

# INSINUACIONES DEL DERECHO ROMANO AL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

P O R  
RAFAEL DOMINGO OSLÉ\*  
Universidad de Navarra

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. APLICACIONES CONCRETAS DEL DERECHO ROMANO AL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL: 1. Un espíritu cosmopolita. 2. Una constitución en gran medida no escrita. 3. Respeto por la tradición. 4. Paradigma de Estado no soberano. 5. Una idea integrada del derecho público y privado. 6. Recuperación de la idea de necesidad como fuente de derecho vinculante. 7. Un enfoque no fundacional del poder constituyente. 8. Un enfoque no positivista del derecho. 9. Repercusión de la tríada gayano justiniana: personas, cosas y acciones. 10. Un derecho práctico conectado con la realidad.—III. CONCLUSIÓN.

## RESUMEN

En este artículo, defiendo que el derecho romano puede iluminar hoy el emergente constitucionalismo global, como iluminó siglos atrás el constitucionalismo norteamericano. La consideración de la experiencia jurídica romana ayuda a reducir ciertos prejuicios derivados de la actual posición de privilegio concedida al Estado soberano y al paradigma positivista, como únicos modelos válidos para el progreso del derecho internacional. Estos prejuicios están frenando el correcto devenir del emergente constitucionalismo global. El constitucionalismo global trasciende las ideas de soberanía, estatismo y positivismo. Al ser anterior a las nociones de soberanía, estatismo y positivismo, el derecho romano puede ayudar a los

---

\* Catedrático de Derecho Romano y titular de la Cátedra Álvaro d'Ors de la Universidad de Navarra (campus Madrid). Orcid: 0000-0003-0772-4661. Email: [rdomingo@unav.es](mailto:rdomingo@unav.es). Se trata de una versión ampliada, completamente revisada y en español de Rafael DOMINGO, «Roman Law and Global Constitutionalism», *San Diego International Law Journal*, 21 (2019), 217-240.

constitucionalistas globales a eliminar del constitucionalismo global cualquier elemento no fundacional derivado de un paradigma altamente estatista, soberanista o positivista, como es el del derecho internacional de nuestros días. El derecho romano también constituye un buen antídoto contra cualquier tipo de constitucionalismo global extremo que pretenda extender el lenguaje y los modos del constitucionalismo nacional sin filtrarlos y refinarlos suficientemente.

**Palabras clave:** constitucionalismo global, derecho global, derecho romano, soberanía, Estado-nación, poder constituyente, bienes globales, humanidad.

## ABSTRACT

In this article, I argue that Roman law can illuminate today's emerging global constitutionalism, as it illuminated centuries ago American constitutionalism. Considering the Roman legal experience helps to reduce certain prejudices derived from the current privileged position granted to the sovereign state and the positivist paradigm as the only valid models for the progress of international law. These prejudices are holding back the correct development of emerging global constitutionalism. Global constitutionalism transcends the ideas of sovereignty, statism and positivism. Pre-dating the notions of sovereignty, statism and positivism, Roman law can help global constitutionalists eliminate from global constitutionalism any non-foundational elements derived from a highly statist, sovereignties or positivist paradigm, such as that of international law today. Roman law is also a good antidote to any extreme global constitutionalism that seeks to extend the language of national constitutionalism without sufficiently filtering and refining it.

**Keywords:** global constitutionalism, global law, Roman law, positivism, sovereignty, constituent power, national state.

## I. INTRODUCCIÓN

Este artículo intenta contribuir al apasionante debate académico sobre el constitucionalismo global apelando a viejas ideas y argumentos del derecho romano. Esta perspectiva no implica ni nostalgia ni anacronismo, sino continuidad e interdisciplinarietà.

*Constitucionalismo global* es una expresión genérica utilizada para captar la necesidad de aplicar principios, valores, normas, procedimientos y mecanismos constitucionales más allá del Estado-soberano. El término denota una forma de pensar sobre la gobernanza mundial que promueve una comprensión más profunda de los fundamentos del derecho internacional y del orden jurídico global aplicando el lenguaje del derecho constitucional. De hecho, el derecho internacional está pasando, al menos en algunos ámbitos, de un paradigma basado en la soberanía estatal y el consensualismo a otro nuevo basado en una constitucionalización progresiva<sup>1</sup>.

En términos muy generales, se puede decir que el constitucionalismo global defiende la existencia de principios constitucionales fundamentales que pueden y deben aplicarse a nivel mundial, como los derechos humanos, el estado de derecho, la separación de poderes, la transparencia y la rendición de cuentas, y apuesta por la creación y el fortalecimiento de instituciones globales que promuevan valores constitucionales y hagan cumplir normas específicas en el ámbito mundial. El constitucionalismo global enfatiza la cooperación, la solidaridad y la responsabilidad compartida entre los Estados y las instituciones internacionales para proteger bienes públicos globales y abordar desafíos globales como los conflictos armados, el cambio climático, la pobreza, o los flujos migratorios. La revista *Global Constitutionalism*, editada por Cambridge UP, actúa, entre otras, de canal para la publicación de estas nuevas ideas.

---

<sup>1</sup> Para una visión amplia del actual debate sobre el constitucionalismo global, así como para una bibliografía seleccionada sobre este tema, *vid.* A. PETERS, «Global Constitutionalism», en M. T. GIBBONS (ed.), *The Encyclopedia of Political Thought*, Malden, John Wiley and Son, 2015, disponible en [http://www.mpil.de/files/pdf4/Peters\\_Global\\_Constitutionalism3.pdf](http://www.mpil.de/files/pdf4/Peters_Global_Constitutionalism3.pdf). *Vid.* también J. L. DUNOFF y J. P. TRACHTMAN (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, New York-Cambridge, Cambridge UP, 2009; J. KLABBERS, A. PETERS y G. ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford-New York, Oxford UP, 2010; R. DOMINGO, *The New Global Law*, Cambridge, Cambridge UP, 2010; S. BHANDARI, *Global Constitutionalism and the Path of International Law*, Leiden-Boston, Brill Nijhoff, 2016; T. SUAMI, M. KUMM, A. PETERS y D. VANOVERBEKE, *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives*, Cambridge-New York, Cambridge UP, 2018; A. F. LANG JR. y A. WIENER (eds.), *Handbook on Global Constitutionalism*, 2.<sup>a</sup> ed., Cheltenham, Northampton, MA, Edward Elgar Publishing, 2023; C. NÚÑEZ DONALD, *Constitutionalism: Cosmopolitanism, Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Springer, 2023, 567-571; ID., *Constitucionalismo cosmopolita*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2024.

Al igual que los principios y valores constitucionales romanos iluminaron en algunos aspectos el constitucionalismo norteamericano de los *founding fathers* que dio como resultado la Constitución de los Estados Unidos de 1787<sup>2</sup> —la más antigua constitución federal escrita en vigor—, así también la historia constitucional romana podría llegar a tener un impacto práctico en la experiencia constitucionalista global<sup>3</sup>. Esto puede ocurrir especialmente si consideramos la palabra «constitución» (del latín *constituere*, crear, establecer) en su sentido más amplio y tradicional, es decir, vinculada a conceptos de comunidad, controles y equilibrios, en lugar de entenderla en el sentido restrictivo moderno de las constituciones liberales, democráticas y formales asociadas a los Estados soberanos.

En esta exposición, voy a defender que el derecho público romano puede ser de utilidad a los constitucionalistas globales interesados en desarrollar principios, reglas, mecanismos y normas para ordenar la emergente comunidad humana global, así como su correlativo orden jurídico incipiente: el llamado derecho global<sup>4</sup>. Ya de entrada porque el derecho romano, al ser anterior al nacimiento del Estado-nación en la Edad Moderna, constituye un buen antídoto contra cualquier tipo de constitucionalismo extremo que pretenda extender sin filtro o sin refinar el lenguaje y los modos del constitucionalismo nacional para aplicarlos a la comunidad global.

El derecho romano también puede ayudar a quienes se muestran escépticos sobre la viabilidad del constitucionalismo global. Mirar al derecho romano atempera la opinión de que el actual Estado soberano, constitucional y positivista es el único paradigma genuino y posible. Este prejuicio, en mi opinión, constituye un obstáculo real para el correcto desarrollo del constitucionalismo global, que es genéticamente metasoberanista, metaestatista y metapositivista. Si el constitucionalismo global es *meta* todos estos sustantivos ya que los trasciende, el derecho romano es, por así decirlo, *pre* todos ellos ya que los precede. El derecho romano es presoberanista, preestatista

---

<sup>2</sup> Vid. D. J. BEDERMAN, *The Classical Foundation of the American Constitution*, Cambridge-New York, Cambridge UP, 2008.

<sup>3</sup> Adam Smith y Edward Gibbon también utilizaron el ejemplo romano para ilustrar las relaciones entre Gran Bretaña y sus colonias norteamericanas. Sobre este tema, vid. H. JAMES, *The Roman Predicament: How the Rules of International Order Create the Politics of Empire*, Princeton, NJ, Princeton UP, 2006, esp. 141.

<sup>4</sup> Sobre la idea de derecho global, vid. N. WALKER, *Intimations of Global Law*, Cambridge-New York, Cambridge UP, 2015. Vid. también DOMINGO, *The New Global Law*, op. cit.

y prepositivista. Así pues, el constitucionalismo global y el derecho romano están vinculados por no ser estrictamente soberanistas, ni estatistas ni positivistas. Representan el pasado y el futuro del derecho, no, en cambio, el presente, que es mayoritariamente soberanista, estatista y positivista.

