

Democracia, libertad e igualdad: el constitucionalismo social entre el equilibrio, la autoridad y la intervención Estatal

Democracia, liberdade e igualdade: o constitucionalismo social entre o equilíbrio, a autoridade e a Intervenção Estatal

Democracy, freedom and equality: social constitutionalism among balance, authority and State intervention

Henrique Smidt Simon*
Daniel Augusto Vila-Nova**

Resumen

Este artículo presenta aspectos políticos y jurídicos del constitucionalismo social en el pasaje del siglo XIX para el XX. El problema de la nación y el debate Kelsen-Schmitt permiten un análisis comparado entre las constituciones de carácter social de México (1917) y de Brasil (1934). La hipótesis es que derechos individuales y sociales y una estructura democrática no bastan para proteger contra el autoritarismo cuando prevalece la retórica del nacionalismo y de la identidad. Hay que buscar el equilibrio democrático en la efectucción de esas dos categorías de derechos, a garantizar niveles de solidaridad social para allá de la nación.

Palabras-clave: Constitucionalismo social. Nacionalismo. Democracia. Derechos individuales y sociales.

Resumo

Este artigo apresenta aspectos políticos e jurídicos do constitucionalismo social na passagem do século XIX para o XX. O problema da nação e o debate Kelsen-Schmitt permitem uma análise comparada entre as constituições de caráter social do México (1917) e do Brasil (1934). A hipótese é a de que direitos individuais e sociais e uma estrutura democrática não bastam para proteger contra o autoritarismo quando prevalece a retórica do nacionalismo e da identidade. Deve-se buscar o equilíbrio democrático na efetivação dessas duas categorias de direitos, garantindo níveis de solidariedade social para além da ideia de nação.

Palavras-chave: Constitucionalismo social. Nacionalismo. Democracia. Direitos individuais e sociais.

Abstract

This article presents political and legal aspects of social constitutionalism in the passage from the 19th to the 20th century. The problem of the nation and the Kelsen-Schmitt debate allow a comparative analysis between the social constitutions of Mexico (1917) and Brazil (1934). The hypothesis is that individual and social rights and a democratic structure are not enough to protect against authoritarianism when the rhetoric of nationalism and identity prevails. We must seek a democratic balance in the implementation of these two categories of rights to guarantee levels of social solidarity beyond the nation.

Keywords: Social constitutionalism. Nationalism. Democracy. Individual and social rights.

1 Introducción

Hoy vivimos las consecuencias de los discursos de agotamiento del estado como el garante de la solidaridad social y el vaciado de la democracia, libertad e igualdad como valores jurídicos y políticos. La austeridad surge

*   Doutor em Direito Estado e Constituição pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - FD/UnB (DF). Professor do Programa de Mestrado Profissional em Direito da Escola de Direito e Administração Pública - EDAP/IDP (DF). Professor do PPGDHCV do UniEURO (DF). Professor da graduação em Direito do UniCEUB (DF). Advogado. E-mail: henrique.simon@gmail.com

**   Doutor em Ciência Política pelo Instituto de Ciências Humanas e Filosofia - ICHF/UFRJ (RJ). Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - FD/UnB (DF). Professor da Escola de Direito e Administração Pública - EDAP/IDP (DF). Advogado. E-mail: professorvilanova@gmail.com

como posición hegemónica en propuestas que mimetizan la metáfora del huevo de Colón. El estímulo al crecimiento económico, sin cualquier preocupación con la reducción de las desigualdades sociales, surge como pretexto para la empeora de las condiciones de vida. Lo que se percibe es el encubrimiento experiencia emblemática de los derechos sociales. Ese legado fundamental en la tradición del constitucionalismo de 1910 a 1940 tiene, cada vez más, su operatividad disminuida, con sus funciones relegadas al segundo plano en las decisiones políticas en la contemporaneidad.

Al mismo tiempo, identificamos el retorno de los discursos identitarios, conservadores y xenófobos. Discursos esos que demandan, de un lado, la unidad “nacional” del pueblo para la retomada de la solidaridad social y, paradójicamente, la negación de los derechos de libertad e igualdad a los extranjeros (o simplemente no ciudadanos, los que no son admitidos como parte del pueblo), por otro lado.

Ese momento puede ser comparado al agotamiento del liberalismo del siglo XIX y los nacionalismos del siglo XX, cuando la idea de suficiencia del mercado para la vida social fue reemplazada por la demanda de que el estado realizaría el bienestar de su pueblo, bien como su unidad ética. Así, este artículo busca una comprensión de los aspectos políticos y jurídicos del papel de los derechos sociales en el contexto de la concepción política del constitucionalismo social de la primera mitad del siglo XX.

El punto inicial es la presentación del problema de la nación y del nacionalismo, lo que aclara la prevalencia del estado sobre los derechos y como el estado asume la función de realizar la vida y la integridad de su pueblo, comprendido como unidad. En términos de teoría y normatividad constitucional esa prevalencia del Estado por encima de las personas está presente en el debate entre Kelsen y Schmitt en respecto a la relación entre democracia, estado y constitución.

A ese debate acrecentase un momento de análisis documental comparada de las constituciones de carácter social de México (1917) y de Brasil (1934). Se intenta hacer la relación entre los documentos, sus límites, los modelos de Estado y los autoritarismos que les son subyacentes. La hipótesis es que derechos individuales y sociales, mismo cuando se encuentran en una estructura constitucional democrática no bastan para proteger contra el autoritarismo cuando prevalece la retórica del nacionalismo y de la identidad. La solución es buscar el equilibrio democrático en la efectuación de esas dos categorías de derechos, a garantizar niveles más altos de solidaridad social para allá de la nación. Los autores creen que este estudio es fundamental para la discusión sobre democracia, libertad e igualdad en el contexto de la crisis de hoy.

2 El constitucionalismo liberal y la nación

Es un lugar común decir que el constitucionalismo tiene inicio con las teorías liberales. En Inglaterra se desenvuelve la doctrina de los límites al poder del rey y empieza el proceso que dará lugar a la institucionalización de la separación de los poderes, con sus funciones propias y relaciones de interdependencia, con control mutuo. Es con el liberalismo inglés y sus derivaciones que tienen lugar, aún, la discusión acerca de los derechos naturales individuales que serán conocidos, en la tradición del derecho constitucional, como derechos de primera generación y, después, como derechos humanos en la Declaración de la ONU de 1948. Esos derechos son la libertad, la igualdad y la propiedad (con sus derivados, como la libertad de prensa, religiosa y de expresión, por ejemplo). Son, entonces, derechos de protección de los individuos contra los posibles abusos de uso de la fuerza por la parte del poder político (el rey soberano, principalmente).

