

VOLVER A LA RACIONALIDAD JURÍDICA DEL ESTADO

Doscientos años de constitucionalismo
iberoamericano

Cuando se habla de crisis del Estado de derecho en América Latina es frecuente aludir a cuestiones de funcionamiento, denunciando las prácticas que desvirtúan la naturaleza de las instituciones y la relación imperfecta o torticera entre éstas y el imperio de la ley; un triste fenómeno, por otra parte, que puede abordarse como denuncia puntual contra un régimen o una clase dirigente, o que servirá para examinar todo el sistema en el que no logra imponerse esa categoría de lo psicopolítico que suele llamarse “cultura de la legalidad”.

Mi interés ahora no es abundar en este enfoque, sino referirme al Estado de derecho desde el punto de vista de la teoría política, y creo que el bicentenario de la Constitución de Cádiz es un buen mirador para lanzar de nuevo la vista sobre la concepción racional-normativa del Estado moderno, pues nos recuerda que esta concepción no era en propiedad otra cosa sino el paradigma morfológico del proyecto liberal. Es muy comprensible, por lo tanto, que si hay crisis en la forma la haya también en el fondo, y en las líneas que siguen intentaré hacer ver que las últimas mistificaciones del constitucionalismo hispanoamericano comprometen seriamente el pro-

Xavier Reyes Matheus, Premio Bicentenario 1808, “Liberalismo en Iberoamérica” por su libro *Más liberal que libertador. Francisco de Miranda y el nacimiento de la democracia moderna*.

grama democrático de libertades civiles y políticas conculcando la idea del Estado de derecho racional-normativo, que es propiamente la que sigue la mentalidad ilustrada, y que tiende a sustituirse, como ocurrió en los modelos totalitarios del siglo XX, por concepciones románticas de signo voluntarista.

LA REVOLUCIONES LIBERALES Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

El mundo hispánico, con la Constitución española de 1812 y con las americanas que surgieron tras la independencia, inspiradas ya por el ejemplo de Estados Unidos ya por la propia carta gaditana, se adelantó a la mayoría de los países europeos en la asunción del Estado constitucional de derecho. Esta última denominación es la que algunos teóricos utilizan en oposición al Estado legislativo de derecho, que llaman también paleo-iuspositivista, y que entiende las leyes no propiamente como un producto legislativo, sino jurisprudencial y doctrinal. Es bien sabido que en el debate que precedió a las primeras constituciones hispánicas hubo voces, como la de Jovellanos en España y la de Fray Servando Teresa de Mier en México, que prefirieron esta noción de “constitución histórica” y rechazaron el artefacto jurídico emanado de un Congreso constituyente, y escrito, según decía el fraile novohispano, “como comedia por escenas”. La *Pepa*, que era una solución de compromiso entre el reclamo patriótico de expulsar al francés y el impulso libertario de incorporar las ideas de la Revolución francesa, nació también entre las dos aguas que suponían los fueros y privilegios locales, exaltados como antecedentes de la limitación a la autoridad, y la subsunción de todos ellos en ese concepto de signo igualitario y genérico que daba en nombrarse la “nación española”. Esta última se entendía como epítome de las libertades civiles, que eran tradicionales, y se empoderaba de ellas a través del reconocimiento constitucional, que era lo recién creado: entre el imperio de una ley y de otra, de la costumbre y de la norma, la Constitución no llegó a pretender que el Estado se subrogase completo en ella, y es fama que en su parte dogmática no se hacía ni siquiera una enumeración exhaustiva de los derechos que consagraba.

En los países de Hispanoamérica, sin embargo, había una oposición natural entre la empresa fundadora que implicaba la Guerra de la Independencia y la remisión a cualquier tradición política precedente, bien que una parte considerable del ordenamiento jurídico de las nuevas repúblicas se asentara sobre la base del derecho indiano¹. Siguiendo el modelo de las recién emancipadas trece colonias del Norte, en el diseño constitucional hispanoamericano se reconocía desde el principio lo problemático del calco: el Estado federal, por ejemplo, pareció una ficción respecto de la realidad geográfica, y el presidencialismo fuerte no se entendió nunca a la manera de un Washington. Con todo, las constituciones marcaban un desarrollo legislativo de carácter programático por el que había de discurrir la vida del Estado, como queda claro en el primer código civil –el chileno– que, bajo los sabios criterios de Andrés Bello, se redactó en el continente: allí, en el artículo 1, la ley aparecía definida como “una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”, y esto todavía bastantes años antes de que el principio de supremacía de la Carta Magna, asimilado de la sentencia norteamericana del juez Marshall, se recogiera en el proyecto de Constitución para Yucatán, de 1840, junto al reconocimiento del derecho de amparo.