Con todo, el paradigma del derecho romano no constituye un marco perfecto para el constitucionalismo global. De ahí que en el título utilice la palabra insinuaciones y no aportaciones o lecciones. De entrada, porque el constitucionalismo global no puede dar marcha atrás en el tiempo y convertirse en presoberanista, preestatista y prepositivista, como era el derecho romano. Por lo demás, los romanos no compartían ciertos valores y principios fundamentales del constitucionalismo global, como la dignidad e igualdad humanas, los principios de la democracia liberal, el principio de no discriminación o el deber moral de evitar la guerra, entre otros. No obstante, algunos aspectos del derecho romano pueden servir de inspiración a los constitucionalistas globales. Dicho de otro modo, lo que el derecho romano ofrece al constitucionalismo global no es un modelo imitable, sino genio, visión, insinuación, ideas y estímulo.

Haré tres advertencias antes de desarrollar mi razonamiento. En primer lugar, mi esfuerzo no se ve socavado por el hecho de que el derecho romano fuera decisivo en la formación y el progreso de la doctrina clásica del derecho internacional, que el nuevo constitucionalismo pretende superar. Esta tensión histórica no es más que una consecuencia de la capacidad polivalente del derecho romano para iluminar empresas incluso opuestas<sup>5</sup>. Por otra parte, el derecho internacional clásico se fundó no solo en la idea romana del derecho de gentes (*ius gentium*)<sup>6</sup>, sino también, y específicamente, en el derecho romano de los contratos y de la propiedad<sup>7</sup>. Las leyes que rigen los tratados internacionales deben mucho al derecho romano

---

<sup>5</sup> La historia del derecho internacional ofrece muchos ejemplos de argumentos contradictorios basados en el derecho romano. *Vid.* R. DOMINGO, «Gaius, Vattel, and the New Global Law Paradigm», *European Journal of International Law*, 22.3 (2011), 627-647. Hay versión española: R. DOMINGO, «Gayo, Vattel y el nuevo paradigma global», *Revista de Derecho Constitucional*, 96 (2012), 99-123.

<sup>6</sup> Sobre este tema, *vid.* M. KASER, *Ius gentium*, Wien-Köln-Weimar, Böhlau, 1993, así como la cuidada traducción española de F. J. ANDRÉS SANTOS, *Ius gentium*, Granada, Comares, 2004.

<sup>7</sup> *Vid.* R. DOMINGO y G. MINUCCI, «Alberico Gentili and the Secularization of the Law of Nations», en R. DOMINGO y J. WITTE JR. (eds.), *Christianity and Global Law*, London, Routledge, 2021, 98-111.

de los contratos. Lo mismo puede decirse del derecho romano de la propiedad en relación con la doctrina del territorio soberano<sup>8</sup>. El constitucionalismo global, sin embargo, podría beneficiarse de otras ideas y valores de la constitución de la República romana que están en el corazón del derecho público romano.

Mi segunda advertencia es que, aunque el derecho romano amparó y organizó jurídicamente un Imperio y, por tanto, fomentó una perspectiva imperialista, este hecho no reduce las ventajas potenciales de la inspiración del derecho romano. Por el contrario, la transición de la República romana al Imperio romano supuso una ruptura con el orden y los principios constitucionales republicanos. La revolución romana iniciada por Augusto<sup>9</sup> reveló el falso universalismo del Imperio, del mismo modo que cualquier intento constitucional de transformar el mundo en un estado global desvelará el falso universalismo de un constitucionalismo global espurio. También aquí la historia romana es una clave heurística para el desarrollo de la ciencia jurídica.

Mi tercera advertencia es simplemente un recordatorio de que la comunidad humana global es universal porque incluye a la humanidad *como totalidad y en su totalidad*. Así pues, la comunidad global merece un marco único, un derecho a medida. Por tanto, el lenguaje del derecho romano, que ordenó una comunidad política no universal e instrumental, debe trasladarse con mucho cuidado, y siempre de forma limitada, a la comunidad humana global contemporánea, que es intrínsecamente universal y necesaria<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Sobre la relación entre el derecho romano y el derecho internacional, *vid.* B. KINGSBURY y B. STRAUMANN (eds.), *The Roman Foundations of the Law of Nations: Alberico Gentili and the Justice of Empire*, Oxford-New York, Oxford UP, 2010; B. STRAUMANN, *Roman Law in the State of Nature: The Classical Foundations of Hugo Grotius' Natural Law*, New York-Cambridge, Cambridge UP, 2015. Sobre la relación entre el derecho romano de la propiedad y el derecho internacional, *vid.* R. LESAFFER, «Argument from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription», *European Journal of International Law*, 16 (2005), 25-58.

<sup>9</sup> *Vid.* el famoso libro de R. SYME, *The Roman Revolution*, Oxford-New York, Oxford UP, reimpr. 2002. *Vid.* también B. STRAUMANN, *Crisis and Constitutionalism: Roman Political Thought from the Fall of the Republic to the Age of Revolution*, Oxford-New York, Oxford UP, 2016.

<sup>10</sup> Explicué las diferencias en R. DOMINGO, «The Global Human Community», *Chicago Journal of International Law*, 13.1 (2012), 563-587.

## II. APLICACIONES CONCRETAS DEL DERECHO ROMANO AL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

En esta sección describiré diez insinuaciones que el derecho romano proporciona al constitucionalismo global. En primer lugar, explicaré el principio, valor o hecho social romano relevante y, a continuación, me referiré a su posible traslación al ámbito del constitucionalismo global. Acomodaré mis explicaciones sobre el derecho romano al propósito de este artículo, especialmente dirigido a los constitucionalistas, internacionalistas, filósofos del derecho y, por supuesto, romanistas.

### 1. Un espíritu cosmopolita

El derecho romano ofrece al constitucionalismo global un buen ejemplo de apoyo al cosmopolitismo como ideal político y noble actitud humana<sup>11</sup>. El espíritu estoico, que animó a casi todos los juristas romanos y a muchos de los pensadores romanos tanto durante la República como durante el Imperio (Cicerón, Séneca, Marco Aurelio), tenía un marcado carácter cosmopolita y constituyó la principal influencia en la educación jurídica romana<sup>12</sup>. Cicerón aplicó las ideas estoicas a las relaciones internacionales, se pronunció sobre los deberes de las comunidades y los pueblos entre sí y acuñó la expresión «derecho de gentes» (*ius gentium*)<sup>13</sup>. Según Cicerón, el género humano está natural y armónicamente unido de forma similar a la relación de las partes del cuerpo entre sí. Por eso, la naturaleza no nos permite aumentar nuestros medios, nuestros recursos y nuestras riquezas expoliando a los demás<sup>14</sup>. El mismo principio, según Cicerón, se establece «no solo en la naturaleza, es decir, en el derecho de

<sup>11</sup> Vid. T. PANGLE, «Roman Cosmopolitanism. The Stoics and Cicero», en L. TREPANIER y K. M. HABIB (eds.), *Cosmopolitanism in the Age of Globalization*, Lexington, Kentucky UP, 2011, 40-69. Vid. también M. C. NUSSBAUM, «Kant and Stoic Cosmopolitanism», *Journal of Political Philosophy*, 5.1 (1997), 1-25.

<sup>12</sup> Para una visión general, vid. A. PADGEN, «Stoicism, Cosmopolitanism, and the Legacy of the European Imperialism», *Constellations*, 7.1 (2000), 1-22.

<sup>13</sup> La mención más significativa se encuentra en CICERÓN, *De officiis*, 3.69. Tras hablar de la sociedad en sentido amplio como unión de todas las personas entre sí, Cicerón se refiere a las sociedades menores formadas por *gentes*, o las constituidas en ciudades.

<sup>14</sup> Cfr. CICERÓN, *De officiis*, 3.22.

gentes, sino también en las leyes de los pueblos individuales, a través de las cuales se mantiene la República en las ciudades singulares: a uno no le está permitido dañar a otro en beneficio propio (*ut non liceat sui commodi causa nocere alteri*)»<sup>15</sup>.

Probablemente, Ulpiano fue el jurista más cosmopolita de la Roma clásica tardía. Sus ideas filosóficas, profundamente influidas por el estoicismo, eran igualitarias y ayudaron a resolver los nuevos retos jurídicos que planteaba la extensión de la ciudadanía a todos los individuos libres del Imperio por la Constitución Antonina (212 d. C.). Ulpiano intentó convertir el derecho romano en un sistema jurídico más cosmopolita, adecuado a las necesidades de una sociedad multicultural y basado en los valores de libertad, dignidad, universalidad e igualdad. En este sentido, el gran romanista oxoniense Tony Honoré vio en Ulpiano un pionero del movimiento de los derechos humanos<sup>16</sup>.

El constitucionalismo global es fundamentalmente cosmopolita<sup>17</sup>. Lo que en la antigua Roma era un ideal y una aspiración compartida por filósofos y juristas es hoy una realidad constatable: todos los seres humanos son de hecho miembros de una comunidad humana global emergente en la que comparten necesidades, intereses y proyectos. Lo que sucede en cualquier rincón del mundo puede afectar a toda la humanidad de manera radical. El covid, entre otros muchos hechos, nos lo ha mostrado claramente. El constitucionalismo global afirma que esta comunidad universal también debe regirse por el derecho, y que cada Estado nación debe tener un espíritu abierto y cosmopolita en el sentido de que debe preservar, ayudar y sostener el orden jurídico global<sup>18</sup>. El derecho romano ofrece buenos argumentos para la legitimación y justificación de estas dos reivindicaciones<sup>19</sup>. También abre la puerta al llamado enfoque me-

<sup>15</sup> CICERÓN, *De officiis* 3.23.