Es también sabido que la institucionalización de esos elementos constitucionales se produce, especialmente, con la independencia de los Estados Unidos de América, que da a lo nuevo estado soberano la forma republicana, la separación de los poderes y una estructura federativa en un documento jurídico formal: una constitución escrita. En seguida, con las diez primeras enmiendas a la constitución, establecieron una carta de derechos fundamentales (véase DIPPEL, 2007). Estaba dado el ejemplo de capacidad de un pueblo autogobernarse por medio de un documento jurídico que vinculaba a todos los ciudadanos que sería inspiración para todo el Occidente, de la Europa hasta la América Latina.

Pero la capacidad de autogobernarse se refiere a la determinación de una población sobre como gobernarse, o sea, como será el ejercicio del poder sobre el territorio y las personas que lo ocupan. Así es que el constitucionalismo es concebido como estrictamente vinculado a la democracia: la constitución tiene que ser la manifestación o la anuencia de los ciudadanos sobre su gobierno y su organización (DIPPEL, 2007; FIORAVANTI, 2001).

Es aquí donde se presenta un problema para la teoría constitucional que tiende a colocar la democracia como característica inherente a los movimientos constitucionales a partir de la independencia de los Estados Unidos: ¿quiénes son esos ciudadanos? La pregunta es relevante, porque los primeros regímenes constitucionales no eran exactamente democráticos, pero, en su retórica, clamaban por el pueblo y/o por la nación¹.

La teoría constitucional no ha dado la atención adecuada al problema de la nación y del nacionalismo en la definición y en las diferencias de los regímenes constitucionales a los cuales se acordó llamar de generaciones constitucionales. Así, es clara la dificultad de los constitucionalistas para explicaren los regímenes autoritarios o de representatividad muy limitada a aquellos que concentran la riqueza del país, aún que se traten de constituciones que se dicen democráticas y liberales. El problema de la formación de la nación y su vínculo con las estructuras constitucionales es esencial para la comprensión de las primeras estructuras constitucionales y sus contradicciones respecto de la visión idealista reproducida por autores de lo derecho constitucional.

Con la definición del estado territorial en Europa, cuando se define la sumisión de toda la población de un territorio a la soberanía del rey, las relaciones jurídicas y la referencia de autoridad son establecidas teniendo por referencial el monarca, fuente, si no del derecho (pero también de él), del reconocimiento de las órdenes jurídicas que regulan las diversas órdenes sociales y de la referencia de una misma autoridad sobre todos los súbditos de la corona. Eso ha creado un sentimiento de unidad, cuya referencia sería el monarca con los privilegios y derechos que él gestionaba para las diversas camadas de la población². Así, ser francés, por ejemplo, era ser súbdito del rey de Francia.

No es diferente el sentido de pertenencia e identidad en las colonias de América: ser súbdito de la Corona a que pertenece la colonia, con los privilegios de los hombres libres (tener los mismos derechos con un estatus jurídico que les es garantido), es lo que les da un sentimiento de pertenencia a una comunidad³. Así, es la figura del rey que garantiza la unidad del territorio y del pueblo.

El fin del absolutismo acarrea un cambio en la legitimidad del poder político: de la divinidad del monarca o de su reconocimiento por el pueblo para el pueblo como el destinatario del poder. Dos cosas están implicadas en ese cambio: las decisiones políticas debían ser tomadas para el pueblo por sus representantes (la supremacía de la ley como fuente del derecho – algo que empezó en Inglaterra) y el rey, limitado por el poder legislativo, como representante de la nación, el conjunto de todas las personas sujetas a las mismas leyes.

Con el término de las diferencias estamentales y la ley como la representación de la voluntad del pueblo aplicable a todos igualmente, en Europa el sentimiento de pertenencia se vuelve para el conjunto de todos aquellos que están sometidos a la misma ley, el criterio de igualdad. El poder político remite al pueblo, no más a divinidad del rey. El pueblo es un conjunto de iguales (aún que en abstracto), en beneficio de quien el poder trabaja.

Así es que, en Europa, cuando el poder cambia para ser una función del bien de individuos iguales, no más una expresión de la voluntad y de la grandeza del rey soberano, tenemos la formación de la nación-estado, en que el estado, como aparato burocrático organizado, con funciones legislativas y ejecutivas bien definidas, es el responsable por lo desenvolvimiento y grandeza del conjunto de individuos, la nación (véase BOBBITT, 2003).

Esa transformación entre las relaciones sociales y el poder político, con la función de un aparato impersonal para pensar y realizar el desenvolvimiento de todos lleva a dos consecuencias: el estado es el único responsable por el avance y grandeza de la colectividad nacional; la nación transformase en una comunidad de pasado, dificultades, proyectos, deseos y visiones de futuro compartidos (RENAN, 2007). Surge, así, un estado que moviliza y realiza la nación (los deseos y visiones), que está por encima de los individuos, pero porque es la única condición de realizar el interés público y la grandeza de la colectividad, al mismo tiempo que se espera que esa realización sea en conformidad con las reglas y medios establecidos, para que haya previsibilidad y se evite el abuso de poder; o sea, la acción del estado debe ocurrir en conformidad con las reglas de derecho, cuya responsabilidad es del poder legislativo, el representante de la voluntad nacional. Es el estado de derecho liberal, que será conocido como “estado positivista”, porque puede hacer todo lo que es necesario para el bien común, pero solo en conformidad con la ley⁴.

¹ Véase, por ejemplo, el texto clásico de SIEYÈS (2001) respecto al poder constituyente del tercer estado francés.

² ELIAS (1993) identifica bien esta tarea del rey de gestionar los derechos y privilegios de los grupos sociales diversos para manutención del equilibrio político y social, demostrando las limitaciones del poder absoluto del soberano. La evolución y definición del estado territorial y su relación con el absolutismo y la soberanía se puede ver en BOBBITT, 2003.

³ Esa es una situación muy similar en la América de los tres idiomas: inglesa, española y portuguesa. Véase, por ejemplo, GREENE, 2008; YOUNG, 2008; KRAAY, 2008; GUERRA, 1997; MALERBA, 2007.

⁴ Acerca de la diferencia entre *rule of law*, *Rechtsstaat* (el estado positivista o état légal) y état de droit, véase ROSENFELD, 2001.

En Latino América el desarrollo del estado de derecho ocurre de la misma forma, pero la idea de nación surge en oposición al colonialismo europeo. La formación del estado en las antiguas colonias transcurre del proceso de separación de la estructura colonial en que vivían y a la cual las elites debían sus identidades. En la medida en que las metrópolis intentan acerrar el control de sus tierras en América y niegan tratamiento igual a los descendientes de europeos allá nacidos, hay un movimiento de esas elites para el reconocimiento de sus identidades locales y la consecuente reivindicación de la independencia. Como en Europa, la retórica es de la libertad de la nación, la necesidad de garantizarse sus derechos en el escenario de grandeza de las naciones en la esfera internacional y el derecho del pueblo determinar libremente como desea ser gobernado, pero siempre teniendo por referencia el gobierno de la ley dada a si mismo.

