consideradas para obtener otro que no se posee o por lo menos no en la cantidad deseada (Krause, Zanotti, Ravier, 2007, pp. 92-93).

Propongo ahora volcar la atención al pensamiento de Algernon Sidney (1623-1683), quien escribe una reseña crítica de un trabajo de Robert Filmer, en “Los discursos acerca del Gobierno” (1698). Este trabajo también contribuye en definir los límites del Leviatán y el poder político que lo acompaña. En el capítulo dos, sección 3, Sidney afirma que el gobierno no se instituye para el bien

del gobernante, sino de los gobernados; y que el poder no debería ser una ventaja para él, sino una carga.

Mientras que el sentido común enseña, y todos los buenos hombres reconocen, que los gobiernos no se establecen para ventaja, ganancia, placer o gloria de uno o unos pocos hombres, sino para el bien de la sociedad. Por esta razón, Platón y Aristóteles no encuentran manera más cierta de distinguir entre un rey legítimo y un tirano, en que el primero busca lograr el bien común, y el otro su propio placer o beneficio; y no dudan en declarar, que aquél que, de acuerdo con sus instituciones es el número uno, se destruye a sí mismo, y se degenera en el último, si se aparta de esta regla: el que fuera el mejor de los hombres, se transforma en el peor; y el padre o pastor del pueblo se convierte en su enemigo (Sidney, 1698, p. 29).

Sidney muestra conocimiento de la historia, que puede ser tomado como evidencia empírica de su argumentación:

Los puestos más altos siempre son resbaladizos: los ojos de los hombres se deslumbran ante ellos; y desde allí todas las caídas son mortales. Pocos reyes o tiranos, dice Juvenal, bajan a la tumba en paz; y no los fusionó imprudentemente juntos, porque, en su tiempo, unos pocos o casi ningún rey no era un tirano. Dionisio pensaba que ningún hombre abandona una tiranía, hasta ser sacado por los talones. Pero Tácito dice, *Necit quam grave & intolerandum sit cuncta regendi onus*. Moisés no podía soportarla; Gideon no podía aceptar ningún parecido a ella. El sentido moral de la sabia parábola de Jotham es eterno: la zarzamora codicia el poder que la vid, el olivo y la higuera rechazan. El peor y más simple de los hombres ambiciona los puestos más altos, que el mejor y más sabio rechaza; los que serían, de todas maneras, los mejor calificados (Sidney, 1698, p. 30).

Más adelante, en el capítulo tres, sección 14, agrega que las leyes no son hechas por los Reyes, no porque se encuentren ocupados en asuntos más importantes que el impartir Justicia, sino porque las Naciones deben gobernarse por Reglas, y no arbitrariamente.

Su dominio de la historia política y de la administración del gobierno en otros tiempos conduce a Sidney a sostener que *la presunción general de que el rey gobernará adecuadamente no es seguridad para el pueblo*. En la sección 15 lo explica:

Porque un rey no puede transformarse en un tirano sólo apartándose de la ley, que es sólo el resultado de su voluntad. Pero si efectivamente se degenera, debe hacerlo apartándose de aquello que no depende de su voluntad, y que es una ley dictada por un poder superior a él. Esta es, de hecho, la doctrina de Bracton, quien habiendo dicho que el poder del rey es el poder de la ley porque la ley lo hace rey, agrega, que si comete injusticias, deja de ser rey y se transforma en tirano y se convierte en el regente del Diablo. Pero espero que esto se entienda con temperamento y con la debida consideración de la debilidad humana, de forma que se refiera sólo a aquellos daños extremos, pues, de otra manera, sacudiría a todas las coronas del mundo (Sidney, 1698, p. 38).

[...] Fortescue lo dice claramente, el rey no puede cambiar ninguna ley: la Carta Magna gobierna por sobre todas las leyes de la tierra y las costumbres de Inglaterra; pero decir que el rey puede, por su voluntad, hacer que algo sea una costumbre, o que una ley antigua no lo sea, o viceversa, es un absurdo (Sidney, 1698, p. 39).

Montesquieu continuó la tradición de *controlar al Leviatán* mediante la división de poderes. En sus escritos sobre el *Espíritu de las Leyes* de 1748 explicaba que “todo hombre investido de autoridad abusa de ella”, y agregaba que “cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad”.

En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. En virtud del primero, el príncipe o jefe del estado hace leyes transitorias o definitivas, o deroga las existentes. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares. Se llama a este último poder judicial, y al otro poder ejecutivo del estado. [...]

Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente. [...]

La libertad política no se encuentra más que en los estados moderados; ahora bien, no siempre aparece en ellos, sino sólo cuando no se abusa del poder. Pero es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites. ¡Quién lo diría! La misma virtud necesita límites. Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las

cosas, el poder frene al poder. Una constitución puede ser tal que nadie esté obligado a hacer las cosas no preceptuadas por la ley, y a no hacer las permitidas. [...]

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 (Montesquieu, 1748, p. 46).

En la historia constitucional también destacan “Los Ensayos Políticos” (1752) de David Hume, en su intento por fundamentar las mayores libertades relativas que disfrutaba Gran Bretaña, en relación con Holanda, Venecia, Francia o España, por citar algunos ejemplos. Hume destaca la “libertad de imprenta”, hoy ampliado en la libertad de expresión, como medio para defender las otras libertades y como límite al poder.

Estos principios explican la gran libertad de la imprenta en nuestro país, superior a la permitida por cualquier otro gobierno. Tememos ser víctimas del poder arbitrario si no tuviésemos buen cuidado de evitar sus progresos y no hubiese un sistema fácil para dar la alarma de un extremo a otro del reino. El espíritu del pueblo necesita ser alertado con frecuencia para poner coto a las ambiciones de la Corte; y no hay como el temor a esa alerta para prevenir tales ambiciones. A este propósito, nada tan eficaz como la libertad de imprenta, que permite poner todo el saber, el ingenio y el talento de la nación al servicio de la libertad, y anima a todo el mundo a defenderlo. En consecuencia, mientras la parte republicana de nuestro gobierno pueda sostenerse frente a la monárquica, tendrá buen cuidado de mantener la imprenta libre, como elemento importantísimo para su propia defensa (Hume, 1752, p. 52).

Y agrega Hume en pie de página:

Pero si la libertad de imprenta llegase a perderse, tendría que ser de una vez. Las leyes contra la sedición y el libelo son ya todo lo severas que pueden ser. Para imponer mayores limitaciones, habría que someter cuanto se publica a un *imprimatur*, o dar amplios poderes a la Corte para castigar lo que le disguste. Pero estas concesiones supondrían una violación tan descarada de la libertad que probablemente serían los estertores de un gobierno despótico; y, si llegasen a prosperar, podríamos decir que en nuestro país la libertad habría muerto para siempre (Hume, 1752, p. 52).



Hume destaca también un aspecto que resulta fundamental en la economía constitucional que reseñaremos más adelante. Se trata de la desconfianza sobre la naturaleza de aquellas personas que administren el poder del Estado, y la necesidad de fijar reglas para regular sus funciones y procedimientos.

No deben, pues, los legisladores confiar el gobierno de un estado al azar, sino elaborar un sistema de leyes que regulen la administración de los asuntos públicos hasta la más lejana posteridad. Los efectos siempre corresponderán a las causas; y en cualquier comunidad, unas leyes sabias son el legado más valioso para las generaciones futuras [...]

Los escritores políticos han establecido como máxima que, al elaborar un sistema de gobierno y fijar los diversos contrapesos y cautelas de la constitución, debe suponerse que todo hombre es un bellaco, y no tiene otro fin en sus actos que el interés personal. Mediante este interés hemos de gobernarlo, y con él como instrumento obligatorio, a pesar de su insaciable avaricia y ambición, a contribuir al bien público. Sin esto, dicen, en vano nos enorgulleceremos de las ventajas de una constitución, pues al final resultará que no tenemos otra seguridad para nuestras libertades y haciendas que la buena voluntad de nuestros gobernantes; es decir, ninguna (Hume, 1752, p. 55).

Estos y otros aportes de origen británico y francés fueron recogidos y tomados seriamente en cuenta al desarrollar la arquitectura institucional sobre la cual emergen los Estados Unidos de América. James Madison, por ejemplo, considerado el “padre de la Constitución”, fue alumno de John Witherspoon —quien fue invitado a Nueva Jersey a presidir el centro académico que luego se transformó en la Universidad de Princeton, y fue educado en las Universidades de Edimburgo y St. Andrews—. Madison llevó a tierras americanas todo el bagaje de conocimientos de la tradición iniciada en Escocia por George Buchanan en el siglo XVI. Otro ejemplo es Roger Williams, el apóstol de la separación del Estado de las iglesias en Rhode Island —junto con George Mason y Jefferson, en Virginia—, egresado de la Universidad de Cambridge, que fue secretario de Edward Coke en 1617 y de quien aprendió las bases del *common law*.