No obstante, en sus *Bases y puntos de partida*, de 1852, Juan Bautista Alberdi advertía ya que en las constituciones hispanoamericanas las garantías legales seguían anacrónicamente circunscritas al discurso de la emancipación, pues, decía, en el tiempo en que la independencia constituía “todo el propósito constitucional, la riqueza, el progreso material, el comercio, la población, la industria, en fin, todos los intereses económicos, eran cosas accesorias, beneficios secundarios, intereses de segundo orden, mal conocidos y estudiados, y peor atendidos por supuesto”. Un divorcio semejante entre la traza fundamental del Estado y las necesidades prácticas que éste debía satisfacer hacía que Alberdi abogara por subordinar el orden jurídico a la empresa social: pero, en su caso –en el del mundo por edificar que era América Latina–, lo social no aludía a que la Constitución se enderezara a reivindicar a una clase, sino a ser, como apuntaba el autor tucumano, “la expresión organizada de una ley de civilización”; en una palabra, a que es-

¹ Cfr. el estudio comparativo de **Garrido Rovira, Juan** (2008).

tuviese orientada al desarrollo. Y es muy claro que esta última noción aparecía en Alberdi como la parte que, en el proyecto occidental de libertades políticas y sociales, tocaba a la prosperidad, sin perder de vista que también en Europa un fracaso en ese aspecto amenazaba peligrosamente el equilibrio que debía buscar y favorecer Hispanoamérica con su inserción en el mercado mundial: “El socialismo europeo es el signo de un desequilibrio de cosas –señala Alberdi–, que tarde o temprano tendrá en este continente su rechazo violento, si nuestra previsión no emplea desde hoy los medios de que se realice pacíficamente y en provecho de ambos mundos”.

Lo social, no obstante, ya en su sentido propiamente socialista, se incorporó al constitucionalismo hispanoamericano según los principios jurídicos que habían servido de molde al espíritu liberal: la Constitución mexicana de 1917, advenida tras la Revolución, se adelanta en dos años a la de la República de Weimar en la vanguardia mundial del reconocimiento de derechos sociales –derecho de huelga y protección a los trabajadores, educación obligatoria, gratuita y laica, regulación de la propiedad según el interés común–, y, a pesar de la forma en que apuntala el poder del Estado, impide sin embargo la reelección presidencial y funda el sistema democrático que luego, con rasgos ciertamente extraños, se asimiló, durante más de sesenta años, a un partido.

EL PODER CONSTITUYENTE CONTRA LA CONSTITUCIÓN

Precisamente las constituciones nacidas de procesos revolucionarios contra dictadores fueron en el siglo XX las más rígidas en la regulación de sus transformaciones y las más celosas para contener las intenciones de perpetuarse en el poder. Lo sucedido en Honduras en 2009 sirvió, cuando menos, para contrarrestar la corriente de opinión que había demonizado al Estado constitucional –surgido muchas veces a partir de loables pactos de gobernabilidad– como el bastión de un *statu quo* que se identificaba con la clase política sobre la que pesaban las culpas de la exclusión y de la injusticia. Por el contrario, los dispositivos del orden legal mostraron en esta oportunidad su eficacia para prevenir una avanzada autoritaria y pusieron al descubierto la estrategia antidemocrática que, engañosamente y en nom-

bre de extender la participación, había conseguido imponerse en los procesos constituyentes de Venezuela, de Ecuador y de Bolivia.

El modelo, amparado bajo el nombre difuso y camaleónico de 'Socialismo del Siglo XXI', echó a andar en el momento en que la Corte Suprema de Justicia venezolana, órgano encargado del control de la constitucionalidad, faltó a este deber dando luz verde al presidente recién elegido, Hugo Chávez, para convocar una Asamblea Constituyente que no se contaba entre los mecanismos de reforma taxativamente dispuestos por la propia Carta Magna sobre la que se había fundado el sistema democrático venezolano en 1961. Desde luego, la decisión judicial, según la cual la letra de la ley no podía sobreponerse a la voluntad popular, coincidió con un sentimiento generalizado de crisis política y social que no había podido ser atajado por los intentos que se hicieron desde dentro del sistema para imponer un viraje al timón: la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE), creada en 1984, representa un precedente de la voluntad política que sin embargo acabó revelándose insuficiente para canalizar los problemas nacionales.

