

RACIONALISMO Y CONSTITUCIONALISMO EN HISPANOAMÉRICA

HIPÓTESIS Y TESIS SOBRE LA FORMACIÓN, EL DESARROLLO
Y LA CRISIS DEL CONSTITUCIONALISMO EN EL MUNDO HISPÁNICO

MIGUEL AYUSO

*Profesor ordinario de la Facultad de Derecho (ICADE)
de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, España*

JUAN FERNANDO SEGOVIA

*Investigador del CONICET.
Profesor Titular Ordinario de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Mendoza, Argentina*

RESUMEN

La cuestión capital que el trabajo plantea es que la crisis contemporánea del constitucionalismo en general y del hispanoamericano en particular, crisis por extenuación o agotamiento, obliga a un estudio crítico de su formación y desarrollo. Esta afirmación conduce a contraponer el modelo organizativo típico del racionalismo constitucional al de la concreta constitución histórica de las Españas, comparando ambos a través de las ideas de: orden y organización, libertades cívicas y derechos humanos, gobiernos y Estados, pluralidad social y pluralismo, confesionalidad pública y laicismo estatal, descentralización y concentración del poder. Finalmente sugiere que el triunfo del positivismo jurídico y político explica la dicotomía entre lo público y lo privado, la transformación de la representación política en Estado de partidos, el fortalecimiento del Estado por la presencia del nacionalismo y la pérdida de la autonomía social por la soberanía estatal.

Palabras clave: *constitución, constitucionalismo, Estado, Hispanoamérica*

ABSTRACT

The core matter the article stands is that the contemporary crisis of the constitutionalism in general and the specific case of the Hispanic American constitutionalism, demands a critical study of its formation and development. This assumption leads the authors to oppose the typical organizational model of the constitutional rationalism to the concrete historic constitution of the Spains, and to compare them through the ideas of order and organization, civic liberties and human rights, societal plurality and pluralism, public religiosity and State laicism, decentralization and power concentration. The article finally suggests that the dichotomy between the public and the private, the transformation of political representation into the Party State, the strengthening of the State linked to nationalism and the lost of the social autonomy because the State sovereignty, can be explained because of the success of the legal and political positivism.

Key Words: *constitution, constitutionalism, State, Hispanic America*

I. ACERCA DEL CONSTITUCIONALISMO EN HISPANOAMÉRICA. ESTADO DE LA CUESTIÓN

El historiador del derecho y el jurista atentos de la realidad jurídica y político-cultural de Hispanoamérica, no pueden sorprenderse ante la actualidad de los estudios sobre el constitucionalismo en esas naciones, un renacimiento que si en algunos casos parece ratificación de la porfiada fe del carbonero, en otros se ejerce como una tentativa de explicación de engañosas apariencias institucionales, de los fracasos del Estado nación o, más hondamente, del naufragio de los proyectos independentistas de instaurar una organización institucional moderna. Con este último alcance, Bartolomé Clavero, por caso, con agudeza y consternación, ha hablado de “trasplantes y rechazos constitucionales”, que –de resultas– acreditarían tanto “la evidencia de un fracaso” como “el testimonio de un empecinamiento”¹.

A pesar de que existan argumentos sobrados para sostener la crisis, si no el fracaso, del constitucionalismo hispanoamericano, un breve balance del estado de la cuestión –al menos en el terreno teórico–, alerta que no existen estudios generales y amplios, generosos en el tiempo y en el espacio, que cubran toda la compleja trama histórica hispanoamericana desde la llegada de los castellanos a las Indias hasta nuestros días. Dos falencias pueden notarse: o bien los trabajos en cuestión revierten a un pasado precolombino tratando de enlazar, las más de las veces, con un proyecto indigenista que expulsa de América la viva historia española, que ha dado identidad a sus naciones²; o bien constituyen estudios parciales que no indagan en profundidad el desarrollo constitucional de éstas, limitándose a tratar aspectos particulares tanto en el tiempo como en el espacio, como usualmente acontece entre los constitucionalistas³.

Por cierto que, independientemente de lo útil que puedan considerarse tales aportes, no satisfacen la intuición de aquella crisis, en la medida que falta un cuadro general no simplemente histórico sino además conceptual. No está de más recordar que, en el momento presente, tampoco hay una historia constitucional hispanoamericana –salvo las de carácter dogmático⁴–, puesto que se carece, cuando menos, de dos categorías centrales a una exploración de esta naturaleza. Primero, falta a estos estudios una visión histórica, jurídica y política a la vez, que permita explicar la instauración de Hispanoamérica; es decir, la aparición de las Españas (para usar la expresión de Elías de Tejada) a ambos lados del Atlántico como sujetos históricos con una forma de ser peculiar⁵. Segundo, no se ha realizado una visión crítico-histórica, también jurídico-política,

¹ CLAVERO, Bartolomé, “Ley del Código: trasplantes y rechazos constitucionales por España y por América”, en: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, N° 23. 1994, pp. 81-194.

² Cf. CLAVERO, Bartolomé, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*. Méjico: Siglo XXI, 1994; DEL MISMO, *Ama Llunku, Abya Yala: constituyente indígena y código ladino por América*. Madrid: CEPC, 2000; y CABEDO MALLOL, Vicente. *Constitución y derecho indígena en América Latina*. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia, 2004.

³ Así, en el panorama histórico que ofrecen DE LA TORRE VILLAR, Ernesto y GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*. México: UNAM, 1976, a pesar de prometer una visión general, ello es sólo aparente, porque la obra está centrada en Méjico y Centroamérica y solamente abarca el período de las independencias.

⁴ Como las de QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho constitucional latinoamericano*. Méjico: UNAM, 1991; y del mismo *Las constituciones latinoamericanas*. Méjico: UNAM, 1994. Sin embargo, la voz “latinoamericanas” ya lo dice, quedan excluidas las constituciones hispanas o hispano peninsulares.

⁵ Francisco Elías de Tejada, quien fue el más esforzado defensor de esta concepción de las Españas, y que dedicó una parte importante de su reconocida laboriosidad a historiar la literatura política de algunos de sus “fragmentos”, no nos ofreció en cambio un destilado teórico completo de la misma. Sin embargo, véase ELÍAS DE TEJADA, FRANCISCO, *La monarquía tradicional*. Madrid: Rialp, 1954. Desde otras premisas,

del desarrollo en conjunto de esas Españas según los modelos de organización constitucional europeos modernos hasta el presente, no obstante algunas notables excepciones⁶.

Luego, la indagación histórica del constitucionalismo hispanoamericano nos parece que debe sostenerse en base a la premisa de que Latinoamérica no es lo mismo que Hispanoamérica, lo que sugiere una doble apertura: en cuanto a lo histórico-geográfico, a la consideración de las Españas (la americana y la peninsular); en cuanto a lo histórico jurídico y político, a la ponderación de las constituciones pre y post hispánicas (órdenes político-jurídicos colonial e independientes). Esta sería a nuestro entender la correcta aproximación a la historia constitucional de Hispanoamérica.

Por tanto, para comenzar, es indispensable superar, en principio, tanto la idea de un origen americano que reniega de España como también la suposición de un nacimiento de América con las revoluciones liberales independentistas. En cuanto a esto, debemos hacernos cargo de un debate que lleva ya bastante tiempo. Una primera y dominante interpretación, que podríamos llamar “rupturista”, sostiene la novedad de América en el sentido del influjo liberal e ilustrado, tesis que vino a afirmarse a partir de los años treinta del siglo XX, en buena medida tras el libro de Marius André⁷. A ella se sobrepuso otra, no menos discutible, que llamaremos «continuista», siendo quizá la explicación más erudita, en esta dirección, la de Otto Carlos Stoetzer⁸. Según aquélla, la vida de la Hispanoamérica tras los acontecimientos del siglo XIX importa un quiebre cultural irremediable; de acuerdo a ésta, las ideas que avalan los procesos revolucionarios independentistas y su evolución están engendradas, en buena medida, en el vientre la cultura española peninsular. Sin embargo, entre ambas tesis, merece reconsiderarse un señero estudio de Suárez Verdeguer⁹, en el que el ilustre historiador traslada al escenario

pero siempre en el ámbito de la historia de las ideas, es de consultar Díez DEL CORRAL, Luis, *La monarquía hispánica en el pensamiento político europeo. De Maquiavelo a Humboldt*. Madrid: Alianza, 1976; y TRUYOL, Antonio, “La monarquía hispánica de la Casa de Austria como forma de Estado”, en: *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte. Festschrift für Hermann Mosler*, Berlín-Heidelberg-Nueva York, 1983, pp. 981 y ss. En sede americana, se deben considerar las reflexiones del profesor paulista GALVÃO DE SOUSA, José Pedro, *O Brasil no mundo hispânico*. San Pablo: Herder, 1962, así como las del limeño ALTUVE-FEBRES, Fernán, *Los Reinos del Perú*. Lima: Dupla, 2001.

⁶ Entre ellas, algunos de los trabajos del profesor chileno BRAVO LIRA, Bernardino, *El Estado constitucional en Hispanoamérica (1811-1991). Ventura y desventura de un ideal europeo de gobierno en el Nuevo Mundo*. Méjico: Escuela Libre de Derecho, 1992; y “El Estado constitucional en España, Portugal e Hispanoamérica (1811-1991). Inicios, fase liberal parlamentaria y crisis actual”, en: *Fides*, N° 2 (1992), pp. 55 y ss.

⁷ ANDRÉ, Marius, *La fin de l'Empire espagnol d'Amérique*. París: Nouvelle Librairie Nationale, 1922 (hay posterior edición castellana: Madrid, Cultura Española, 1939). La tesis es válida en general, no obstante ciertas prevenciones, como cuando el autor afirma: “La influencia de las ideas de la Revolución Francesa en América Latina es considerable, pero posterior a los tiempos heroicos y turbulentos de la emancipación.” (p. 100, ed. madrileña). La versión rupturista más actual es la de GUERRA, François Xavier, *Modernidad e independencia*. Méjico: Fondo de Cultura Económica, 1993.

⁸ STOETZER, Otto Carlos. *El pensamiento político en la América española durante el período de la emancipación*, 2 vols. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966; y *Las raíces escolásticas de la emancipación de la América española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1982. También, ahora, a favor de un continuismo que se resuelve en rupturismo, pues enfatiza la continuidad de las ideas escolásticas españolas, reformadas por las ilustradas, CHIARAMONTE, José Carlos, *Ciudades, provincias, Estados: orígenes de la Nación Argentina (1800-1846)*. Buenos Aires: Ariel, 1997.

⁹ SUÁREZ VERDEGUER, Federico, “El problema de la Independencia de América”, en: *Revista de estudios americanos*, N° 2 (1949), pp. 229 y ss. Ahora también en *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, año XII (2006), pp. 47-57.

americano su planteamiento general ante la crisis del antiguo régimen, para sostener que no se pueden comprender los sucesos americanos sin encuadrarlos en los peninsulares¹⁰.

Aceptada la correlación de los escenarios, al mismo tiempo, se vuelve necesario adquirir, es decir, ganar, una perspectiva abarcadora o general del desarrollo constitucional hispanoamericano que reconstruya los derroteros particulares y los integre en una gran síntesis. Teniendo presentes ambos aspectos, se puede avanzar en la historia constitucional hispanoamericana, pues con lo primero se llegará a la comprensión y definición de lo que fue la constitución histórica de Hispanoamérica¹¹; y lo segundo, por su parte, habilitará una explicación y una comprensión de lo que significó la adopción del constitucionalismo y de los resultados obtenidos tras dos siglos de historia¹².