Pero los Padres Fundadores de Estados Unidos no se limitaron a explorar estos autores, sino que extendieron sus estudios a la mayor parte de los escritos relevantes (Benegas Lynch (h), 2008, pp. 29-31).

Fueron básicamente ocho los mecanismos institucionales que se idearon para proteger la vida, la libertad y la propiedad de quienes se establecieron en aquel país del Norte, a saber:

1. La noción de los derechos de las personas y la consiguiente arquitectura del gobierno para preservarlos basada en la división de poderes, en el contralor recíproco y en el modo de elegir a cada uno de los integrantes de los distintos departamentos.

Respecto al último aspecto, el de la elección de los integrantes del gobierno, la Constitución no menciona la expresión “democracia”, sino más bien el concepto de “república”. Esto se justifica en la preocupación de los padres fundadores de no repetir la experiencia de Europa con el abuso de poder de las monarquías reinantes. Optaron más bien por un gobierno mixto, mezclando la participación ciudadana, pero contenida a su vez por métodos de representación que frenaran las pasiones de las mayorías que pudieran avanzar sobre los derechos de las minorías.

Por otro lado, en esa división de poderes, Hamilton definió concretamente la función de los jueces en la interpretación de la ley, aspecto que más adelante abre la controversia con el constitucionalismo popular.

La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son (Hamilton, 1788, p. 74).

2. La concepción sobre la guerra y las fuerzas armadas

Este segundo punto abre un inmenso debate acerca de la política exterior que debería manejar Estados Unidos, pero quizás sorprenda al lector que los Padres Fundadores se opusieron fervientemente a la interferencia del gobierno en los asuntos de otros países.

George Washington decía en 1796, en ejercicio de la Presidencia de la nación, que “[e]stablecimientos militares desmesurados constituyen malos auspicios para la libertad bajo cualquier forma de gobierno y deben ser considerados como particularmente hostiles a la libertad republicana.” En el mismo sentido, Madison anticipó que “[e]l ejército con un Ejecutivo sobredimensionado no será por mucho un compañero seguro para la libertad.” (Citados por Benegas Lynch, 2008, p. 39)

    Mi ardiente deseo es, y siempre ha sido, cumplir estrictamente con todos nuestros compromisos en el exterior y en lo doméstico; pero mantener a los Estados Unidos fuera de toda conexión política con otros países (Washington, 1795).

De hecho, durante mucho tiempo, el gobierno de Estados Unidos fue reticente a involucrarse en las guerras a las que fue invitado. Robert LeFevre (1954/1972, p. 17) escribe que, entre 1804 y 1815, los franceses y los ingleses insistieron infructuosamente para que Estados Unidos se involucrara en las Guerras Napoleónicas; lo mismo ocurrió en 1821, cuando los griegos invitaron al gobierno estadounidense a que enviara fuerzas en las guerras de independencia; en 1828, Estados Unidos se mantuvo fuera de las guerras turcas; lo mismo sucedió con las trifulcas austríacas de 1848, la Guerra de Crimea en 1866, las escaramuzas de Prusia en 1870, la Guerra Chino-Japonesa de 1894, la Guerra de los Bóeres en 1899, la invasión de Manchuria por parte de los rusos y el conflicto ruso-japonés de 1903. En todos los casos, a pesar de pedidos expresos para tomar cartas en las contiendas, Estados Unidos se mantuvo al margen.

Pero en el siglo XX, la postura en política exterior cambió y se abandonó el principio de no intervención, lo que coincide con la etapa de declinación. Alberto Benegas Lynch (h) (2008) es muy gráfico al enumerar las intromisiones militares en las que Estados Unidos se vio envuelto en el siglo XX; las que incluye a Nicaragua, Honduras, Guatemala, Colombia, Panamá, República Dominicana, Haití, Irán, Corea, Vietnam, Somalia, Bosnia, Serbia-Kosovo, Iraq y Afganistán.

### 3. La libertad de prensa

En este aspecto, los Padres Fundadores continuaron con la línea de David Hume. Como sostuvo George Mason en la Declaración de Derechos de Virginia el 15 de junio de 1776, “la libertad de

prensa es una de las grandes defensas de la libertad y nunca puede ser restringida sino por un gobierno despótico”.

Y Jefferson fue aun más lejos al escribir:

Si yo tuviera que decidir si debiéramos tener un gobierno sin periódicos o periódicos sin gobierno, no dudaría un momento en elegir esto último (Jefferson, 1774-1826, pp. 411-412).

#### 4. La instauración del debido proceso

El debido proceso significa que nadie, bajo ninguna circunstancia, sin importar la magnitud del crimen cometido, sea privado de su vida, libertad o propiedad sin contar con todas las garantías procesales, tales como la posibilidad de la adecuada defensa, el camino expedito para el *habeas corpus*, no declarar bajo coerción, la intervención oportuna de los jueces, la rigurosa aplicación del principio de inocencia hasta que se pruebe culpable por autoridad competente y, desde luego, la no aplicación de leyes *ex post facto* a menos que, en materia penal, resulte más benigna para el imputado.

Este aspecto es cubierto en dos enmiendas, como por ejemplo la enmienda V, que sostiene que “Ninguna persona [será] privada de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso”. Este concepto deriva del derecho común de Inglaterra formulado en el siglo XI, más concretamente en la Carta Magna de 1215, que se refiere al *legem terrea*. En su punto XXIX dice que “Ningún hombre libre ha de ser arrestado o aprisionado o desposeído o prescripto o exiliado o destituido de modo alguno, y no iremos contra él ni mandaremos contra él sino por juicio legal de sus pares o por la ley de la tierra”.

#### 5. La oficialización de la separación entre las iglesias y el Estado y la consecuente libertad de culto

Los Padres Fundadores querían evitar las alianzas entre el altar y la espada que tantas persecuciones y matanzas provocaron en Europa. Después de intensos debates donde algunos quisieron imponer una “religión oficial”, se logró introducir en el primer punto del Estatuto de la Libertad Religiosa de Virginia, promulgada el 16 de enero de 1786, la condena a:

La impía presunción de legisladores y gobernantes, tanto civiles como eclesiásticos, quienes siendo falibles e irreflexivos, asumieron el dominio sobre la fe de otros proclamando que sus propias opiniones y modos de pensar eran los únicos verdaderos e infalibles, y como tales trataron de imponerlos a los demás. [...]E]s pecaminoso y tiránico obligar a un hombre a prestar contribuciones de dinero para la propagación de opiniones que no cree. [...]N]uestros derechos civiles no deben depender de nuestras opiniones religiosas, como tampoco nuestras opiniones en materia de física o geometría (citado por A. Benegas Lynch (h), 2008, p. 47).

## 6. La tenencia y portación de armas

Este es otro aspecto fundamental que merecería más espacio, pero que el lector puede profundizar en la enmienda II, y en una extensa literatura que se ha escrito sobre ella. La enmienda II reconoce expresamente que “el derecho de la gente a poseer y portar armas no será infringido”.

Alberto Benegas Lynch (h) considera de gran relevancia tener presentes a los distinguidos pensadores que se adherían a la tenencia y portación de armas por parte de los ciudadanos. Por ejemplo, Cicerón, Ulpiano, Hugo Grotius, Algernon Sidney, Montesquieu, Edward Coke, Blackstone, George Washington, George Mason, Patrick Henry, Samuel Adams, Jefferson, Jellinek y Cesare Beccaria. En este último caso, el precursor del derecho penal sostiene que prohibir la portación de armas

sería lo mismo que prohibir el uso del fuego porque quema o del agua porque ahoga. [...] Las leyes que prohíben el uso de armas son de la misma naturaleza: desarma a quienes no están inclinados a cometer crímenes. [...] Leyes de ese tipo hacen las cosas más difíciles para los asaltados y más fáciles para los asaltantes, sirven para estimular el homicidio en lugar de prevenirlo ya que un hombre desarmado puede ser asaltado con más seguridad por el asaltante (Beccaria, 1764, pp. 87-88).

