

El estado constitucional de derecho como construcción histórica

The constitutional state law as a historical construction

POR LUIS ESTEBAN CARO ZOTTOLA (*)

Resumen

Palabras claves

Estado constitucional
de derecho
Constitución
Poder judicial
democracia

El presente trabajo tiene como propósito analizar la conformación del Estado Constitucional de Derecho como construcción histórica, que redescubre la jerarquía superior de la Carta Magna como eje en que se estructura el actual sistema político, jurídico y social. Se exponen las principales ideas jurídicas que lo sustentan así como los procesos históricos que lo conformaron. Analiza, antes de las conclusiones, el rol preponderante que adquiere el poder judicial en este diseño estatal, y los desafíos y oportunidades que genera al sistema democrático en la garantía de los derechos humanos.

Abstract

Keywords

Constitutional state
of law
Constitution
Judiciary
democracy

The purpose of this paper is to analyze the formation of the Constitutional State of Law as a historical construction, which rediscovers the superior hierarchy of the Constitution where the political, legal and social system is structured. It are presented the main legal ideas that support as well as the historical processes that formed it. Analyzes, before the conclusions, the preponderant role that acquires the judiciary in this state design, and the challenges and opportunities that it generates for the democratic system in the guarantee of human rights.

I. La Constitución: eje central del sistema político, jurídico y social

El surgimiento del Estado Constitucional de Derecho, como nueva fase del plurisecular Estado Moderno (Fioravanti, 2012), ha provocado profundas transformaciones en el funcionamiento del sistema democrático.

(*) Abogado. Doctor en Humanidades Área Derecho, Universidad Nacional de Tucumán (UNT). Máster en Cuestiones Contemporáneas de Derechos Humanos, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. Docente e investigador de la UNT y del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9669-7225>

Esta nueva forma estadual, que surge luego de la caída de los regímenes totalitarios y el fin de la Segunda Guerra Mundial con proyección hasta nuestros días, redescubre en su conjunto la supremacía de la Constitución como norma de garantía y como norma directiva fundamental frente a la versión del Estado Legal de Derecho.

Esta nueva variante estatal tiene como característica principal una modificación radical de la jerarquía de las fuentes del derecho en donde la Constitución, y no la ley, se constituye ahora en el centro de todo el sistema político y jurídico.

La presencia de este Estado Constitucional de Derecho comienza a evidenciarse a través de las reformas constitucionales realizadas en Europa sobre todo a partir de los años 70 (Carbonell, 2007), que luego se expandirán durante la década del 90 hacia América Latina. En el caso argentino se podrán visualizar sus presupuestos en la Constitución reformada en 1994.

Este proceso dará a estas Nuevas Cartas Magnas determinadas características que pueden ser resumidas en tres aspectos principales: 1º) la declaración de una gran cantidad de nuevos derechos, 2º) la flexibilización y ampliación de los mecanismos de acceso a la justicia y 3º) la re-legitimación de las cortes o tribunales superiores en cuanto caja de resonancia para el reclamo de los derechos (Puga, 2012). Dichas constituciones no se limitan a establecer y ordenar la separación de los poderes, sino que además, incluyen una gran cantidad de normas materiales y sustantivas que condicionan la actuación del Estado (Carbonell, 2007).

La constitucionalización del sistema jurídico y político, garantizada a través del control de constitucionalidad confiada en la mayoría de los sistemas jurídicos a los jueces, refuerza la posición institucional de las cortes frente a los otros poderes (Puga, 2012; Gil Domínguez, 2009) los que ahora, además de pasar por el escrutinio electoral, deben pasar por el escrutinio constitucional.

El resultado constitucional actual es la conjunción de procesos históricos que Maurizio Fioravanti (2009) ubica en tres hitos de crucial trascendencia para la historia constitucional, que producirán distintos fundamentos del diseño de protección de los derechos: la Revolución Francesa, la Revolución Americana y la conformación del Estado de Derecho del siglo XIX. Estas experiencias históricas derivarán en tres formas diferentes de fundamentar las libertades o derechos en el plano teórico y doctrinal, con tres modelos diferentes respecto de la forma de reconocimiento y forma de garantías en el ordenamiento jurídico, que son: el modelo historicista, el modelo individualista y el modelo estatista.

Fioravanti postula que el valor dado a las constituciones democráticas actuales son construidas en reacción o contraposición al estatismo liberal, intentando combinar dos tradiciones revolucionarias con distintas visiones sobre el sentido de la constitución: como norma de garantía y como norma directiva fundamental (Fioravanti, 2009), como síntesis de los modelos que mencionamos.

II. El orden jurídico del Antiguo Régimen: una breve aproximación

Antes de empezar con la teorización mencionada, es necesario, para su mejor comprensión, resumir ciertas claves del funcionamiento del orden jurídico tradicional propio del Antiguo Régimen, etapa histórica central y estructurante, tanto en términos de ruptura, continuidad o resignificaciones de ese orden jurídico en las etapas históricas siguientes.