El estudio histórico del constitucionalismo hispanoamericano tiene que iniciarse, pues, partiendo del examen de la constitución histórica hispanoamericana –que se presenta a la manera de un entrecruzamiento de unidad y pluralidad–, para indagar luego su continuidad y/o desnaturalización a través del constitucionalismo, que está en los orígenes de los procesos revolucionarios de independencia hispanoamericanos. A este fin, es necesario perseguir igualmente la continuación del estudio de las transformaciones en el discurrir ulterior de los distintos cuerpos políticos nacidos de los procesos revolucionarios independentistas, por medio del contraste de la constitución formal y las condiciones realmente establecidas en cada uno de ellos. Finalmente, debe abrirse una prudente prospección con el propósito de ayudar a la solución –en sede jurídico-política– de la endémica crisis hispanoamericana.

Sin duda alguna que una indagación de esta naturaleza, para alcanzar sus objetivos, precisa de su enriquecimiento con una pluralidad de enfoques y una diversidad de propuestas metodológicas. Puede decirse, entonces, que, si por su objeto material, este estudio se encuadra en la historia constitucional, en cambio, su objeto formal nos conduce hacia la historia institucional, política e incluso cultural, así como a las propias teoría y filosofía político-jurídicas. Este enfoque interdisciplinario, del que este trabajo –fruto de varios años de lectura y reflexión– es un anticipo y un punto de partida, se corresponde precisamente con la finalidad expresa de aportar una visión global del fenómeno constitucional hispanoamericano.

¹⁰ Véanse, para éstos, los trabajos de SUÁREZ VERDEGUER, Federico, *La crisis política del antiguo régimen en España (1800-1840)*. Madrid: Rialp, 1950; y *Conservadores, innovadores y renovadores en las postrimerías del antiguo régimen*. Pamplona: Publicaciones del Estudio General de Navarra, 1955. Para un desarrollo del esquema del anterior, GIL MUNILLA, Octavio, “Teoría de la emancipación”, en: *Revista de estudios americanos*, Nº 7 (1950), pp. 329 y ss.

¹¹ La literatura es vastísima y no es dado ofrecer aquí siquiera un elenco acabado de la bibliografía. Pero puede acudir a la afortunada síntesis de BARRIENTOS GRANDON, Javier, *El gobierno de las Indias*. Madrid: Marcial Pons, 2004. Aportes de retener, entre muchos, son los de BRAVO LIRA, Bernardino, “*Hispaniarum et indiarum rex*. Monarquía múltiple y articulación estatal de Hispanoamérica y Filipinas”, en [Actas del] *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Buenos Aires: 1997, vol. 2, pp. 407 y ss.; GARCÍA GALLO, Alfonso, *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*. Madrid: Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, 1987; TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, “La monarquía. Poder central y poderes locales”, en Academia Nacional de la Historia, *Nueva historia de la nación argentina*. Buenos Aires: Planeta, 1999, vol. 2, pp. 211 y ss.; ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *La organización judicial argentina en el período hispánico*. Buenos Aires: Ed. Perrot, 1961; y DEL MISMO, *La organización política argentina en el período hispánico*. Buenos Aires: Ed. Perrot, 1962. Para subrayar los aspectos dinámicos, nuevamente debemos remitir a BRAVO LIRA, Bernardino, “El Estado en Europa e Iberoamérica durante la Edad moderna. La estatalización y sus etapas: de los oficios del Príncipe a las oficinas del Estado”, en *Revista chilena de historia del derecho*, Nº 18, pp. 411 y ss., Santiago, 1999-2000.

¹² Respecto del constitucionalismo, en general, ALEXANDER, Larry (ed.), *Constitutionalism. Philosophical foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001; y FIORAVANTI, Maurizio, *Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1999 (hay edición en castellano: *Constitución*. Madrid: Trotta, 2007).

2. HIPÓTESIS CENTRALES

Ya han quedado planteadas en la *Presentación*, de modo genérico, las hipótesis (entendidas en el sentido de inquietudes intelectuales) centrales de este trabajo, que se deben despejar y, en su caso, validar. La hipótesis primaria es la existencia de una constitución histórica hispanoamericana, un orden común y diverso a la vez, que anudaba la existencia de las Españas permitiendo una plural manifestación de las singularidades de los cuerpos políticos bajo ella cobijados. Indagar esa constitución histórica, con vigencia durante tres centurias, permitirá comprender el modo de ser peculiar de lo hispano y lo hispanoamericano.

Pero no son pocas las dificultades en este terreno. Ciertamente no es tarea fácil hacer emerger esa constitución histórica, porque precisamente el derecho público ulterior, el de la época del constitucionalismo, o la ha desconocido, o siguiéndola ha borrado en cambio sus huellas¹³. Además, hay que hacer frente a ciertas concepciones que desnaturalizan el sentido de la constitución histórica, ya porque se considere al constitucionalismo como un único movimiento desde la antigüedad hasta el presente –de modo que las expresiones modernas no hacen más que reforzar y perfeccionar las instituciones protectoras de la libertad, antiguas y medievales¹⁴–, ya porque usando de un concepto unívoco de constitución se niegue atributos constitucionales a los regímenes políticos premodernos¹⁵. Si en el primer supuesto la constitución histórica pierde especificidad en el devenir histórico progresista, que acaba por absorberla y convertirla en mero antecedente, en el segundo ya ni siquiera es constitución sino, para emplear las palabras de Thomas Paine en 1792, “fuerza pura”, poder sin derecho¹⁶. De lo que se trata, en cambio, es de recuperar la noción de constitución histórica, tanto en lo que tiene de “constitución” como en lo que posee de no estatal, es decir, “premoderna”.

La segunda hipótesis es la destrucción, el abandono y/o la corrupción de esa constitución histórica desde el momento de las revoluciones independentistas en Hispanoamérica. No cuestionamos esos procesos, de suyo irreversibles en los últimos siglos, sino que, en nuestra opinión, han de procurarse las razones –generales y particulares– por las cuales las independencias

¹³ Piénsese, por ejemplo, en la valía de estudios como el de GALLEGU ANABITARTE, Alfredo, *Administración y jueces: gubernativo y contencioso. Reflexiones sobre el antiguo régimen y el Estado constitucional, y los fundamentos del derecho administrativo español*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1971. Recientemente, el mismo autor ha vuelto a considerar los problemas de la transición del antiguo régimen al orden jurídico del constitucionalismo, sólo en la península, en *Formación y enseñanza del derecho público en España (1769-2000)*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

¹⁴ Es el caso de la conocida obra de MCILWAIN, Charles, *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Buenos Aires: Ed. Nova, 1958. Más recientemente, DOWNING, Brian M., “Medieval origins of constitutional government in the West”, en: *Theory and Society*, vol. 18, Nº 2 (Mar., 1989), pp. 213-247; y GORDON, Scott. *Controlling the State: constitutionalism from ancient Athens to today*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. En todos estos casos, a pesar de advertirse el diferente significado de la constitución a lo largo de la historia, se persiste en encontrar los orígenes del constitucionalismo en la antigüedad clásica y/o el medioevo.

¹⁵ Esta es la doctrina con bastante arraigo entre los especialistas en las ciencias jurídico-políticas, por caso, SARTORI, Giovanni. “Constitutionalism: A Preliminary Discussion”, en: *The American Political Science Review*, vol. 56, Nº 4 (Dec., 1962), pp. 853-864 (luego ampliado en el capítulo “Constitución”, de sus *Elementos de teoría política*. Madrid: Alianza, 1992, pp. 13-25); MADDOX, Graham. “A Note on the Meaning of ‘Constitution’”, en: *The American Political Science Review*, vol. 76, Nº 4 (Dec., 1982), pp. 805-809; y PERRY, Michael J. “What is ‘the constitution’? (and other fundamental questions)”, en: ALEXANDER, Larry (ed.), *op. cit.* (n. 12), pp. 99 y ss.

¹⁶ PAINE, Thomas. *Rights of man*, 2ª Parte, en: *The writings of Thomas Paine*. New York and London: J. Putnam’s Sons, 1894, vol. II, p. 428.

americanas llevaron a la adopción de formas políticas provenientes del constitucionalismo que importaron la apropiación de instituciones y regulaciones jurídico-políticas ajenas o extrañas a las características adquiridas por los países hispanoamericanos durante su etapa constitutiva¹⁷. Para la explicación de los alcances de la etapa revolucionaria –que culmina, inevitablemente, en la formulación de estructuras constitucionales bajo el molde del constitucionalismo signado por la modernidad del Estado como organización política– resulta indispensable la comprobación de la influencia de las ideas y las constituciones anglosajona, norteamericana y francesa¹⁸, incluso de las primitivas experiencias ilustradas hispánicas.

Lo que queremos significar, a la luz del devenir histórico jurídico y político, en definitiva, es que el proceso constituyente hispanoamericano siguió un camino que lo apartó paulatina o abruptamente, según los casos, de la constitución histórica y que, por la necesidad misma de constituirse, las nuevas repúblicas recurrieron sin excepción a los modelos organizativos provenientes de América del Norte, especialmente, aunque bajo la influencia de las ideologías europeas que se habían impuesto ya en las revoluciones inglesas (1688) y francesa (1789), incluso de la experiencia liberal gaditana. En efecto, la constitución de Cádiz de 1812 pertenece al ciclo originario del constitucionalismo, pues se caracteriza por el liberalismo emanado del iusnaturalismo y del historicismo racionalistas, y mezclado con las ideas de la escolástica tardía y la ilustración hispana¹⁹.

La tercera hipótesis es el fracaso del constitucionalismo en Hispanoamérica, esto es, su inadecuación, a la vista de los resultados pasados y actuales. Las explicaciones han de encontrarse a lo largo de dos niveles de indagación que, si son intelectivamente separables, se presentan históricamente confundidos o, si se quiere, involucrados uno en el otro. De un lado, ese modo de ser propio de los hispanoamericanos que les viene de su raíz, y que de alguna forma debió expresar la constitución histórica; de otro, las peculiaridades del constitucionalismo como proyecto racional de organización político-jurídico estatal, que comporta una forzada adaptación a normas y valores de validez universal, que desconoce –por abstracto– la realidad variada y específica de los cuerpos políticos sobre los que trata de imperar.

¹⁷ Muy sugerente, aun no compartiendo ni sus premisas ni sus conclusiones, es el planteamiento de COLOM, Francisco, “*Ex uno plures. La imaginación liberal y la fragmentación del demos constitucional hispánico*”, en: *Araucaria*, Nº 6 (2001), pp. 3 y ss. Lo mismo puede decirse de la tipología constitucional ensayada por GARGARELLA, Roberto, “Towards a typology of Latin American constitutionalism, 1810-60”, en: *Latin American Research Review*, vol. 39/2 (2004), pp. 141-153; hay una versión en castellano anterior: “El constitucionalismo en Sudamérica (1810-1860)”, en: *Desarrollo Económico*, vol. 43, Nº 170 (2003), pp. 305-328.

¹⁸ Entre la literatura en castellano, en lo que al tecnicismo constitucional toca, véase PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Lecciones de teoría constitucional*. Madrid: Cóllex, 1987; y respecto del encuadramiento en la historia de las ideas políticas, NEGRO, Dalmacio. *La tradición liberal y el Estado*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas 1995, ambos demasiado proclives (si bien el segundo más discretamente) a la concepción anglosajona y a separarla de la francesa.

¹⁹ STEOTZER, Otto Carlos, “La constitución de Cádiz en la América española”, en: *Revista de Estudios Políticos*, Nº 126 (noviembre-diciembre 1962), pp. 641-664; VARELA SUANZES, Joaquín. “La Constitución de Cádiz y el liberalismo del siglo XIX”, en: *Revista de las Cortes Generales*, Nº 10 (enero-abril 1987), pp. 33-55; y DEL MISMO, *La teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. Véase también PÉREZ GUILHOU, Dardo, *La opinión pública española y las Cortes de Cádiz frente a la emancipación hispanoamericana 1808-1814*. Buenos Aires: Academia Nacional de la Historia, 1981; y GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, MELÉNDEZ CHAVERRI, Carlos y VOLIO, Marina. *La constitución de Cádiz y su influencia en América (175 años, 1812-1987)*. México: Cuadernos de CAPEL, 1987.