Para definir un pueblo en cada una de las colonias, los ideólogos de la nación intentarían crear y justificar un criterio de pertenencia a una comunidad, utilizando equivalentes de la retórica europea, mismo que esa no sea la percepción de las camadas más populares, para quienes la referencia de identidad se queda en la comunidad concreta (criterio pre-moderno de identidad)⁵. Con las independencias conquistadas, es necesaria la ingeniería política de formación del estado y tentativas de manutención del equilibrio político y social. El estado es formado antes de la nación, que surge apenas después de adquirido el equilibrio. El poder necesita del reconocimiento de su legitimidad, que depende de la anuencia del pueblo, siguiendo el criterio de compartir una historia común (aún que inventada⁶), reconocer las mismas dificultades y desear las mismas conquistas y realizaciones de grandeza para el todo. A partir de ahí formase un pueblo en los países independientes de Latino América. Con el constitucionalismo liberal, es posible hablar, por lo tanto, de naciones, pero no necesariamente de nacionalismos, como presentaremos a continuación.

3 De la nación al nacionalismo

La doctrina del derecho constitucional no tiene dificultad solamente para explicar la prevalencia del estado sobre los derechos naturales en la época del liberalismo (el siglo XIX) y de la carencia de democracia en esos mismos países, a pesar de la retórica del interese del pueblo y de la representatividad. También es difícil para los constitucionalistas explicar la salida de la representatividad liberal para los regímenes autoritarios o totalitarios.

La tendencia de los autores es describir una evolución de complejidad y mejora de los derechos fundamentales a partir de los paradigmas constitucionales. El derecho constitucional tendría evolucionado de los derechos individuales para los sociales. Es bien verdad que no sin muchas luchas y mucha sangre, pero sin dudas un incremento de la calidad de la protección de los sujetos: más allá de los derechos individuales, ahora también los derechos sociales (derechos de protección del trabajador y de la relación de trabajo, asociación y sindicalización, seguro contra el paro, jubilación, salud, educación, entre otros). Junto con los derechos sociales, la intervención del estado para mejorar las condiciones de vida del pueblo (transporte público, distribución de agua y luz, saneamiento, inversión pública en infraestructura, asistencia social, etc.). Es el surgimiento del estado social y del llamado constitucionalismo social.

Otra laguna dejada por los juristas es en lo que se refiere a la estructura del estado, tomando como asentado que la idea de constitucionalismo solamente admite una organización basada en la separación de poderes y en regímenes democrático-representativos, típicos del modelo liberal de estado. Siguiendo esa línea, los constitucionalistas tratan a los autoritarismos como excepciones a, y rupturas del, proceso de desarrollo de la constitución, desarrollo ese fruto de la racionalidad de la historia del derecho constitucional. Pero es posible decir que los autoritarismos fueran maneras de realizar el estado social y superar la crisis social dejada pelo modelo liberal en la primera posguerra.

No obstante, la relación hecha entre la formación del estado y la nación, sumada a la cuestión del nacionalismo pueden bien permitir conexiones que traen a la luz el facto de que es la propia evolución de los elementos dichos democráticos, la legitimidad popular y la conquista de los derechos sociales que permiten los abusos del poder político de los nacionalismos exacerbados.

Como dicho, la formación de la idea de nación trae consigo la idea de una comunidad que comparte una historia, realizaciones y expectativas sobre el futuro común (RENAN, 2007). Se puede ver el inicio de esa concepción

⁵ Véase la nota 7.

⁶ HOBBSAWN (2006) habla de la "invención de las tradiciones".

en el momento mismo de la Revolución Francesa, cuando el Abad Sieyès (2001) defiende la legitimidad del tercer estado francés para mudar la constitución del país en nombre de toda la nación.

Una comprensión como esa de la nación forma un sentimiento de unidad con base en la objetivación de deseos compartidos, una intersubjetividad de sentimiento. No es necesario, por lo menos no es el principal, tener criterios objetivos de pertenencia que sean externos a los sujetos, como etnia (raza), lengua, religión, tradición, etc. Ser nacional es, por lo menos, estar sometido igualmente a las mismas leyes, aquellas de las cuales es posible participar de la formación, aún que indirectamente, para la realización conjunta del bien común, de la colectividad⁷.

Pero, si se admite la tesis de que la formación de naciones tiene que ver con la competición de sociedades por el desarrollo económico a causa de la industrialización (según GELLNER, 1981; 1983), iniciase también una competición por el progreso y por la posición de potencia entre las naciones, cuyas grandezas son de responsabilidad del estado como organizador y realizador de la voluntad pública (común). Esa disputa lleva a las discusiones acerca de la grandeza del pueblo y lo que hace los pueblos más fuertes o más flacos. La identificación de la identidad, de pertenencia al pueblo, necesita, ahora, de criterios objetivos que indiquen el porqué de un individuo ser de un pueblo y no de otro⁸.

En la virada del siglo XIX para o siglo XX las dos formas de justificar o identificar lo que es una nación son posibles y entran en choque⁹. Para allá de la disputa respecto de lo que forma la identidad, surge lo discurso que identifica un pueblo con una raza¹⁰. Una tal situación está por detrás del cambio de la nación-estado para el estado-nación¹¹.

Aunque la nación del siglo XIX sea totalmente compatible con el estado liberal del siglo XIX, las promesas del liberalismo y de la nación no se realizan¹² (al menos no completamente)¹³. La inmensa mayoría de la población no tiene propiedad ni recursos, viviendo en la miseria. Sin recursos, no tienen igualdad, porque no viven como la burguesía y no consiguen leyes que les compense la diferencia. Así, no tienen libertad, porque están sometidos a la voluntad de sus patrones o a la propia suerte y la caridad privada, cuando hacen parte de la inmensa masa de desempleados y desamparados.

Como la nación del siglo XIX era plural (no eran los criterios objetivos de identidad que determinaban la pertenencia a una comunidad), el proceso de formación del estado territorial permitió que comunidades concretas distintas reconociesen la sumisión al mismo poder central, para, después, con el estado moderno de característica liberal, se imaginaren parte de una misma comunidad¹⁴ (mismo con sus diferencias), cuando podían tomar parte (por medio de la representación) de la formación de interés común. Pero la diferencia de desarrollo de los individuos (principalmente entre propietarios y trabajadores), la absurda concentración de rienda, la manutención de un sistema jurídico que mantenía y reproducía ese proceso de exclusión y las limitaciones de participación política de los grupos excluidos de la distribución de la riqueza nacional llevan a conflictos y disputas por criterios de compensación de esa exclusión económica y social.

Hay, así, dos tipos de movimientos que llevan al constitucionalismo social: la identificación de la exclusión con ciertos tipos de homogeneidad social y las búsquedas de los excluidos como un todo por la mejora de sus condiciones de vida. Los dos llevan a las reivindicaciones por los derechos sociales, el aumento de las expectativas acerca de las actuaciones del estado y las consecuentes alteraciones constitucionales para viabilizar tales cambios de demandas.