La importancia de tener presente este modelo jurisdiccional sirve, en primer lugar, para entender con mayor claridad las posiciones de la Revolución Francesa y de la Revolución Americana, por cuanto son dos expresiones diferentes y dos modos diferentes de oposición a este Antiguo Régimen. En segundo término, es necesario para poder comprender con mayor claridad el proceso o la influencia de dichas revoluciones en el caso español, que nos interesa porque bajo su dominio se encontraban las colonias americanas, lo que nos permite examinar ciertos elementos de continuidad antes que de ruptura con el Medioevo en el constitucionalismo argentino.

En este último aspecto, como resalta Zamora (2010), se vuelve necesario comprender la dinámica de las realidades históricas bajo el dominio hispánico, como un enfoque que debe hacerse no sólo desde la caracterización socio-política o económica de *colonial*, sino también desde la perspectiva de las relaciones políticas del Antiguo Régimen, por lo que se vuelve imprescindible adentrarse en su universo conceptual, un campo cultural mucho más amplio, de textualidad operativa y condicionante de la praxis institucional.

La cultura de Antiguo Régimen concibe un orden social corporativo y trascendente (Agüero, 2007). Existe una lectura organicista de la comunidad política que permite esquematizar la composición interna de la comunidad según un orden 'natural' de jerarquía, que distingue a los diversos componentes en función de su misión dentro del todo (Agüero, 2007). De esta manera existe una primacía de la comunidad sobre los individuos, en donde éstos sólo existen como partes de un agregado colectivo.

Teniendo en cuenta el carácter trascendente que se asigna al orden social, cuya estructura y organización derivan directamente de la textura de un universo de creación divina y por tanto están más allá de la voluntad de los hombres, el poder no crea ni constituye, sino que conserva, garantiza y mantiene el equilibrio social 'dando a cada uno lo suyo' (Guastini y Rebuffa, 1995).

Entre los elementos del orden jurídico de Antiguo Régimen encontramos la *preeminencia de la religión*, ya que el derecho es parte de un complejo normativo más vasto e intrincado, que tiene matriz religiosa e integra a los distintos órdenes que disciplinan o contribuyen a disciplinar la sociedad; es un *orden jurídico tradicional y pluralista* pues está integrado por distintos órdenes dotados de contenidos normativos

y legitimidades diferentes, conviviendo el derecho divino, natural y de gentes, en derecho común, que va interactuar junto con derechos de los diferentes cuerpos que habitan la sociedad. Asimismo, este orden jurídico estaba regido por normas de conflicto de “geometría variable”, puesto que la integración de los distintos derechos que lo componían no se planteaba en general, de una vez y para siempre, sino caso a caso, y en función de las circunstancias que en cada uno concurrían. Otra característica es la de ser un *orden jurídico probabilista*, en donde la tarea del jurista es concebida como interpretación de un orden dado, y lo orienta hacia la fijación y solución de problemas o casos.

Esta cuestión evidencia una concepción del derecho esencialmente antilegalista: se pretende organizar el consenso entre perspectivas diferentes y alcanzar soluciones o adoptar decisiones justificadas, que vencen o se imponen porque convencen en el marco de una cultura compartida, y no porque sean expresión de una certeza jurídica previamente definida: entiéndase, legalmente preceptuada (Garriga, 2010).

Estas características determinan la configuración jurisprudencial del derecho en el Antiguo Régimen, y nos lleva a las antípodas del universo jurídico legal para situarnos ante un ordenamiento construido caso a caso, en la tarea de conciliar universos normativos dispares (Garriga, 2010).

III. La Revolución Francesa y la Revolución Americana

Retomando la teorización de Fioravanti, respecto de los tres modelos de fundamentar las libertades o derechos en el plano teórico y doctrinal-historicista, individualista y estatalista, articulados en los tres acontecimientos históricos mencionados- este autor considera que el valor dado a las constituciones democráticas actuales son construidas en reacción o contraposición al estatismo liberal, intentando combinar dos tradiciones revolucionarias con distintas visiones sobre el sentido de la constitución: como norma de garantía y como norma directiva fundamental (Fioravanti, 2009), que para entender este resultado, es necesario analizar los modelos que mencionamos.