Fue ésta una advertencia ya del siglo XIX, como puede comprobarse, por ejemplo, en el breve opúsculo de Luis Corsini que protesta contra los falsos ensayos constitucionales en la península²⁰; y en la Hispanoamérica decimonónica no faltaron censuras de similar contenido. Bien vale recordar que no fue sino Simón Bolívar quien calificara de “repúblicas aéreas” a las que nacían de constituciones –como la venezolana de 1811– que reproducían sistemas institucionales sin respaldo real²¹. Promediando el siglo pasado, esta idea había sido ya vigorosamente defendida por el mejicano Carlos Pereira, en una obra polémica²²; y ha sido revitalizada en los últimos años por el lusitano Paulo Ferreira da Cunha, desde una perspectiva ciertamente más teórica, aunque –a nuestro juicio– con algunas imprecisiones²³.

Pero más allá de las anteriores hipótesis, ha de darse también contestación práctica a la crisis institucional y constitucional hispanoamericana, esto es, deben aportarse reflexiones teórico-prácticas que permitan encontrar tanto una respuesta como una salida. La pura investigación, en ciencias como éstas, de naturaleza práctica, carece de valor si no logra brindar una prudente prospectiva que tienda un puente entre esa situación crítica y su posible solución. A primera vista, una alternativa que pareciera gozar de sinceros adeptos sugeriría que el remedio a la endémica –y no sólo epidémica– crisis constitucional e institucional hispanoamericana está en la continuación y profundización de los trayectos seguidos por el constitucionalismo en los últimos años. Esto comporta conocer hacia dónde va el constitucionalismo, cuestión que sintetizaremos en el apartado siguiente.

Si las expresiones presentes del constitucionalismo no bastaren, tal como nos parece, la alternativa que hemos de estudiar es la actualización de la constitución histórica como posible solución a esas crisis. Pero como no existe certeza práctica de que así sea, la visión prospectiva encierra en ella misma una hipótesis por ser develada: ¿es posible encontrar en la constitución histórica hispanoamericana, actualizada a las demandas del siglo, una salida a los problemas constitucionales e institucionales de tan vasto cuerpo político? En este caso, ¿en qué consiste su actualización? ¿Qué hubo de efímero o episódico, que deba ser descartado, y qué de duradero o permanente, que pueda actualizarse, en ese modo histórico de existir propio de Hispanoamérica?²⁴ Aproximándonos al final del trabajo, anticiparemos algunos aspectos a partir de los que puede establecerse un punto para esa actualización

²⁰ CORSINI, Luis, *Cuatro palabras sobre las nulidades de las constituciones modernas*. Madrid: Imprenta y Estereotipia de M. Rivadeneyra, 1854.

²¹ Vd. CORSI OTÁLORA, Luis, *Bolívar, la fuerza del desarraigo*. Buenos Aires-Santander: Ed. Nueva Hispanidad, 2005, Cap. v.

²² PEREYRA, Carlos, *El fetiche constitucional americano. De Washington al segundo Roosevelt*. Madrid: Aguilar, 1942. No sería difícil acrecer esta nota con más títulos en el mismo sentido; por caso, de un modo menos violento, pero significativo por sus comprobaciones sobre las ideas y los modelos políticos francés y yanqui, GARCÍA SAMUDIO, Nicolás, *La independencia de Hispanoamérica*. México: FCE, 1945.

²³ FERREIRA DA CUNHA, Paulo, *Constituição, direito e utopia. Do jurídico-constitucional nas utopias políticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996; y del mismo, “Rex propter regnum. Do modelo de constitucionalismo tradicional nos países de língua portuguesa e castelhana”, em: DIP, Ricardo (ORG.), *Tradição, Revolução e Pos-Modernidade*. Campinas: Millenium, 2001, pp. 75-104.

²⁴ Una de las obsesiones de Francisco Elías de Tejada era “actualizar la tradición de las Españas”. su discurso inaugural a las I Jornadas Universitarias de Estudios Tradicionalistas, en: PUY, Francisco (ed.), *Teoría política tradicionalista*. Madrid: Escelicer, 1972. No es fácil, desde luego, hacer pasar ese designio de lo meramente retórico a lo operativo, pero cuando menos es significativo de una (buena) voluntad.

3. EL CONSTITUCIONALISMO Y SU ESTADO ACTUAL

Desde la consolidación de los Estados nacionales como Estados constitucionales²⁵, acontecimiento íntimamente asociado al triunfo de las revoluciones políticas e ideológicas a fines del siglo XVIII, el constitucionalismo ha venido a erigirse en el patrón de la normalidad estatal o, mejor dicho, en el criterio jurídico-político de su legitimidad. La doctrina hodierna está conteste en que no se concibe un Estado que no sea constitucional al modo del constitucionalismo²⁶. O, en términos tal vez más actuales, existe un nexo inevitable y deseable entre el Estado de derecho, la constitución positiva y la democracia, como insistentemente viene repitiendo Jürgen Habermas²⁷.

Hijo dilecto de la modernidad europea, extendida a la América anglosajona y más tarde a la hispana, el constitucionalismo se representa como patrimonio de la humanidad, en el sentido de que ha sido apropiado por culturas tan diversas, que no resiste ni su adaptación ni su sublimación. Siguiendo la lógica descrita por Ivo Duchacek²⁸: “new nations”/“new goals”/“new constitutions”, el constitucionalismo se ha vuelto universal, de modo que toda nueva nación sólo puede perseguir sus objetivos organizándose según le modelo del constitucionalismo. Sin embargo, en nuestros días, cuando pareciera que los principios del constitucionalismo se han impuesto definitivamente en todo el mundo, comienzan a agudizarse los síntomas de su agotamiento. Hay que distinguir, no obstante, entre la crítica de “la constitución”, de la particular y concreta constitución de un Estado determinado²⁹, de la crítica de las “constituciones” o, lo que es lo mismo, del constitucionalismo³⁰. Aunque ésta se impone.

²⁵ SCHULZE, Hagen. *Estado y nación en Europa*. Barcelona: Crítica, 1997, constituyendo un clásico de obligada referencia, posterga sin embargo la importancia de la organización constitucional del Estado.

²⁶ Por cierto que la bibliografía es abundante; véase, a modo de referencia, desde la filosofía jurídico-política, BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Staat, Verfassung, Freiheit*. Francofort de Meno: Shurkamp, 1991; desde la teoría política, POGGI, Gianfranco. *El desarrollo del Estado moderno*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 1997, especialmente cap. V; desde el derecho constitucional, DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Espasa-Calpe: 1985, especialmente pp. 104-129 y 203-209; y, en fin, desde la historia jurídico-política, FIORAVANTI, Maurizio. *Stato e costituzione. Materiali per una storia della dottrine costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1993; del mismo. *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*. Bologna: Il Mulino, 2001; y del mismo, “Stato e costituzione”, en FIORAVANTI, Maurizio (A CURA). *Lo Stato moderno in Europa*. Bari: Laterza, 2002, pp. 3-36.

²⁷ HABERMAS, Jürgen. “Constitutional democracy: paradoxical union of contradictory principles?”, en: *Political Theory*, vol. 29, Nº 6 (December 2001), pp. 766-781 (también ahora como cap. 8 de su libro *Tiempo de transiciones*. Madrid: Trotta, 2004, pp. 141-161); y “Sobre le nexes intern entre Estat de dret i democràcia”, en: *Enhonar*, Nº 27 (1997), pp. 9-18 (que aparece como cap. 8 de su obra *La inclusión del otro*. Barcelona: Paidós, 1999, pp. 247-258).

²⁸ DUCHACEK, Ivo D., “National constitutions: a functional approach”, en: *Comparative Politics*, vol. 1, Nº 1 (Oct., 1968), p. 91.

²⁹ En Italia, por ejemplo, se ha podido editar el libro crítico de GENTILE, Francesco y GRASSO, Pietro Giuseppe. *Costituzione criticata*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 1999, mientras que en España no ha sido posible una crítica del mismo género. En Hispanoamérica, según los países, abundan más o menos las críticas circunstanciadas. Véase, por ejemplo, para la Argentina, la colección de estudios en PÉREZ GUILHOU, Dardo (ed.). *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, 2 vol., Mendoza: Depalma, 1995.

³⁰ La crítica del constitucionalismo resulta aún más difícil. No obstante, lo hemos intentado, por ejemplo, en AYUSO, Miguel. *El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española*. Madrid: Criterio, 2000; y SEGOVIA, Juan Fernando, “El nuevo constitucionalismo. Sobre la evolución y la crisis del derecho constitucional”, en: PÉREZ GUILHOU Dardo et al. *Derecho público provincial y municipal*,

En efecto, ¿quién puede creer seriamente que la organización constitucional de los países asiáticos y africanos, que no pertenecen históricamente a la modernidad europea, sea franca, o que aún siendo sincera, sea real en el sentido de efectiva y eficaz, de verdadera organización imperante bajo los mandatos y procedimientos del constitucionalismo?³¹ El constitucionalismo raptado de Europa, para usar la expresión de Luis Díez del Corral –pues, en efecto, la europeización del mundo se ha hecho bajo las consignas de la secularización y del instrumento secularizador: el Estado nación³²–, ha acabado desfigurándose en mera cobertura jurídica virtual sin arraigo real, en un derecho como fachada. Ya durante la segunda gran guerra Charles McIlwain había reportado la crisis del constitucionalismo por el fracaso de los remedios democráticos³³; años más tarde, pasada la tempestad bélica, un autor de referencia como Karl Loewenstein observó que muchas constituciones no se compadecían con el grado de desarrollo del cuerpo político, esto es, que había un desfase entre la sociedad estatal y su caparazón jurídico³⁴. Pero el proceso se ha agravado y se han angostado las posibles soluciones constitucionales, debilitando las mismas constituciones, de cuya movilidad ya no puede abusarse.

Mas, por otro lado, Europa ha seguido su derrotero, y de los tiempos modernos ha penetrado –profundizando la modernidad o distorsionándola– en los posmodernos; del mismo modo que ha avanzado de la organización estatal a la supraestatal o de la nacional a la supranacional, tratando de adoptar para estas formas de integración u organización los viejos esquemas del constitucionalismo. Y ello, sin decir nada del desafío del multiculturalismo a la ciudadanía nacional, ni de la fragmentación pluralista de la representación de la persona en innúmeros derechos humanos de reciente factura. Es el constitucionalismo sublimado, que para algunos importa el punto más alto de su desarrollo mientras que para otros significa tanto como su extenuación³⁵.

Es esta última una presunción (el constitucionalismo extenuado) digna de ser asumida, a partir de los presupuestos radicales del propio constitucionalismo. Éste ha sido, desde la modernidad, el método de organización de los Estados, por lo que, la crisis del Estado-nación –vista y pregonada por observadores ideológicamente dispares– tiene que llevar consigo la crisis del constitucionalismo³⁶. Presagios de esta crisis son tanto el debilitamiento de las soberanías

vol. 1. Buenos Aires: La Ley, 2003, pp. 69-109. Vd. CASTAÑO, Sergio Raúl. *Principios políticos para una teoría de la Constitución*. Buenos Aires: La Ley, 2006.