<sup>16</sup> T. HONORÉ, *Ulpian: Pioneer of Human Rights*, 2.ª ed., Oxford-New York, Oxford UP, 2002.

<sup>17</sup> Para una visión general, *vid.* P. KLEINGELD y E. BROWN, «Cosmopolitanism», en E. N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall 2019 edition, disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/cosmopolitanism/>. *Vid.* también S. BENHABIB (ed.), *Another Cosmopolitanism*, Oxford-New York, Oxford UP, 2006.

<sup>18</sup> En la misma línea, *vid.* M. KUMM, «The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 20 (2013), 605-628.

<sup>19</sup> *Vid.* DOMINGO, «Gayo, Vattel y el nuevo paradigma global», *op. cit.*



taestatista, que insiste en reformular y trascender la idea del Estado-nación para afrontar con éxito los procesos de globalización y la reterritorialización<sup>20</sup>.

## 2. Una constitución en gran medida no escrita

El lenguaje del constitucionalismo en relación con la comunidad global se beneficia de la experiencia del derecho romano, que estableció un modelo de comunidad sin una constitución escrita, en el sentido moderno del término.

Como es bien sabido, Roma nunca tuvo una constitución escrita en el sentido moderno del término. Más que un texto único, la Constitución de Roma fue un conjunto vivo y ágil de leyes, normas, costumbres y tradiciones<sup>21</sup>. Su formación requirió un proceso largo, continuo y complejo que permitió el nacimiento de la República mediante la creación y el desarrollo de instituciones, poderes políticos, principios y normas, prácticas y funciones, así como complejas relaciones institucionales.

La Constitución de Roma no se redujo a un documento, sino que se fundamentó en la tradición. La elección anual de dos cónsules, la existencia y las funciones del Senado y la reunión de diferentes asambleas populares para distintos fines eran elementos de la constitución, pero no estaban necesariamente regulados en textos escritos. La constitución romana se adaptaba a las circunstancias cambiantes con nuevas ideas y argumentos. Por esta razón, la constitución romana era ineludiblemente controvertida, intrínsecamente política y siempre estaba abierta a ser puesta a prueba en el debate público. Los romanos estaban orgullosos de la superioridad de su

---

<sup>20</sup> Aunque el nacionalismo parece haber aumentado en las últimas décadas como consecuencia de la desintegración de la antigua Unión Soviética y el incremento de la inmigración, entre otras razones, la idea de Estado-nación sigue deteriorándose.

<sup>21</sup> Se ofrecen excelentes panorámicas de la constitución romana en W. KUNKEL, *An Introduction to Roman Legal and Constitutional History*, trad. por J. M. KELLY, 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1973; y en A. LINTOTT, *The Constitution of the Roman Republic*, Oxford-New York, Oxford UP, 1999. Más recientemente, *vid.* STRAUMANN, *Crisis and Constitutionalism*, *op. cit.* En castellano, J. PARICIO, *Historia del derecho romano y su recepción europea*, 12.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2021; A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público romano*, 26.ª ed., Madrid, Civitas, 2023.

constitución por su estabilidad, estructura equilibrada, clara asignación de funciones y sólida disciplina<sup>22</sup>.

Polibio y Cicerón entendieron la constitución republicana como una constitución mixta<sup>23</sup>. Combinaba estos elementos de la aristocracia (el Senado) con la democracia (el pueblo) y la monarquía (los cónsules). Según Cicerón<sup>24</sup>, una constitución así contenía un amplio componente de igualdad; proporcionaba armonía y estabilidad, y evitaba la corrupción. Las constituciones simples conducían fácilmente a versiones corruptas de cada tipo de gobierno, produciendo un déspota en lugar de un rey, una oligarquía en lugar de una aristocracia y una turba caótica en lugar de una democracia. Por el contrario, la constitución romana favorecía un sistema de frenos y contrapesos basado en una combinación de poderes y vetos de los magistrados, y de control político de los magistrados por parte del Senado y del pueblo. El espíritu de la constitución romana se reflejaba en la expresión: «El Senado y el Pueblo de Roma» (*Senatus Populusque Romanus*), así como el espíritu de la constitución estadounidense se condensaba en la expresión *We the People*. Como explicó Cicerón a través de Catón el Viejo, una de las razones por las que la constitución romana se consideró superior a otras fue porque no se estableció debido a la habilidad de un solo hombre, sino a causa del liderazgo de muchos, y no en el transcurso de una vida, sino a lo largo de siglos y generaciones<sup>25</sup>.

La experiencia constitucional de Roma puede inspirar al constitucionalismo global mostrándole cómo es posible una gobernanza mundial sin una constitución escrita. Al fracasado ejemplo de la pretendida constitución europea me remito. La comunidad global no necesita una constitución escrita, exhaustiva y totalizadora,

<sup>22</sup> CICERÓN, *De re publica*, 1.70.

<sup>23</sup> *Vid.* POLIBIO, *Historias*, 6.5.11-18; CICERÓN, *De re publica*, 1.69. Polibio, sin embargo, no utiliza la expresión «constitución mixta» como tal. Para Cicerón, la constitución mixta era ante todo un instrumento para restablecer el equilibrio constitucional perdido, un último recurso para salvar la República, pero su orden constitucional preferido no era mixto. *Vid.* M. SADEK, «Cicero and the Mixed Constitution (res publica mixta)», *Keria: Studia Latina Et Graeca*, 11.2 (2009), 29-41; F. J. ANDRÉS, «Cicerón y la teoría de la constitución mixta», *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 27 (2013), 1-30; J. W. ATKINS, *Roman Political Thought*, Cambridge-New York, Cambridge UP, 2018, 11-36.

<sup>24</sup> CICERÓN, *De re publica*, 1.69.

<sup>25</sup> CICERÓN, *De re publica*, 2.1.2.

como si se tratara de una ley suprema de un Estado federal mundial. El paradigma global no exige una imitación de las características constitucionales propias de un Estado-nación. Cualquier intento de establecer una constitución global fracasará tanto a nivel nacional como mundial. Más bien, la comunidad global necesita organizarse bajo un orden jurídico mundial coherente que garantice la armonía, la estabilidad y el desarrollo globales y limite el uso del poder. Este orden jurídico exige, por supuesto, cierto grado de constitucionalización, pero no una constitución escrita al uso.

### 3. Respeto por la tradición

Los romanos tenían una especial veneración por la tradición, los precedentes y la autoridad. Apreciaban las costumbres ancestrales (*mores maiorum*), las costumbres de sus antepasados y sus ideas tradicionales, sobre todo en el ámbito del derecho, marcado por un notable espíritu conservador. Los romanos fueron reacios a abolir cualquier ley válida (nunca se derogó la Ley de las Doce Tablas), porque consideraban a sus antepasados parte del pueblo romano, las decisiones que en su momento adoptaron eran para ellos vinculantes, por lo que sentían un profundo rechazo por los cambios innecesarios y desconfiaban enormemente de las novedades. No gustaban de innovaciones rápidas, modificaciones apresuradas ni actitudes revolucionarias. Intentaban, más bien, construir sobre lo que habían construido sus antepasados; por eso, respetaban exquisitamente los compromisos adoptados en el pasado. Esta actitud conservadora explica el mantenimiento durante siglos de un formalismo rígido y severo que caracterizó el derecho romano arcaico. En el corazón de ese afán conservador y del respeto de los romanos por la tradición se encontraba la idea de que la justicia, como voluntad individual y colectiva constante, continua y perpetua, requería un desarrollo histórico cuidadoso, progresivo y gradual. El liderazgo residía en el pueblo romano, como comunidad eterna, no en un magistrado particular con poder durante un tiempo limitado.

La naturaleza evolutiva del derecho romano constituye un buen ejemplo para el constitucionalismo global porque el marco conceptual integrador del constitucionalismo global debe ser evolutivo, no revolucionario. El constitucionalismo global debe respetar la tradición. El derecho internacional responde principalmente a una

tradición europea<sup>26</sup>. El constitucionalismo global es consecuencia tanto de una tradición europea como estadounidense, es decir, occidental. Pero la universalización del constitucionalismo global no puede excluir en absoluto el respeto por la particularidad de otras importantes tradiciones, como la islámica, la hinduista, la china, etc. Como ha señalado el gran internacionalista Martti Koskenniemi, «si lo universal no tiene representante propio, entonces la particularidad misma no es un escándalo»<sup>27</sup>. En efecto, lo particular se trasciende a sí mismo cuando es aceptado por otros como universal. En nuestro caso, esto significa que el constitucionalismo global solo se universalizará cuando sea aceptado por el conjunto de las naciones y pueblos de la tierra como un elemento inherente a la comunidad humana global.

#### 4. Paradigma de Estado no soberano

El derecho romano puede ayudar al constitucionalismo global a trascender el paradigma estatista, esto es, de un Estado-nación firmemente anclado en la idea moderna de soberanía. El Estado-nación soberano es una abstracción moderna muy contraria al espíritu romano. Políticamente, el pueblo romano no estaba investido de soberanía en sentido estricto, sino de *maiestas* (majestad), uno de los principios fundamentales de la República romana<sup>28</sup>. *Maiestas* es un concepto original, sin palabra equivalente en griego, que procede de *maior* (mayor) y expresa la idea de superioridad y grandeza del pueblo romano. En virtud de su superioridad, Roma exigía respeto

<sup>26</sup> En esta línea, *vid.* el desafiante artículo de M. KOSKENNIEMI, «International Law in Europe: Between Tradition and Renewal», *European Journal of International Law*, 16 (2005), 113-124.