El *modelo historicista* tiene como objetivo principal, el de situar las libertades en la historia y sustraerla lo más posible de las intromisiones arbitrarias de los poderes constituidos. Se pone en primer plano los derechos que el tiempo y el uso han confirmado, de tal modo que son indisponibles para la voluntad contingente de quienes tienen el poder político. Principalmente se trata del derecho de propiedad privada y el de libertad personal, básicamente las libertades civiles, las “negativas”, es decir, aquellas que se ejercen en ausencia de obligaciones o impedimentos de terceros. Existe para esta concepción, una admiración por la Edad Media que es -hay que recalcar- una reconstrucción de esta etapa histórica y no una apreciación exacta de la

misma. En tal reconstrucción, el modelo concibe esta etapa histórica como un sistema que tenía un modo propio de garantizar los derechos, no a través de una norma general y abstracta, sino a través de un derecho objetivo radicado en la costumbre y en la naturaleza de las cosas. Desde este método, se da a cada uno su lugar, es decir, sus derechos y sus deberes. Esta idea es central para esta doctrina, ya que le servirá para fundamentar una continuidad entre libertades medievales y modernas, prescindiendo de la existencia de un poder político concentrado.

El *modelo individualista*, por el contrario, tiende a enfrentarse con el pasado -Edad Media-, y se construye en oposición a éste. Busca la progresiva destrucción del medioevo y del orden feudal y estamental del gobierno y de la sociedad, dando lugar a la edad de los derechos individuales y del progresivo perfeccionamiento de su tutela.

La radical oposición a la Edad Media se da en una fuerte antítesis entre el orden estamental, en donde los derechos y deberes son atribuidos según su pertenencia a dichos estamentos con regímenes jurídicos diferentes, y un orden individual del derecho. Se busca una progresiva destrucción de la sociedad de privilegios, sacándole a los estamentos el ejercicio de las funciones políticas como las de juzgar, recaudar y administrar.

De esta forma, libera al individuo de las antiguas sujeciones, pudiendo rechazar toda autoridad distinta a la ley del Estado, convertido en el único titular monopólico del poder, de la capacidad normativa y de coacción. De allí que la concepción individualista se opone a la Edad Media a través de la vía contractualista: el antiguo orden natural de las cosas no puede ser reformado gradualmente, como sugiere el historicismo, sino que debe ser abatido para fundar un nuevo orden político basado sobre la voluntad de los individuos o el consenso de los ciudadanos.

De esta manera, la doctrina individualista tiene un lado esencialmente estatalista: si los individuos aceptan voluntariamente salir del estado de naturaleza para conformar un tercero neutral dotado de poder de coacción, es porque consideran que de esta manera se tutelarán mejor sus derechos.

Sin embargo, la posición individualista se diferencia de la netamente estatalista en que la primera considera que es necesario el Estado y su ley, pero la sociedad civil de los individuos es anterior a aquél. Por lo tanto el Estado no crea derecho, sino que reconoce lo que ya existe.

Desde el punto de vista de esta concepción individualista-contractualista, la mejor forma de garantizar las libertades es confiarlas a la autoridad de la ley del Estado, dentro de los límites fijados, como la presunción de libertad, y a condición de que el Estado sea resultado de la voluntad constituyente de los ciudadanos.

Los historicistas, por el contrario, consideran que la mejor forma de tutela es confiarla a la jurisprudencia, más apegada al transcurso natural del tiempo y a la evolución espontánea de la sociedad, desconfiando de ponerla en manos de un poder político.

Para el *modelo estatalista*, el Estado es algo más que un instrumento necesario de tutela, como lo considera el modelo individualista: es la condición necesaria para que las libertades y derechos nazcan.

Lo central en la doctrina individualista-contractualista es que el derecho natural precede al derecho positivo estatal, las libertades preceden al poder. El estatalismo, en cambio, prescinde de toda referencia a un derecho natural de los individuos. El Estado político es y debe ser algo muy distinto de una simple relación de mutua seguridad entre poseedores de derechos y de bienes. Los individuos que deciden someterse a la autoridad del Estado dejan de ser multitud para convertirse en pueblo o nación. No admite ninguna sociedad antes del Estado. Independientemente de que la representación sea efectuada por un monarca autocrático o una asamblea democráticamente elegida, en la cultura estatalista no son resultado de una construcción contractualista desde abajo, sino la condición necesaria para la existencia de un cuerpo político unitario.

Para el modelo estatalista, las libertades civiles son lo que la ley del Estado quiere que sean; antes de la ley es incluso absurdo hablar de derechos y libertades. Se pierde, entonces, la dualidad entre libertad y poder propio del modelo individualista e historicista, porque desde esta perspectiva la libertad y el poder nacen juntos, y juntos están destinados a prosperar o decaer.

En la concepción individualista e historicista, el Estado, al ser reducido a un punto de equilibrio entre las necesidades de los individuos y la aseguración mutua de poseedores de bienes y derechos, se presenta como un Estado débil que no llega a consolidar ni garantizar nada, pues es presa fácil de egoísmos individuales y de facciones. Por el contrario, se necesita la estabilidad y unidad en el Estado para poder garantizar derechos.

Esto es inaceptable para el contractualismo e historicismo, para quienes el constitucionalismo es limitar el poder en nombre de realidades y valores que lo preceden. ¿Qué garantía puede ofrecer una ley del Estado desligada de toda referencia externa?