## 7. *El resguardo de la privacidad*

Es tratado en la Enmienda IV y garantiza el derecho de la gente a su seguridad personal, a su residencia, a sus papeles personales y otras pertenencias contra requisas y secuestros sin orden de juez y, en ese caso, con todas las garantías que corresponden y especificando concretamente qué se busca, en base a qué acusación y cumpliendo con los todos los requisitos procesales.

### *8. El federalismo*

Una federación consiste en una división de atribuciones entre los Estados miembros y el gobierno central. En este caso, la autoridad política y las responsabilidades entre ambos niveles de gobierno cubren distintas esferas claramente establecidas y delimitadas. En la Confederación, en cambio, los Estados miembros –más bien asociados– retienen la totalidad del poder y de quienes depende el gobierno central.

Una de las principales ventajas de la federación era que los Estados miembros competían sin restricciones para atraer inversiones y poblaciones a través del manejo independiente de su política tributaria y, originalmente, asignaban partidas para el cumplimiento de las funciones específicas y limitadas del gobierno central. Los Estados miembros controlaban con ello al gobierno central, que en palabras de Madison representaba

una doble seguridad para los derechos de la gente. Los diferentes gobiernos [los estatales y el federal] se controlarán entre sí y al mismo tiempo cada uno se controlará a sí mismo (Madison, 1788, p. 266).

El federalismo abre la posibilidad de lo que mucho más tarde Charles Tiebout denomina el “voto con los pies”, pudiendo cada individuo elegir mudarse a aquella ciudad o estado autónomo que le ofrezca la combinación de impuestos y servicios que sea compatible con sus valoraciones. Si en ese escenario un gobierno incrementa la presión tributaria por encima de la voluntad de lo que el contribuyente está dispuesto a pagar, puede ejercer su voluntad de mudarse a otro Estado. Si en ese escenario un gobierno descuida la calidad de ciertos servicios públicos, como la seguridad o la justicia, el contribuyente puede también decidir mudarse. No es un problema el que no todos los individuos puedan mudarse, al contrario, a medida que unos pocos abandonan un Estado, la presión recae de todas maneras sobre el gobierno que estará obligado a generar un beneficio para todos los miembros de la comunidad.

La historia constitucional continúa por supuesto con otros autores clásicos como Thomas Paine, Wilhem von Humboldt, Benjamín Constant, Alexis de Tocqueville, Frédéric Bastiat o John Stuart Mill, quienes agregaron nuevos elementos al marco constitucional deseable que puede proteger la vida, la libertad y la propiedad. No disponemos aquí el espacio para seguir profundizando en todos

ellos, aunque volveremos más tarde a tratar el pensamiento de Tocqueville, en particular, en lo que refiere a la postura del constitucionalismo popular.

Por ahora, podemos concluir que la división de poderes, la república y el federalismo planteados en una Constitución permitieron que las industrias de muchas naciones florecieran, mientras el poder se encontró limitado.

Juan Bautista Alberdi fue quien tomó precisamente esta tradición de controlar el abuso del poder absoluto y plasmó el resultado de dichos debates en sus *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina* de 1852, lo que un año más tarde resultó en *fundamento* de la Constitución Nacional original de 1853. Sobre dichas bases se fomentó la inmigración y surgió el modelo agro-exportador que enriqueció a la Argentina por varias décadas.

La República Argentina, simple asociación tácita e implícita por hoy, tiene que empezar por crear un gobierno nacional y una constitución general que le sirva de regla (...) ¿Cuáles las bases y puntos de partida del nuevo orden constitucional y del nuevo gobierno, próximos a instalarse? He aquí la materia de este libro, fruto del pensamiento de muchos años, aunque redactado con la urgencia de la situación argentina. En él me propongo ayudar a los diputados y a la prensa constituyente a fijar las bases de criterio para marchar en la cuestión constitucional.

El poder, sin embargo, buscó romper con las cadenas del liberalismo clásico, y muy pronto comenzaron las reformas constitucionales. Ya en 1850 Frédéric Bastiat escribió un corto ensayo titulado *La Ley*, donde explicaba que ésta no siempre es legítima. La ley muchas veces puede desviarse de su misión verdadera, es decir, en lugar de garantizar los derechos de propiedad, violarlos. En tal caso, cada clase querrá hacer la ley, sea para defenderse de la expoliación, sea para organizarla en provecho propio.

Argentina no fue la excepción, y desde entonces cada gobierno elegido por el pueblo se sintió legitimado para hacer sus propias normas, o simplemente ignorar las existentes. A las reformas constitucionales de 1860 (que permitió la incorporación de Buenos Aires a la unidad nacional), le siguieron otras en 1866, 1898, 1949, 1957 y 1994. La división de poderes, la república y el federalismo plasmados en la constitución recibieron cierta atención y cumplimiento hasta la década de 1930, pero desde entonces estas instituciones fueron recurrentemente debilitadas.

## **Parte II: El constitucionalismo popular**

Mientras la historia constitucional representada arriba se preocupa por crear un marco de reglas que permita “custodiar a los custodios”, el constitucionalismo popular tiene otras preocupaciones, que pueden ser planteadas en dos puntos:

1. Su “sensibilidad antipopular” y
2. La supremacía judicial al interpretar la Constitución.

El constitucionalismo popular recibe distintas definiciones y fundamentos de varios de sus principales expositores, como lo son Mark Tushnet, Larry Kramer, Robert Post, Reva Siegel y Barry Friedman. En lo que sigue, sin embargo, atenderemos concretamente a los dos aspectos fundamentales citados.

### *1. La historia constitucional se opone a la democracia y a la regla de las mayorías*

Robert Unger (1996), filósofo y político brasileño, resumió adecuadamente el primero de estos puntos al sostener que el “pequeño y sucio secreto de la jurisprudencia contemporánea” viene dado por su “disconformidad con la democracia”. Esta disconformidad se expresa, según Unger, en una

incesante identificación de límites sobre la regla mayoritaria, antes que sobre el poder de las minorías dominantes, como responsabilidad principal de los jueces y juristas; y, en consecuencia, en la hipertrofia de prácticas y arreglos contramayoritarios; en la oposición a todas las reformas institucionales, particularmente a aquellas orientadas a expandir el nivel de compromiso político popular, lo cual es visto como algo que amenaza el sistema de derechos (Unger, 1996, p. 72).

Jack Balkin (1995) también exploró esta peculiar “sensibilidad antipopular” que encontró no sólo como propia de las élites jurídicas dominantes, sino también del “progresismo” norteamericano. Ambas visiones, en su opinión, muestran una profunda desconfianza hacia las “preocupaciones de la gente común, un inflado sentido de la superioridad, un desdén por los valores populares, un temor frente a la regla de la mayoría, una confusión entre la capacidad técnica y la capacidad moral, y un hubris meritocrático”.

### *2. La supremacía judicial para interpretar la Constitución*



El segundo punto, quizás algo más sofisticado, lo resume Roberto Gargarella (2006) en su reseña crítica del libro de Larry Kramer (2004), girando la atención no sobre el contenido de la constitución, sino sobre su interpretación. De lo que se trata es de desafiar la supremacía judicial en la interpretación de la Constitución, quitándola de las manos de los Tribunales.

El origen de esta disputa, y también del constitucionalismo popular, se encuentra en los Estados Unidos, y se remonta específicamente al famoso fallo *Marbury versus Madison* donde el Tribunal Supremo estadounidense declaró, por primera vez, la inconstitucionalidad de una decisión del legislativo.

En dicho caso, por un lado, el Tribunal Supremo estadounidense declaró, por primera vez, la inconstitucionalidad de una decisión del legislativo. Por otro lado, en esta ocasión se impuso la visión del presidente del Tribunal Supremo, John Marshall, sobre la del entonces presidente, Thomas Jefferson, respecto de las relaciones que debían prevalecer entre el poder político, el poder judicial y la Constitución. Para Marshall, la decisión de la Corte representaba la última instancia institucional respecto de los conflictos constitucionales que pudieran surgir dentro de la comunidad. En contra de dicha visión, el entonces presidente Jefferson se mostraba hostil a la idea de la supremacía judicial y defendía un papel más prominente de los poderes políticos en la definición y puesta en práctica de la Constitución. En definitiva, esta última postura — conocida como teoría «departamentalista» o «concurrente» — sostenía que ninguna de las ramas del gobierno podía arrogarse superioridad sobre las otras a la hora de interpretar el significado de la Constitución. Examinando estos debates, y a lo largo de todo su libro, Kramer deja claras dos cosas: el arraigo de esta dicotomía en la historia norteamericana, y el rechazo constante de la última posibilidad — la supremacía judicial — en la etapa fundacional del constitucionalismo norteamericano (y aún más allá de dicha etapa) (Gargarella, 2006).

