

Las *Bases* de Alberdi y las culturas de las libertades

POR **SOLANGE DELANNOY** (*) y **ADRIANA MACK** (**)

En este trabajo analizaremos las *Bases* de Alberdi, utilizando el marco conceptual diseñado por Maurizio Fioravanti acerca de las posibles fundamentaciones teóricas de las libertades. El punto de partida de su propuesta lo conforma la propia identificación y definición de la “cultura de las libertades”, entendida como la “cultura que en su conjunto inspira su sistematización en sentido jurídico-positivo”, teniendo en cuenta que “cada tiempo histórico produce su propia cultura de las libertades” (Fioravanti, 2000: 14).

Así, la aproximación al problema de las libertades puede ser de tipo *historicista, individualista o estatalista*. El citado autor asevera que, en realidad, no se presentan en forma pura, sino que tienden a combinarse, pero esta combinación sólo se forja entre dos de los modelos, excluyendo al tercero. De esta manera tenemos una doctrina individualista y estatalista de las libertades construida en clave antihistórica (la Revolución Francesa); una doctrina individualista e historicista, construida en clave antiestatalista (la Revolución norteamericana), y, finalmente, una doctrina historicista y estatalista, en clave antiindividualista (en los juristas del Estado de derecho del siglo XIX).

A continuación desplegaremos los puntos principales de cada uno de los modelos propuestos:

I. Modelos

I.1. Modelo *historicista*

En principio pensar históricamente las libertades significa situarlas en la historia, y de este modo sustraerlas lo más posible a las intromisiones arbitrarias de

(*) Abogada. Magíster en Ciencia Política y Sociología. Doctora en Derecho. Prof. Titular Derecho Político Cátedra C. Directora Centro de Estudios e Investigaciones Políticas, Jurídicas y Sociales "Renato Treves", Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

(**) Abogada. Magíster en Ciencia Política y Sociología. Doctoranda en Derecho. Prof. Derecho Político. Secretaria Académica del Centro de Estudios e Investigaciones Políticas, Jurídicas y Sociales "Renato Treves", Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario.

los poderes constituidos. Esta concepción tiende inevitablemente a privilegiar las libertades “civiles”, las “negativas”, las libertades que se traducen en capacidad de obrar, en ausencia de impedimentos u obligaciones, dentro de una esfera claramente delimitada y autónoma, sobre todo en relación con el poder político. Se piensa aquí, en especial, en la libertad personal, en la propiedad privada, con sus correspondientes poderes de disposición por parte del propietario, que se puede resumir en el binomio inglés, *liberty and property*.

La reconstrucción historicista entre el siglo XVII y el siglo XIX significa implícitamente circunscribir la doctrina y las prácticas de la libertades a la etapa de la construcción del Estado moderno, entre el Estado absoluto y el Estado de derecho, vale decir, de la configuración de un sujeto político que se va situando como titular monopolista de las funciones de *imperium* y de la capacidad normativa, y que como tal pretende definir, con más o menos autoridad, de manera más o menos revolucionaria, las libertades, circunscribiéndolas y tutelándolas con instrumentos normativos diversos (Fioravanti, 2000: 26).

Este modelo mantiene una relación abierta y problemática entre la Edad Media y la Edad Moderna. La reconstrucción historicista resalta positivamente la relación contractual de fidelidad y protección, subrayando su dimensión de reciprocidad; típica de la Edad Media. No existe una norma general y abstracta de garantía, sino más bien un derecho objetivo, radicado en la costumbre y la naturaleza de las cosas, que asigna a cada uno su propio lugar, es decir, sus derechos y deberes; comenzando por los más poderosos, los que están en la cúspide de la relación jerárquica medieval.

Para Locke, las cosas eran comunes en el estado de naturaleza y el hombre se podía apropiarse de ellas al mezclar mediante el trabajo su personalidad con la cosa, la personalidad era la primera propiedad del hombre, al mezclarla podía entonces apropiarse de algo que sacaba del común para, y en la medida de, su subsistencia.

“Uno puede convertir en propiedad suya mediante su trabajo todo lo que pueda serle de alguna utilidad antes de que se eche a perder. Todo lo que exceda esa medida pertenece a los demás”.

“Pero el objeto más importante de la propiedad no consiste hoy en los frutos de la tierra y los animales que de ella viven, sino en la tierra misma; como que ella contiene y lleva en sí lo demás. Y pienso que es evidente que la propiedad de ella se adquiere también de la misma manera: un hombre puede ser propietario de tanta tierra como pueda labrar, plantar, mejorar y cultivar y de cuyos productos pueda hacer uso. Por su trabajo le incorpora algo así como un cerco que la separa del común (...)” (Locke, s/f.: C II,128).