Examinando cómo se articularon estos modelos en los procesos históricos mencionados, Fioravanti expresa que la Revolución Francesa está sustentada por una doctrina individualista y estatalista de las libertades, construida en clave antihistoricista.

Historicismo e individualismo son incompatibles: no se puede fundar los derechos y las libertades en la historia porque nos encontramos con el Antiguo Régimen, es decir, el orden estamental del derecho, el mundo de los privilegios.

Contra este pasado -el Antiguo Régimen- se alían el individualismo y estatalismo. La concentración de poder en el legislador, intérprete de la voluntad general, aparece como garantía de que nadie podrá ejercer poder y coacción sobre los individuos,

sino en nombre de la ley general y abstracta del Estado. La ley -por lo tanto, la autoridad pública- hace posible las libertades de todos los individuos frente a las antiguas discriminaciones estamentales.

Los derechos naturales individuales y la soberanía popular no son opuestos. El *legitimismo* es el punto sobre el cual la Revolución media entre el individualismo y el estatismo: la ley garantiza los derechos que ya se poseen. A la imagen de la pre-estatalidad de los derechos que imponen al Estado y a la ley su tutela y conservación, se suma y se sobrepone la imagen de que los derechos existen sólo en el momento en que la misma ley lo hace posible. Estas dos imágenes conviven en esta experiencia histórica.

Se deriva de esto que el punto débil de la Revolución es la garantía de los derechos. Las garantías ofrecidas por la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” convergen sobre la supremacía en materia de derechos y libertades de la ley general y abstracta ¿Cómo defenderse contra la hipótesis de que precisamente el legislador se convierta en el peor enemigo de los derechos y libertades?

La respuesta será que estos derechos y libertades serán seguros si quien gobierna y quien legisla es de verdad expresión de la nación y el pueblo, si su autoridad se ha ido construyendo efectivamente a partir de las voluntades de los ciudadanos. De esta manera, la garantía está ligada al concepto de rigidez constitucional, pero entendida como la presencia de una constitución que sea capaz de imponerse, para fines de garantía, sobre las voluntades normativas del poder político.

Por el contrario, en el caso de la Revolución Americana, en el modelo tradicional británico la garantía de los derechos se resuelve con la prioridad dada al Poder Judicial sobre el Gobierno y sobre el Poder Legislativo. El primero, porque por su naturaleza, parte de la práctica consuetudinaria y de esta forma tutela los derechos afirmados por la experiencia, contra las pretensiones de monopolio de los gobernantes y los legisladores.

Por el contrario, la Revolución Francesa no puede ni quiere conceder un papel garantizador a los jueces, vistos como herederos de los privilegios aristocráticos, que hubiesen querido independizarse de la voluntad política soberana hasta el punto de oponerse a la misma.

Podemos ver así, como el devenir histórico va conformando diferentes fundamentos de reaseguro de los derechos. En este aspecto, cabe destacar las diferentes concepciones que tuvieron ambas Revoluciones respecto del Poder Constituyente, del que derivará finalmente, en dos ideas diversas acerca del constitucionalismo y su objetivo principal.

El Poder Constituyente para la Revolución Francesa es entendido como atribución al pueblo de una autoridad superior a la de los legisladores. Este concepto está presente

en la Revolución Americana pero de manera diferente: lo entiende como atribución al pueblo de una autoridad superior a la de los legisladores, quitándole toda atribución de soberanía y subordinando sus leyes a la constitución. De esta forma las Reglas Fijas, presencia de un núcleo fuerte y rígido del pacto constituyente, deben ser defendidas en primer lugar del arbitrio del legislador.

En síntesis, el Poder Constituyente en la Revolución Francesa, está asociada al concepto de soberanía, poder del pueblo soberano de decidir sobre la constitución y sobre las reglas de juego; y en la Americana está asociado al concepto de rigidez constitucional, entendida como máxima forma de tutela de derechos y libertades contra el posible arbitrio del legislador.

De esta forma, la Revolución Francesa atribuye una total preeminencia a la soberanía del legislador -sea del poder constituyente o del poder constituido-, y por el contrario en la Americana, toda la constitución está basada según el principio de *pesos y contrapesos*, que pretende que no exista un poder supremo, sino poderes autorizados por la constitución y en equilibrio entre ellos. Los revolucionarios franceses fueron ajenos a la técnica estadounidense del balance y equilibrio de los poderes.

En lo que se refiere al Poder Judicial los franceses se enfrentaban con la doble ideología: la del juez funcionario estatal -necesariamente limitado a la estricta aplicación de la ley del Estado- o la del juez aristocrático -supuesto enemigo de los valores fundamentales de la unidad política-. De esta forma, quedó vedado para este Poder, cualquier control de constitucionalidad, como demuestran las prohibiciones de las injerencias impuestas a los jueces respecto del legislador. Caso exactamente contrario a lo que sucede en el contexto americano, donde se desarrolla la noción de constitucionalismo como técnica de limitación del poder con fines de garantía, la práctica de la constitución rígida y el conexo control de constitucionalidad.