En el primero caso (cuyos ejemplos principales están en Europa) se ve lo crecimiento de los movimientos separatistas (GELLNER, 1983) o de expulsión de personas que no cumplen los criterios de identidad. Como el estado territorial hizo con que pueblos distintos estuviesen bajo el mismo gobierno, la concentración del poder, de

⁷ Eso es uno de los elementos que ayudan a comprender la formación de la centralidad del estado para la vida colectiva y el desenvolvimiento del positivismo jurídico del siglo XIX. Una discusión acerca de ese tema se encuentra en SIMON, 2016.

⁸ La nación puede ser considerada una "morfología", un conjunto de elementos sociales objetivos que, compartidos, dan unidad e identidad a una comunidad (BAECHLER, 1997). En este trabajo aceptase el concepto de morfología de Baechler, pero no su descripción de la formación de las naciones. Baechler (1997, p. 22) habla también de una "tensión entre una comunidad sustancial y una comunidad contractual".

⁹ Esa tensión puede ser vista en la tentativa de Marcel Mauss (2017), en 1923, de definir e identificar el proceso de formación de las naciones modernas.

¹⁰ En América, la discusión sobre raza y mismo sobre el mestizaje como tendiente a formar una raza propia entre los pueblos latinos viene claramente vinculada con el problema del tratamiento de la esclavitud y, por consecuencia, de la posición social de los negros y de los pueblos indígenas. Véase, por ejemplo, WEINSTEIN (2008) y GERSTLE (2008).

¹¹ Siguiése la descripción de Philip Bobbitt (2003), pero con el incremento del problema de la raza.

¹² Sobre el fracaso de las promesas de la Modernidad, que se inicia con el liberalismo, véase SANTOS, 2000.

¹³ Y ese es un punto en que la descripción corriente del constitucionalismo fracasa en comprender, lo que dificulta la relación entre el desarrollo del constitucionalismo social y los autoritarismos del siglo XX en la historia del derecho constitucional.

¹⁴ La idea de nación como una "comunidad imaginada" pertenece a ANDERSON, 2008.

la riqueza o de ambos quedó en manos de uno de los grupos componentes de la sociedad, alijando a los demás. Una tal situación tendía a incrementar la percepción de exclusión y a crear la consciencia de pertenencia a grupos excluidos o la percepción construida de grupos originarios expoliados de sus derechos y riquezas. Así es que cuando un grupo social percibe que los excluidos o expoliados hablan la misma lengua, tienen el mismo color, características fisionómicas similares, comparten la misma religión, vienen de un mismo hogar etc., esa percepción genera la primacía de criterios objetivos por encima de los criterios compartidos intersubjetivamente. Grupos que se ven alijados de la política, de la riqueza, cuando perciben que comparten características próximas, crean un sentimiento de identidad más fuerte, que los lleva a romper con la antigua identidad de sentimientos y proyectos de vida en común, ya que de ese proyecto fueran excluidos.

La percepción de exclusión y de pertenencia a la clase excluida por razones objetivas, aún más cuando los individuos excluidos tendían a la integración en una comunidad de proyectos y conquistas futuros, acarrea la busca por reconocimiento propio, de la identidad, y, por consecuencia, lleva a la demanda por un estado propio, cuya tarea será la de distribuir la riqueza y desarrollar la vida de aquellos que comparten los mismos criterios que ahora generan la identidad. Y eso demanda un estado fuerte, que controle e intervenga en la economía, que haga la distribución de renta y haga la protección contra los enemigos (externos e internos) de ese pueblo y sus características que generan su forma de vida. El estado es la representación de la unidad del pueblo e exista para realizala. El estado es la expresión de la propia comunidad y, por lo tanto, está por encima del derecho. Es el estado-nación (BOBBITT, 2003).

Todavía, mismo cuando no hubo esa percepción de identidades distintas en el interior de la nación-estado, los factores de exclusión y concentración de riqueza y poder se mostraron presentes. Los movimientos sociales empezaron las luchas por mejores condiciones de vida, siguiendo el ejemplo de los demás, o que significa que lucharan por los derechos sociales. Por presión de las masas, o por miedo de los separatismos que podrían ocurrir, las elites o grupos cuya retórica era la de la realización del bien común y protección del pueblo (los populismos) modifican sus constituciones y mismo su comportamiento para realizar los elementos que caracterizan el estado social. Una tal realización pudo suceder de forma razonablemente democrática o por la vía de las dictaduras, pero siempre con la retórica fuerte de la creencia en grandes líderes, con ejecutivos fuertes se imponiendo a los legislativos y la grandeza, protección y bien común del pueblo. Países como Francia parecen haber pasado por ese movimiento. E eso parece ser el caso de las Américas. Por la vía democrática o por las dictaduras, el objetivo era realizar el estado social.

4 Entre unidad y pluralismo: el problema de la constitución en Schmitt y Kelsen

El pasaje de la formación de la nación para el nacionalismo y sus consecuencias populistas y de carácter autoritario forman el contexto de todo constitucionalismo occidental desde principios hasta mediados del siglo XX. El conflicto entre la nación liberal de proyectos compartidos a ser promovidos por el estado y el nacionalismo de protección de la identidad del pueblo contra posibles enemigos, bien como la disputa entre el modelo liberal de repartición de poderes y representación contra las demandas identitarias de unidad nacional y apelo a las masas para que digan su voluntad (una comprensión de la democracia directa) marcan el contexto de recuperación económica, reformas políticas institucionales y realización del estado de bien-estar social, característico del periodo inmediatamente anterior a la Primera Guerra hasta el fin de la Segunda Guerra.

Es exactamente ese el contexto del debate entre dos de los más prominentes constitucionalistas del siglo XX: Carl Schmitt y Hans Kelsen. La disputa principal se dirige para lo que será la idea de jurisdicción constitucional, sobre quién debe defender la constitución. A partir del embate entre los dos autores, los constitucionalistas tienen dada relevancia a la legitimidad de los tribunales (principalmente de un tribunal específicamente constitucional) para que sean los intérpretes privilegiados del texto constitucional y para la garantía de los derechos fundamentales, como criterio de realización de la justicia, entendida como protección del ser humano. Poco se habla del papel que la jurisdicción constitucional juega en el intento del equilibrio en la relación entre mayoría y minorías sociales. Aún menor es el aporte que relacione la defensa Kelseniana del control jurisdiccional de constitucionalidad y la de Schmitt del papel del presidente con el problema del nacionalismo.

El contexto político es muy importante para la comprensión de las preferencias teóricas y de las divergencias políticas entre los dos importantes autores. Carl Schmitt era alemán y la Alemania fue gravemente perjudicada

después de la Primera Guerra, con serios problemas sociales y económicos. Además, el proceso de unificación de la Alemania se dio con la formación de un estado fuerte, a partir de la retórica de la legitimidad de la nación, siendo tal vez el primero estado a apelar a la raza para fundamentar su nacionalismo, ya con Bismarck. El apelo a la unidad, identidad, y orgullo de los alemanes fue el mote para su reconstrucción (BOBBITT, 2003).