Se trata de un *ius involuntarium*, que ningún poder fue capaz de poner y sintetizar por escrito, ni depende de ningún poder constituido. Es cierto, sin embargo, que los mismos dominantes pueden definir con autoridad de manera sistemática el catálogo de derechos y libertades, pero en una situación en que ninguno tiene el poder supremo de interpretar los deseos “del pueblo” o “de la nación”, sino que cada uno reclama para sí su esfera de autonomía, sus derechos adquiridos, confirmados y establecidos por el uso y el tiempo, precisamente por la fuerza normativa de la costumbre.

Si bien pueden reconocerse las raíces profundas de la libertad como autonomía y como seguridad, como tutela de los propios derechos y los propios bienes, existen diferencias ineludibles que separan el modelo medieval del moderno. En primer lugar, muy raramente la práctica medieval reconoce *iure* y libertades a los individuos en cuanto tales, como al contrario es característica fundamental del derecho moderno desde las declaraciones revolucionarias de derechos en adelante. En segundo lugar, al mismo tiempo que podemos reconocer la protección de las libertades negativas, la práctica medieval le niega a los hombres el poder “querer” un orden diferente, lo que es incompatible con la concepción moderna de la libertad como libre expresión de la voluntad, como libertad “positiva”. Inglaterra, como país clave en el constitucionalismo moderno, funda su identidad histórica-política sobre la imagen de la continuidad entre libertad medieval y moderna sin necesidad de una ruptura demasiado violenta.

Para Fioravanti, investigar sobre la constitución medieval implica adentrarnos en una complejidad, pero, no obstante ello, es posible extraer rasgos comunes a esas realidades de poder tan distintas. Una de las primeras características que se puede extraer es una intrínseca limitación de los poderes públicos. Estas limitaciones no están establecidas por normas positivas, generales y escritas. Con la caída del Imperio se derrumba una consideración más amplia, y la posibilidad de ordenar en sentido global las relaciones económicas, civiles y políticas a partir de un centro. Los hombres se refugian dentro de ordenamientos particulares, con frecuencia territorialmente reducidos, dentro de los cuales, la comunidad protegía, tranquilizaba e incluía a los hombres a través del derecho, a través de la presencia de reglas escritas en las “cosas”, establecidas consuetudinariamente sobre cuya base podían los hombres saber cuál era su posición en la comunidad, sus deberes, y al mismo tiempo estar protegidos del ejercicio arbitrario del poder público de coacción proveniente de los poderes con pretensión universalista. Los titulares de aquellos poderes se habían habituado a través de los siglos a detenerse frente a lo que consideraban relaciones económicas, civiles y políticas que estaban fuera de su capacidad de normación, como algo que jurídicamente ordenado les era indisponible. Mil vínculos convencionales tan concentrados en los hechos provocan una enorme fragmentación, el más amplio particularismo; pactos, contratos,

relaciones de vasallaje, derechos feudales, compromisos, juramentos. Lo que fue percibido por los modernos como un intolerable desorden fue sinónimo de estabilidad durante muchos siglos por ese mismo motivo:

“(...) porque todos los sujetos protagonistas de esta constitución eran bien conscientes de la imposibilidad de salir del lugar y de la función que a aquellos correspondían dentro de un orden que era sentido profundamente como vinculante, precisamente como un orden jurídico. La fuerza que obraba potentemente para fijar los límites de la capacidad de normación de los poderes públicos obraba también horizontalmente entre los sujetos operantes en el ámbito de la constitución medieval” (Fioravanti, 2000: 35).