De esta manera de ambas experiencias revolucionarias devendrán dos concepciones diferentes del constitucionalismo: desde la experiencia americana el constitucionalismo será entendido como técnica dirigida a la garantía de los derechos con instrumentos jurisprudenciales; y desde la experiencia francesa la constitución será entendida como norma directiva fundamental, que buscará inspirar y dirigir más ambiciosamente con sus principios las transformaciones del futuro, buscando promover los derechos y no sólo reconocerlos y garantizarlos.

IV. El Estado de derecho del siglo XIX

El Estado de Derecho del siglo XIX se conforma a través de la combinación de la doctrina historicista y estatalista, construida en función antiindividualista. Es importante tener en cuenta este modelo de Estado por cuanto las constituciones que surgirán después de la Segunda Guerra Mundial, se conformarán a su vez en contraposición con este estatismo liberal.

La cultura de derechos del siglo XIX nace precisamente de una fuerte crítica a las dos concepciones de constitución antes mencionadas.

La crítica del liberalismo hacia la concepción de constitución como programa, como norma directiva fundamental, evocaba el aspecto jacobino de la soberanía popular y de la democracia directa, que amenazaba uno de los objetivos en la formación del Estado liberal de derecho, que es la estabilidad y búsqueda de un desarrollo gradual, tranquilo y ordenado. Frente a esto, la Revolución Francesa aparece como una amenaza, por el ilimitado poder del pueblo o de sus representantes para cambiar la constitución y las reglas del juego. El liberalismo critica la revolución por su exceso político y por la excesiva relevancia que se había querido atribuir a la voluntad política constituyente del pueblo soberano.

Desde la visión liberal, la nación es una realidad histórico-natural, producto orgánico de la historia, sustraído de la libre determinación de los individuos. Los poderes públicos no dependen de una construcción contractualista sino, por el contrario, existen de manera natural y necesaria, como producto orgánico de la historia.

Si bien esta concepción de Estado toma el aspecto historicista, lo hace de manera diferente que en Estados Unidos. Allí la constitución rígida y protegida por el control de constitucionalidad, se impone a los poderes políticos para garantizar derechos; en el Estado de derecho, la ley del Estado, el poder político como reflejo orgánico de la nación, es el que custodia los derechos de las intromisiones desestabilizadoras de la Constitución, del poder constituyente, de las voluntades particulares de los individuos y de las fuerzas sociales.

En EE.UU., los derechos están en la constitución y el arbitrio puede provenir de los poderes del Estado; en Europa, los derechos están en el Estado y el arbitrio puede provenir del poder constituyente, del contrato social, de la Constitución como fruto de las voluntades de los individuos y de las fuerzas sociales.

Se puede ver de esta manera, un *viraje* en donde los derechos tienden a asentarse más sobre el Estado y su derecho, que sobre la Constitución, como sucedía en el tiempo de las revoluciones que mencionamos, en suma, se abandona de esta manera la supremacía de la Constitución.

Este protagonismo del Estado, en lugar de la Constitución, se manifestará en esta etapa a través de dos herramientas principales: el código civil y la administración pública.

El Código Civil representa, para la óptica liberal, la aspiración liberal de la estabilidad, derecho cierto y estable que los jueces aplican de manera segura, garantizando a los individuos las posiciones jurídicas subjetivas fijadas en la ley.

Las relaciones entre las fuentes del derecho se invierten completamente. La constitución no sirve ya para dictar los principios básicos que deben reflejar las leyes del Estado, y defender los derechos y libertades frente a posibles arbitrios de los poderes

constituidos, sino que estos últimos deben ser defendidos de las intromisiones de los principios constitucionales que reflejan las elecciones políticas del momento, y amenazan la certeza del derecho garantizado por la ley del Estado. La tutela de los derechos garantizados por la Constitución se sustituye por la certeza del derecho garantizado por el código y por la ley, por el derecho positivo del Estado.

De esta forma, se pone la ley del Estado en el centro del sistema de fuentes del derecho y se busca reducir el espacio de la Constitución, que ahora es sobre todo instrumento de organización de los poderes públicos, más que acto de fundamentación y tutela de los derechos y libertades.

Por otra parte, la administración pública y el derecho administrativo asumirán, igual que el código civil, el carácter de sistema cerrado y autosuficiente dotado de propias instituciones y principios, con un derecho y un fuero específicos diferentes del civil y penal.