La Alemania se ve como una comunidad basada en lo criterio objetivo de la raza, no como una comunidad de individuos que comparten los mismo objetivos y proyectos¹⁵. Así, el pueblo alemán, que forma la nación germánica, es percibido como una raza pura, cuya mistura la enflaquece, y aquellos que quieren derribar su modo de vida son enemigos a ser combatidos. Aquellos que no son de la raza ponen en riesgo la fuerza de la comunidad y deben ser extirpados de su seno.

Es esa la dirección que toma la teoría constitucional y política de Carl Schmitt. Para el teórico tudesco, era necesario considerar el pueblo una unidad objetiva, que debería prevalecer y permanecer. La forma de vida y la manutención del pueblo definía su forma política. La decisión sobre cómo se gobernaren es su constitución. Así, constitución es la decisión política fundamental de un pueblo. Schmitt hace, entonces, la diferencia entre constitución (la expresión política de la vida y unidad del pueblo) y norma constitucional (la norma del texto que organiza jurídicamente aquella decisión). El estado es la propia forma de organización de la vida del pueblo. Por lo tanto, es su expresión, la garantía de su unidad y supervivencia (SCHMITT, 1996).

El estado, como expresión de la unidad del pueblo, precisa prevalecer sobre las diferencias e intereses particulares. La representatividad proporcional de la sociedad¹⁶ es reflejo de su desunión, de su disolución. El parlamento no puede ser la representación de la nación. Quien representa la unidad de la nación es el presidente del *reich*, porque fuera votado por la mayoría absoluta, pudiendo, así, representar el todo del pueblo, ya que habla por la mayoría. Y como la constitución es la decisión política fundamental del pueblo, ella precisa ser preservada por quien lo representa, no por aquellos que representan los intereses de partes que disputan entre sí. La constitución también no puede ser protegida por el judiciario, porque él solamente aplica normas. Los jueces pueden hasta aplicar las normas constitucionales, pero la forma política y la unidad del pueblo debe ser garantida por el presidente, único legítimo para tomar las decisiones que preservan la totalidad de la comunidad y del estado (SCHMITT, 2007).

Así es que la soberanía es para asegurar la integridad del pueblo y debe ser ejercida cuando él se encuentra en riesgo. En una tal situación el ordenamiento jurídico, que limita las acciones del poder, debe ser suspendido para que el responsable por la unidad del estado haga lo necesario para garantizar su integridad. Una vez más, el protector del pueblo, el representante de la unidad electo por la mayoría (no los representantes de las partes, con sus intereses particulares), el garante de la constitución es quien debe ejercer un tal poder. Con el ordenamiento jurídico suspenso, el presidente no tiene límites para asegurar el bien de su pueblo.

Schmitt, entonces, define el soberano como aquel que decide en el estado de excepción. Como hay una identificación entre estado y pueblo, aquel debe intervenir en todas las esferas de la vida social para garantizar la unidad y el bien común. Para Schmitt, el estado social es el estado total. Además, aquellos que ponen en riesgo el estado y la integridad del pueblo necesitan ser eliminados de la esfera social. La política es, por lo tanto, el conflicto entre amigo y enemigo, siendo que el enemigo debe ser eliminado (SCHMITT, 2006). La lógica política y constitucional de Schmitt lleva a aceptar que hay momentos de autoritarismo (la excepción) para asegurar el bien común, la unidad y la protección del pueblo y de su identidad. Y el protector del pueblo es solo uno, quien representa su unidad: el presidente.

Ya Kelsen era austríaco y vivió aún durante el fin del Imperio Austrohúngaro. Ora, el imperio gobernado por Francisco José I exprimía exactamente lo que caracterizaba un imperio¹⁷: la multiplicidad de reinos y pueblos que, dentro del territorio, reportaba a una autoridad central, responsable por la unidad del pueblo. Fue con el fin de la Primera Guerra que el imperio se disolvió y los reinos que lo componían se establecieron como estados-naciones, em el sentido indicado del siglo XX¹⁸. Más que eso, Kelsen era de ascendencia judía y, después de la guerra, sufrió la persecución y el desprecio atribuido a ese pueblo.

Esas circunstancias demuestran que Kelsen estaba bien consciente del problema de la relación entre mayoría y minoría en una organización política y de los posibles arbitrios del uso del discurso acerca de las aspiraciones

¹⁵ O una comunidad sustancial, no contractual, como dice Baechler (1997).

¹⁶ El sistema electoral proporcional para el legislativo estaba presente en la constitución de Weimar.

¹⁷ Véase, por ejemplo, el concepto de MAUSS, 2017.

¹⁸ Kelsen llegó a decir al ministro de la Guerra del Imperio, en el final del conflicto, que la idea de imperio como ellos la conocían llegara al fin (KELSEN, 2011).

populares, de la identidad protegida contra los peligros del extranjero (el “otro”) y de la democracia como la voluntad de las masas. Bien consciente de ese peligro, Kelsen asume el relativismo ético, niega la posibilidad de una teoría moral única y verdadera (algo de carácter totalitario para él) y da un significado político al relativismo cuando defiende que la justicia está relacionada con la convivencia de diversas posturas éticas y políticas sin que una excluya la otra (KELSEN, 2001).

Siguiendo esa línea, Kelsen desarrolla su argumento acerca de la protección de la constitución. Partiendo de la cuestión de la jerarquía de las normas, para que la constitución sea la norma reguladora de las demás es necesario que esté protegida contra las tentativas de ignorarla por parte del ejecutivo y del legislativo. Según el autor de la Escuela de Viena, el poder legislativo no puede ser el responsable por proteger la constitución, pues es el propio interesado en la aprobación de la norma cuestionada. También no lo puede ser el jefe del poder ejecutivo, pues detiene el uso de la fuerza y puede actuar arbitrariamente, liberándose de la idea de legalidad.

Reconociendo la formación plural de la sociedad y la abstracción sin soporte empírico de la identidad (en el sentido fuerte, con base en los citados criterios objetivos), Kelsen defiende el pluralismo social y el papel político del legislativo con el sistema electoral proporcional. La democracia depende de la posibilidad de voz a las minorías y de protección contra su eliminación (véase KELSEN, 2000).