<sup>27</sup> KOSKENNIEMI, «International Law in Europe», *op. cit.*, 115.

<sup>28</sup> Sobre las *maiestas*, *vid.* B. KÜBLER, «*Maiestas*», en A. F. PAULY y G. WISSOVA (eds.), *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft: Lysimichos bis Mantike*, vol. 14.1, Stuttgart-Munich, Alfred Druckenmüller, 1928, cols. 452-459; R. A. BAUMAN, *The Crimen Maiestatis in the Roman Republic and Augustan Principate*, Johannesburgo, Witwatersrand UP, 1970; R. DOMINGO, *Auctoritas*, Barcelona, Ariel, 1999, 23-25; Á. J. PÉREZ, *Auctoritas et maiestas. Historia, programa dinástico e iconografía en la moneda de Vespasiano*, San Vicente del Raspeig, Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2003; D. SALVO, «*Maiestas*», en R. S. BAGNALL, K. BRODERSEN, C. B. CHAMPION, A. ERSKINE y S. R. HUEBNER (eds.), *The Encyclopedia of Ancient History*, Malden, MA, Blackwell Publishing, 2013, 4236-4238, con bibliografía en 4238.

y sumisión a los demás pueblos, aunque esta exigencia no implicaba necesariamente un rechazo de la libertad de los demás. De hecho, la libertad de otros pueblos se consideraba una condición necesaria de la *maiestas* romana. La transferencia de la majestad del pueblo al emperador comenzó con Augusto y se completó a finales del siglo III. A medida que crecía la majestad del emperador, disminuía la estructura republicana, pero la majestad continuó siendo la medida de su grandeza.

La idea moderna de soberanía, en cambio, representa una adaptación absolutista y exclusivista de la majestad romana. La palabra soberanía se emplea por primera vez en *Les six livres de la République* (1576) de Jean Bodin<sup>29</sup>. Bodin entendió la soberanía como el poder absoluto y permanente que ejerce una República en un contexto determinado: «*La puissance absolue et perpetuelle d'une République*» (el poder absoluto y perpetuo de una República)<sup>30</sup>. En la versión latina de esa obra, la definición de *maiestas* aparece aclarada y traducida de forma laxa, inspirándose en parte en la frase de Ulpiano de que el príncipe no está atado por las leyes, *princeps legibus solutus*<sup>31</sup>. La soberanía era, pues, un poder exclusivo y excluyente en manos del príncipe, que podía imponer leyes a sus súbditos sin su consentimiento y sin que él mismo quedara atado por ellas. La soberanía así concebida implicaba una indivisibilidad absoluta del poder dentro de una comunidad y una independencia total en las relaciones internacionales.

<sup>29</sup> Los antecedentes medievales —sobre todo, los que comienzan con la fórmula *rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator*— pueden encontrarse en F. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità*, 3.ª ed., Milano, Giuffrè, 1957. La teoría, sin embargo, necesita una revisión.

<sup>30</sup> J. BODIN, *Les six livres de la République*, vol. 1, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1986, 179. Bodin utiliza el término latino *maiestas* como sinónimo de soberanía. Así, por ejemplo, en el capítulo 10 del libro 1, que trata de «*Des vraies marques de souveraineté*» (245-341), habla de «*la première marque de la souveraineté*» (306), pero de «*la seconde marque de majesté*» (310). Para una biografía intelectual de BODIN, vid. H. A. LLOYD, *Jean Bodin, This Pre-eminent Man of France. An Intellectual Biography*, Oxford-New York, Oxford UP, 2017. Sobre la idea de soberanía, vid. D. LEE, *Popular Sovereignty in Early Modern Constitutional Thought*, Oxford-New York, Oxford UP, 2016; D. LEE, «Jean Bodin», en O. DESCAMPS y R. DOMINGO (eds.), *Great Christian Jurists in French History*, Cambridge, Cambridge UP, 2019, 191-209.

<sup>31</sup> A propósito del comentario de Ulpiano sobre la legislación caduca de Augusto, vid. ULPIANO, *Digesto*, 1.3.31. Sobre esta expresión, T. SIMON, «*Princeps legibus solutus*», en G. DUNPHY y A. C. GOW (eds.), *Encyclopedia of Early Modern History Online*, Leiden-Boston, Brill, 2005-2012, consulta de 2 de abril de 2024.

Este concepto de soberanía —que sustituía de nuevo al concepto romano de *maiestas*— cerraba definitivamente las puertas a un sistema internacional armónicamente ordenado, y creaba artificialmente en su lugar una constelación de Estados uniformes, cada uno con poderes plenarios en su respectivo territorio delimitado por fronteras, con su correspondiente pueblo y sirviendo a sus propios intereses.

Por supuesto, poco queda de este concepto inicial de soberanía principesca en el derecho internacional actual, pero todo el sistema de derecho internacional ha quedado, en cierto modo, viciado por esta idea territorial excluyente de la soberanía. Si la propia categoría de derecho internacional parece anticuada en nuestro mundo globalizado, probablemente se deba a las restricciones impuestas por la idea de soberanía.

La soberanía fue esencial para la creación de un derecho internacional basado en la coexistencia, pero es un verdadero obstáculo para el desarrollo de un derecho internacional fundado en los principios de cooperación y solidaridad. Por eso, la idea de soberanía ha de revisarse si lo que se pretende es hacerla compatible con los principios y valores del constitucionalismo global. Se podría adoptar un enfoque soberanista pluralista o sustituir el concepto de soberanía por otro, viejo o nuevo, que capte la esencia de la comunidad global como algo diferente del Estado global (ejemplo: la majestad de la humanidad). Esto no significa que la soberanía no tenga ningún papel en el nuevo paradigma global. La soberanía podría seguir siendo un concepto instrumental y útil, pero solo después de una profunda reformulación<sup>32</sup>. Es función de los constitucionalistas globales liberar a la idea de soberanía de su lado oscuro, que implica exclusiones, fronteras, impunidad e insolidaridad<sup>33</sup>. Si el derecho romano es presoberanista, el constitucionalismo global debería ser definitivamente metasoberanista.

## 5. Una idea integrada del derecho público y privado

Ulpiano se refirió al derecho público como el que mira al estado de la cosa romana (*quod ad statum rei Romanae spectat*), y al

---

<sup>32</sup> Sobre la compatibilidad entre soberanía y constitucionalismo más allá del Estado, *vid.* J. L. COHEN, *Globalization and Sovereignty*, New York-Cambridge, Cambridge UP, 2012.

<sup>33</sup> En la misma línea, M. KOSKENNIEMI, «International Law in the World of Ideas», en J. CRAWFORD y M. KOSKENNIEMI (eds.), *International Law*, Cambridge-New York, Cambridge UP, 2012, 58.

derecho privado como el que se centra en la utilidad de cada individuo (*ad singulorum utilitatem*)<sup>34</sup>. En general, el derecho público se establecía en interés de la comunidad política o del pueblo. Abarcaba todo lo que no se refería al interés privado de los ciudadanos individuales. El derecho público se ocupaba de la constitución, administración y funcionamiento de la comunidad política romana. Integraba y combinaba la religión y la administración de la comunidad política, y cuidaba de los magistrados, los sacerdotes y las cosas sagradas. El derecho público emanaba básicamente de las asambleas populares y del Senado, y más tarde también del emperador<sup>35</sup>.

Mientras que el derecho público era un producto colectivo de generaciones de senadores y magistrados, el derecho privado era una manifestación de la libre voluntad del individuo. Era este derecho privado una expresión de la libertad individual, por más que no se rigiera únicamente por el interés propio. El derecho privado conservaba la idea del deber moral. La diferencia práctica más importante entre el derecho público romano y el derecho privado era que el derecho público no podía ser modificado por acuerdos celebrados entre particulares<sup>36</sup>. Este derecho inmutable es exactamente lo que hoy llamaríamos *ius cogens*. Sin embargo, en el corazón tanto del derecho público como del privado yacía el pensamiento de que el derecho público no podía eclipsar o sustituir al derecho privado, como en parte sucede en nuestros días. En el derecho romano, el derecho público era una expansión del derecho privado, y no a la inversa, porque el individuo —el ciudadano— y no la comunidad política era el centro del sistema jurídico romano. El derecho público procedía del derecho privado (*ex privato publicum*, podríamos decir). Este modelo original de construcción del derecho, de abajo arriba y no de arriba abajo, debería trasladarse a todas las esferas jurídicas, incluido el constitucionalismo global, fuertemente establecido de arriba abajo por el peso de las constituciones escritas y el dominio del positivismo jurídico.

<sup>34</sup> Vid. ULPIANO, *Digesto* 1.1.1.2.

<sup>35</sup> Para una visión de conjunto del derecho público romano, A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público romano*, 26.ª ed., Madrid, Civitas, 2023. Vid. también sobre este concepto, M. KASER, R. KNÜTEL y S. LOHSSE, *Derecho privado romano*, trad. Patricio Lazo y Francisco J. Andrés, 21.ª ed., Madrid, BOE, 2022, 96-98.

<sup>36</sup> PAPINIANO, *Digesto*, 2.14.38.