Larry Kramer, Decano de la Escuela de Derecho de la universidad de Stanford, y quien publicara “We the Court” en la *Harvard Law Review* (2001) y “The people themselves. Popular Constitutionalism and judicial review”, Oxford University Press, 2004, New York, sugiere entonces que el origen del constitucionalismo popular se encuentra en Thomas Jefferson, quien discutía la “supremacía judicial”. ¿Por qué deben ser los jueces y los Tribunales los que interpretan nuestra Constitución? ¿Por qué no devolvemos esta potestad al pueblo?

Kramer, por ejemplo, define al «constitucionalismo popular» como la visión conforme a la cual

quienes gobiernan tienen la obligación de hacer lo mejor para interpretar la Constitución mientras sacan adelante sus tareas cotidianas de gobierno, pero donde su interpretación no resulta autoritaria, sino que se encuentra sujeta a la supervisión y corrección directa por parte del mismo pueblo, entendido éste como un cuerpo colectivo capaz de actuar y expresarse independientemente (Kramer, 2004).

Una respuesta crítica a Kramer que no podemos ignorar es la de Richard Posner, quien se muestra escéptico a esta reconstrucción histórica y prefiere más bien dejarla a los “historiadores profesionales” del constitucionalismo. Sugiere, más bien, una simplista y más “clásica” visión de la historia norteamericana que emula el “modelo de tres etapas francés de Mirabeau-Robespierre-Napoleón”, es decir, la revolución burguesa (en el caso norteamericano liderada por los federalistas), la que despierta una reacción extremista y anti-burguesa (liderada por los republicanos Jefferson y Jackson a partir de 1800), y una restauración burguesa (en los Estados Unidos tras la derrota de Van Buren).

Esta restauración convirtió a Estados Unidos en la “quintaesencia de la república burguesa que aún sigue siendo, con derechos de propiedad y contratos garantizados por jueces profesionales, y con un derecho constitucional que se tiene por derecho ordinario, más que como un producto de la voluntad popular”. Para él, la vuelta a la etapa del constitucionalismo popular sugerida por Kramer resulta tan poco esperable como el retorno de Francia a la etapa termidoriana. Con ironía, se pregunta entonces en qué “town meeting” se podrían reunir millones de personas, y por qué apoyarse en el juicio de “ciudadanos ordinarios” que “no han leído nunca la Constitución”. Y aunque se muestra comprensivo frente a las “náuseas” que parecen sentir Kramer y algunos de sus colegas frente al papel central adquirido por los tribunales, y a su burocrático y poco atractivo modo de actuar, Posner simplemente no entiende cómo puede ser deseable (o posible) la alternativa del constitucionalismo popular, que él define como “populismo tout court” (Gargarella 2006).

Trabajos como los de Kramer se basan, en su opinión, en una lectura sesgada de la historia que culmina con la “equiparación de la revisión judicial al monopolio judicial sobre la verdad constitucional”. De hecho, nuestro esfuerzo en este trabajo va en línea con estas palabras de Posner, en recorrer la historia constitucional para reforzar nuestra comprensión del constitucionalismo, y al mismo tiempo nuestra oposición al constitucionalismo popular, aunque no pensamos de ningún

modo —y es necesario aclararlo— que “nuestra” mirada pueda o deba ser considerada como la “verdad constitucional”. Valoramos el sentido crítico. Valoramos los esfuerzos por reflexionar una vez más sobre los mismos problemas que atendieron en su momento los Padres Fundadores, aunque en este caso rechazamos la argumentación.

El propio Gargarella, sostiene que

En lo personal, [...] las objeciones que se le hacen al “constitucionalismo popular — versión de Kramer— en cuanto a la reconstrucción histórica de la que parte, se encuentran parcialmente justificadas. Mi propia lectura de la historia constitucional norteamericana se asemeja mucho más al esbozo que, grosso modo, sugiere Richard Posner en su crítica. Sin embargo, así como creo que autores como Kramer magnifican la presencia de un “constitucionalismo popular” a lo largo de dicha historia, entiendo que es también cierto que la “historia oficial” desdibuja estos rasgos progresistas hasta convertir a la misma en una historia montada sobre una ausencia evidente: la del propio pueblo norteamericano. La de ellos es una historia de abogados y jueces, en la que la ciudadanía sólo resulta invocada, pero no tiene voz.

Fernando N. Barrancos y Vedia, en su comunicado del 28 de octubre de 2009, en sesión privada a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, también se coloca en línea con Posner al recordarnos que, si bien el caso “*Marbury v. Madison*”, del año 1803, fue el inicial en la consagración de esa doctrina, cuadra reconocer que ya antes, en “*El Federalista*”, N° 78, del año 1788, Alexander Hamilton había sentado las bases fundamentales de esa doctrina, al consignar que

los tribunales de justicia fueron designados para formar un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura a efectos, entre otras cosas, de mantener a la legislatura dentro de los límites señalados a su autoridad. La interpretación de las leyes compete privativa y especialmente a los tribunales. La Constitución es y debe considerarse por los jueces como la ley fundamental. En manera alguna supone tal deducción superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo. Sólo supone que el poder del pueblo es superior al de ambos, y donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, está en oposición a la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deben regirse por ésta más bien que por aquélla. Deben ajustarse en sus fallos a las leyes fundamentales, antes que a aquellas que no lo sean (Barrancos y Vedia 2009).

Volviendo ahora a la argumentación de los “constitucionalistas populares”, Jefferson fue uno de los primeros en presentar críticas, afirmando que el texto de la Constitución no autorizaba explícitamente el control judicial de las normas, que los constituyentes de 1787, *the “framers”*, no buscaron otorgar al Poder Judicial tan extraordinario poder, y que las teorías y prácticas anteriores a la Convención, no eran suficientemente claras y amplias como para legitimar tal conducta.

Alguno años más tarde, en 1825, hubo otro fallo que se sumó al de “Marbury vs Madison”. Se trata de “Eakin vs. Raub”, donde la Corte Suprema del estado de Pensilvania, por el voto del juez Gibson, atacó los fundamentos históricos de la “judicial review” y la decisión del caso “Marbury”. Aunque la literatura también recuerda que “veinte años más tarde el mismo juez Gibson sostuvo que el concepto de la revisión judicial podría adoptarse por necesidad antes que por precisión histórica”.

En un famoso artículo publicado por James Bradley Thayer en 1893 en la *Harvard Law Review*, titulado “The origin and scope of the American doctrine of Constitutional Law” se sostenía que los jueces debían actuar con extrema prudencia para poder ejercer el “judicial review” y que un mero error de los poderes políticos no era suficiente para poder declarar la inconstitucionalidad de sus normas o actos (Barrancos y Vedia 2009).

Agrega Barrancos y Vedia (2009) que Oliver Wendell Holmes, Louis Brandeis y Felix Frankfurter siguieron esta postura sugerida por Thayer. A mediados del siglo XX, en el famoso debate de Learned Hand, que publicó “The Bill of Rights” de la Harvard University Press en 1958, se sostenía que el control judicial “no era sino una condición práctica para el funcionamiento exitoso del sistema constitucional pues sin un árbitro cuyas decisiones fueran finales, el sistema entero colapsaría”. Las argumentaciones de Hand fueron contestadas al año siguiente por el profesor Herbert Wechsler, de la Universidad de Columbia, en *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, pub. en *Harvard Law Review*, 1959. Sostenía que los jueces debían aplicar principios valorativos neutrales, que trascendieran cualquier resultado inmediato de la decisión judicial, dependiendo así el “judicial review” de esos parámetros.

Alexander Bickel (1962) sostenía que los jueces, “careciendo de influencia final y última sobre la espada o la bolsa, podría decirse que carecían de la fuerza o de la voluntad, contando simplemente con discernimiento, y luego podría esperarse que se conserven como la rama de gobierno menos

peligrosa” (The Federalist, 78). Agrega Bickel la “dificultad contramayoritaria”, aspecto que nosotros tratamos con anterioridad y sobre lo que volveremos más adelante:

¿por qué un grupo reducido de personas no elegidas directamente por el pueblo pueden impedir la aplicación de normas dictadas por los representantes del pueblo? (Barrancos y Vedia 2009)

El profesor Charles L. Black (1960), entre otros, explica que el control judicial cumple una función vital en un sistema constitucional como el que desarrollamos en la primera sección, no pudiendo comprender “cómo un gobierno de poderes limitados podría vivir sin la existencia de algún órgano que desempeñe esa función”, así como que el control judicial de constitucionalidad es el medio que el pueblo ha elegido como auto-restricción a través del derecho”, sosteniendo que *tener votos es una “excusa insuficiente para violar la Constitución”*.