Es ahí que surge la importancia política de la jurisdicción constitucional en la ingeniería política de una constitución: con la norma superior del ordenamiento jurídico protegida, los derechos y el sistema político están protegidos contra la formación de mayorías ocasionales. El judiciary debe ser el responsable por decir si una norma es o no conforme a la constitución, porque es un órgano imparcial, no interesado en la producción de la norma (Kelsen apela al principio general de que nadie puede ser juez en causa propia). El responsable por el control tiene que ser un tribunal con competencia exclusiva para la definición de la constitucionalidad de las normas, para que haya seguridad y unidad de las decisiones. Y tal tribunal debe apenas decir si la norma es o no constitucional, sin acrecer otras consideraciones, para no adentrar en el espacio reservado al poder legislativo (debe ser un “legislador negativo”). Así comprendida, la jurisdicción constitucional es una estrategia política para el equilibrio de poderes, para la garantía de la superioridad de la constitución, para la protección de las minorías contra las deliberaciones de mayorías ocasionales y como contención de arrebatos autoritarios (KELSEN, 2003).

Esa importante divergencia presente en el debate Kelsen y Schmitt se presenta en el álogo de las decisiones y ingenierías de las constituciones de estado social. Y tal es exactamente el conflicto de supervivencia de la nación liberal del siglo XIX contra el crecimiento de los nacionalismos del siglo XX, que son, a su vez, justamente los movimientos de realización de los derechos sociales.

5 Conclusión: Indicios de autoritarismo y nacionalismo en constituciones sociales democráticas (las constituciones de México de 1917 y de Brasil de 1934)

La disputa entre Schmitt y Kelsen es representativa del problema de la nación y del nacionalismo del pasaje del siglo XIX para el siglo XX. Es también un ejemplo de la divergencia sobre las concepciones acerca del concepto de democracia.

Para Schmitt, democracia es la identificación gobernante y gobernados (SCHMITT, 1996). Todavía, para Kelsen la democracia depende de la protección y preservación de las minorías (KELSEN, 2000). Para Kelsen, la constitución debe ser un conjunto de normas que regulen, organicen, limiten y den equilibrio al ejercicio del poder del estado. Para Schmitt, la constitución es la realización de la vida política del pueblo, que se organiza en el estado. Así, la política está por afuera del derecho, que no puede limitarla, apenas la organiza en la normalidad social.

La postura de Kelsen es reflejo de la concepción de nación del siglo XIX, en la que una sociedad plural está unida bajo el mismo ordenamiento jurídico, que refleje sus esencias políticas (por medio de la representación proporcional de sus componentes) en las leyes y en la constitución. La posición de Schmitt es de acuerdo con el nacionalismo y la idea de identidad y protección del pueblo del siglo XX, siendo que el texto constitucional organiza la constitución del pueblo, su decisión política fundamental.

Esa diferencia entre Kelsen y Schmitt y las tensiones políticas y jurídicas que ella trae consigo, están sintetizadas en la formación del constitucionalismo social del inicio del siglo XX. Y las realizaciones, bien como sus riesgos, aparecen en los textos constitucionales de la época. Tal es el caso de las constituciones de México de 1917 (considerada la primera constitución de estado social) y de Brasil de 1934 (la primera de estado social brasileña).

Ambas son constituciones que surgieron de procesos democráticos y con enumeraciones de nuevos derechos individuales y sociales, pero permitieron el riesgo del autoritarismo en nombre del bien del pueblo y su identidad. La paradoja que sigue encubierta en la literatura jurídica es que la mera emergencia de una nueva categoría de derechos no inmuniza el diagnóstico de la ausencia de una crítica a esa dinámica institucional autoritaria.

Con relación a la Constitución de México, ella empieza anunciando la lista de los derechos fundamentales y prohibiendo su suspensión, excepto en los casos previstos en lo propio texto. Sin embargo, luego se ve en el artículo 6º el uso genérico del bien común y de la orden como posible límite en abstracto para la libertad de expresión, bajo la cláusula de perturbación del “orden público”. Esa es una cláusula corriente en las naciones del siglo XIX para la acción del estado por encima de los individuos, garantizando su superioridad en la determinación del bien común (característica típica de la nación-estado). La libre expresión religiosa es garantida y estaba vedado al Congreso crear leyes prohibiendo o estableciendo cualquiera religión, pero la Constitución autorizaba a la ley definir ciertas prácticas delictuosas (artículos 24 y 130). Hay, aún, como es típico de una constitución de estado social, una amplia lista de derechos de los trabajadores y la previsión social, sin, todavía, negar a los patrones lo reconocimiento de las condiciones de productividad del modelo capitalista (artículo 123).

Cuando trata de la libertad de prensa, vienen más cláusulas generales vinculadas a la protección de la integridad de la nación: los escritos no pueden violar la moral y la paz pública (artículo 7º). Y hay una “garantía” judicial interesante para “los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la nación” (artículo 20). Ellos serán juzgados por un jurado, un apelo retórico que trae el análisis del grado de reprobación del delito para la percepción popular de la ofensa a la nación.

La restricción política por medio de la idea de pertenencia a la nación surge en el derecho de petición, que es restricto a los ciudadanos en lo que se refiere a “cuestiones políticas”, cuyo sentido non es definido (artículo 8º). También se restringe a los ciudadanos el derecho de reunión cuando ejercido para discutir las cuestiones de interés político del país (artículo 9º).

En lo que respecta a la propiedad, derecho más característico del liberalismo, se previa la intervención y posibilidad de limitación por la “Nación” debido al interés público, teniendo la limitación como uno de sus motivos la distribución de la riqueza, lo que caracteriza el modelo social de estado (artículo 27). El mismo artículo prevé que la regulación de la propiedad deberá estimular el desarrollo de la agricultura, combatir el latifundio, proteger el pequeño propietario y proteger la propiedad contra daños que pueden perjudicar la sociedad. Las poblaciones que carecían de agua y tierra tenían derecho a accederlas, siendo de utilidad pública la adquisición de tierras particulares para eso.

Más una característica del estado social es la nacionalización de los recursos naturales estratégicos y la restricción de su explotación a personas o empresas nacionales, o extranjeras siempre cuando fueren reguladas por el derecho mexicano, lo que caracteriza intervención y regulación por el estado de la producción económica en beneficio del interés mayor de la nación. La Constitución también nacionalizó los bienes de los cultos religiosos (artículo 27) y declaró revisables los contratos que hubiesen permitido el acaparamiento privado de tierras, agua o recursos minerales de “la nación” (artículo 27, f).

Otra norma interesante en la constitución mexicana de 1917 es la prohibición a las sociedades anónimas posan adquirir fincas rústicas u obtener terrenos más largos que lo estrictamente necesario para la actividad de explotación de recursos minerales (artículo 27, IV). A esto hay que añadir el fraccionamiento de los latifundios, la protección de la pequeña propiedad agrícola y la garantía de acceso a tierras y agua a las poblaciones agrícolas (artículo 27), bien como la garantía de la propiedad común de las poblaciones que mantenían su estado comunal y la nulidad de las leyes que les tengan retirado ese derecho (artículo 27, VI y VII). Añadiese la previsión de protección del patrimonio de la familia de modo a non estar sujeta a gravámenes (artículo 27, f) y se puede percibir, así, la preocupación con la seguridad alimentaria y la protección de los campesinos contra grandes corporaciones. También se percibe como la tierra es vista como objeto de protección de los más necesitados y de bien estar del pueblo, no simple objeto de inversión y acúmulo. Pero todo siempre en nombre de la nación.