En el pensamiento ciceroniano, el provecho de la República (*utilitas rei publicae*) y su estabilidad (*salus*) eran los dos fines del derecho público<sup>37</sup>. El provecho o interés público servía de principio para legitimar nuevas leyes, de norma para la interpretación jurídica y de guía para la actividad jurisprudencial. Papiniano mencionaba el interés público como fundamento último de la validez del derecho pretorio<sup>38</sup>, y Ulpiano no dudaba en situar la idea de la *utilitas* en el centro de cualquier cambio legislativo: «A la hora de determinar nuevas leyes tiene que haber alguna clara ventaja (*utilitas*) manifiesta, sobre todo si se trata de modificar una ley que ha sido considerada justa durante mucho tiempo»<sup>39</sup>. Inspirándose en la filosofía griega y en el pensamiento ciceroniano, los juristas clásicos invocaron abundantemente la idea de *utilitas* (en el sentido general de practicidad, interés social y sana política) como una buena razón para explicar la aceptación de una solución jurídica concreta y pragmática en lugar de otra solución basada en un estricto razonamiento lógico y dogmático.

El derecho público moderno es el resultado de una necesaria secularización, racionalización y positivización del derecho<sup>40</sup>. Aun así, el concepto esencial romano de *utilitas* debería seguir siendo vital. La teoría de la soberanía prevaleció durante siglos como base del derecho público, pero debería ser sustituida por las ideas de servicio público, solidaridad<sup>41</sup> y funcionalidad. Estas deberían estar también en el corazón del constitucionalismo global<sup>42</sup>. Un enredo

<sup>37</sup> CICERÓN, *De inventione*, 1.68.

<sup>38</sup> PAPINIANO, *Digesto*, 1.1.7.1.

<sup>39</sup> ULPIANO, *Digesto*, 4.1.2.

<sup>40</sup> Para la comprensión moderna del derecho público, *vid.* M. LOUGHLIN, *The Idea of Public Law*, Oxford, Oxford UP, 2003; ID., *Foundations of Public Law*, Oxford-New York, Oxford UP, 2010.

<sup>41</sup> *Vid.* L. DUGUIT, *Law in the Modern State*, trad. por Frida y Harold Laski, New York, B. W. Huebsch, 1919, 32.

<sup>42</sup> En este sentido, *vid.* A. PETERS, «Humanity as the  $\Lambda$  and  $\Omega$  of Sovereignty», *European Journal of International Law*, 20 (2009), 513-544; A. PETERS, «Are We Moving to the Constitutionalization of the World Community?», en A. CASSESE (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford-New York, Oxford UP, 2012, 118-135, esp. 120-123. Peters analiza el cambio de paradigma de la soberanía a la humanidad, y considera la humanidad como el principio fundacional del derecho público. La humanidad subyace a todo el sistema internacional de protección de los derechos humanos. *Vid.* también el «enfoque constitucionalista societal» de G. TEUBNER, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford-New York, Oxford UP, 2012; KUMM, «The Cosmopolitan



o confusión excesiva entre las ideas de soberanía y derecho público conduce a una fragmentación del derecho público. Por el contrario, una idea aspiracional y normativa más inclusiva del derecho público conectada con su finalidad (o causa última) constituye una fuente de integración global.

## 6. Recuperación de la idea de necesidad como fuente de derecho vinculante

Para los romanos, la necesidad (*necessitas*) era fuente de derecho vinculante<sup>43</sup>. *Necessitas* era la diosa romana que personificaba la fuerza vinculante del destino, lo inevitable. Se la identificaba con la diosa griega *Ananke* y se la representaba como una diosa poderosa que caminaba ante *Fortuna* portando clavos y cuñas de bronce para fijar los decretos del destino<sup>44</sup>. Frente al libre albedrío, la necesidad es una fuerza o influencia que obliga a actuar a una persona o a un grupo de personas por más que no lo deseen<sup>45</sup>.

La necesidad afecta a la ley de dos maneras diferentes. A veces, el estado de necesidad debe tenerse en cuenta para justificar jurídicamente una desviación del derecho común. Ésta es, de hecho, la práctica relativa a la doctrina de la necesidad en derecho internacional, que se basa en la regla de que la ley no se aplica cuando llega e impera la necesidad (*cessat lex ubi venit necessitas*)<sup>46</sup>. A veces, sin embargo, la necesidad crea derecho al fundamentar obligaciones y

---

Turn in Constitutionalism», *op. cit.* Kumm sostiene que todos los Estados-nación legítimos deben ser Estados cosmopolitas en el sentido de incorporar y reflejar las condiciones de legitimidad global para las reivindicaciones de soberanía en sus propias constituciones.

<sup>43</sup> Sobre este tema, *vid.* DOMINGO, «The Global Human Community», *op. cit.*

<sup>44</sup> Cfr. HORACIO, *Carmina*, 1.35.17-20. «Te semper anteit serva Necessitas / clavos trabalis et cuneos manu / gestans aena nec severus / uncus abest liquidum-que plumbum» [La despiadada Necesidad camina siempre delante de ti, llevando en su descarada mano clavos de viga y cuñas, sin olvidar la pinza inamovible y el plomo para fundir]. *Vid.* A. WAGNER, «Necessitas», en W. H. ROSCHER (ed.), *Ausführliches Lexikon der griechischen und römischen Mythologie*, III.1, Leipzig, B. G. Teubner, 1902, cols. 70-72.

<sup>45</sup> Cfr. *Black's Law Dictionary*, en B. A. GARNER (ed.), St. Paul, MN, West Group, 1999, 1053.

<sup>46</sup> Para un comentario sobre esta norma y otras similares, *vid.* R. DOMINGO (ed.), *Principios de Derecho Global*, 3.ª ed., Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006, núm. 146.

deberes jurídicos. Esta circunstancia se refleja en el conocido aforismo jurídico francés: *nécessité oblige*. Así, la necesidad se convierte en una importante fuente de derecho, es decir, de obligación jurídica vinculante. Utilizo aquí el concepto de necesidad en este último sentido, aunque los dos sentidos están interconectados. Si la necesidad puede llevar a la suspensión de leyes, también debe ser capaz de sugerir e imponer nuevas leyes. De lo contrario, la sociedad se disolvería en el caos.

No es mera coincidencia que la redacción de la definición más famosa de obligación, de las *Instituciones* de Justiniano<sup>47</sup>, incluya la palabra «necesidad»: *quo necessitate adstringimur*. En este contexto, la necesidad expresa la idea de que la obligación creada por un vínculo jurídico constriñe los deseos de la parte<sup>48</sup>.

El jurista romano Modestino, en su primer libro de las reglas, expresó muy bien lo que intento explicar aquí: «Así, toda ley ha sido hecha por consentimiento, o establecida por necesidad, o confirmada por la costumbre»<sup>49</sup>. Como bien explicó Theo Mayer-Maly, en esta frase, el término necesidad tiene un significado ordinario, no técnico: una necesidad o deseo imperioso, una presión de las circunstancias, una compulsión física o moral, que excusa a alguien de cumplir una obligación o crea una nueva<sup>50</sup>.

En nuestros días, un fuerte sentido contractualista ha alimentado el desprecio por la división de las fuentes del derecho en consentimiento, costumbre y necesidad. El consentimiento ha pasado a ser primordial, mientras que la costumbre y la necesidad han quedado relegadas a la irrelevancia. La costumbre, sin embargo, ha logrado mantener su estatus (ciertamente secundario) en el ámbi-

---

<sup>47</sup> *Instituciones de Justiniano*, 3.13 pr.: «*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*» [Una obligación es un vínculo jurídico por el que estamos vinculados por la necesidad de realizar algún acto de acuerdo con las leyes de nuestra comunidad].

<sup>48</sup> Esta definición de obligación entró en la tradición angloamericana de la *common law* a través de la obra de H. DE BRACON, *De legibus et consuetudinibus Angliae* (*On the Laws and Customs of England*), ed. George E. Woodbine & Samuel E. Thorne, Selden Society, vol. 2, Cambridge, MA, Harvard UP, 1968, 283: «*Et sciendum quod obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur ad aliquid dandum vel faciendum*» [Una obligación es un vínculo legal por el cual estamos constreñidos por necesidad (lo queramos o no), a dar o hacer algo].

<sup>49</sup> MODESTINO, *Digesto* 1.3.40.

<sup>50</sup> En este sentido, cfr. T. MAYER-MALY, «Topic der *necessitas*», *Études offertes à Jean Macqueron*, Aix-en-Provence, Faculté de droit et des sciences économiques d'Aix-en-Provence, 1970, 478-486.

to internacional gracias a la propia naturaleza del derecho internacional<sup>51</sup>, pero también, en parte, gracias a la defensa del derecho internacional consuetudinario por parte de algunos académicos<sup>52</sup>. El constitucionalismo global todavía necesita recuperar el concepto de necesidad para desarrollar un enfoque correcto del derecho en esta era de la globalización. Como dijo acertadamente Tony Honoré: «En lo que respecta a la comunidad mundial, la necesidad es el fundamento pertinente»<sup>53</sup>.

La razón para fundamentar la comunidad mundial en la necesidad fue explicada ya en el siglo XVI por nuestro gran Francisco de Vitoria utilizando el pensamiento aristotélico: las causas necesarias son causas finales<sup>54</sup>. En efecto, las relaciones humanas en la era de la globalización han hecho necesario que la humanidad gestione bien sus necesidades globales. Algunas de esas necesidades derivan directamente de la dignidad humana (por ejemplo, la erradicación de la pobreza y la lucha contra el terrorismo internacional). El constitucionalismo global suscita la acuciante cuestión de la legitimidad de la gobernanza global, y el principio de necesidad ofrece una buena respuesta<sup>55</sup>.