Frente a la concepción de un derecho administrativo autónomo, va ganando terreno otra interpretación de impronta estatalista: si existe un derecho propio de la administración es porque esta administración representa el nivel más alto de la potestad originaria soberana del Estado, que no puede tolerar normas que provengan fuera de él. La consecuencia será que coloca el núcleo del poder público soberano, el Estado, más allá de la Constitución.

La problemática de las libertades se reduce a la problemática de la acción, de las soluciones jurisdiccionales que se pueden invocar en caso de que alguien lesione un derecho fundado en la ley. Esto es el Estado de Derecho: un mecanismo de rápida, segura y uniforme aplicación de la ley por parte de los jueces. Pierde de esta manera un punto de referencia de orden superior a la misma ley de tipo constitucional. Lo que importa es que los derechos que la ley reconoce, sean adecuadamente tutelados en el sentido de que siempre sea posible acudir a un juez para su tutela.

V. Las Revoluciones en el caso hispanoamericano

Teniendo en cuenta lo expresado por Fioravanti (2009), respecto de que los diferentes institutos jurídicos se desarrollan en un determinado contexto histórico-social e histórico-político, que condiciona de manera decisiva su efectividad práctica, podemos decir que el modelo francés, que marca la configuración de los rasgos generales de la justicia como la conocemos hoy en contraposición al Antiguo Régimen, no fue aplicado o no tuvo igual influencia en todos los ámbitos geográficos y políticos. En este marco, analizando el caso español, que como mencionamos, nos interesa porque bajo esta órbita se encontraban los dominios de Latinoamérica, la influencia de la Revolución Francesa en España puede ser examinada en la Constitución de Cádiz de 1812.

Como resalta Martínez Pérez (1999), aunque el texto que se tomó como referencia haya sido el francés de 1791, la presencia era la estatal napoleónica; y aunque el constituyente haya sido versado en la Constitución de Inglaterra, no reprodujo un experimento de libertades americano, sino el equilibrio corporativo de una sociedad estamental.

Este autor expresa que en 1812 surge la Nación católica como sujeto de derechos y artífice de gobierno para el constitucionalismo hispánico. Resalta que este componente religioso es necesario para comprender en clave católica los derechos y la justicia en cuanto a que la cultura política y religiosa que promocionó, como sucedáneos de la racionalidad normativa y las virtudes de los agentes del poder, son, ante todo, virtudes morales y religiosas, y después cívicas constitucionales.

En este esquema, ciertas continuidades o resignificaciones del medievo parecen estar presentes: el constitucionalismo que de allí se desprende es de tipo ilustrado y no revolucionario, ya que no inventó sujetos distintos a los corporativos, e hizo no de la ley sino de la administración, el instrumento de transformación, tomando como referencia del constitucionalismo moderno, no los fundamentos de libertad sino los de poder.

Como propone Marta Lorente (2013), la cultura jurídica de las colonias hispánicas, deberían ser vistas siguiendo una perspectiva en clave de continuidad y resignificación más que de ruptura respecto del Antiguo Régimen. Esto es coherente si se tiene en cuenta cierta historiografía americana que analiza el proceso de independencia del dominio español, más como consecuencia de una crisis de naturaleza imperial que como el resultado de movimientos emancipatorio de signo moderno. En este sentido, expresa que al borde de la Independencia las sociedades americanas eran eminentemente tradicionales, esto es, de gobierno jurisdiccional y estructura corporativa, como lo mencionamos al caracterizar al orden jurídico del Antiguo Régimen.

La autora hace mención que existen diferentes interpretaciones acerca del efecto que tuvo la Constitución de 1812 en tierras americanas.

Por un lado, hay una visión que busca ver una contraposición entre el carácter tradicional de las sociedades americanas y un proyecto radicalmente moderno, identificado con un constitucionalismo doceañista leído desde una perspectiva francesa. Esta perspectiva señala como rasgos de esta contraposición elementos vinculados con la asimilación del principio moderno de separación de poderes y un nuevo modelo de juez opuesto al antiguo magistrado, legitimado exclusivamente por estar sometido al imperio de la ley, producto de la voluntad general.

Por otro lado, desde una segunda interpretación a la que adhiere, Lorente manifiesta que el primer constitucionalismo hispánico fue más bien un constitucionalismo católico que, además de proscribir el ejercicio de cualquier otro culto, diseñó una ciudadanía católica de determinación comunitaria. Esto puede observarse, según la

autora, en las primeras Constituciones hispánicas, donde se observa una fundamentación historicista, presentándose como una reformulación de la antigua Constitución, y dejando a salvo las antiguas constituciones corporativas. Se observa de esta manera la inexistencia de una profunda renovación de la cultura jurídica, que siguió alimentándose de antiguas comprensiones que chocaban con la emergencia del sujeto individual y de la ley como fuente de derecho, y que fue incapaz no sólo de implantar, sino ni siquiera de imaginar, un modelo de juez sometido a la ley.