Con la convocatoria en 1999 de la Constituyente venezolana (conformada casi íntegramente a conveniencia del nuevo presidente), las intenciones de Chávez encontraron el camino despejado para lograr lo que siete años antes había intentado por la fuerza de las armas: la perpetración de un golpe de Estado². No tanto, como pudiera creerse, por la naturaleza de la nueva Constitución, sino porque el descrédito de los partidos tradicionales, contagiado a la noción misma de representación, dio alas al discurso populista por el cual la Asamblea Constituyente se atribuyó carácter originario con poder supraconstitucional –esto es, absoluto–, como si su naturaleza no fuera también la de un cuerpo representativo (la estrategia, pues, consistió en hacer creer que la Constituyente *era* el pueblo); y con aquella autoridad usurpada a los ciudadanos, verdaderos sujetos del poder originario, hizo caída y mesa limpia de los poderes constituidos, aboliendo un Congreso que había sido elegido a la vez que el Presidente, y reconfigurando, a la medida de sus ambiciones totalitarias, los cuadros del nuevo Estado.

² Cfr. **Brewer-Carías, Alan** (2002).

La utilidad puramente táctica de la Constitución en el plan golpista ha quedado probada luego, una vez que la expansión del poder chavista desbordó el marco legal que él mismo se había impuesto: en 2009, contrariando la prohibición de repetir consultas sobre un mismo tema en el mismo periodo presidencial (art. 345 de la Constitución *Bolivariana*), Chávez forzó, para ganarlo, el referéndum sobre la reelección indefinida que había perdido un año antes. Es evidente, además, que su Gobierno no puede ver con simpatía el artículo 350 de la Carta que promovió hace una década, y en el cual se dice que “el pueblo de Venezuela, fiel a su tradición republicana, a su lucha por la independencia, la paz y la libertad, desconocerá cualquier régimen, legislación o autoridad que contraríe los valores, principios y garantías democráticos o menoscabe los derechos humanos”.

Bolivia, ya con el modelo probado y con el discurso indigenista bajo el que disimula una clara estrategia de *Machtergreifung*, recuperó en la abstrusa Constitución de Evo Morales la concepción de cuerpo místico, de Estado como integración, que ha debido quedar exorcizada después de la crítica de Kelsen a las doctrinas de Rudolf Smend, tan útiles a los discursos totalitarios³. Pero, por el contrario, el iuspositivismo ha sufrido, en América Latina, la ojeriza sistemática de los que quieren inspirar la ley no ya en el derecho natural, sino en un estado de naturaleza que, en última instancia, sólo puede recuperarse por la vía revolucionaria. Hoy más que nunca parece profético el juicio que hace más de siglo y medio dedicó Alberdi a Bolivia, glosando palabras de Bolívar según las cuales el nuevo Estado era “un amor desenfrenado de libertad”, y que Alberdi consideraba verdadera “expresión del régimen exterior de Bolivia: la independencia, el aislamiento sin freno, sin regla”.

EL PARADIGMA GARANTISTA

Quizá, y frente a estas perversiones del modelo racional-normativo del Estado, la corriente más interesante en nuestros días sea el garantismo que, muy especialmente por la recepción que ha tenido en México la

³ Cfr. **Kelsen, Hans** (1997).

obra de Luigi Ferrajoli, ha creado allí un importante semillero de doctrina neoconstitucionalista que recientemente ha empezado a divulgarse en España. Esta perspectiva pretende afrontar la crisis del Estado de derecho que, en palabras de Ferrajoli, “tiene su génesis en dos factores: la inflación legislativa y la disfunción del lenguaje legal”, pues sostiene el jurista italiano que “la racionalidad de la ley (...) ha sido disuelta por una legislación obra de legisladores todavía más desordenados, que abre el camino a la discrecionalidad de los jueces y a la formación jurisprudencial, administrativa o privada del Derecho, según el antiguo modelo premoderno, con la consiguiente pérdida de certeza, de eficacia y de garantías”.

Ferrajoli, invocando la tradición liberal en la línea de Locke⁴, opuesta a la concepción rousseauiana según la cual la voluntad mayoritaria está legitimada incluso para conculcar las libertades fundamentales, ha llamado la atención sobre dos desafíos importantes que enfrenta el Estado legislativo de derecho: el primero, debido a la crisis del principio de legalidad, y que, según explica, es un problema que “llama en causa al papel crítico y proyectivo de la razón jurídica en la refundación de la legalidad ordinaria”. Especialmente en materia penal, la recuperación de aquel principio parece en verdad urgente cuando el régimen chavista es capaz de interpretar a conveniencia el delito de traición la Patria, usado para perseguir a sus disidentes, o de establecer supuestos de hecho de naturaleza criminal en los que el Estado se confunde con la Revolución. En Bolivia, a su vez, el reconocimiento de la llamada justicia comunitaria aymara es otro claro ejemplo para ilustrar la premura del reclamo.