Las normas especiales de *ius cogens* y *erga omnes*<sup>56</sup>, que en nuestros días han adquirido mayor relevancia práctica, constituyen una poderosa expresión de la actual recuperación del principio de necesidad. El carácter imperativo del *ius cogens* y la existencia de normas que todos los Estados pueden invocar en caso de violación (*erga*

---

<sup>51</sup> De hecho, en los casos en los que es difícil lograr un acuerdo entre los Estados, la costumbre podría desempeñar un papel importante. Para este y otros ámbitos en los que se desarrolla el derecho consuetudinario, *vid.* A. CASSESE, *International Law*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford, Oxford UP, 2005, 166.

<sup>52</sup> Cfr. B. D. LEPARD, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, New York-Cambridge, Cambridge UP, 2010; D. J. BEDERMAN, *Custom as a Source of Law*, New York-Cambridge, Cambridge UP, 2010.

<sup>53</sup> T. HONORÉ, «The Human Community and Majority Rule» (1978), en T. HONORÉ, *Making Law Bind: Essays Legal and Philosophical*, Oxford, Clarendon Press, 1987, 237.

<sup>54</sup> Cfr. F. DE VITORIA, *Sobre el poder civil*, cuestión 1, art. 1, secciones 3-6, trad. Luis Frayle Delgado, Madrid, Tecnos, 2007.

<sup>55</sup> En este sentido, *vid.* A. PETERS, «Conclusion», en KLABBERS, PETERS y ULFSTEIN (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, *op. cit.*, 351.

<sup>56</sup> Para una visión general, *vid.* M. N. SHAW, *International Law*, 9.<sup>a</sup> ed., Cambridge-New York, Cambridge UP, 2021, 123-128 y 178-179; R. KOLB, *Théorie du ius cogens international: Essai de relecture du concept*, Genève, Graduate Institute, 2001.

*omnes*) pueden sugerir la *necesidad* de algunas normas para que sobreviva el propio sistema de derecho internacional. De hecho, el orden jurídico internacional no podría ser un sistema universal si se basara únicamente en un principio consensualista. Bastaría con que una comunidad política concreta no diera su consentimiento al sistema universal de normas, para que el derecho internacional dejara de ser universal. Es precisamente el principio de necesidad el que hace que el derecho internacional sea universal (derecho global) al proteger algunos valores morales irrevocables (*ius cogens*) y ampliar su alcance (normas *erga omnes*)<sup>57</sup>.

## 7. Un enfoque no fundacional del poder constituyente

El derecho romano ayuda a aclarar que lo realmente fundacional del constitucionalismo global es la misma comunidad política global de ciudadanos libres<sup>58</sup>, no el poder constituyente o la constitución como tales<sup>59</sup>. El Senado y el Pueblo de Roma (*Senatus Populusque Romanus*), que encarnaban el poder político de la República romana, presuponían la idea misma de pueblo. Era el pueblo (los ciudadanos del pasado y del presente) el que, en última instancia, otorgaba legitimidad a la constitución romana, y no al revés.

La idea del poder constituyente, sin embargo, es moderna al menos en la forma en que surgió con la creación del Estado-nación. El poder constituyente se asoció al constitucionalismo sirviéndose de la interpretación calvinista del poder soberano y se transformó durante la Ilustración europea como resultado de la racionalización secular<sup>60</sup>. El concepto de poder constituyente presupone no solo

<sup>57</sup> Vid. DOMINGO, *The New Global Law*, *op. cit.*

<sup>58</sup> En este sentido, *vid.* M. KUMM, «Constituent Power, Cosmopolitan Constitutionalism, and Post-Positivist Law», *International Journal of Constitutional Law*, 14 (2016), 697-711.

<sup>59</sup> Para una buena visión de conjunto, *vid.* LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, *op. cit.*, 221-228; ID., «The Concept of Constituent Power», *European Journal of Political Theory*, 13.2 (2014), 218-237. *Vid.* también E. W. BÖCKENFÖRDE, «The Constituent Power of the People: A Liminal Concept of Constitutional Law», en E. W. BÖCKENFÖRDE, *Constitutional and Political Theory. Selected Writings*, en M. KÜNKLER y T. STEIN (eds.), Oxford-New York, Oxford UP, 2017, 169-185.

<sup>60</sup> LOUGHLIN, «The Concept of Constituent Power», *op. cit.*, esp. en 219. Más recientemente, J. WITTE JR., *Raíces protestantes del derecho*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023.

la creencia de que el poder político reside en última instancia en el pueblo o la comunidad política, sino también la comprensión de que la constitución política deriva su poder y legitimidad del pueblo. La comunidad política se convierte así en la fuente última del poder constituyente que legitima la autoridad de las constituciones.

En la dimensión jurídica global, sin embargo, debería reformularse el concepto de poder constituyente. De lo contrario, la comunidad humana global correría el riesgo de transformarse en un temido Estado global. La comunidad global es una comunidad de muchos pueblos y, como tal, no constituye un único pueblo. La humanidad no es un pueblo. Un pueblo es una pluralidad de personas reconocidas como un todo. La comunidad global, sin embargo, no comprende meramente una pluralidad de la población mundial, sino que comprende su totalidad. La idea de pueblo exige alteridad: este pueblo frente a otro pueblo. Como la comunidad mundial es única en su totalidad, es incompatible con la alteridad. Por tanto, la comunidad global no requiere un poder constituyente en el sentido moderno de la expresión «Nosotros, el pueblo de [algún Estado o territorio]».

En su revisión del poder constituyente desde la perspectiva del constitucionalismo global, Mattias Kumm sostiene que el poder constituyente no solo reside en «Nosotros, el pueblo», sino también en la misma «comunidad internacional», como requisito de una concepción cosmopolita y pospositivista del constitucionalismo<sup>61</sup>. Los dos componentes, «Nosotros el pueblo» y la «comunidad internacional», serían «co-constitutivos» tanto de las constituciones nacionales como de la comunidad internacional. Este coprincipio de poder constituyente asegura la integración de las constituciones nacionales en el orden global. Kumm cuestiona así el enfoque positivista que tradicionalmente atribuía al poder constituyente un papel fundacional, y defiende en su lugar un enfoque normativamente constituido y circunscrito.

Estoy básicamente de acuerdo con Kumm, pero difiero en la formulación del argumento. En mi opinión, debido a la globaliza-

---

<sup>61</sup> KUMM, «Constituent Power, Cosmopolitan Constitutionalism, and Post-Positivist Law», *op. cit.*, 698. *Vid.* la réplica de N. WALKER, «The Return of Constituent Power: A Reply to Mattias Kumm», *International Journal of Constitutional Law*, 14 (2016), 906-913, y la réplica de KUMM, «Constituent power, Boundaries and Identity: On the Justificatory Depth of Constitutionalism. A Rejoinder to Neil Walker», *International Journal of Constitutional Law*, 14 (2016), 914-924.

ción y a la aparición (por necesidad) de una comunidad mundial, el poder constituyente de una comunidad política ya no reside en «Nosotros el pueblo», sino en «Nosotros un pueblo de la comunidad mundial». Un pueblo ya no es una comunidad política independiente, sino interdependiente del resto de la población mundial. Así, pues, una comunidad política es siempre una expresión y una parte de la comunidad global. La comunidad global no requiere un poder constituyente global autónomo, porque no es una comunidad completa, es decir, que pueda satisfacer todas las necesidades de sus ciudadanos<sup>62</sup>.

En última instancia, la razón por la que tanto la comunidad política como la comunidad global constituyen, valga la redundancia, el poder constituyente de cualquier comunidad particular, mientras que al mismo tiempo no existe un poder constituyente global, es que la comunidad global consiste en una comunidad *incompleta* pero necesaria. Llamo *completas* a aquellas comunidades que, informadas por el principio de autonomía y autogobierno, se esfuerzan por satisfacer el mayor número posible de necesidades humanas dentro de sus fronteras (trabajo, salud, educación, seguridad, etc.). Por el contrario, las sociedades incompletas son aquellas que se esfuerzan por satisfacer solo ciertas necesidades humanas específicas. Aristóteles y Aquino consideraban la *polis*<sup>63</sup> o *civitas*<sup>64</sup> como la única comunidad completa y autosuficiente. En nuestros días, el Estado-nación es el paradigma de comunidad completa. Además de ser completo en este sentido, el Estado-nación es también una sociedad instrumental: no es estrictamente necesario en la medida en que su finalidad no es natural y sus responsabilidades pueden ser desempeñadas por otras agrupaciones políticas y sociales intermedias. Del mismo modo que Bélgica, Japón o Estados Unidos comenzaron a existir en un momento histórico concreto, también podrían dejar de existir en un momento dado. Estas comunidades no son un requisito insustituible para la existencia humana. Son un producto cultural de la experiencia humana y del desarrollo histórico. La rica variedad de

<sup>62</sup> Desarrollo este argumento de la comunidad global como comunidad incompleta en DOMINGO, «The Global Human Community», *op. cit.*

<sup>63</sup> ARISTÓTELES, *Política*, 1.1.1252a.

<sup>64</sup> Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, a. 3, ad 3; *Summa Theologiae* II-II, q. 65, a. 2, ad 2, y *Sententia libri Politicorum*, 1.1.23. Para más información sobre el concepto de «*communitas perfecta*» en Tomás de Aquino, *vid.* J. FINNIS, *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford-New York, Oxford UP, 1998, 52, 114, 122, 219, 2211 n. 10, 226 y 307.

comunidades políticas existentes es mutable, en la medida en que están sujetas a vicisitudes políticas. En estas comunidades políticas impera la ciencia de lo posible; es decir, estas entidades no tienen un valor intrínseco sino instrumental. No son fines en sí mismas, puesto que son instrumentales y políticas por naturaleza.