En el caso de los redactores de la Constitución de los Estados Unidos se evitó ofrecer un poder ilimitado en las manos de la mayoría aritmética, sabiendo que ello habría de conducir a la tiranía de la mayoría. Por el contrario, buscaban el gobierno de la mayoría con el consentimiento de la minoría, o sea querían mayorías razonables, cuyo poder estuviera frenado por intereses opuestos.

Al declaración de inconstitucionalidad de una ley ratifica y hace efectiva la supremacía de la Constitución Nacional, que es el texto básico que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo.

Barrancos y Vedia (2009) concluyen para el caso argentino que si “el pueblo de la Nación quisiera dar al Congreso atribuciones más extensas que las que ya le ha otorgado o suprimir alguna de las limitaciones que le ha impuesto, lo haría en la única forma que el mismo ha establecido al sancionar el art. 30 de la Constitución (Fallos: 137:47, caso “Horta c/ Harguindeguy”, del 21 de agosto de 1922, voto mayoritario de los Dres. Damaso Palacio, José Figueroa Alcorta, Ramón Méndez).

Lo dicho, nos permite ahora conectar los puntos 1 y 2 establecidos al comienzo de esta sección, dado que la supremacía judicial le quitaría al pueblo lo que es del pueblo, contradiciendo con ello los valores democráticos. La Constitución, según los defensores del constitucionalismo popular, fue creada por el pueblo y pertenece al pueblo, no a los jueces.

El profesor de la Universidad de Harvard, Mark Tushnet (1999) sostiene la incompatibilidad del “judicial review” con el sistema democrático, que los problemas constitucionales podrían ser resueltos adecuadamente por el pueblo a través de los mecanismos ordinarios de discusión política, y que los líderes políticos hablan por el pueblo y son los únicos que pueden identificar sus intereses vitales. Cita que ni en Gran Bretaña ni Holanda cuentan con control de constitucionalidad de las leyes y que una enmienda constitucional debiera prohibir dicha práctica.

Tushnet alienta a la población a que asuma la responsabilidad de proteger por sí misma sus derechos y sus libertades. Pues –dice– custodiarlas no es el dominio de los jueces, sino una obligación de la ciudadanía.

Volviendo a Kramer, éste cuestiona la atribución de la Corte Suprema de ser la intérprete final de la Constitución, sosteniendo que el pueblo es quien debe interpretarla, así como que las decisiones de la Corte Suprema deben ser sometidas a una discusión popular pudiendo ser rechazadas por el pueblo. Kramer se manifiesta partidario del modelo europeo de control concentrado de constitucionalidad, así como que los jueces deben designarse por mayorías especiales y deben acortar su duración en el cargo. Lo cierto es que la construcción de Kramer sobre el constitucionalismo popular no es muy clara. Las interpretaciones constitucionales de la Corte Suprema, dice, deben ser sometidas a una especie de conversación nacional y estar sujetas a ser rechazadas por el pueblo.

Es de agregar que esta discusión está entre los partidarios y los críticos del “popular constitutionalism”; hay muchos otros prestigiosos autores que han desarrollado sus posiciones a favor o en contra de esa postura: así Jeremy Waldron en contra del judicial review, y Larry Alexander, Laurence Tribe y Barry Friedman, a favor.

Barrancos y Vedia (2009) nos recuerda un documento de James Mc Gregor Burns (2009) donde critica el control judicial de constitucionalidad:

[A]conseja que los sostenedores del control judicial inicien el procedimiento de enmienda –que llama “el tortuoso proceso de la enmienda constitucional” (pág. 252) –dice– para que el control judicial de constitucionalidad sea eventualmente “legitimado o constitucionalizado”. Pero olvida que en los Estados Unidos el “control judicial” de constitucionalidad existe desde hace más de doscientos años, a partir de la sólida argumentación del caso “Marbury v .Madison”, sin que los contradictores de

ello hayan nunca siquiera enunciado la posibilidad de tacharlo de inconstitucional borrándolo expresamente del sistema. A lo largo de la historia constitucional de los Estados Unidos nunca se ha iniciado un procedimiento de *impeachment* o juicio político contra un juez de la Corte Suprema basado en tal circunstancia.

El Dr. Genaro R. Carrió (1990) critica a quienes se oponen al control judicial de constitucionalidad en cuanto afirman que es incompatible con el principio de gobierno de la mayoría, y señala que “el principio de la protección de los derechos de las minorías, tan importante como el otro para caracterizar las instituciones democráticas no resulta prima facie valorado por esta concepción”.

El Dr. Carrió continúa diciendo, con afirmaciones que cuentan con mi total coincidencia y apoyo que

tal como es inadmisibles designar a los jueces por sufragio popular, también lo sería someter sus proyectos de decisiones a la aprobación de la mayoría del electorado, aun en casos de notorio interés institucional (como por lo común son aquellos en que se debate la validez constitucional de una ley). Lo mismo habría que decir del recurso al referéndum popular para que el electorado decida si debe o no mantenerse un fallo que se ha rehusado a aplicar una ley por considerado inconstitucional. *El ciudadano medio carece en principio de suficiente información para pronunciarse respecto de cuestiones constitucionales. Éstas suelen ser complejas y la mayoría de los casos es difícil predecir las implicaciones inmediatas y mediatas de una solución en tal o cual sentido*” (Carrió, 1990, la cursiva es nuestra).

Cabe señalar –para el caso argentino– que en ocasión de la reforma constitucional de 1994, en el nuevo art. 43, referente a la acción de amparo, se permite al juez declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva. De tal manera se ha reconocido expresamente en el texto constitucional de nuestro país, la atribución de un juez de declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica.

Barrancos y Vedia (2009) nos recuerdan que

Nuestra Corte Suprema ya había adoptado los principios del control judicial desde los casos “Sojo” de 1887, y “Municipalidad de la Capital c/ Elortondo” de 1888, o aun de casos anteriores lo cual demuestra que por espacio de más de 107 años, el Alto Tribunal había adoptado tal criterio aun sin norma constitucional expresa al respecto.

De tal manera, pensamos junto a los autores reseñados que el control judicial de constitucionalidad de las normas y actos emanados del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo, continúa siendo uno de los elementos fundamentales del estado constitucional de derecho, basado en la limitación de los poderes del Estado y en la supremacía de la Constitución Nacional y que el llamado “popular constitutionalism” habría de desembocar en un populismo amorfo y sin reglas claras ni permanentes, lo cual significaría lisa y llanamente el fin del Estado constitucional de derecho en los Estados Unidos y en la Argentina, y el derrumbe final de la delicada estructura de frenos y equilibrios fundamentales para la vigencia armónica de la Constitución y de las leyes.

### **Parte 3: La economía constitucional**

La economía constitucional está íntimamente relacionada con el Public Choice o Escuela de la Elección Pública, la que se ha conformado con los aportes fundamentales de James M. Buchanan, pero también de sus coautores Gordon Tullock y Geoffrey Brennan, entre otros. Estos autores construyen sus aportes con variadas influencias, entre las que se encuentra la literatura clásica de la filosofía política, ya resumida en la primera parte.

Podrá preguntarse el lector el motivo por el cual incluimos aquí referencias a esta línea de pensamiento. Al respecto, cabe citar a Alejandra Salinas:

La contribución de James M. Buchanan a la economía política moderna ha sido reconocida por los economistas (recibió el Premio Nobel de Economía en 1986), pero su pensamiento es menos conocido entre los filósofos políticos, aunque muchas de sus obras abordan cuestiones cruciales como la base de la legitimidad política, la justificación de la democracia y la lógica del diseño constitucional (Salinas 2012).

Pensamos, en línea con Salinas (2012), que Buchanan puede fortalecer nuestra argumentación contraria al constitucionalismo popular, y al mismo tiempo conformar una nueva etapa en la historia constitucional, además de contribuir a que los politólogos incluyan entre sus herramientas de análisis a la economía.

#### *1. La historia constitucional como base analítica del pensamiento de Buchanan*



En conexión con lo planteado en la primera parte, Buchanan señala una diferencia fundamental con Hobbes, y se alinea con Locke, Sidney, Montesquieu, Hume, los federalistas y otros al defender la necesidad de la limitación del gobierno:

Para Hobbes, el gobierno ilimitado es la única alternativa al caos anarquista. Sostuvo que todas las personas estarían dispuestas a someterse a la voluntad sin controles del soberano, a cambio de la seguridad personal que este último se compromete a garantizar, y que, de hecho, está en consonancia con el propio interés del soberano. El déspota hobbesiano es preferido por todos a la jungla hobbesiana, donde la vida, para todo el mundo, tiende a ser pobre, desagradable, brutal y corta (Brennan y Buchanan, 1980: Cap.1, par. 6).