El problema de la tierra y bienes inmóviles también está presente en la preocupación de evitarse la concentración y la especulación inmobiliaria. Los bancos solamente podían tener los bienes de raíz necesarios a sus actividades (artículo 27, V). Y cada estado o territorio haría sus leyes para limitar la extensión máxima de tierra de que podría ser dueño (artículo 27, a), con los consecuentes fraccionamientos de los excedentes de tierra (artículo 27, b)

Son, así, prohibidos todos los monopolios y los privilegios fiscales, con excepción de lo que la constitución consideraba interés nacional, como los servicios estratégicos de acuñamiento de monedas y emisión de billetes, correos, radiotelegrafía y la protección de derechos intelectuales. La norma es clara al buscar el combate a formas de control económico que posa afectar el control de precios y la libre concurrencia, exceptuando las asociaciones de trabajadores y cooperativas de la clasificación de monopolio (artículo 28).

La Constitución, en su versión original de 1917, también mostraba el papel de garantizar la orden cuando preveía la posibilidad del presidente suspender, en todo el país si preciso, las garantías constitucionales que impidiesen las acciones necesarias a la protección del pueblo (artículo 29), con el reconocimiento de poderes legislativos extraordinarios dados a su persona (artículo 49). Mismo que demandando la aprobación del Congreso, no estaba previsto un rol de derechos a ser suspensos o cuales no lo podrían ser. La suspensión de las garantías constitucionales individuales era exactamente el recurso para decretar el estado de excepción. A su vez, el presidente podía ser acusado políticamente por “traición a la patria”, expresión que no venía definida en la Constitución (artículo 108).

Con relación a los deberes de los mexicanos, hay que hacer referencia a la obligatoriedad de una formación militar a ser fornecida en las escuelas, bien como al deber de asistir periódicamente entrenamientos militares y alistarse y servir en la Guardia Nacional, para la defensa del orden interior y de la patria como un todo (artículo 31, I, II y III). Así, todos los ciudadanos son potencialmente soldados, lo que recuerda al reclutamiento universal de la nación francesa en la época de Napoleón (BOBBITT, 2003).

Sobre los derechos de los mexicanos, estos tienen preferencia para los empleos antes de los extranjeros. Y solamente los mexicanos por nacimiento pueden servir en fuerzas de seguridad o en el Ejército en tiempos de paz, y en cualquier momento en la marina de guerra o para cargos de oficiales en la marina mercante (artículo 32). Se debe recordar que “mexicano por nacimiento” eran solo los hijos de mexicanos, siguiendo el criterio de *jus sanguinis* (artículo 30). Y era dado al Ejecutivo la prerrogativa de expulsar a los extranjeros que entendiéndose inconvenientes, sin juicio previo, les siendo, aún, vedada cualquiera participación en asuntos políticos del país (artículo 33).

Además, para ser ciudadano era preciso “tener un modo honesto de vivir”. Los ciudadanos podrían votar o ser votados, ser nombrados para empleos o comisiones, asociarse para tratar de asuntos políticos, tomar las armas para la defensa de la República, ejercer el derecho de petición (artículo 35). Como obligaciones, un ciudadano tenía que: hacer su inscripción electoral y declarar a la municipalidad su forma de subsistencia y su propiedad; hacer el alistamiento militar; votar y desempeñar los cargos electivos y desempeñar los cargos de concejiles municipales y las funciones electorales y de jurado (artículo 36). El compromiso hecho a alguien de no cumplir la Constitución, la sujeción a proceso por crimen cuya pena fuese corporal, la vagancia o ebriedad consuetudinaria, ser prófugo de la justicia son causa de la suspensión de los derechos de ciudadanía. Había previsión de reglamento legal de la pérdida y de otras causas de suspensión de esos derechos (artículo 38).

Para allá de los derechos y garantías, con relación a la forma política la Constitución Mexicana de 1917 anunciaba el pueblo como el soberano (ejercido por medio de los poderes públicos de la Unión y de los estados) y su derecho de cambiar su forma de gobierno, siendo que su voluntad en el momento era de ser una república representativa, democrática y federativa (artículos 39 hasta 41). Era reconocida la separación de los poderes, con un congreso bicameral (artículos 49 y 50). Para ser representante de la nación o de los estados se requería ser mexicano por nacimiento y no ser ministro de culto religioso (artículo 55, I y VI).

La Constitución no deja de referirse a la preocupación con la manutención de la “raza”. El Consejo de Salubridad Federal debería crear medidas contra el alcoholismo y “la venta de substancias que envenenan al individuo y *degeneran la raza*”, a ser revistas después por el Congreso (artículo 73, XVI, 4ª, énfasis nuestro).

Se puede ver en la Constitución Mexicana de 1917, por lo tanto, el fuerte papel del estado en la intervención y regulación de la vida social y económica del pueblo para la prevención de acúmulo y concentración de riquezas, para la determinación de pertenencia al pueblo mexicano y para la defensa de la nación contra enemigos extranjeros y en el interior, eso siempre en nombre de la “nación mexicana”, hasta el punto de suspensión de la constitución por el Presidente en nombre del pueblo y de la nación y con preocupación respecto de la raza de los mexicanos.

El preámbulo de la Constitución Brasileña de 1934, en sintonía con el contexto mexicano, indica, específicamente, el propósito de “organizar un régimen democrático que garantice a la nación, unidad, libertad, justicia y bienestar social y económico” (énfasis nuestro). Aunque el texto constitucional con duración más corta en el constitucionalismo brasileño (con oficial vigencia de un año), su plan permitió un nuevo arreglo sobre organización política y social

brasileña – sin excluir el papel de las oligarquías rurales, pero con la inclusión de otras categorías sociales (militares, industriales y poblaciones urbanas).

En general, el texto adopta medidas, en principio, más progresistas desde el punto de vista institucional, pero en la dinámica social, con la perpetuación de las tendencias autoritarias y excluyentes. En el nombre del “nacional”, la inclusión es parcial y arbitraria. En la lucha contra las oligarquías provinciales de São Paulo y de Minas Gerais (“La República de Café con Leche”), una mayor concentración de poderes al gobierno federal ha producido un contexto aún más autoritario centrado en la figura del presidente como jefe de estado y de la nación. La creación de la justicia electoral y el voto obligatorio y secreto desde los 18 años, con el reconocimiento de derecho a voto a las mujeres, amplió el universo de los votantes, pero prohibía el voto de los mendigos y analfabetos (en su mayoría de origen étnico indígena y negro). Más allá de ese criterio racial implícito, la pobreza y el acceso a la educación continuaron como efectivas barreras a la participación en la sociedad política.