La comunidad global se ha convertido ahora en una condición necesaria pero no suficiente para cualquier poder constituyente de cualquier pueblo que sea un subconjunto de la humanidad organizado como una comunidad política completa. En otras palabras, el autogobierno de cualquier comunidad política o pueblo debe considerarse dentro del marco del derecho de la comunidad global para estar legitimado globalmente. La consecuencia práctica de esta idea es que el derecho de la comunidad global no debería depender del consentimiento del Estado, como ocurría con el derecho internacional clásico.

El derecho global debería tener la misma legitimidad en la comunidad global que la que tiene el derecho nacional en la comunidad nacional. En este sentido, se requiere un enfoque metapositivista (*vid.* la siguiente sección, 2.8), ya que cualquier comunidad política influye en la comunidad global, y la comunidad global influye en la comunidad nacional. Desde esta perspectiva, ningún ordenamiento jurídico en un mundo globalizado consistiría únicamente en normas y reglamentos promulgados por un único soberano. Si esto es así, la idea de poder constituyente debería ampliarse y no limitarse rígidamente al poder nacional. Esto no implica, sin embargo, que deba reconocerse un poder constituyente global.

## 8. Un enfoque no positivista del derecho

El derecho romano ofrece un enfoque prepositivista del derecho e impide que el constitucionalismo global adopte una posición positivista implícita o explícita. La expresión derecho positivo (*ius positivum*) no es una creación romana sino medieval. La distinción entre derecho positivo y derecho natural fue propuesta por primera vez por eruditos franceses como Guillermo de Conches, Hugo de San Víctor y Pedro Abelardo, así como por canonistas franceses del siglo XII<sup>65</sup>. Esto no significa que el derecho romano no conten-

---

<sup>65</sup> *Vid.* S. GAGNÉR, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Estocolmo, Almqvist & Wiksell, 1960 210-240; D. E. LUSCOMBE y G. R. EVANS, «The Twelfth-

ga derecho positivo: el derecho civil romano, el derecho pretorio y el derecho romano de gentes ciertamente pueden categorizarse con el término no romano «derecho positivo». En palabras de uno de los grandes positivistas, Hans Kelsen, «el positivismo se limita a una teoría del derecho positivo y su interpretación»<sup>66</sup>. El positivismo se sitúa así completamente al margen del derecho romano, que ofrece en cambio un marco integrado a las diferentes dimensiones del derecho: derecho civil, derecho pretorio, derecho de gentes, derecho fechal, derecho sagrado, entre otros.

El constitucionalismo global debe reconocer la relevancia del derecho positivo, pero este debe cumplir su función como parte de un marco global metapositivista<sup>67</sup>. El constitucionalismo global no puede ser positivista, porque no podría estar firmemente conectado con los postulados más relevantes del positivismo, al menos del positivismo más radical<sup>68</sup>. A diferencia del positivismo, el constitucionalismo global exige que el soberano pueda someterse a una limitación legítima. A diferencia del positivismo, el constitucionalismo global aboga por limitaciones internas de los poderes constituyentes que no pueden proporcionarse simplemente apelando a la voluntad popular. A diferencia del positivismo, el constitucionalismo global exige que los estándares normativos globales no puedan crearse de la nada, basándose únicamente en un acto soberano de voluntad popular. A diferencia del positivismo, el constitucionalismo global no exige, no tiene por qué exigir, una norma básica como razón de validez, sino que algunos principios, valores, instituciones y normas deberían utilizarse como parámetros para inspirar el nuevo derecho público global.

El constitucionalismo global debería trascender el positivismo en lugar de rechazar todas las ideas y supuestos positivistas. Al igual que los pospositivistas, siguiendo los postulados de la teoría cuántica, aceptan que las teorías, los conocimientos y los valores de un ob-

---

Century Renaissance», en J. H. BURNS (ed.), *The Cambridge History of Medieval Political Thought (c. 350-c. 1450)*, Cambridge-New York, Cambridge UP, 1988, 306-338, en 336.

<sup>66</sup> H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, trad. Andres Wedberg, Cambridge, MA, Harvard UP, 1945, 391.

<sup>67</sup> KUMM, «Constituent Power, Cosmopolitan Constitutionalism, and Post-Positivist Law», *op. cit.*, 698.

<sup>68</sup> Sobre un positivismo débil, *vid.*, entre otros muchos, el artículo seminal de E. MITROPHANOUS, «Soft Positivism», *Oxford Journal of Legal Studies*, 17.4 (1997), 621-641. *Vid.* también R. DOMINGO, *Derecho y Trascendencia*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, 155-162, con bibliografía.



servador pueden influir en lo que se observa<sup>69</sup>, el constitucionalismo global afirma que cualquier comportamiento de una comunidad política afecta a la comunidad global, y cualquier comportamiento de la comunidad global afecta a la comunidad particular. Tanto la comunidad global como la comunidad nacional son tanto observadores como realidades constitucionales observadas. El constitucionalismo global nos permite ver el Estado no solo desde dentro (*ab intra*), sino también desde fuera (*ab extra*). Esto explica por qué la interdependencia está en el centro del constitucionalismo global<sup>70</sup>.

La protección de los derechos humanos es, por ejemplo, fundamental tanto en el derecho internacional como en el nacional. Si los derechos humanos no están bien protegidos en los tribunales nacionales, entonces los tribunales internacionales están disponibles para revisar las violaciones. Pero si los tribunales internacionales violan el derecho internacional de los derechos humanos, los tribunales nacionales no tienen por qué acatar sus decisiones. En estos casos, como bien ha argumentado Geir Ulfstein, el valor constitucional de proteger los derechos humanos debe prevalecer sobre la importancia de respetar las decisiones judiciales de los tribunales internacionales<sup>71</sup>.

## 9. Repercusión de la tríada gayano justiniana: personas, cosas y acciones

La tripartición gayano-justiniana del derecho en personas, cosas y acciones<sup>72</sup> sirvió para poner las bases de la elaboración del

---

<sup>69</sup> La conexión entre el pospositivismo y la física cuántica es obvia. La teoría cuántica afirma que, por el mero hecho de observar, el observador afecta a la realidad observada. Para una visión general de la física cuántica, *vid.*, entre otros, K. W. FORD y D. GOLDSTEIN, *The Quantum World: Quantum Physics for Everyone*, Cambridge, MA, London, Harvard UP, 2005.

<sup>70</sup> En este sentido, también podría entenderse el constitucionalismo compensatorio, al que se refiere Anne Peters. *Vid.* A. PETERS, «Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures», *Leiden Journal of International Law*, 19 (2006), 579-610.

<sup>71</sup> En este sentido, *vid.* ULFSTEIN, «The International Judiciary», en KLABBERS, PETERS y ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, *op. cit.*, 152. *Vid.* también A. FØLLESDAL, J. K. SCHAFFER y G. ULFSTEIN, *The Legitimacy of International Human Rights Regimes: Legal, Political and Philosophical Perspectives*, Cambridge-New York, Cambridge UP, 2014.

<sup>72</sup> GAYO, *Institutiones*, 1.8. La frase ha sido reproducida también en *Digesto*, 1.5.1.

paradigma jurídico clásico, que ha perdurado durante siglos en Occidente tanto en la tradición del derecho continental europeo como del *common law*. El nuevo paradigma del constitucionalismo global debería desarrollarse a partir de esta tríada, pero concretada en los siguientes términos: *comunidad global*, *bienes públicos globales* y *global rule of law*. Estos tres elementos constituirían el nuevo marco cognitivo básico en el que podrían desarrollarse los principios del incipiente constitucionalismo global.

El centro del derecho es la persona. Sin persona no hay derecho, pues el derecho, a la postre, nace de ella (*ius ex persona oritur*)<sup>73</sup>. Por eso, el paradigma global asume a pie juntillas el primer elemento del paradigma romano, la persona, pero la contempla, no solo en sí misma, o como miembro de una comunidad política menor, sino como integrante de la humanidad. En el paradigma internacional estatista, el Estado desplazó y ocupó el lugar de la persona; en este nuevo paradigma global, la comunidad global, es decir, la humanidad, no sustituye, ni siquiera desplaza, a la persona, sino que la integra de forma natural. De ahí que en este nuevo paradigma global la persona sea sujeto primario del derecho y no quede relegada a un segundo plano, como sucedió en la aplicación del paradigma internacional clásico en el que solo los Estados fueron verdaderos sujetos del derecho internacional<sup>74</sup>.

En el nuevo paradigma del constitucionalismo global, las «cosas» se refieren a aquellos bienes públicos que realmente afectan a la humanidad en su conjunto. Y estos son relativamente pocos y cambiantes. Bienes públicos globales, entre otros, serían, a modo de ejemplo, aquellos referidos fundamentalmente a la conservación del planeta (calentamiento global, protección del medio ambiente), a la supervivencia de los seres humanos (erradicación de la pobreza, prevención y reparación de desastres naturales, supresión del armamento nuclear) y a la seguridad mundial (terrorismo internacional, persecución de delitos de lesa humanidad, etc.). La protección de los derechos humanos ocuparía un lugar prioritario, pero solo en la medida en que ellos no estuvieran suficientemente amparados por

---

<sup>73</sup> Sobre este tema, me remito a mi libro DOMINGO, *The New Global Law*, *op. cit.*, 123-126.

<sup>74</sup> En esta misma dirección apunta, con acierto, A. PETERS, en KLABBERS, PETERS y ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, *op. cit.*, 157: «*In a constitutionalized world order, natural persons are the primary international legal persons and the primary members of the global constitutional community*».

los ordenamientos jurídicos de las distintas comunidades políticas. La determinación y el alcance de los bienes públicos globales deberían estar siempre informados por los principios de subsidiariedad y solidaridad. Estos bienes jurídicos globales gozarían de una suerte de reserva de globalidad (*global legal domain*).