Expresa, en consecuencia, que ni el modelo francés ni el americano se reprodujo en los territorios hispánicos, y sostiene, por el contrario, que el primer constitucionalismo hispánico fue historicista, antiindividualista y antiestatal, o, dicho de otra manera, de 1808 en adelante no hubo una simple persistencia del Antiguo Régimen, sino que se *constitucionalizaron* comprensiones e instrumentos, en donde dicho constitucionalismo hispánico, más que mantener, reformuló y reprodujo en otros términos una terrible estratificación social y racial.

VI. El Estado Constitucional de Derecho y la democracia: nuevos desafíos

Como expresamos, en respuesta a la experiencia negativa anterior, en donde surgía el problema de la ilegitimidad de las normas de derecho positivo estatal, formalmente correctas pero contrarias a la Constitución en cuanto a sus contenidos sustanciales, se recupera la importancia del control de constitucionalidad de las leyes.

Las constituciones actuales tratan de combinar las dos tradiciones revolucionarias. La rigidez constitucional ataca la convicción revolucionaria de la infalibilidad del legislador, pero al mismo tiempo, la Constitución entendida como norma fundamental, hace necesaria la definición de deberes sustanciales de los poderes públicos que trascienden la mera defensa y garantía de los derechos y libertades. La doctrina del constitucionalismo ya no puede ser sólo doctrina del gobierno limitado sino también de los deberes del gobierno, como pueden ser evidenciadas, por ejemplo, con la promoción de los derechos sociales.

En la actualidad, la constitucionalización del ordenamiento jurídico, garantizada a través de la acción de inconstitucionalidad, confiada en la mayoría de los sistemas jurídicos a los jueces, refuerza la posición institucional de las cortes frente a los otros poderes (Puga, 2012; Gil Domínguez, 2009). Así como el siglo XIX ha sido el siglo del Poder Legislativo y el siglo XX el del Poder Ejecutivo, el siglo XXI será el del Poder Judicial (Fioravanti, 2009). Sin embargo este protagonismo del judicial produce un desbalance en otro sentido en el sistema de división de poderes que genera nuevos desafíos para la democracia.

Son innumerables los trabajos que analizan el procedimiento y formas que adquiere el control de constitucionalidad desde una dimensión jurídica (Bianchi, 2002; Bidart Campos, 1996; Sagües, 1992), sin embargo nos interesa analizar las relaciones entre este control de constitucionalidad y la democracia.

En este sentido, siguiendo a Pierre Rosanvallon (2009), existen diversos modelos de control de constitucionalidad teniendo en cuenta los objetivos que se persigue. Desde un primer modelo, este control tiene como propósito limitar las iniciativas que el legislador adopta con simple mayoría. En este caso la cuestión de la corrección de los límites del poder mayoritario continúa inscribiéndose implícitamente en la antigua perspectiva de la denuncia de los riesgos de la “tiranía de la mayoría”. De esta forma la idea de constitución como un freno se enmarcaría en un “poder preservador” y en esta dirección la constitución puede ser definida como un “reductor de democracia” (Rosanvallon, 2009:203).

Desde otro punto de vista, el desarrollo de este control puede ser encarado como un instrumento de reducción del margen de maniobra de los gobernantes y por lo tanto como una forma de aumento del control social sobre los representantes (Rosanvallon, 2009).

Para la concepción democrático-reflexiva que postula Rosanvallon, le asigna a este control una tarea suplementaria de aumentar indirectamente el poder ciudadano sobre las instituciones, poniendo en acción un régimen alternativo y complementario de enunciación de la voluntad general, adoptando una concepción democrática del control de constitucionalidad.

Desde esta mirada, las cortes constitucionales participan de esa manera en la ampliación y en la profundización del sistema representativo como modalidad propiamente positiva de organización de la democracia. Contribuyen al desarrollo de una multiplicación de los modos de representación que es la única clave para una expresión más fiel de la voluntad general. Expresa el autor que la justicia constitucional lleva a multiplicar los lugares, los modos y los tiempos de la deliberación pública.

Desde este aspecto, los tribunales se convierten en nuevos espacios de participación para motivar cambios sociales y en una alternativa de acción de ciertos grupos en la esfera política, que reemplaza o complementa otros canales institucionales del juego democrático (Abramovich, 2006).

VII. Consideraciones finales

La importancia de analizar la cultura jurídica subyacente como elemento estructurante tanto de prácticas sociales como de la praxis institucional del derecho, y los procesos históricos involucrados, permite brindar explicaciones más profundas acerca de las prácticas políticas y jurídicas que restringen o amplían la protección de los derechos humanos garantizados por las constituciones.