En el mismo sentido, Buchanan argumentaba que

El liberal clásico se encuentra en oposición a Hobbes, quien modela a las personas como buscadores universales de poder y autoridad [y] no pudo ver que el orden es posible sin ejercer un poder sobre otros (Buchanan, 2008, p. 58).

Por el contrario, en el modelo de Buchanan *el gobierno ilimitado es contemplado como un posible camino de regreso a la jungla y por ello insiste en limitarlo*. Nótese que lo que lleva al gobierno a extra limitarse es un comportamiento egoísta, que puede resultar más esperable en el caso de los funcionarios del gobierno, pues éstos administran recursos ajenos y utilizan la fuerza y la coerción sobre otros. Frente a este peligro, las sociedades deben adoptar instituciones que frenen o sancionan tales comportamientos. Buchanan señala la necesidad de imponer restricciones sobre ellos remitiendo a Hume:

Al restringir cualquier sistema de gobierno y fijar diversos frenos y controles de la Constitución, debe suponerse que todo hombre es un bribón y que sus acciones no tienen otro objetivo que el interés privado (Brennan y Buchanan, 1985, cap.4, par. 40).

De hecho, el axioma fundamental del Public Choice es justamente éste, conocido hoy como la “economía sin romance”. Si en economía asumimos que un individuo siempre persigue su propio beneficio, ¿por qué ese mismo sujeto una vez que se convierte en funcionario perseguirá el bien común, al margen de sus propios intereses individuales? El “homo politicus” es “homo

economicus” y, al igual que un empresario, el hacedor de políticas públicas actúa fundamentalmente guiado por su propio interés. (Ravner 2009)

Nótese que este mismo concepto fue expuesto por el propio Thomas Jefferson:

Algunas veces se dice que no se le puede confiar al hombre el gobierno de sí mismo. ¿Puede, entonces, confiársele el gobierno de los demás? ¿O hemos encontrado ángeles que asumen la forma de reyes para gobernarlo? Dejemos que la historia conteste esta pregunta.

## *2. La Escuela de la Elección Pública y la Regla de la Unanimidad*

Decía Buchanan que quitándonos las “gafas rosadas”, según sus propias palabras, con las que percibimos a la política, podremos verla como lo que realmente es (Buchanan, 1984 [1979]).

Wicksell decía a los economistas: dejen de actuar como si estuviesen aconsejando a un déspota benévolo. No los van a escuchar de todos modos, así que deténganse; desperdician su tiempo y gastan sus fuerzas. Y dijo: si quieren mejorar los resultados políticos, entonces tienen que cambiar las reglas. Nunca van a lograr que los políticos hagan otra cosa que representar los intereses de los votantes a quienes representan. Así que si tienen una cámara legislativa, deberán esperar que el congreso genere resultados que gozarán del apoyo de la mayoría de los grupos representados por esta legislatura. Puede o no surgir un resultado eficiente de esto, pueden o no surgir buenos proyectos que valgan su costo. ¿Cómo cambiar esto? Cambiando las reglas, avanzando de la regla de la mayoría hacia la regla de unanimidad, hacia un consenso (Buchanan, 2001).

De esta forma, Buchanan pone en cuestión uno de los conceptos elementales de la democracia representativa: la delegación de los asuntos de los ciudadanos en manos de políticos profesionales. Precisamente, esta delegación hace que las pensiones, la educación, la salud, las relaciones laborales y también el medio ambiente queden a merced de decisiones burocráticas en manos de políticos que no necesariamente se guían por el “bien común”.

Pero, ¿cuál es la alternativa a este paradigma? Buchanan, siguiendo a Wicksell, propone un cambio de reglas. Imaginemos que se presenta un proyecto público, ¿cómo estar seguros que amerita el gasto? Buchanan afirma que “el costo lo amerita si los que se benefician pagan lo suficiente para cubrir los costos del proyecto. Así que debe haber algún tipo de arreglo o esquema tributario por

medio del cual uno puede lograr un acuerdo general unánime. Se puede utilizar la regla de la unanimidad como una medida contra la cual se calcula el nivel de eficiencia en el sector público” (Buchanan, 2001).

La regla de la unanimidad se presenta como la contrapartida “política” del óptimo de Pareto. Alcanza el óptimo porque implica la adhesión voluntaria a un determinado orden social por parte de “todos” los participantes, o en términos económicos, elimina la posibilidad de externalidades negativas como resultado de decisiones colectivas. Claro que, al mismo tiempo, la unanimidad en la toma de decisiones colectivas eleva considerablemente el costo esperado en la toma de decisiones. Teniendo en cuenta estos costos, que pueden llegar en muchos casos a impedir la toma de decisiones, Buchanan y Tullock sostienen que el individuo enfrentado a una elección constitucional podría decidir voluntariamente aceptar alguna regla menos rigurosa para la decisión de cuestiones de menor importancia.

Por esa razón, cuestiones tales como el respeto a la vida, la propiedad y otros derechos individuales requerían del consenso unánime, mientras que otro tipo de decisiones menores podrían ser tomadas con grados de consenso menores, y por ende, con costos decisorios también menores.

Este principio llevó a Buchanan a trabajar en lo que hoy se conoce como Economía Constitucional:

Mientras se tenga una constitución con la cual las personas están en consenso básico, se puede procurar ciertos resultados en términos de las reglas operativas que la constitución permite desarrollar. Desplazamos la norma wickseliana [de la unanimidad] hacia el nivel constitucional y argumentamos que, de hecho, es más probable alcanzar un acuerdo con ese nivel por la sencilla razón de que las personas no conocen el impacto que una regla particular tendrá sobre su interés personal identificable. Es más probable alcanzar un consenso entre más elevada sea la regla (Buchanan, 2001).

La pregunta que surge entonces es: ¿a qué nivel corresponde una decisión acerca del grado de la gobernabilidad de la organización social? Para algunos, sobre todo economistas utilitaristas, se requiere una aproximación caso a caso y un cuidadoso análisis empírico para medir los pros y contras de la centralización y la descentralización, pese a que admiten que la heterogeneidad de las preferencias e intereses individuales lleva a que las distintas alternativas favorezcan o dañen

determinados intereses, con lo cual resulta difícil alcanzar conclusiones sin el apoyo de juicios de valor. Esto es así porque sus modelos llevan implícito un modelo político basado en un déspota benevolente y eficaz que persigue (y alcanza) el bien común. Esto se articula principalmente en la denominada “función de bienestar social”, el “bien común” que el déspota ilustrado habrá de perseguir. Otras escuelas económicas, particularmente la de la Escuela Austríaca o el *Public Choice*, abandonan —como dijimos— esa presunción de benevolencia reemplazándola con la indiferencia (o incluso con la malevolencia). Siguiendo con la aplicación de las herramientas del análisis económico a la política, Buchanan, tal como lo hiciera Tiebout (1956) originalmente, también asimiló el consumidor al votante quien, de la misma forma en que elige en el mercado lo que considera los mejores bienes y servicios, según sus necesidades, elige también la comunidad “que mejor satisface sus preferencias por bienes públicos”.

### *3. La democracia limitada e ilimitada en la economía constitucional*

Mostramos en la segunda parte de este trabajo que en el constitucionalismo popular los límites establecidos por la historia constitucional son comprendidos como un límite a la democracia o como un cuerpo de ideas contrario al pueblo y a las mayorías. Nos queda entonces un aspecto importante por tratar respecto del lugar que la democracia recibe bajo esta lectura de la historia constitucional. Recordemos que los propios Padres Fundadores de Estados Unidos fueron reacios a utilizar el concepto “democracia” en la Constitución, y lo reemplazaron más bien por el de “república”.

Diremos que la historia constitucional se opone a la “democracia ilimitada” o “democracia de masas”, mientras que es compatible con una “democracia limitada”. Por democracia ilimitada entendemos aquella situación en la que una persona o grupo de personas elegidas por la mayoría del pueblo puede atentar contra la vida, la libertad individual o la propiedad de las minorías; mientras que “democracia limitada” trata de aquella situación en la que las mayorías eligen al gobierno, pero éste debe regirse por reglas, como una Constitución, las que deben preservar los derechos fundamentales de todos, incluso los que no eligieron al gobierno en cuestión.