El tercer elemento conformador del paradigma global sería el *global rule of law*, que vendría a completar el concepto romano de *actio* del paradigma clásico, ya superado, tanto teórica como prácticamente, por la ciencia del derecho. La diversidad de conflictos jurídicos y la variedad de sistemas de resolución de disputas en el ámbito transnacional nos conducen indefectiblemente hacia un concepto más general de aplicación del derecho como garante de las libertades y del orden social. Este concepto debe ser, en mi opinión, el de supremacía del derecho o «*rule of law*»<sup>75</sup>. De esta manera, tanto la comunidad humana global, primer elemento de nuestra nueva tripartición, como los bienes públicos globales, segundo elemento, deben estar sometidos al imperio del derecho (*rule of law*), formando así el núcleo constitutivo de un constitucionalismo global que interrelaciona y unifica todos los ordenamientos jurídicos del mundo<sup>76</sup>.

La gran ventaja que ofrece el *global rule of law* de la tríada global frente al concepto de Estado de derecho (*Rechtsstaat*) es que, históricamente, el *rule of law* es anterior a la idea moderna de Estado. De ahí que no sea demasiado difícil imaginar un concepto de *rule of law* más allá del Estado<sup>77</sup>, y sí, en cambio, un Estado de derecho (*Rechtsstaat*) más allá del mismo Estado. Por lo demás, la construcción de un Estado mundial sería, en palabras de Hannah Arendt, «no solo una pesadilla amenazante de tiranía, sino el final mismo de la vida política tal y como la entendemos»<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> Sobre este término, *vid.* ahora, J. WALDRON, *Thoughtfulness and the Rule of Law*, Cambridge, MA, Harvard UP, 2023.

<sup>76</sup> Desarrollo este argumento más extensamente en DOMINGO, «Gayo, Vattel y el nuevo paradigma global», *op. cit.*

<sup>77</sup> Así titula precisamente su interesante artículo G. PALOMBELLA, «The Rule of Law Beyond the State. Failures. Promises and Theory», *International Journal of Constitutional Law*, 7 (2009), 442-467. Sobre este tema, puede verse también, entre otros, L. MORLINO y G. PALOMBELLA (eds.), *Rule of Law and Democracy. Internal and External Issues*, Leiden-Boston, Brill, 2010; así como G. PALOMBELLA y N. WALKER (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford-Portland-Oregon, Hart Publishing, 2010.

<sup>78</sup> H. ARENDT, «Karl Jaspers: Citizen of the World?», *Men in Dark Times*, San Diego-New York-London, A Harvest Book, Harcourt Brace & Company,

Para evitar que suceda lo que, con cierta ironía y mucha razón, comenta Joseph Raz —precisamente en su conocido ensayo sobre el *rule of law*—<sup>79</sup>, concretaré en tres puntos lo que supone el *global rule of law*, parafraseando al constitucionalista inglés Albert V. Dicey<sup>80</sup>. En primer lugar, el *global rule of law* reclama la absoluta supremacía o preponderancia del derecho global sobre cualquier influencia de un poder arbitrario; en segundo lugar, exige la igualdad ante el derecho de la comunidad global, es decir, la idéntica sujeción de toda la comunidad política global a los tribunales de justicia. Por último, conlleva que el derecho global sea parte integrante y constitutiva de cada ordenamiento jurídico menor en la medida en que todos los seres humanos y las instituciones y comunidades políticas establecidas por él formamos parte de la comunidad humana global.

El *global rule of law* exige, por tanto, la plena integración y armonización de los distintos ordenamientos jurídicos, de los que el paradigma global ha de ser constitutivo. Pero sobre todo parece demandar una autoridad por encima de los Estados que haya de quedar sujeta al derecho. De lo contrario, no puede actuar el *rule of law* como tal, más pensado para una relación vertical que horizontal. Esta autoridad política global no sería otra, en mi opinión, que un Parlamento global, por ser la institución democrática por excelencia y la única capaz de cumplir a pie juntillas lo que considero, siguiendo la terminología de H. L. A. Hart<sup>81</sup>, la «regla de reconocimiento» del nuevo derecho global: «*Quod omnes tangit ab omnibus approbetur*»: lo que afecta, y solo lo que afecta y en la medida en que afecta, a todos, es decir, a la humanidad, debe ser aprobado por todos, es decir, por la humanidad<sup>82</sup>. Esta y no otra es la forma de de-

---

1995, 81: «*Not only a forbidding nightmare of tyranny, it would be the end of all political life as we know it*». En 82, Arendt insiste en la misma idea: «*The establishment of one sovereign world state, far from being the prerequisite for world citizenship, would be the end of all citizenship. It would not be the climax of world politics, but quite literally its end*».

<sup>79</sup> J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford UP, 1979, 210: «*Not uncommonly when a political ideal captures the imagination of large numbers of people its name becomes a slogan used by supporters of ideals which bear little or no relation to one it originally designated*».

<sup>80</sup> A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8.ª ed., London, McMillan, 1915, 198-199.

<sup>81</sup> H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2.ª ed. with a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, Oxford-New York, Oxford UP, 1997, 95-110.

<sup>82</sup> Sobre este tema, me remito a mi libro DOMINGO, *The New Global Law*, *op. cit.*, 144-145.

mocratizar hasta sus últimas consecuencias el nuevo paradigma del constitucionalismo global.

## 10. Un derecho práctico conectado con la realidad

Los juristas romanos cultivaron una ciencia jurídica sofisticada y práctica y produjeron una importante literatura en el campo del derecho: comentarios al derecho civil y al edicto pretoriano, recopilaciones de opiniones jurídicas o distinciones legales, monografías sobre temas jurídicos, etcétera. Pero a diferencia de los griegos, los juristas romanos dedicaban poco tiempo a las abstracciones filosóficas<sup>83</sup>. Se preocupaban sobre todo por encontrar soluciones justas en casos concretos. Su interés por las cuestiones filosóficas fue periférico. No desarrollaron una teoría general de la justicia, el derecho, el Estado o la administración política. Se limitaron a dar cabida a la filosofía griega cuando era necesario para sus fines jurídicos. Los juristas romanos se ocupaban de la práctica diaria del derecho, probablemente porque la mayoría de ellos eran hombres públicos implicados en política y se interesaban por las cuestiones jurídicas (sin remuneración alguna) solo como parte de sus carreras políticas. El desarrollo de la ciencia jurídica era una cuestión de disputa sobre las interpretaciones de la ley, y la ciencia jurídica estaba muy vinculada a los auténticos conflictos legales.

El constitucionalismo global es defendido y desarrollado principalmente por profesores de derecho y, en cierta medida, por los tribunales internacionales, pero no por los gobiernos nacionales, los responsables de la elaboración de tratados y los poderosos actores internacionales<sup>84</sup>. Así, el constitucionalismo puede fácilmente aislarse, creando su propio discurso inconexo y desvinculado de la

---

<sup>83</sup> Sobre el carácter de los juristas romanos, *vid.* F. SCHULTZ, *A History of Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1946; R. A. BAUMAN, *Lawyers in Roman Transitional Politics: A Study of the Roman Jurists in Their Political Setting in the Late Republic and Triumvirate*, München, Beck Verlag, 1985; B. W. FRIER, *The Rise of the Roman Jurists: Studies in Cicero's Pro Caecina*, Princeton, NJ, Princeton UP, 1985; T. HONORÉ, *Emperors and Lawyers*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford-New York, Oxford UP, 1994; W. KUNKEL, *Die Römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, 2. Auf., Köln, Böhlau Verlag, 2001; R. DOMINGO (ed.), *Juristas universales*, vol. I, *Juristas antiguos*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

<sup>84</sup> En este sentido, *vid.* PETERS, «Are We Moving to the Constitutionalization of the World Community?», *op. cit.*, 118 y 128.

realidad jurídica o, como ha señalado Anne Peters, corre el riesgo de promover un gobierno de jueces «en el que el autoempoderamiento judicial se consiga con la ayuda del lenguaje constitucional»<sup>85</sup>. Este peligro es real. El derecho romano ofrece al constitucionalismo global un buen ejemplo de desarrollo de una ciencia jurídica práctica elaborada a partir de conflictos jurídicos y no de abstracciones jurídicas. El constitucionalismo global no debería ser solo un producto intelectual infecundo. Debería ser, por el contrario, una forma de pensar que ilumine todo el cuerpo del derecho internacional en la era de la globalización.

### III. CONCLUSIÓN

El derecho romano constituye una provechosa fuente de inspiración para el constitucionalismo global emergente. El espíritu cosmopolita del derecho romano, su constitución no escrita, su respeto por la tradición y la tríada gayana-justiniana «personas, cosas y acciones» son algunas de las características del sistema de derecho romano que pueden ayudar a desarrollar una constitucionalización coherente del derecho internacional. Pero el vínculo más importante entre el derecho romano y el constitucionalismo global es que, mientras que el derecho romano ofrecía un marco presoberanista, preestatista y prepositivista, el constitucionalismo global nos brinda un marco metasoberanista, metaestatista y metapositivista. Por esta razón, el derecho romano constituye un excelente antídoto contra el exceso de elementos estatistas, positivistas y soberanistas en la elaboración y el desarrollo del constitucionalismo global.

---

<sup>85</sup> PETERS, «Are We Moving to the Constitutionalization of the World Community?», *op. cit.*, 128.