En este proceso de conformación del Estado Constitucional de Derecho que se basa en la jerarquía superior de la Carta Magna en lugar de legislación inferior, da cuenta de un cambio de cultura jurídica, pero que de ningún modo es un proceso acabado y definitivo, ni mucho menos exento de avances y retrocesos. La cultura jurídica que prioriza la legislación

inferior frente a la constitucional tiene vigencia y está en pugna con el mencionado modelo. Pensamos el derecho del presente con los instrumentos -intelectuales, normativos, rituales, valorativos- que una determinada tradición intelectual nos ha legado. En este sentido, el pasado modela el presente, no por la imposición directa de valores y de normas, sino por la disponibilidad de una gran parte de los utensilios sociales e intelectuales con que se producen nuevos valores y nuevas normas (Hespanha. 2000).

A modo de ejemplo, diferentes estudios han detectado numerosos criterios interpretativos que los jueces utilizan o pueden utilizar de modo más o menos indistinto, y que pueden llevar inclusive a soluciones opuestas: decisiones garantistas y anti-garantistas; decisiones ofensivas frente a los derechos humanos y protectivas hacia éstos o decisiones hostiles y amigables frente al derecho internacional (Gargarella, 2008), que incluso pone en cuestión la democracia como gobierno del pueblo.

Esta referencia a un cuerpo de precedentes reconocidos, que funcionan como un espacio de posibilidades donde puede encontrarse la solución, es lo que constituye el fundamento racional de la decisión jurídica, haciéndola aparecer como el producto de una aplicación neutra y objetiva, de una competencia específicamente jurídica.

Sin embargo, lo importante es delinear por qué se toman ciertos precedentes y se dejan otros de lado, cuáles son los motivos expuestos, las justificaciones, el propósito de tomar uno u otro método de interpretación y lo que comprende uno u otro esquema de razonamiento.

Estas directrices históricas, nos permite comprender el desarrollo de las instituciones, de la cultura jurídica y del Estado Constitucional de Derecho de Argentina, y de sus matices y diferencias incluso en las regiones como la del Norte Grande, en donde el actual discurso de derechos humanos y sus prácticas, debe ser analizado teniendo en cuenta esta condición de antiguo territorio colonial, previamente indígena, donde operó luego el proceso de modernización. Estas consideraciones espaciales y temporales son claves para analizar la cultura jurídica y política en el presente, pues en las instituciones y las prácticas actuales parecen existir resabios, resignificaciones, o copias de instituciones y prácticas de otra época que son continuamente actualizadas en las prácticas judiciales, políticas y sociales.

IX. Referencias

Abramovich, V. (2006). Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política. En H. Birgin y B. Kohen, *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*. Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas (pp. 59-82). (1a. ed.). Biblos.

Agüero, A. (2012). Historia del Derecho y categorías jurídicas. Un ejercicio de crítica conceptual. *Horizontes y Convergencias*.

Bianchi, A. B. (2002). *Control de constitucionalidad*. Abaco.

- Bidart Campos, G. (1996). *Control de Constitucionalidad*. Ediar.
- Bourdieu, P. y Teubner, G. (2000). *La fuerza del derecho*. Siglo del Hombre Editores.
- Carbonell, M. (2007). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Trotta.
- Fioravanti, M. (2009). *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Trotta.
- Gargarella, R. (2008). Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución. En R. Gargarella (Coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo I, Democracia. Abeledo Perrot.
- Garriga, C. (2010). Continuidad y cambio del orden jurídico. En C. Garriga (Coord.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*. CIDE: Instituto Mora: El Colegio de Michoacán: ELD: HICOES: El Colegio de México.
- Gil Domínguez, A. (2009). *Escritos sobre neoconstitucionalismo*. Ediar.
- Guastini, R. y Rebuffa, G. (1995). Introducción. En G. Tarello, *Cultura jurídica y política del derecho*. Fondo de Cultura Económica.
- Hespanha, A. M. (2000). *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*. Tecnos.
- Lorente, M. (2013). Del *iudex perfectus* hispánico al magistrado constitucional español. (Reflexiones sobre la dimensión constitucional de una historia de la justicia entendida como historia de los modelos de juez). En L. Lacchè y M. Meccarelli, *Storia della giustizia e storia del diritto*. EUM.
- Martínez Pérez, F. (1999). *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Puga, M. (2008). La realización de derechos en casos estructurales. Las causas 'Verbitsk' y 'Mendoza'. En R. Gargarella (Coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo I, Democracia. Abeledo Perrot.
- Rossanvallon, P. (2007). *La Contrademocracia. La Política en la Era de la Desconfianza*. Manantial.
- Rossanvallon, P. (2009). *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad*. Manantial.
- Sagües, N. P. (1992). *Derecho Procesal Constitucional*. Astrea.
- Zamora, R. (2010). San Miguel de Tucumán, 1750-1812. La construcción social del espacio físico, de sociabilidad y de poder. *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, Aula virtual, 2010. <http://nuevomundo.revues.org/index58613.html>

Fecha de recepción: 18-07-2025

Fecha de aceptación: 14-08-2025