El propio Buchanan nos puede ayudar en este sentido, en particular en una conferencia presentada ante la Mont Pelerin Society en 1981, en Santiago de Chile, donde *enfrentó la democracia ilimitada*

*con la democracia limitada*. Préstese atención a la postura que el autor presenta para abrir su conferencia:

Al preparar este trabajo sobre el tema señalado en el título, mi primera reacción fue asombrarme de que alguien pudiera sostener seriamente la idea de una “democracia ilimitada” en cualquiera de sus formas o modalidades. En sentido literal, la “democracia ilimitada” presumiblemente permitiría a una mayoría o a una pluralidad de votantes —ya sea a través de plebiscitos, referenda o asambleas elegidas— hacer cualquier cosa, en el momento que se les ocurra y a quienes les plazca. El significado totalitario de la “democracia ilimitada”, definida e interpretada en este sentido, ha sido reconocido por lo menos desde los tiempos de los primeros autores griegos sobre política. Aunque la teoría política ha retrocedido durante nuestra era, especialmente a partir del siglo XVIII, no creo que sea posible, aun en 1981, encontrar a alguien que defienda sinceramente un régimen mayoritario totalmente irrestricto (Buchanan, 1981, p. 37).

Aquí no hay espacio para retroceder hasta el pensamiento griego, pero sírvase el lector de unas pocas referencias contra la “dictadura de las mayorías”, como la que nos ofreciera Tocqueville, Herbert Spencer, Friedrich Hayek, Giovanni Sartori y el propio Buchanan:

La mayoría no es omnipotente. Por encima de ella, en el mundo moral, se encuentran la humanidad, la justicia y la razón (Tocqueville, 1835, p. 368).

En cuanto a mí, cuando siento que la mano del poder pesa sobre mi frente, poco me importa saber quién me oprime; y por cierto que no me hallo más dispuesto a poner mi frente bajo el yugo porque me lo presenten un millón de brazos (Tocqueville, 1835, p. 397).

La función del liberalismo en el pasado era poner límites a los reyes. La función del liberalismo en el futuro será la de establecer límites a los poderes del parlamento (Spencer, 1884, p. 209).

Debo sin reservas admitir que si por democracia se entiende dar vía libre a la ilimitada voluntad de la mayoría, en modo alguno estoy dispuesto a llamarme demócrata (Hayek, 1979, vol. III, p. 39).

[C]uando la democracia se asimila a la regla de la mayoría pura y simple, esa asimilación convierte un sector del demos en no-demos. A la inversa, la democracia concebida como el gobierno mayoritario limitado por los derechos de la minoría se

corresponde con todo el pueblo, es decir, con la suma total de la mayoría y la minoría (Sartori, 1987, Vol. I, p. 57).

En la medida en que se permita a la acción colectiva quebrar los límites impuestos por los beneficios mutuos del intercambio, tanto directos como indirectos, la comunidad ha dado un gran paso atrás hacia la selva anarquista o no ha podido dar el principal paso para salir de esta selva en primer lugar (Buchanan, 2009).

Concluyendo, nuestros derechos a la vida, la libertad y la propiedad, a la libertad de expresión, la prensa libre, la libertad de culto y de reunión y otros derechos fundamentales no pueden subordinarse al voto, no dependen del resultado de ninguna elección.

Cabe cerrar con unas referencias a Friedrich Hayek, premio Nobel en Economía de 1974, a quien Buchanan le reconoce una influencia central, aspecto que se hace evidente en su tratamiento de los “fallos de la política”. El autor ha escrito extensamente sobre esta temática tanto en sus “Fundamentos de la Libertad” (1960) como en su obra clásica, en tres volúmenes, “Derecho, Legislación y Libertad” (1973, 1976, 1979). Aquí remitimos sólo a tres párrafos de una entrevista que compartió con Álvaro Alsogaray en su visita a la Argentina de 1977.

Lo que usted llama ‘democracia de masas’ es lo que yo he denominado ‘democracia’ o —mejor dicho— ‘gobierno con poderes ilimitados’. Esto quiere decir que los gobiernos surgidos de una mayoría electoral, por una deformación del concepto de democracia, se consideran investidos de una autoridad sin límites y de un poder discrecional prácticamente absoluto para hacer todo lo que consideran conveniente hacer. El problema surge de que se da por supuesto que en una democracia los poderes de la mayoría deben ser ilimitados, y que un gobierno con poderes ilimitados debe usarlos para asegurar los intereses de esa mayoría. El gobierno se verá así forzado, para asegurarse el apoyo continuado de esa mayoría, a hacer uso de sus poderes ilimitados en favor de intereses especiales, esto es, de los grupos que la componen, tales como comerciantes, sindicatos, habitantes de regiones particulares, etc. Esto es especialmente visible en el terreno económico, en el cual el gobierno se verá obligado a intervenir para complacer a los grupos de la mayoría que se desean que se haga una excepción a su favor. En tales condiciones, un partido político que espera alcanzar y mantener el poder apenas tendrá más opción que la de utilizar sus poderes para comprar el apoyo de los grupos particulares. En la práctica esto significa que incluso un estadista íntegramente consagrado al interés común de todos los ciudadanos se encontrará en la necesidad constante de satisfacer intereses especiales, porque solamente así podrá

retener el apoyo de la mayoría que necesita para conseguir lo que es realmente importante para él.

[...] Cualquier gobierno en las condiciones que hemos comentado intervendrá en la economía no porque la mayoría sea ‘intervencionista’ sino porque el partido que lo apoya no retendría la mayoría si no comprara el apoyo de grupos particulares con la promesa de ventajas especiales. Desde hace algún tiempo estoy convencido de que lo que amenaza a la economía de mercado no es únicamente el deliberado intento de las diversas especies de colectivistas para reemplazarla por un sistema planificado, ni tampoco las consecuencias de las nuevas y erróneas políticas monetarias: las instituciones políticas que prevalecen en el mundo occidental producen necesariamente un impulso en esa dirección, el cual tan solo puede detenerse o evitarse cambiando esas instituciones. Yo he llegado tardíamente a estar de acuerdo con Schumpeter, quien sostuvo hace treinta años que había un conflicto irreconciliable entre la democracia y el capitalismo, salvo que no es la democracia como tal, sino las formas particulares de organización democrática —consideradas ahora como las únicas formas posibles de democracia—, lo que producirá una expansión progresiva del control gubernamental sobre la vida económica, aun cuando la mayoría del pueblo desee conservar una economía de mercado.

[...] Creo que ese problema no es sólo de ustedes [los latinoamericanos]; en mi opinión abarca a todo el mundo occidental. La democracia que durante más de cien años hemos conocido en Gran Bretaña se apoyaba en tradiciones muy arraigadas de preeminencia de los derechos individuales y de limitación de los poderes del Estado. En la medida en que esas tradiciones se han ido abandonando durante las últimas décadas, también ese país ha comenzado a experimentar los conflictos analizados.

Hayek comprendió tempranamente que la voluntad de la mayoría ya no determina lo que el gobierno hace, sino que el gobierno se ve forzado a satisfacer todo tipo de intereses especiales para lograr la mayoría. James M. Buchanan agregó más tarde lo que hoy se conoce como “los fallos de la política”: dado que los beneficios del gasto público se concentran en pequeños grupos y los costos se dispersan en un gran número de personas, los primeros tienen incentivos para reclamar el beneficio de ciertas partidas presupuestarias, pero los segundos no tienen incentivos para invertir tiempo en oponerse. De esta manera, el resultado final no siempre es el que las mayorías quisieran, sino que los incentivos del juego de la política nos conducen a un resultado indeseado, incluso por las mayorías.

## Reflexiones finales

La literatura expuesta intentó mostrar que el constitucionalismo popular se opone en buena medida a la historia constitucional. Por el contrario, la economía constitucional se construye bajo las mismas premisas de los autores clásicos de la filosofía política, extendiendo sus avances a los tiempos modernos.

Como señalamos arriba, sin embargo, los defensores del constitucionalismo popular tienen aún lagunas y contradicciones difíciles de sortear para quienes estudiamos el movimiento desde afuera. Tomemos por caso la consideración de Roberto Gargarella (2006), quien afirma que “no es nada obvio que los constitucionalistas populares quieran que las decisiones sean fundamentalmente un reflejo de las opiniones mayoritarias”. Sírvase como ejemplo de ello la referencia de Barry Friedman quien sostiene que “la Constitución no puede significar sólo lo que la mayoría desee [...] pues de lo contrario se equipararía el constitucionalismo a la política común” (Friedman, 2005, pp. 2599-2601).