³¹ Es lo que planteaba crudamente, al discutir las posiciones de Habermas y Apel, el profesor DAHOMAY, Jacquy, “Que peut être une fondation universelle des normes?”, en: *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, N° 20 (1991), pág. 66. Un balance más actual relativo a África, en TSHIYEMBE, Mwayila, “La science politique africaniste et le statut théorique de l'État africain: un bilan négatif”, *Politique Africaine*, N° 71 (1998), pp. 109-132; y MANGU, Andre Mbata B., “Challenges to constitutionalism and democratic consolidation in Africa”, en: *Sabinet Online*, vol. 24, N° 3 (2005), pp. 314-335. Ambos artículos lucen una crítica pesimista. Justo es reconocer que el problema había sido planteado hace años en SÁNCHEZ AGESTA, Luis. “Sentido y supuesto de las nuevas Constituciones africanas”, en: *Revista de estudios políticos*, N° 140 (1965), pp. 5-24.

³² DIEZ DEL CORRAL, Luis. *El rapto de Europa*. Madrid: Alianza, 1974, especialmente Caps. 6 y 8.

³³ MCILWAIN, C[harles]. H., “Constitutional history and the present crisis of constitutionalism”, en: *The Canadian Journal of Economics and Political Science / Revue canadienne d'Economie et de Science politique*, vol. 7, N° 2 (May, 1941), pp. 147-153.

³⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1976, cap. v.

³⁵ Véase, en tono crítico, GRASSO, Pietro Giuseppe. *El problema de constitucionalismo después del Estado moderno*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

³⁶ La conexión se presenta evidente, al tiempo que tematizada, en los estudios de AYUSO, Miguel. “Una introducción a la postmodernidad político-jurídica desde el derecho constitucional”, en: *Cuadernos constitucionales de la cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N° 18-19 (1997), pp. 5 y ss.; “¿Qué Constitución

estatales, cuanto la superación política –en ciernes, es cierto– de los Estados nacionales y la tutela internacional de los derechos humanos, dentro y fuera de las propias fronteras estatales. No obstante, lo que aquí juzgamos como crisis del constitucionalismo, es presentado por otros como su prolongación. El proyecto ilustrado no acepta ser superado por el tiempo histórico; así, se aspira a que la era post-nacional y post-estatal sea aún una era constitucional³⁷.

Además, el constitucionalismo es la respuesta de los tiempos modernos al proceso de secularización europeo. Según explica Böckenförde, sin el proceso de secularización no cabe concebir el desenvolvimiento del Estado tal como ha sido, ni –en el fondo– “el problema fundamental del orden político planteado en el Estado actual”³⁸. Bien entendido, entonces, en el plano normativo político, el derecho estatal, positivo, secular, desplazó el derecho natural católico, hispano, fundado en la trascendencia de lo natural (la ley eterna, divina o de Dios)³⁹, e intentó hallar el fundamento de la ley positiva en una abstracta naturaleza humana, en el consenso político constitutivo de las sociedades civiles y de las normativas que habrían de regirlas (derecho natural racionalista, contractualismo, iuspositivismo)⁴⁰. Son varias las aproximaciones que, en ese sentido, caben: en primer lugar, la observación de las transformaciones que condujeron al surgimiento de la ley moderna, proceso histórico en el que racionalismo y voluntarismo están coaligados, rematando en la cultura del código (y de la constitución codificada) inflexible, según ha visto Bastit⁴¹; en segundo término, lo que podríamos denominar la conexión científicista, esto es, el vínculo entre la física de Newton y el iusnaturalismo racionalista, de enorme influencia en el origen y la forja del constitucionalismo⁴²; en tercer término, también central en los supuestos dogmáticos del constitucionalismo, el ligamen

para qué Europa?, en: *Revista chilena de derecho público*, N° 67 (2005), pp. 11 y ss.; véase también MAESTRO BUELGA, Gonzalo. “Globalización y constitución débil”, en: *Teoría y realidad constitucional*, N° 7 (2001), pp. 137-172.

³⁷ Otra vez Habermas es su más claro defensor; véase HABERMAS, Jürgen. “Remarks on Dieter Grimm’s ‘Does Europe needs a Constitution?’”, en: *European Law Journal*, vol. 1/3 (1995), pp. 303-307 (reproducido como cap. 4 de su obra *La inclusión del otro*, cit., pp. 137-143); *Die postnationale Konstellation*. Francoforte de Meno: Shurkamp, 1998, cap. 4 (hay edición castellana, *La constelación posnacional*. Barcelona: Paidós, 2000); y *Zeit der Übergänge. Kleine Politische Schriften IX*. Francofort de Meno: Shurkamp, 2004.

³⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *op. cit.* (n. 26), en el capítulo titulado “Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation”, p. 91. Ciertamente otros autores han mitigado la importancia de tal conexión, hasta el punto de discutir su valor heurístico, por ejemplo, MONOD, Jean-Claude. *La querelle de la sécularisation de Hegel à Blumenberg*. París: Vrin, 2003. Aunque nos inclinamos por mantener la importancia del asunto a los efectos que nos proponemos, atiéndase a las observaciones críticas de NEGRO, Dalmacio. *Lo que Europa debe al cristianismo*. –2ª ed.–. Madrid: Unión Ed., 2006, pp. 181 y ss. Desde el ángulo hispanoamericano son de retener las explicaciones del ex-presidente colombiano LÓPEZ MICHLESEN, Alfonso. *La estirpe calvinista de nuestras instituciones políticas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1947, donde “nuestras instituciones políticas” (mentadas en el título y en el texto de la obra) equivale a las “republicanas” originadas tras las independencias.

³⁹ PUY, Francisco (ed.). *El derecho natural hispánico. Actas de las I Jornadas Hispánicas de Derecho Natural*. Madrid: Escelicer, 1973; y AYUSO, Miguel (ed.). *El derecho natural hispánico: pasado y presente. Actas de las II Jornadas Hispánicas de Derecho Natural*. Córdoba: Caja Sur, 2001.

⁴⁰ De modo general, véase STRAUSS, Leo. *Natural right and history*. Chicago: Chicago University Press, 1950, especialmente cap. V, titulado “Modern natural right”, pp. 165-251.

⁴¹ BASTIT, Michel. *Naissance de la loi moderne*. París: PUF, 1990.

⁴² ROBINSON, James A. “Newtonianism and the Constitution”, en: *Midwest Journal of Political Science*, vol. 1, N° 3/4 (1957), pp. 252-266; y OAKLEY, Francis. “Christian theology and Newtonian science: the rise of the concept of the laws of nature”, en: *Church History*, vol. 30, N° 4 (1961), pp. 433-457.

entre el derecho natural racionalista y el contractualismo jurídico-político a partir de Thomas Hobbes y, más específicamente, de John Locke⁴³.

Luego, si la modernidad está en crisis, si nuestros tiempos son posmodernos y esos grandes relatos legitimantes racionalistas se han pulverizado en fragmentos imposibles de recomponer, debe seguirse que el constitucionalismo como norma suprema ordenadora de Estados-nación nacidos al amparo del consenso humano, ha de estar también en crisis⁴⁴.

Es cierto que los especialistas divagan hoy entre la comprensión de esta crisis y su negación, entre la búsqueda de nuevos términos y conceptos que expliquen el devenir del constitucionalismo hasta su depauperación y el fortalecimiento teórico de los Estados de derecho y las democracias constitucionales⁴⁵. Empero, no debe extrañar que estas tendencias encontradas no acaben de dar cuenta de la realidad, pues siempre la razón ha ido detrás de los hechos para negarlos o para explicarlos inacabadamente.

4. LA SINGULARIDAD DE HISPANOAMÉRICA Y EL FRACASO DEL CONSTITUCIONALISMO

Es impropio emplear la palabra (y el concepto) “constitucionalismo” para referirse al modo de ser político anterior al siglo XVIII, porque el constitucionalismo irradia una novísima etapa en la manera de concebir la relación de gobierno (o de dominación, como desde entonces se dice): unos hombres, los gobernantes, mandan sobre otros, los gobernados, de los que son delegados, según términos que se materializan en constituciones concebidas como actos soberanos o pactos supremos, enderezados a garantizar la libertad de los ciudadanos mediante la separación de poderes, la democracia representativa y la garantía de los derechos individuales. No significa esto que anteriormente no se conocieran estos problemas o que no se teorizara sobre ellos, pero se lo hacía bajo otras denominaciones, no la del derecho constitucional sino como “derecho de la comunidad política” (Domingo de Soto) o “derecho político” (Montesquieu). Y, de modo semejante, aunque la palabra “constitución” sea difícil de suplantar, no existe una continuidad de significado ni de concepto en su uso anterior y posterior a la preparación intelectual de las revoluciones del dieciocho⁴⁶.

Debe advertirse que los principios del paradigma constitucionalista, precisamente por su pretensión de universalidad, comportan la adopción de criterios estimativos y organizativos

⁴³ Sigue siendo de referencia el libro de STRAUSS, Leo, *op. cit.* (n. 40). A este propósito hay que distinguir entre el “contractualismo” moderno y el “pactismo” medieval, como ya lo entendiera VON GIERKE, Otto (*Teorías políticas de la Edad Media*. Madrid: CEC, 1995, pp. 161 y ss.; y 239-242). Respecto del último es muy útil la compilación de LEGAZ LACAMBRA, Luis et al. *El pactismo en la historia de España*. Valencia: Artes Gráficas Soler, 1980. En la literatura americana es interesante el esfuerzo de CAFFERA, Alicia. “Los ‘Coloquios’ de 1524 como pacto político fundamental de Méjico y de Hispanoamérica y su vigencia hasta la actualidad (Anáhuac, 1524-Chiapas, 1994)”, *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, N° 6 (2000), pp. 167 y ss., aunque a veces se difuminen los límites entre pactismo y contractualismo.

⁴⁴ Lo que habíase ya apuntado hace más de medio siglo; véase GAMBRA, Rafael. “Estudio preliminar” a FILMER, Robert y LOCKE, John. *La polémica Filmer-Locke sobre la obediencia política*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966, xli p.

⁴⁵ Por caso, véase HABERMAS, *op. cit.* (n. 38), Cap. 8.

⁴⁶ En general, véase GUZMÁN BRITO, Alejandro. “El vocabulario histórico para la idea de constitución política”, en: *Revista de Estudios Histórico-jurídicos*, N° 24 (2002), edición on line; en particular, GOLDMAN, Noemí. “El concepto de ‘Constitución’ en el Río de la Plata (1750-1850)”, en: *Araucaria*, vol. 9, N° 17 (mayo 2007), pp. 169-186.

—esto es, socio-culturales y político-institucionales— que, en el proceso histórico de su formulación y consolidación, se traducen en el abandono y el desprecio de las formas particulares adquiridas por las comunidades políticas en las que el constitucionalismo se aplicó, formas históricas que decantan (decantaron) en modos tradicionales de ordenación política y de regulación jurídica. Según afirma un autor, la constitución del constitucionalismo es a los Estados lo que las leyes universales al mundo natural, de modo que una democracia estable sólo puede construirse bajo los principios universales del diseño constitucional democrático⁴⁷.

Es este sentido, el constitucionalismo, en sus orígenes, resulta un movimiento histórico-ideológico impulsor de la instrumentación de disposiciones abstractas de organización del poder estatal, que se montan sin considerar el peculiar modo de ser de las sociedades concretas que trata de regir. Tanto en su raíz anglosajona (Inglaterra en 1648 y 1688, Estados Unidos en 1776 y 1787) como en su traducción francesa y europea (Francia en 1791, 1793, 1795, España en 1812, la República Cisalpina en 1797, Polonia en 1791, etc.), el constitucionalismo denota su impronta ideológica liberal y su talante revolucionario⁴⁸.