En el contexto de los derechos extendidos, sin lugar a duda, la contribución más expresiva se produjo en el derecho laboral. El artículo 124 presenta una serie de derechos laborales cuya permanencia persiste hasta el día de hoy (a pesar de las tendencias recientes de vaciar estas garantías sociales). Además del salario mínimo, garantías de no discriminación por edad o sexo, la Constitución previó límites máximos diarios de horas trabajadas, ayuda en caso de prestaciones de enfermedad y maternidad, entre otras garantías.

A pesar de la predicción de garantía “a cada individuo y todas las profesiones de Unión” (artículo 123), la práctica de las organizaciones de empleadores y los trabajadores eran muy dependientes en el gobierno central, en particular por una pintoresca “justicia laboral” que se estableció de una manera que estaba vinculada a la rama ejecutiva. Allí han surgido una especie de captura de los sindicatos por intereses gubernamentales (más conocido como el fenómeno del “peleguismo”), garantizando la primacía del estado sobre la protección y efectucción del bien común.

En relación con el orden económico, el texto constitucional brasileño de 1934 presentó como vectores “principios de la justicia y las necesidades de la vida nacional, para garantizar una existencia digna del hombre” (artículo 113). Esta preocupación por la vida digna que podría marcarse con la predicción de una “asistencia a los pobres” era garantizada por el Gobierno Federal (artículo 125). La realidad institucional, sin embargo, negó ese aparente progreso social: la ley de institución de ese servicio social no fue aprobada, limitándose a la garantía de justicia gratuita (artículo 64).

En el mismo sentido, por primera vez en el derecho brasileño, se inserta la cláusula de una función social de la propiedad, que “no puede ejercerse contra el interés colectivo”. También lo fue la predicción de la expropiación con arreglo a criterios genéricos de “utilidad pública” e “interés social”. Tales requisitos legales, sin embargo, no estaban reglamentados por la ley de la legislatura y la expectativa de la reforma agraria permaneció en el horizonte. En otras palabras, hubo la previsión meramente formal de nuevos tipos de intervención en la propiedad privada.

La modificación en el régimen de propiedad que puede ser apuntada como efectiva fue la nacionalización de las riquezas del subsuelo y de las cascadas (artículo 115), así como la posibilidad de “socialización” de las empresas privadas, que podrían ser sometidas a un mecanismo de intervención diverso en consonancia con la actividad económica (artículos 120 y 121).

De manera comparativa, uno se da cuenta de que la mera adición formal de derechos no se convirtió en una garantía eficaz de las libertades ni del bienestar social, pero se vio el incremento del poder del estado en nombre de la nación. Tal vez es exactamente esta opinión que refuerza el diagnóstico que no se puede celebrar la adquisición de nuevos derechos, cuando se ha comprometido a indicios autoritarios y nacionalistas con prácticas abusivas y poco descentralizadas, carentes de control.

Referencias

ANDERSON, Benedict. **Comunidades imaginadas**. Tradução: Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

BAEHLER, Jean. La universalidad de la nación. *In*: GAUCHET, Marcel; MANENT, Pierre; ROSANVALLON, Pierre (dir.). **Nación y modernidad**. Buenos Aires: Nueva Visión, 1997. p. 9-28.

BOBBITT, Philip. **A guerra e a paz na história moderna**: o impacto dos grandes conflitos e de política na transformação das nações. Tradução: Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

- DIPPEL, Horst. **História do constitucionalismo moderno**. Tradução: António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**: formação do Estado e civilização. Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 1993. v. 2.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Traducción: Manuel Martínez Neira. [S.l.]: Editorial Trotta, 2001.
- GREENE, Jack P. Identidades dos estados e identidade nacional à época da Revolução Americana. *In*: PAMPLONA, Marco A.; DOYLE, Don H. (org.). **Nacionalismo no Novo Mundo**. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo: Record, 2008. p. 99-125.
- GUERRA, François-Xavier. La nación en América hispánica: el problema de los orígenes. *In*: GAUCHET, Marcel; MANENT, Pierre; ROSANVALLON, Pierre (dir.). **Nación y modernidad**. Buenos Aires: Nueva Visión, 1997. p. 97-120.
- GELLNER, Ernest. **Nacionalismo e democracia**. Tradução: Vamireh Chacon *et al.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.
- GELLNER, Ernest. **Naciones y nacionalismo**. Traducción: Javier Setó. Madrid: Alianza Editorial, 1983.
- GESTLE, Gary. Raça e nação nos Estados Unidos, México e Cuba, 1880-1940. *In*: PAMPLONA, Marco A.; DOYLE, Don H. (org.). **Nacionalismo no Novo Mundo**. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo: Record, 2008. p. 409-450.
- HOBSBAWN, Eric. Introdução: a invenção das tradições. *In*: HOBSBAWN, Eric; RANGER, Terence (org.). **A invenção das tradições**. Tradução: Celina Cardim Cavalcante. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 9-23.
- KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti *et al.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KELSEN, Hans. O que é justiça?. *In*: KELSEN, Hans. **O que é justiça?**. Tradução: Vera Barkow. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 1-25.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução: Alexandre Krug *et al.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, Hans. **Autobiografia**. Tradução: Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.
- KRAAY, Hendrik. Nação, Estado e política popular no Rio de Janeiro: rituais cívicos depois da Independência. *In*: PAMPLONA, Marco A.; DOYLE, Don H. (org.). **Nacionalismo no Novo Mundo**. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo: Record, 2008. p. 329-354.
- MAUSS, Marcel. **A nação**. Tradução: Dorothée de Bruchard. São Paulo: Três Estrelas, 2017.
- RENAN, Ernest. **Qu'est-ce qu'une nation?**. Marseille: Le Mot et le Reste, 2007.
- ROSENFELD, Michel. The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy. **Southern California Law Review**, California, v. 74, p. 1307-1351, 2001.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.
- SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Traducción: Francisco Ayala. Salamanca: Alianza Universidad Textos, 1996.
- SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: qu'est-ce que le Tiers État?. Tradução: Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SIMON, Henrique Smidt. A tensão entre constitucionalismo e exceção: a ordem estatal sobreposta aos direitos fundamentais. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 49, p. 43-85, jul./dez. 2016.

WEINSTEIN, Barbara. Escravidão, cidadania e identidade nacional no Brasil e no Sul dos EUA. *In*: PAMPLONA, Marco A.; DOYLE, Don H. (org.). **Nacionalismo no Novo Mundo**. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo: Record, 2008. p. 377-408.

YOUNG, Eric Van. Revolução e comunidades imaginadas no México: 1810-1821. *In*: PAMPLONA, Marco A.; DOYLE, Don H. (org.). **Nacionalismo no Novo Mundo**. Traduzido por Waldéa Barcellos. Rio de Janeiro, São Paulo: Record, 2008. p. 267-298.

Recebido em: 14.09.2020

Aceito em: 11.04.2022