Finalmente, el garantismo se propone como el instrumento para la reformulación del Estado del bienestar, con el que los latinoamericanos tienen una relación cercana al síndrome de Estocolmo. Para Ferrajoli, “una refundación del Estado social sobre la base de los principios de sujeción a la ley, igualdad de los ciudadanos e inmunidad de éstos frente a la arbitrariedad, requeriría la redistribución de sus prestaciones según la lógica universalista de los derechos sociales en vez de intervenciones discrecionales

⁴ Cfr. Pisarello, Gerardo y Suriano, Ramón (1998).

y selectivas de tipo burocrático”⁵. De acuerdo con esto, y esgrimiendo el concepto de lo que llaman “libertad real”, los garantistas mantienen en su programa la discusión sobre una renta básica universal (RBU) consagrada como derecho fundamental y en un contexto de libre mercado, que más que dirigirse a eliminar la desigualdad pretende hacerlo con la pobreza desespe- ranzada, presentándose a un tiempo como instrumento para arrebatar al Es- tado el otorgamiento discrecional y populista de subvenciones y recursos. Aunque asumido ya en opciones políticas como la que quiso representar, en las últimas elecciones presidenciales de Venezuela, el principal adversario de Chávez⁶, es éste un tema que tiene por delante un largo debate.

PALABRAS CLAVE

Iberoamérica • Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

RESUMEN

El proyecto liberal y democrático con el que se superó el Antiguo Régimen nació indisolublemente unido a unas formas jurídicas en las que debían objetivarse los valores del Estado de derecho. Cuando se cumplen doscientos años de las primeras Constituciones de España e Hispanoamérica, aquel modelo parece comprometido por derivas irracionalistas que difuminan los límites al poder, y que, en casos como el del llamado “socialismo del siglo XXI”, convierten la ley en una mera estrategia revolucionaria.

ABSTRACT

The liberal and democratic project with which the Ancien Regime was left behind was born perpetually bound to some legal forms where the values of the Rule of Law were to become objectified. With the commemoration of the 200 years of the first Constitutions of Spain and Latin America, that model seems endangered by irrational trends that make limits to power fade away and, in cases such as that of the so-called “21st century socialism”, they turn the law into a mere revolutionary strategy.

⁵ El volumen compilatorio de donde procede esta cita (**Carbonell, Miguel; Ferrajoli, Luigi** et al, 2003) es una buena introducción al tema del garantismo según las visiones de algunos de sus principales teóricos.

⁶ Me refiero a la iniciativa de la tarjeta *Mi negra*, lanzada por Manuel Rosales en la campaña electoral de 2005. En este caso la oferta tuvo más bien matices asistencialistas, pues no fue acompañada de ninguna propuesta sobre el redimensionamiento del Estado del bienestar. En cuanto a la fuente de financiación de una renta semejante, que es en donde suelen diferenciarse los enfoques de la izquierda y de la derecha en el tratamiento de la RBU, es evidente que una economía petrolera como la venezolana complica la comprensión de lo que debería ser una base mínima para insertarse en el aparo productivo nacional, en vez de una razón para no tener que hacerlo.

BIBLIOGRAFÍA

Garrido Rovira, Juan (2008)

De la Monarquía de España a la República de Venezuela, Caracas, Universidad Monteávila, 2008.

Brewer-Carías, Alan (2002)

Golpe de Estado y Proceso Constituyente en Venezuela, México, UNAM.

Kelsen, Hans (1997)

Der Staat als Integration: Eine prinzipielle Auseinandersetzung (traducción espa-

ñola de Jorge García Amado, *El estado como integración. Una controversia de principio*. Madrid, Tecnos,).

Pisarello, Gerardo y Suriano, Ramón (1998)

“Entrevista a Luigi Ferrajoli”, en *Isonomía*, N° 9, México, Octubre.

Carbonell, Miguel; Ferrajoli, Luigi et al. (2003)

Neoconstitucionalismo(s), Madrid, Trotta.

CUADERNOS DE PENSAMIENTO POLÍTICO
DISPONIBLE EN JSTOR



FAES, Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales tiene el placer de informar que todos los números pasados de Cuadernos de Pensamiento Político están disponibles en la red a través de JSTOR, el sistema de archivo digital sin ánimo de lucro, así como en la propia página web de nuestra Fundación.

Los usuarios y las instituciones que accedan a la sección Arts & Sciences VI Collection de JSTOR podrán leer, buscar, descargar e imprimir las versiones completas en PDF de todos los artículos pasados de nuestra revista, desde su primera edición en 2003 hasta el año de publicación más reciente.

La Fundación FAES está orgullosa de poder colaborar con JSTOR en la conservación y amplia difusión de la literatura histórica de nuestra revista.

JSTOR es una organización sin interés lucrativo dedicada a ayudar a la comunidad académica a descubrir, emplear y desarrollar un amplio abanico de contenidos intelectuales que se almacenan en un Archivo digital de confianza.

Para más información sobre JSTOR por favor visite
<www.jstor.org>

Para más información sobre FAES por favor visite
<www.fundacionfaes.org>