El advenimiento del constitucionalismo y la imposición de la regla constituyente del consenso del pueblo (soberanía popular, *government by consent*), supusieron, entonces, la abolición del modo histórico y tradicional de constituirse una comunidad o república política, como había sucedido en Europa desde los siglos VI y VII. En relación con la mentalidad en la que se funda este procedimiento, Michael Oakeshott ha hablado del “racionalismo en política”, al modo anglosajón y en un sentido conservador —por lo mismo crítico del racionalismo—, distinguiendo entre dos tradiciones, la primera y habitual de “la naturaleza y la razón”, opuesta a la moderna de “la voluntad y el artificio”⁴⁹. El constitucionalismo sería un patrón evidente de

⁴⁷ ORDESHOOK, Peter C. “Are ‘Western’ constitutions relevant to anything other than the countries they serve?”, en: *Constitutional Political Economy*, vol. 13 (2002), pp. 3-24.

⁴⁸ La bibliografía, nuevamente, parece inabarcable. Por todos, sigue siendo capital COBBAN, Alfred. *Rousseau and the modern State*. London: George Allen & Unwin Ltd., 1934; igualmente, ZUCKERT, Michael P. *Natural rights and the new republicanism*. Princeton: N. J., Princeton University Press, 1994. En general, véase DIPPEL, Horst. “Constitucionalismo moderno. Introducción a una historia que necesita ser escrita”, en: *Revista electrónica de derecho constitucional*, N° 6 (2005), pp. 181-200; PORRAS NADALES, Antonio J., “Constitución y revolución”, en: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 3 (1989), pp. 391-404; y SCHWEBER, Howard. *The Language of Liberal Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. Sobre la influencia del constitucionalismo norteamericano, cf. BILLIAS, Goerge Athan (ed.). *American Constitutionalism abroad: selected essays in comparative constitutional history*. New York: Greenwood Press, 1990. En la literatura en español es clásica la explicación de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1981. Para el constitucionalismo rioplatense, véase la tesis de DARÍO SALAS, Rubén. *Lenguaje, Estado y poder en el Río de la Plata. El discurso de las minorías reflexivas y su re-presentación del fenómeno político-institucional rioplatense (1816-1827)*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1998. En Méjico, la influencia del liberalismo está fundada en los trabajos de AGUILAR RIVERA, José Antonio. *En pos de la quimera. Reflexiones sobre el experimento constitucional atlántico*. Méjico: FCE, 2000; del mismo, *El manto liberal. Los poderes de emergencia en México 1821-1876*. Méjico: UNAM, 2001; y de HERNÁNDEZ CHÁVEZ, Alicia. *La tradición republicana del buen gobierno*. Méjico: FCE, 1993.

⁴⁹ El ensayo “Rationalism in politics” fue publicado originalmente en 1947, en el primer volumen del *Cambridge Journal*, y está reproducido en OAKESHOTT, Michael. *Rationalism in Politics and other essays*. Nueva York: Basic Books 1962, cap. 1, pp. 1-36. En un estudio posterior, “The Character of a Modern European State”, publicado en OAKESHOTT, Michael. *On Human Conduct*. Oxford: Oxford University Press, 1975, cap. 23, pp. 359-371, el autor explica cómo la aparición del Estado contribuyó a la sustitución de la primera tradición de pensamiento (naturaleza y razón) por la segunda (voluntad y

la concepción metafísica y política voluntarista y mecanicista, que remata en la organización del Estado como aparato abstracto de dominación⁵⁰.

El ejemplo más claro de esa mentalidad, en un primer momento, se encuentra en las repúblicas hispanoamericanas independizadas en el siglo XIX: fue en estas naciones en las que el constitucionalismo, para imponerse, adoptó el método de la copia o asimilación (adaptación) del modelo constitucional nacido de las revoluciones del dieciocho, como si se tratase del primer campo de experimentación del racionalismo constitucional⁵¹. Aunque también es cierto que no faltaron en Hispanoamérica proyectos conciliadores de ambas tradiciones, especialmente en los primeros años posteriores a las independencias nacionales, a los que podría llamarse –siguiendo la terminología acuñada por SÁCHICA– “constitucionalismo mestizo”⁵². Con tal nombre SÁCHICA denota impureza constitucional; sin embargo, nosotros lo empleamos para resaltar aquellos rasgos de singularidad que le vienen de su carácter transaccional.

Semejante al caso hispanoamericano ha sido el proceso de descolonización y de emancipación de las naciones africanas y asiáticas durante el siglo XX. Los Estados nacidos de ellos adoptaron la forma constitucional según los cánones del constitucionalismo, adaptándose a las transformaciones que éste ha sufrido desde sus orígenes⁵³. Es aquí donde la naturaleza del constitucionalismo se revela crudamente: es el método de organización racional del Estado, es el procedimiento que estructura al Estado y configura la sociedad civil a su imagen, al margen de las tradiciones, las costumbres, los hábitos y, más ampliamente, las culturas singulares y vernáculos. James Tully ha sostenido que la formación histórica del constitucionalismo moderno supone la afirmación (y la imposición) del “imperio de la uniformidad”, que necesariamente lleva a un “constitucionalismo común”, a despecho de la diversidad cultural entre los Estados e, incluso, de la diversidad intraestatal⁵⁴.

En todos los casos, tanto del siglo XIX como del XX, se ha operado conforme a lo que los expertos hoy denominan *constitutional borrowing*, esto es, el método de tomar prestados las instituciones y el diseño constitucionales que se generan en algún país central, copiándolos y adaptándolos a los países necesitados de una constitución y de una técnica interpretativa⁵⁵. La

artificio). Véase ahora, por todos, OAKESHOTT, Michael. *El Estado europeo moderno*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2001.

⁵⁰ OAKESHOTT, Michael, *op. cit.* (n. 49), p. 372: el Estado moderno tiene como carácter principal la 'abstractidad' (*abstractedness*).

⁵¹ En general, GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. “Organicidad histórica y racionalismo jurídico en el derecho político de los pueblos hispanoamericanos”, en: *Verbo*, Nº 345-346 (1996), pp. 469-503.

⁵² SÁCHICA, Luis Carlos. *Constitucionalismo mestizo*. Méjico: UNAM, 2002.

⁵³ Véase la bibliografía citada en nota 30.

⁵⁴ TULLY, James. *Strange multiplicity. Constitutionalism in an age of diversity*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 58 y ss.

⁵⁵ Si bien es cierto que el concepto nació para aplicarlo a los préstamos de jurisprudencia entre tribunales de un mismo país o de diferentes Estados, nos ha parecido apropiado generalizarlo y ampliarlo a los préstamos constitucionales en sentido amplio. Entre la bibliografía reciente puede bastar con citar las actas del simposio sobre el asunto, editadas por FRIEDMAN, Barry y SAUNDERS, Cheryl, y publicadas en el *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1 (2003); especialmente las colaboraciones de EPSTEIN Lee and KNIGHT, Jack. “Constitutional borrowing and nonborrowing”, pp. 196-223; HASEBE, Yasuo. “Constitutional borrowing and political theory”, pp. 224-243; y OSIATYNSKI, Wiktor. “Paradoxes of constitutional borrowing”, pp. 244-268. En general, véase ANNUS, Taavi. “Comparative constitutional reasoning: the law and strategy of selecting arguments”, *Duke Journal of Comparative and International Law* (Durham), vol. 14/2 (2004), pp. 301 y ss. Con referencia a Hispanoamérica puede verse la ponencia de GARGARELLA, Roberto. “Grafts and rejections: political radicalism and constitutional trasplants in the Americas”, presentada al simposio *Law and Culture*, organizado por el Seminario en Latinoamérica de

metodología del constitucionalismo se construye por medio de modelos constitucionales de validez universal, por ser racionales⁵⁶; modelos que migran de un país a otro como matriz de legítima constitucionalidad y/o de interpretación de las cláusulas constitucionales⁵⁷. En este sentido, la clásica tipología de García Pelayo (constitución racional-normativa, constitución histórica, constitución sociológica)⁵⁸ debería reverse en cuanto ha perdido actualidad, pues salvo en Inglaterra –y no sin reservas– no hay ya constituciones históricas; las actuales son racionales-normativas con fuertes connotaciones sociológicas, como concesión (“permeabilidad”) del positivismo normativo al positivismo sociológico. El devenir histórico del constitucionalismo deja al descubierto que su verdadero fundamento está en el racionalismo constitucional, en la ingeniería racional, pues el racionalismo prohija la ingeniería constitucional interesada en los sistemas y las estructuras antes que en las realidades⁵⁹, que no repara sino secundariamente en diferencias y particularidades, porque siendo la razón lo común al hombre y la más elevada herramienta del ser humano, lo que ella delinea y proyecta (en suma, lo que construye) tiene un alcance general, de legítimo paradigma de toda organización política⁶⁰.

El *modus operandi* del constitucionalismo choca con lo que ha sido el desarrollo histórico natural de las formas políticas comunitarias anteriores a él. Esas constituciones históricas –como lo fue la hispanoamericana– se formaron por el fluir normal de instituciones y regímenes, que teniendo en ciertos casos instituciones y contenidos comunes (por ejemplo, durante buena parte del medioevo y de la modernidad, las naciones o comunidades reconocían como instituciones básicas un rey y unas cortes, un monarca y unas asambleas⁶¹), alcanzan un sentido diferente en la historia de cada nación en razón del modo peculiar de arraigar en ellas la tradición⁶². Así, respecto de la tradicional o histórica constitucional española, una bella y precisa descripción nos es dada por el Quijote, cuando el caballero explica a Sancho aquellos bienes que ameritan tomar las armas:

“Los varones prudentes, las repúblicas bien concertadas, por cuatro cosas han de tomar las armas, y desenvainar las espadas, y poner a riesgo sus personas, vidas y

Teoría Constitucional y Política de la Yale Law School, celebrado en San Juan de Puerto Rico entre los días 12 y 15 de junio de 2007.

⁵⁶ ZULETA PUCEIRO, Enrique. *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*. Madrid: Ed. de Derecho Reunidas, 1981; y FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Teoria da Constituição*. Lisboa: Verbo, 2002, t. I.

⁵⁷ El concepto de “migración constitucional” mitiga pero no modifica el de “préstamo constitucional”, antes expuesto. Véase, como caso particular, ROSENFELD, Michael. “Constitutional migration and the bounds of comparative analysis”, en: *NYU Annual Survey of American Law*, 58 (2001), pp. 67-83.

⁵⁸ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Revista de Occidente, 1950, pp. 29-48

⁵⁹ Según se ve en SARTORI, Giovanni. *Comparative constitutional engineering*. Nueva York: Nueva York University Press, 1994 (hay edición castellana: *Ingeniería constitucional comparada*. México: FCE, 1994).

⁶⁰ Acerca del uso clásico de la racionalidad, por contraste con el moderno, véase CASTELLANO, Danilo. *La razionalità della politica*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 1993, pp. 9-23; y también MONTEJANO, Bernardino. *Ideología, racionalismo, realidad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1981.

⁶¹ Sobre el derecho medieval, GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Bari: Laterza, 1995 (hay edición castellana en Madrid, Marcial Pons, 1996); y del mismo, “Un derecho sin Estado: la noción de autonomía como fundamento de la constitución jurídica medieval”, en: *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, Nº 9 (1997), pp. 167-178.

⁶² Sigue siendo insuperable el ascético realismo de Gil Robles al explicar el fundamento y origen de las naciones; GIL ROBLES, Enrique. *Tratado de derecho político*. Madrid: Afrodísio Aguado, 1961, t. I, pp. 125 y ss. La primera edición del tomo es de 1899.

hacienda. La primera, por defender la fe católica, la segunda, por defender su vida, que es de ley natural y divina, la tercera, en defensa de su honra, de su familia y hacienda, la cuarta, en servicio de su Rey en la guerra justa, y si le quisiésemos añadir la quinta (que se puede contar por segunda), es la defensa de su patria”⁶³.

Es decir, esa vieja constitución giraba en torno de la religión católica, de la patria —que es de derecho natural— y que continuaba la vida de sus miembros, de la familia y también de la realeza. No hay aquí construcción racional sino exposición de vivencias, creencias e instituciones naturales e históricas, propias del ser hispano⁶⁴.