De nuestra parte, solo nos queda haber aprovechado esta oportunidad para volver sobre las bases del constitucionalismo y resumir sus expresiones modernas, además de ofrecer argumentos para enfatizar la necesidad de defender las reglas y el marco constitucional.

Para cerrar, podemos recordar aquella historia de Homero, el poeta de la Antigua Grecia, sobre Ulises y las sirenas. Ulises había escuchado que las sirenas seducían a los marineros de las embarcaciones con sus cantos para asesinarlos después. Si analizáramos la situación, el plan óptimo de los marineros sería navegar cerca de las sirenas, escuchar su bello canto, pero alejarse lo suficientemente pronto para evitar la muerte. Pero dado que Ulises conocía el fin de la historia, se da cuenta que *ex-ante* la política óptima sufre de inconsistencia temporal. Ulises encuentra una solución al problema. Pide a sus compañeros que se tapen los oídos y lo aten a un mástil, y que, no importa lo que suceda, cualquier orden posterior sea ignorada, sea desatarlo o destaparse los oídos. Si bien no es óptima, porque los marineros se perderían el bello canto de las sirenas, esta solución les permitirá a los tripulantes mantenerse alejados del peligro, salvando sus vidas, su nave y su tripulación.



Cuando la embarcación pasó frente a las sirenas, efectivamente Ulises exigió a sus hombres que lo soltaran y llevaran la embarcación hacia ellas. Pero sus hombres respetaron el plan original, ignoraron la orden y salvaron sus vidas, la de Ulises y la embarcación.

La moraleja de esta historia para la política constitucional es clara. Anticipándonos a los problemas de la política, ya conocidos por todos a lo largo de la historia de la humanidad y descritos teóricamente bajo los fallos de la política que estudia el *Public Choice*, conviene establecer *a priori* un marco de reglas constitucionales que definan límites a la acción de gobiernos elegidos democráticamente. De otro modo, el gobierno no podrá evitar verse seducido por el canto del pueblo.

## **Bibliografía**

Balkin, Jack (1995), “Populism and Progressivism as Constitutional Categories,” *Yale Law Journal* vol. 104: 1935.

Barrancos y Vedia, Fernando N. (2009). “El constitucionalismo popular en los Estados Unidos”, Comunicado en sesión de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 28 de octubre de 2009.

Bastiat, Frédéric (1850). “La Ley”, en C. Mazzina (2007). *Controlando al Leviatán*, Fundación Hayek, Buenos Aires.

Beccaria, Cesare (1994) [1764]. *De los delitos y de las penas*, Barcelona, Altaya.

Benegas Lynch (h), Alberto (2008). *Estados Unidos contra Estados Unidos*, Fondo de Cultura Económica, Colección de Política y Derecho, México.

Brennan, Geoffrey, y James M. Buchanan (1997) [1987]. *El poder fiscal*, Ediciones Folio, Barcelona.

Buchanan, James M. (1982). “Democracia limitada o ilimitada”, *Estudios Públicos* No. 6, Centro de Estudios Públicos, Chile.

Buchanan, James M. (1984) [1979]. “Política sin romanticismos: Esbozo de una teoría positiva de la elección pública y de sus implicancias normativas”, en Buchanan y otros, *El análisis económico de lo político*. Madrid: I.E.E

Buchanan, James M. (1986). “The Public Choice Perspective”, en *Liberty, Market and State: Political Economy in the 1980's*. New York: New York University Press

Buchanan, James M. (1995/1996). “Federalism and Individual Sovereignty”, *Cato Journal*, 15 (Fall/Winter): 259-68.

Buchanan, James M. (2001). “Mi Peregrinaje Intelectual”, en A. Ravier (2014). *Lecturas de historia del pensamiento económico*, Unión Editorial, 2da edición revisada y ampliada, Buenos Aires y Madrid.

Buchanan, James M. (2009). *Los Límites de la Libertad. Entre la Anarquía y el Leviatán*, Liberty Fund.

Buchanan, James M. y Gordon Tullock. (1980) [1962] *El cálculo del consenso*. Madrid: Espasa Calpe.

Carrió, Genaro R. (1990), “Nuestro sistema de control de constitucionalidad y el principio del gobierno de la mayoría. Propuesta de reformas normativas para hacerlos más compatibles”, *La Ley*, tomo 1990-C-I050.

Constant, Benjamín (1819). “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, en C. Mazzina (2007). *Controlando al Leviatán*, Fundación Hayek, Buenos Aires.

Friedman, Barry (2005). “Constitucionalismo popular mediado”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, 2005.

Gargarella, Roberto (2014). “El nacimiento del ‘constitucionalismo popular’,” *Revista de Libros*, Segunda Época, octubre de 2014.

Jefferson, Thomas (1776). “Borrador de la Constitución del Estado de Virginia” y “Reforma de la Constitución de Virginia”, en C. Mazzina (2007). *Controlando al Leviatán*, Fundación Hayek, Buenos Aires.

Jefferson, Thomas (1994) [1774-1826]. *The Life and Selected Writings of Thomas Jefferson*, Nueva York, Modern Library, A. Koch & W. Penden (eds.).

Hamilton, Alexander, James Madison y John Jay (1788). “El Federalista”, en C. Mazzina (2007). *Controlando al Leviatán*, Fundación Hayek, Buenos Aires.

Hayek, Friedrich (1960). *Los Fundamentos de la Libertad*, Unión editorial, Madrid.

Hayek, Friedrich (1973). *Derecho, Legislación y Libertad*, Vol. I, II y III, Unión Editorial, Madrid.

Hobbes, Thomas (2004) [1651], *Leviatán*, Ediciones Libertador.

Humboldt, William von (1791). “Ideas sobre el régimen constitucional del estado, sugeridas por la nueva constitución francesa” e “Ideas para un ensayo de determinación de los límites que

circunscriben la acción del estado”, en C. Mazzina (2007). *Controlando al Leviatán*, Fundación Hayek, Buenos Aires.

Hume, David (1752). “Ensayos Políticos”, en C. Mazzina (2007). *Controlando al Leviatán*, Fundación Hayek, Buenos Aires.

Kramer, Larry (2004). *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, Oxford.

Krause, Martín, Gabriel Zanotti y Adrián Ravier (2007). *Elementos de Economía Política*, Buenos Aires: Editorial La Ley.

Locke, John (1651). “Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil”, en C. Mazzina (2007), *Controlando al Leviatán*, Fundación Hayek, Buenos Aires.

Mancha Romero, Pedro Miguel (2009). “La Justicia como Equidad y el Constitucionalismo Popular. Aproximación al sujeto normativo en John Rawls y Larry Kramer”, *Revista de Derecho UNED*, no. 5, 2009.

Mazzina, Constanza (2007). *Controlando al Leviatán: Selección de Textos Clásicos Liberales*, Fundación Hayek, Buenos Aires.

Montesquieu, Charles Louis de Secondat, Barón de (1748). “Del Espíritu de las Leyes”, en C. Mazzina (2007). *Controlando al Leviatán*, Fundación Hayek, Buenos Aires.

Niembro, Roberto (2013). “Una mirada al constitucionalismo popular”, *Isonomía* No. 38, abril de 2013, pp. 191-224.

Paine, Thomas (1776). “Sentido Común”, en C. Mazzina (2007). *Controlando al Leviatán*, Fundación Hayek, Buenos Aires.

Ravier, Adrian (2009). “James M. Buchanan y el análisis económico de la política”. *Laissez Faire* No. 30-31, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, marzo-septiembre de 2009.

Salinas (2012), “Una crítica de la lógica populista desde la visión de James M. Buchanan”, Presentado en la Reunión Anual de la Association of Private Enterprise Education (APEE), Las Vegas 2012.

Sartori, Giovanni (1987). *La teoría de la democracia*, Madrid, Alianza.

Sidney, Algernon (1698). “Los discursos acerca del gobierno”, en C. Mazzina (2007). *Controlando al Leviatán*, Fundación Hayek, Buenos Aires.

Spencer, Herbert (1960) [1884]. *The Man versus the State*, Nueva York, The Caxton Press.

Tiebout, Charles M. 1956. “A Pure Theory of Local Expenditures”, *Journal of Political Economy*, 64 (Oct): 416-24.

Tocqueville, Alexis De (1963) [1835]. “La Democracia en América”, México, Fondo de Cultura Económica.

Unger, Robert (1996). *What Should Legal Analysis Become?* Londres: Verso Press.