Con el triunfo del constitucionalismo en el siglo XIX, se produce un choque y un desplazamiento: la vieja constitución choca con el nuevo modelo constitucional racionalista y aquella constitución histórica acaba siendo desplazada por el esquema instrumental del constitucionalismo. Lo que no debe entenderse como una transacción entre presente y futuro, aunque, por cierto, pudiera tener ese cariz en circunstancias específicas o momentos particulares, según se ha dicho ya⁶⁵; más bien se trata de la coacción ejercida por la mentalidad racionalista sobre la forma histórico-tradicional de vida de los pueblos⁶⁶, repitiéndose lo acontecido en Inglaterra en el siglo XVII⁶⁷ y, más claramente, en la convulsionada Francia de fines del siglo XVIII.

Sin embargo, la abstracción revolucionaria del constitucionalismo, forzada a tener que operar sobre una realidad determinada, no puede despojar a ésta de todo su potencial. De un modo o de otro, mantenida intacta o transfigurada por mor del molde constitucional estatal, esa realidad histórica conserva cierta vigencia, perviven algunas de sus virtualidades, bien que transformadas bajo el yugo del constitucionalismo. De aquí esas formas “mestizas” a la que anteriormente nos hemos referido, que hacen de ciertas expresiones constitucionales una mixtura exótica desde lo racional, pero más viva y propia desde lo habitual.

De todos modos, bien vale tener presente la actualidad del constitucionalismo en Hispanoamérica, esto es la vigencia formal de ciertas instituciones que vienen respaldadas intelectualmente más allá de su real operatividad⁶⁸. Las constituciones hispanoamericanas, por lo

⁶³ CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de. *Don Quijote de la Mancha*, en *Obras de...*, Madrid, Imprenta de la Publicidad, 1851, Segunda parte, Cap. XXVII, p. 463.

⁶⁴ El estudio más preciso de esa constitución histórica es el del sacerdote mercedario FERRER, Magín. *Las Leyes Fundamentales de la Monarquía Española, según fueron antiguamente, y según conviene que sean en la época actual*, Barcelona: Imprenta y Librería de Pablo Riera, 1843, 2 vols.

⁶⁵ Valga como ejemplo, para Argentina, el singular estudio de PÉREZ GUILHOU, Dardo. *Historia de la originalidad constitucional argentina*. Mendoza: Depalma, 1994.

⁶⁶ Véase, en general, GROSSI, Paolo. *Mitologie giuridiche della modernità*. Giuffrè: Milano, 2003 (hay edición castellana, Madrid, Trotta, 2003), cap. I; y ZULETA PUCEIRO, Enrique. *Razón política y tradición*, Madrid: Speiro, 1982. En el caso argentino, no obstante ciertas disputas teóricas, Alberdi sería un ejemplo de esa mentalidad, según SEGOVIA, Juan Fernando. “Una visita a la República posible. Alberdi y las mutaciones de la herencia republicana”, en [Academia Nacional del Derecho de Córdoba], *Homenaje a Juan Bautista Alberdi*, Córdoba (Argentina), 2002, t. I, pp. 467-507. En cuanto a la Gran Colombia y el pensamiento de Bolívar, a pesar de su neto marxismo, es válida la investigación de FILIPPI, Alberto. *Instituciones e ideologías en la independencia hispanoamericana*. Buenos Aires: FCE, 1988, Caps. II y V. Para Méjico, cuando menos, el examen de CARRILLO PRIETO, Ignacio. *La ideología jurídica de la constitución del Estado mexicano 1812-1824*. México: UNAM, 1986.

⁶⁷ Nos referimos al enfrentamiento entre “la vieja constitución” y la mentalidad liberal racionalista representada, sobre todo, por John Locke; véase ZUCKERT, Michael P, *op. cit.* (n. 48), pp. 59 y ss., y especialmente toda la parte tercera, pp. 185 y ss.; y RESNICK, David. “Locke and the rejection of the ancient constitution”, en: *Political Theory*, vol. 12, N° 1 (Feb., 1984), pp. 97-114.

⁶⁸ Por caso, véase el debate suscitado por la obra de AGUILAR RIVERA, José Antonio, *op. cit.* (n. 48). cuestionada por GARGARELLA, Roberto. “Discutiendo el constitucionalismo hispanoamericano”, y

general, no han sido capaces de encauzar el conflicto social, tampoco han alcanzado arraigo colectivo o vigencia duradera en los dos siglos de vida independiente; a la conflictividad latente y a la inestabilidad regular, se añade, el apremio institucional desplegado por el propio constitucionalismo, que no pocas veces ha suspendido tanto la división de poderes como los derechos humanos. Débese a esta repetida inestabilidad el auge, en las últimas décadas, del peculiar concepto de “emergencia constitucional” en el ámbito hispanoamericano⁶⁹, que en el caso argentino parece embargar la vida política toda⁷⁰.

5. CONSTITUCIÓN HISTÓRICA Y CONSTITUCIONALISMO. VARIABLES CONCEPTUALES

Hasta aquí hemos descripto, en términos teóricos, el proceso histórico de enfrentamiento de la constitución histórica y la constitución del constitucionalismo, de un modo general. Si embargo, en cuanto se vuelve necesario descender de las hipótesis al trabajo concreto, es indispensable recurrir a adecuadas variables conceptuales que nos aproximen al campo práctico de estudio, introduciéndonos en las instituciones concretas que caracterizan a una y otra. Proponemos detenernos en las derivaciones propias de la organización, en la relación entre Estado y constitución y, finalmente, en algunas ramificaciones emanadas de la ideologización de la constitución y el Estado.

5.1. CONSTITUCIÓN HISTÓRICA Y CONSTITUCIÓN RACIONALISTA

Por lo pronto, el eje central está constituido por el tránsito de la constitución histórico-tradicional, la constitución hispánica, al constitucionalismo racionalista. Comporta, pues, en primer término, la clarificación del significado de ambos extremos y la caracterización de dos modos diferentes y opuestos de comprender la política y la constitución, en suma, el orden político⁷¹. Si bien los conceptos han quedado delineados párrafos más arriba, existen ciertos ejes secundarios –mas no por ello menos importantes– que derivan de lo anterior, encerrados en el concepto cambiante de constitución.

defendida por su autor, AGUILAR RIVERA, José Antonio. “El experimento constitucional bajo la lupa: una respuesta a mis críticos”, ambos en: *Política y Gobierno*, vol. IX, N° 2 (II Semestre 2002), pp. 445-467 y 469-485, respectivamente. Es importante notar que lo que allí se discutió no fue el constitucionalismo sino algunos de sus elementos funcionales o institucionales.

⁶⁹ Así, EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO. “El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana, 1980-1988”, en: BERNALES, Enrique *et al.* *La constitución diez años después*, Lima: F. F. Naumann Imp., 1989, pp. 261-287; NEGRETTO, Gabriel. “Constitucionalismo puesto a prueba: decretos legislativos y emergencia económica en América Latina”, en: *Isonomía*, N° 14 (2001), pp. 79-104; HUTCHINSON, Tomás. “Emergencia y Estado de Derecho”, en: *Revista de derecho público*, N° 1 (2002), pp. 27-67; y ROSATI, Horacio Daniel. “El Estado y la colmena: la emergencia en el derecho constitucional argentino”, en: *Revista de derecho público*, N° 1 (2002), pp. 79-104.

⁷⁰ Como sugiere el estudio de QUIROGA, Hugo. *La Argentina en emergencia permanente*. Buenos Aires: Edhasa, 2005.

⁷¹ Véase la bibliografía citada en nota 48. Además, como mera indicación adicional, BRAVO LIRA, Bernardino. “Entre dos constituciones: histórica y escrita. *Scheinkonstitutionalismus* en España, Portugal e Hispanoamérica”, en: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, N° 27 (1998), pp. 151 y ss. Precisamente el mundo hispánico vendría a constituir una suerte de agujero negro del constitucionalismo.

prescindencia estatal, esto es, el laicismo público⁸¹. En todo caso, no debe olvidarse que el Estado es hijo del proceso de secularización⁸².

5.2. ACERCA DEL ESTADO

Como se puede apreciar, junto al eje propiamente constitucional, se comprende un segundo tópico que está arraigado en el anterior pero que le supera, pues posee cierta autonomía temática. Es la cuestión del Estado y del estatismo. Gran parte de los temas que se han desbrozado del tronco temático de la constitución pueden ser observados también desde la óptica del estatismo y del no estatismo. Pues mientras la organización constitucional posrevolucionaria persigue la formación de un Estado nacional, al que tarde o temprano llegaron las repúblicas hispano-americanas, la constitución histórica hispana no fue estatal en sentido exacto⁸³. Aparecen así, por caso, nuevas cuestiones que podrían ser iluminadas desde esta perspectiva.

Por ejemplo, y en primer lugar, en torno al concepto de soberanía, la contraposición entre descentralización y centralización, y el modo de percibir el proceso de concentración y unificación del poder bajo el imperio del Estado⁸⁴. El cambio conceptual da cuenta de la mutación: en el ya clásico libro de De Jouvenel, *El poder*, la pluralidad de las sociedades pre-revolucionarias es expresada con el concepto de “contrapoderes”; hoy esos poderes sociales se

⁸¹ Un balance general, en MEYSZTOWICZ, Valérien. *La religion dans les constitutions des États modernes*. Roma: Pontificium Institutum Utriusque Iuris, 1938. Véase, además, AYUSO, Miguel. “Iglesia y Estado en España. La singularidad del caso español”, en: CASTELLANO, Danilo (ed.). *Chiesa e Stato nell'Europa d'oggi*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2006, pp. 113 y ss.; y BRAVO LIRA, Bernardino. “El Estado misional, una institución propia del derecho indiano”, en: *Anales de la Universidad de Chile, Estudios en honor de Alamiro de Avila Martel*, Quinta serie, N° 20 pp. 249-268, Santiago, 1989. Desde la experiencia italiana, CASTELLANO, Danilo. *De christiana re publica*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2004, ofrece consideraciones bien interesantes; así como GRASSO, Pietro Giuseppe. *Costituzione e secolarizzazione*. Padua: CEDAM, 2002, con punto de partida en la Constitución italiana de 1947, pero con validez más amplia.

⁸² Remitimos a la bibliografía de nota 37, y al reciente ensayo de BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, a cura di M. Nicoletti, Brescia: Morcelliana, 2006.

⁸³ D'ORS, Álvaro. “Sobre el no estatismo en Roma”, en: *Ensayos de teoría política*, Pamplona: Eunsa, 1979, pp. 57 y ss. Debemos aquí volver a remitir a los trabajos de NEGRO, Dalmacio, *op. cit.* (n. 76) y BRAVO LIRA, Bernardino. “El Estado en Europa e Iberoamérica durante la Edad moderna. La estatalización y sus etapas: de los oficios del Príncipe a las oficinas del Estado”, *op. cit.* (n. 11). Este último, sin embargo, se resiente de la utilización ambigua del término Estado. En un sentido semejante, GÓNGORA, Mario. *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile durante los siglos XIX y XX*, Santiago de Chile: Ed. La Ciudad, 1981, pp. 5 y 11, quien sostiene que en América el Estado ha hecho la nación. La cuestión planteada por Góngora tiene aristas historiográficas discutibles, pues nos remonta a la teoría de las naciones inventadas (Eric Hobsbawm) o imaginadas (Benedict Anderson), que aquí es imposible revisar. Véase, sin embargo, una crítica en AYUSO, Miguel. “Constitución y nación: una relación dialéctica con la tradición como clave”, en: *Anales de la Fundación Elías de Tejada*, N° 11 (2005), pp. 115 y ss.

⁸⁴ Recientemente en NEGRO, Dalmacio. *El Estado en España*. Madrid: Marcial Pons, 2007, se ha planteado esta tesis, en sede histórica, con referencia a España. Desde un ángulo teórico, CASTELLANO, Danilo. *La verità della politica*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2002, pp. 45 y ss., ha desarrollado con profundidad las consecuencias del principio de la “soberanía”, como opuesto al de la “realeza”. Es de gran interés, igualmente, la reconstrucción escolástica del profesor argentino LAMAS, Félix Adolfo. “Autarquía, soberanía y fuentes del derecho”, en: *Verbo*, N° 435-436 (2004), pp. 475 y ss.

encubren en el concepto de “grupos de presión”, según la conocida fórmula de Meynaud⁸⁵. Este modo de comprensión del poder y de la unidad estatales choca abiertamente con la pluralidad de órdenes y órbitas de poder en la constitución histórica⁸⁶. La pluralidad de órdenes de ésta correspondía o se extendía incluso al campo jurídico, pues la constitución histórica comprendía una ordenada diversidad de ordenamientos jurídicos⁸⁷ que con el Estado se ve desplazada por el monopolio estatal del derecho, pues el principio de legalidad supone la concentración del poder de legislación en el Estado soberano. O, para decirlo con las palabras del profesor Maravall, “el poder del Estado trata de eliminar toda instancia extra y supraestatal”⁸⁸.

Hasta cierto punto, la contraposición señalada remeda aquella otra entre iusnaturalismo católico e iusnaturalismo racionalista, ya mentada, pues si de aquél dimana un derecho positivo derivado y subordinado, de éste otro deviene un derecho positivo autónomo. Igualmente, mientras el iusnaturalismo católico atiende a una pluralidad de fuentes del derecho, el iusnaturalismo racionalista acaba reconociendo al poder estatal como creador del derecho casi con exclusividad, esto es, la tesis del iuspositivismo⁸⁹.

En segundo lugar, la evolución estatal conlleva la variable definición teórica y evolución histórica de lo público y lo privado, que acarrea la consiguiente confusión entre Estado y política, entre estatización y politización⁹⁰. La imposición del molde estatal supuso una nueva configuración de lo público, que se identificó expresamente –en la teoría y la práctica– con el Estado mismo, lo que trajo consigo una expansión constante de lo público-estatal conforme se transformaba el Estado liberal en social y éste en Estado de bienestar⁹¹. Todo lo cual produjo una reformulación de lo que se entiende por política (ahora, como actividad propia del Estado) y una inflación de sus ámbitos. Aunque, a la larga, vinieran a coincidir “Estado graso” y “Estado débil”⁹². En la comprensión de las transformaciones asiste la razón a Michael Oakshott cuando asegura que “la *potentia* de los gobiernos de los Estados modernos deriva principalmente del haber ganado una gran parte (cuando no raramente, el monopolio) de la capacidad para controlar los hombres y las cosas”, lo que es propio del Estado –se le llame liberal o social, es indiferente– y le distingue de la civilización europea premoderna⁹³.

⁸⁵ Vd. DE JOUENEL, Bertrand. *Du pouvoir*. Geneva: Les Éditions de Cheval Ailé, 1945 (hay versión castellana: *El poder*. Madrid: Ed. Nacional, 1974; y MEYNAUD, Jean. *Les groupes de presión*. París: PUF, 1960 (se editó en castellano como *Los grupos de presión*. Buenos Aires: EUDEBA, 1962).

⁸⁶ Vd., por todos, VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Las expresiones ‘fuentes del derecho’ y ‘ordenamiento jurídico’. Introducción a su estudio”, *Anuario de derecho civil*, tomo xxxiv, fasc. iv (1981), pp. 825 y ss. Buena parte de la obra jurídica del autor ha girado sobre el asunto.

⁸⁷ BRAVO LIRA, Bernardino. *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*. Santiago de Chile: Ed. Jurídicas, 1989. La bibliografía es hoy abundante.

⁸⁸ MARAVALL, José Antonio. *Estado moderno y mentalidad social (siglos xv a xvii)*. Madrid: Revista de Occidente, 1972, t. i, p. 174.

⁸⁹ Véase, entre otros, FUENTES LÓPEZ, CARLOS. *El racionalismo jurídico*. México: UNAM, 2003, para la deriva del iusnaturalismo racionalista al positivismo de la codificación.

⁹⁰ De nuevo es necesario acudir en este punto a VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Sociedad de masas y derecho*. Madrid: Speiro, 1969; y a CASTELLANO, Danilo. *L'ordine della politica*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1997, en particular cap. i y ii.

⁹¹ Véase una explicación sintética, a partir de la concepción de los derechos humanos, en SEGOVIA, *op. cit.* (n. 75).

⁹² AYUSO, Miguel. *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*. Madrid: Speiro, 1996, parte ii, pp. 69 y ss. El rubro del “Estado débil” lo hemos tomado de MOLNAR, Thomas. *El “Estado débil” a la luz de la ley natural*. Mendoza: Universidad de Mendoza, 1982. Véase también CASTAÑO, Sergio. *El Estado como realidad permanente*. Buenos Aires: La Ley, 2003.

⁹³ OAKSHOTT, *op. cit.* (n. 49), p. 370.

Luego, en tercer lugar, los cambios operados en la representación política y en sus resortes institucionales⁹⁴. Tampoco puede dudarse que este sea un aspecto central, pues el constitucionalismo con su juego de poderes instrumenta un tipo de representación política que, a la vez que destruye las viejas articulaciones de poder, procura monopolizarla a través de los partidos políticos (Estado de partidos)⁹⁵. De modo que no puede dejarse de prestar atención a las reacciones producidas en el siglo xx bajo formas diversas de corporativismo o neocorporativismo⁹⁶. Queremos decir, que la representación vinculada y vinculante de la constitución histórica (piénsese, por caso en los Cabildos y en las Cortes Generales en su plural composición) estaba estrechamente ligada a la responsabilidad política (como la rendición de cuentas y el juicio de residencia lo aseveran), dio lugar a la representación libre del Estado constitucional en parlamentos o congresos que acabaron siendo cooptados por los partidos políticos que uniforman la representación y la disciplinan; de donde no resulta extraña la reacción de los intereses sectoriales y su necesario disciplinamiento, también sectorial.

En cuarto lugar, el advenimiento de los nacionalismos y las exigencias de un Estado fuerte. Si el nacionalismo está en la base del Estado constitucional, en tanto que nacional, es de aprehender este fenómeno desde la constitución histórica, como el paso de la tradición a las tradiciones⁹⁷. A la vez, siguiendo la huella del crecimiento constante del poder, hay que advertir las transformaciones del Estado liberal y el montaje histórico ideológico del Estado nuevo y el de bienestar, como Estados fuertes, con sus secuelas de autoritarismo, militarismo, dictaduras, populismo, etc., tan corrientes en Hispanoamérica⁹⁸. Mientras la nación histórica parece un fenómeno tradicional, las naciones modernas surgen a la sombra del Estado para fortalecerle, dotándole de un sentido cultural de pertenencia e identidad, y mutan conforme varía el mismo Estado. Lo que significa, antes que la invención o la imaginación de la nación,

⁹⁴ VOEGELIN, Eric. *New Science of Politics*. Chicago: Chicago University Press, 1952 (hay versión en castellano: *Nueva ciencia de la política*. Madrid: Rialp, 1968), ha profundizado el concepto de representación, más allá de las instituciones llamadas representativas. Más específicamente, BERNARD MANIN, "Metamorfosis de la representación", en: DOS SANTOS, Mario (ed.). *Qué queda de la representación política*. Caracas: Nueva Visión, 1992, pp. 8 y ss.; y MANIN, Bernard. *Principes du gouvernement représentatif*. París: Calmann-Levy, 1995. Una exposición en términos críticos, en GARGARELLA, Roberto. *Nos los representantes. Crítica a los fundamentos del sistema representativo*. Buenos Aires: Miño y Dávila, 1995.

⁹⁵ La explicación dominante es la de GARCÍA-PELAYO, Manuel. *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza, 1986, y VON BEYME, Klaus. *La clase política en el Estado de partidos*. Madrid: Alianza 1995. Otra más crítica en GALVÃO DE SOUSA, Pedro. *Da representação política*. San Pablo: Saraiva 1971. También puede verse FERNÁNDEZ DE LA MORA, Gonzalo. *La partitocracia*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1977, y ZAMPETTI, Pier Luigi. *Dallo Stato liberale allo Stato dei partiti*. Milán: Giuffré 1973 (versión castellana, *Del Estado liberal al Estado de partido. La representación política*. Buenos Aires: EDIAR, 1969).

⁹⁶ FERNÁNDEZ DE LA MORA, Gonzalo. "Neocorporativismo y representación política", en: *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, N° 63 (1996), pp. 149 y ss.; SCHMITTER, Philippe y LEHMBRUCH, Gerhard (coord.). *Neocorporativismo I*. Méjico: Alianza, 1992; y SCHMITTER, Philippe STREECK, Wolfgang y LEHMBRUCH Gerhard (coord.). *Neocorporativismo II*. Méjico: Alianza, 1992.

⁹⁷ ELÍAS DE TEJADA, Francisco. "La causa de diferenciación de las comunidades políticas: tradición, nación e imperio", en: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo LXXXVII, N° 2 y 4 (1942), pp. 113 y ss., y 342 y ss., apunta la tesis, que posteriormente formulará de modo más lapidario, al decir que "los pueblos no son naciones sino tradiciones". Véase, ELÍAS DE TEJADA, Francisco. *Historia de la literatura política en las Españas*, tomo I. Madrid: Fundación Francisco Elías de Tejada, 1991, pp. 25-40.

⁹⁸ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1977. Una visión de gran calado en MOLNAR, Thomas. *Le socialisme sans visage*. París: PUF, 1976.

la fragmentación de la común tradición hispana, que da origen a una pluralidad de Estados forjadores de nuevos lazos nacionales políticos⁹⁹.

Por último, en quinto lugar, el cambio en el concepto de unidad del orden (uniformidad frente a unidad en la diversidad) y en el factor de esa unidad (político-material frente a espiritual). La vieja constitución, la constitución histórica, al no ser estatista, se representaba a sí misma como una unidad en la diversidad, como un orden de partes diversas que no perdían su autonomía¹⁰⁰; en cambio, el constitucionalismo ha fortalecido la tendencia del Estado moderno a la uniformidad y homogenización de las diferentes expresiones de la vida socio-política, variando también el factor aglutinante, que ya no será religioso y/o espiritual, sino material, estrictamente político, representado por el concepto de soberanía estatal¹⁰¹.

5.3 MODERNIDAD E IDEOLOGÍAS

Finalmente, no se puede dejar de considerar el trasfondo intelectual más amplio, es decir, el cambio operado en la modernidad europea y qué significado posee la sustitución del modo tradicional de entender las cosas prácticas de la política por el universo de las ideologías¹⁰². No pretendemos indicar que haya de remontarse hasta los orígenes de la modernidad en el siglo XIV para comprender la modificación de la política por las ideologías, sino a que, teniendo presente ese horizonte, se debe atender al cambio operado en el modo de pensar y realizar la política y el orden colectivo de la convivencia, tras la instalación del modo ideológico de pensamiento y de acción¹⁰³. Lo que implica, eso sí, la consideración atenta de las mutaciones ideológicas (liberalismo, conservadurismo, socialismo, tecnocracia, totalitarismo, etc.) y su influencia en el agotamiento de los vestigios tradicionales que pudieran haber perdurado¹⁰⁴.

⁹⁹ Luego, no resulta aceptable la tesis de ANDERSON, Benedict. *Comunidades imaginadas*. México: FCE, 1993, especialmente sobre Hispanoamérica, pp. 77-101. Véase, RODRÍGUEZ O, Jaime E., "Fronteras y conflictos en la creación de nuevas naciones en Iberoamérica", en: *Circunstancias*, N° 9 (2006), publicación *on line* del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset.

¹⁰⁰ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. "La constitución orgánica de la nación", en: *Verbo*, N° 233-234 (1985), pp. 305 y ss.

¹⁰¹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Ideología, praxis y mito de la tecnocracia*, 2ª ed. Madrid: Montecorvo, 1975; y CASTELLANO, Danilo, *op. cit.* (n. 90), especialmente pp. 29-41, 43-53 y 69-82.

¹⁰² GENTILE, Francesco. *Intelligenza politica e ragion di Stato*, 2ª ed. Milán: Giuffrè, 1989. Tesis más segura, pese a la parcial relativización introducida, es la de DE MURALT, André. *L'unité de la philosophie politique. De Scot, Occam et Suárez au libéralisme contemporain*. París: Vrin, 2002.

¹⁰³ FERNÁNDEZ DE LA MORA, Gonzalo. *El crepúsculo de las ideologías*. Madrid: Rialp, 1965. Tuvo una réplica inmediata, la del profesor WILHELMSSEN, Frederik D. "El pleito de las ideologías", en: *Punta Europa*, N° 105 (1966), pp. 87 y ss. Con posterioridad, el autor matizó su pensamiento, a la vista de las transformaciones finiseculares, véase FERNÁNDEZ DE LA MORA, Gonzalo, "Las presuntas ideologías novísimas", en: *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, N° 69 (1992), pp. 233 y ss. Con todo, aun si se acepta la tesis central del ocaso de las ideologías, el repunte de las novísimas, aun "presuntas", conduce a pensar que el pensamiento ideológico sí que continúa en fase cenital. Véase AYUSO, Miguel. "¿Terminaron las ideologías? Ideología, realidad y verdad", en: *Verbo*, N° 439-440 (2005), pp. 767 y ss.; y NEGRO, Dalmacio. "Modos de pensamiento político", en: *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, N° 73 (1996), pp. 525 y ss.

¹⁰⁴ SEGOVIA, Juan Fernando. "Reacomodamientos ideológicos del siglo XX", en: *Anales de la Fundación Elías de Tejada*, N° 6 (2000), pp. 199-239.

6. REFLEXIONES FINALES

Más que en otros casos, es natural a éste afirmar la provisoriedad de las conclusiones, pues aquí se ha brindado una visión general, de carácter introductoria, que si bien puede afirmarse del conjunto, debe ser ratificada por el estudio histórico de casos particulares. De todos modos, esta perspectiva general que se corresponde a una visión larga de los tiempos y de la historia, nos parece más apropiada que el cronologismo historicista que se diluye en periodizaciones teñidas de progresismo. Incluso esta extensa mirada es más rica que cierto “presentismo” absurdo que ha ganado forma entre los eruditos constitucionalistas.

Por lo pronto, creemos haber aportado elementos de juicio que abonan la conveniencia de una historia constitucional hispanoamericana en lugar de la sola latinoamericana. Ya sea por el común origen y la historia compartida, ya por la similitud de experiencias políticas bajo la égida del constitucionalismo, incluso por ambas razones, Hispanoamérica merece ser vista como una unidad hasta cierto punto rebelde a la experiencia constitucionalista. En tal sentido, el concepto de “choque” entre la constitución histórica y la constitución estatal, aprehende y explica mejor las vicisitudes del constitucionalismo hispanoamericano que aquellos otros de “asimilación” y “adaptación”. Así, las aún repetidas diatribas contra el pasado hispano colonial o la influencia del autoritarismo corporativista de la Iglesia Católica como causas del fracaso en la instauración en Hispanoamérica de una democracia constitucional moderna¹⁰⁵, exigen al historiador del derecho abandonar las manidas excusas y tratar de encontrar una respuesta en ese choque, estar alerta a la persistencia de un modo de ser que no se asimila a moldes racionalistas –al menos, completamente– y que no se muda aplicando recetas ideológicas. Pero reclama, además, conciencia histórica del tiempo presente.

Teniendo en cuenta lo anterior y lejos de toda ironía, puede afirmarse que la experiencia del constitucionalismo hispanoamericano es la de una “anormalidad crónica”, para emplear las palabras de SÁCHICA¹⁰⁶. La alternativa que el profesor bogotano plantea –en el contexto de la crisis de la constitución colombiana, que puede generalizarse– abre el camino a la prospectiva: la teoría constitucional, se pregunta, ¿debe hacerse desde el propio texto constitucional que rige fragmentariamente y posee cuestionada validez, o bien debe replantearse desde la realidad misma, como lo aconseja el sentido común? Apegarse al texto constitucional significaría continuar rindiendo honores a instituciones de dudoso provecho, que para conservar cierta vigencia deben ceder a las excepciones que la vida misma les plantea y exige; por eso SÁCHICA, quien aún confía en la normatividad de la constitución, prefiere definir la situación como un “proceso de transición” transido de “mutaciones institucionales de facto”, que transforman a un régimen político tensionado entre una formalidad a la que se reconoce legitimidad y unas prácticas informales que desfiguran la democracia liberal. Volver sobre las circunstancias fácticas para reconstruir las instituciones, es su propuesta; esto es, permanecer apegados al constitucionalismo como garantía ideal de la utopía democrática.

¹⁰⁵ Desde la teoría política, PANIZZA, FRANCISCO. “Beyond ‘Delegative Democracy’: ‘Old Politics’ and ‘New Economics’ in Latin America”, en: *Journal of Latin American Studies*, Vol. 32, N° 3 (Oct., 2000), pp. 737-763; y desde la historia, LYNCH, JOHN. *Las revoluciones hispanoamericanas 1808-1826*. Barcelona: Ariel, 1976. Deberíamos preguntarnos, a esta altura de los acontecimientos, si la repetición de la «leyenda negra» no es más que un mito historiográfico en el que se lavan las culpas de los gobiernos independientes, una muestra de pobreza historiográfica a la hora de explicar una resistencia visceral a soluciones políticas que alcanzan solo episódica vigencia.

¹⁰⁶ SÁCHICA, LUIS CARLOS. “¿Una indefinible constitución mestiza?”, en: PARDO SHLESINGER, CRISTINA, Y PARRA DUSSÁN, CARLOS (ed.). *Teoría constitucional. Liber amicorum en homenaje de Vladimiro Naranjo*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2006, pp. 51-60.

Sin embargo, la propuesta no nos convence. Y es que si la realidad hispanoamericana se juzga ahora desde la óptica de la democracia, con prudencia habrá de recordarse el juicio del nada sospechoso Garzón Valdés, para quien América es “el continente del desencanto y la frustración”¹⁰⁷. Puesto en contexto el problema, si, como aquí hemos sostenido, estamos asistiendo a la extenuación del constitucionalismo, mal podríamos encontrar en la profundización de sus recetas institucionales y legales una salida a los problemas que él mismo ha generado. Por estos motivos, también nos parece incorrecto intentar salvar un modo constitucional latinoamericano peculiar, deducido comparativamente, en la medida que con ese concepto se insiste en desconocer la común impronta hispánica y se persiste en soluciones técnico-legislativas que pertenecen al ciclo del constitucionalismo racionalista¹⁰⁸. El problema, luego, radica en la difícil prolongación *sine die* del modelo constitucionalista de organización estatal, tanto en la teoría como en la práctica; y no colabora a su resolución el apego afectivo a instituciones y formas históricas que comienzan a evaporarse (“Estado”, “constitución”, “soberanía”); esto es, es infructuosa la adhesión acrítica a un arsenal conceptual que ya no orienta en la vida cotidiana ni del ciudadano ni del estudioso atento a la experiencia política¹⁰⁹.

Nos hacemos cargo de que estas afirmaciones encierran una mayor dificultad, como es la del quedar inermes ante la incertidumbre de un futuro abierto a inesperadas posibilidades. Pero el futuro siempre ha sido incierto, aun cuando el racionalismo jurídico-político trató de programarlo en esquemas y fórmulas precisos. Nuestro tiempo pone a prueba esta mentalidad tan arraigada en juristas e historiadores.

Aceptamos también que la alternativa restante es la actualización de la constitución histórica, verdaderamente problemática, especialmente tras dos siglos de ruptura entre ambos extremos de las Españas¹¹⁰. Al mismo tiempo, empero, no deja de asombrarnos que en los doscientos años que han seguido a la crisis de 1808, ambas Españas hayan vivido experiencias político-jurídicas similares bajo el imperio del constitucionalismo. Sin embargo, en la medida que se entienda que actualización no es ni pura restauración ni simple reposición –de suyo, imposibles–, sino recuperación de instituciones y prácticas valiosas, la constitución histórica de Hispanoamérica puede servir de guión para el establecimiento de instituciones y leyes justas.

Es cierto que quien intente recrear aquella constitución histórica debe afrontar el problema que, faltando los dos lazos indestructibles de unidad (“la fe en el mismo Dios y la fidelidad al mismo Rey”, según la fórmula de Elías de Tejada), las Españas parecieran dispersarse en “manojos de pueblos dotados de peculiaridades de toda especie, raciales, lingüísticas, políticas, jurídicas y culturales”¹¹¹. No obstante, cuando parecíamos sumirnos en la irremediable diversidad, de otro lado, como sostiene el mismo Elías de Tejada, la verdadera posibilidad de entendimiento pasa por la recuperación del derecho natural católico, que da “el sentido cabal

¹⁰⁷ GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Constitución y Democracia en América Latina”, en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2000, p. 55.

¹⁰⁸ Como propone, por caso, CARPIZO, Jorge. “Derecho constitucional latinoamericano y comparado”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Constitucional*, N° 114 (septiembre-diciembre 2005), pp. 949-989.

¹⁰⁹ Baste como ejemplo el agudo ensayo de GUÉHENNO, Jean-Marie. *La fin de la démocratie*, Paris, Flammarion, 1993 (hay versión castellana: *El fin de la democracia*. Barcelona: Paidós, 1995).

¹¹⁰ Véase MARTIRÉ, Eduardo. *1808. Ensayo histórico-jurídico sobre la clave de la emancipación americana*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001.

¹¹¹ ELÍAS DE TEJADA, FRANCISCO. *El Franco-Condado hispánico*, 2ª ed. Sevilla: 1975, p. 19. También, FERRER, Magín. *op. cit.* (n. 64), pp. 87-96.

de la civilización hispánica”¹¹². Luego, en tanto las instituciones políticas de la constitución histórica se fundamentan y reposan en el derecho natural de la tradición católica, la actualización de éste debe ser una instancia previa a la actualización de la misma constitución histórica.

Y la recuperación y puesta al día del derecho natural católico viene ya exigida, de un lado, por la liquidación del iusnaturalismo racionalista que no ha podido ni puede evitar –incluso en las versiones actuales de Rawls y Habermas– su declinación hacia el positivismo estatal que le agota; y de otra, por las exigencias de la hodierna experiencia política anunciadas y demandadas por la extenuación del constitucionalismo, sus reiteradas crisis, el desfase permanente entre norma y realidad, no menos que por la decadencia del Estado nacional, el agotamiento de la soberanía y la debilitación de una democracia obligada a reinventarse constantemente. Sólo conscientes de esta crisis, recobran sentido las viejas instituciones de la constitución histórica, se renuevan y actualizan.

¹¹² ELÍAS DE TEJADA, FRANCISCO. “El derecho natural, fundamento de la civilización”, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 1, N° 22, p. 301. Santiago, 1974. También, FERRER, MAGÍN, *op. cit.* (n. 64), t. 1, pp. xv-xvi, y t. 2, pp. v-vi, quien enlaza orden natural y costumbres.