Para Hobbes, el soberano es necesario para mantener la paz en la competencia surgida en la “*sociedad posesiva de mercado*”, formada por fuerzas centrífugas de intereses competitivos contrapuestos. En la sociedad tradicional la costumbre era suficiente para garantizar la propiedad y la esfera de derechos, pero en la mercantil, en donde “(...) la propiedad se convierte en un derecho incondicional a usar, a excluir absolutamente a los demás del uso, y a ceder o a alienar, ya sea la tierra u otros bienes, se necesita de un soberano para mantener los derechos de propiedad individuales”. Sin poder soberano, decía Hobbes, no puede haber propiedad, el derecho de propiedad existe sólo mediante la tutela del Estado. También se necesita de un soberano para decidir las formas y signos para contratar y obligarse, aunque Hobbes lo supone universalmente válido para cualquier clase de sociedad, sólo lo es para una sociedad mercantil, que tiene una necesidad apremiante de un soberano, ya que una nueva forma de producción va surgiendo y se torna imprescindible un nuevo derecho que sustituya al consuetudinario, y una autoridad que imponga las nuevas reglas de juego de la sociedad de mercado. Los individuos integrantes de una sociedad individualista, posesiva, fragmentada y competitiva, ¿pueden apoyar un poder político lo bastante plena y firmemente para convertirlo en poder soberano? Hobbes distingue aquí entre los individuos de las clases poseedoras y no poseedoras. El individuo propietario racional es capaz de reconocer la obligación política como válida, porque está acostumbrado a cumplir contratos a largo plazo; comprende las claras ventajas de un tipo de orden contractual que le puede proporcionar un soberano que le asegura ese cumplimiento, quitándole la preocupación cotidiana del cálculo de probabilidades. ¿Qué pasa con el asalariado para toda la vida? ¿Será capaz de comprender las ventajas de la obligación de cumplir con los pactos, que puede considerar que lo han colocado y lo mantienen en esa posición precaria? Hobbes afirma que, mientras que no puedan ver una alternativa a la sociedad de mercado, no tienen otra opción racional y pueden aceptar al soberano, el que no ha de proveerlos de una alternativa, pero sí ha de proteger sus vidas. La espada pública consigue proteger a los desposeídos

de forma más equitativa que si estos dependiesen de varias espadas privadas. El soberano debe adoctrinar a las clases populares en la obediencia, el respeto a la vida y a la propiedad (Delannoy y otros 2006: 142-143).

1.2. Modelo individualista

La cultura individualista tiende a enfrentarse con el pasado, a fijar la relación entre moderno y medieval en términos de *fractura de época*. La Edad Moderna, desde esa perspectiva, es la edad de los derechos individuales y del progresivo reconocimiento de su tutela, que coincide con la progresiva destrucción del orden medieval y estamental. La legitimación iusnaturalista de los derechos se separa violentamente de las raíces medievales, paradójicamente se construye la más formidable concentración del poder que se haya conocido, primero bajo la forma del Estado absoluto y, después, bajo el amparo del “legislador revolucionario intérprete de la voluntad general”.

Según Rousseau la voluntad general quiere el bien común, e implica el amor de sí como miembro de la asociación. En cambio, la voluntad de todos no es más que el interés privado, no es más que la suma de las voluntades particulares. “La voluntad general debía surgir de la comunidad actuando al unísono; como juicio colectivo, la voluntad general tendía a aproximarse a una norma impersonal. El carácter colectivo aseguraba al individuo su libertad, ya que, en la medida en que se sometía a un juicio comunal, evitaba depender de otro individuo. La voluntad general era de calidad superior a la de un juicio individual, y su jerarquía normativa permitía justificar la aplicación de compulsión al individuo: al ser coaccionado para que acatará el dominio de la voluntad general, el individuo era obligado a hacer lo que querría hacer si fuera capaz de modificar su propio egoísmo”. La voluntad general puede compararse con el “*espíritu del pueblo*” con lo que los románticos, y más tarde la escuela histórica del derecho, denominaron *Volksggeist*; no porque los dos conceptos sean similares, sino porque ambos tratan de llenar el vacío dejado por el derecho natural (Delannoy y otros, 2006: 199).

Francia se convierte en el país guía, primero con el poder absoluto y después con la revolución, en el cual se ha construido el derecho moderno de base individualista, más típico y claro: el Civil de los Códigos y el Público-Constitucional de las Declaraciones de Derechos.

De allí en adelante, jueces y administradores públicos, para limitar las libertades del ciudadano, deben basarse siempre y de todas las maneras sobre la previsión legislativa general y abstracta, las libertades son potencialmente indefinidas salvo por su legítima limitación por medio de la ley. Las libertades, y no el poder público de coacción, son lo primero, esto significa “la presunción de libertad”. A diferencia

del modelo estatalista, en este se presume la existencia de la sociedad civil de los individuos anterior al Estado; además, existe una segunda diferencia que es la decisiva imagen del poder constituyente, entendido como fundamental y originario poder de los individuos, de decidir sobre el rumbo de la asociación política, del Estado.

A modo de conclusión, este modelo tiene una visión positiva del Estado, como máxima concentración de *imperium*, en la lucha contra la sociedad estamental y privilegiada, y no puede dejar de reconocer la necesidad de un legislador fuerte y dotado de autoridad que sepa delimitar y garantizar con seguridad la esfera de cada uno (Fioravanti, 2000: 46).

1.3. Modelo estatalista

A diferencia del modelo anterior que sostiene que el poder público estatal afirma y tutela los derechos ya existentes en el estado de naturaleza, para el modelo *estatalista*, la autoridad del Estado es la condición necesaria para que las libertades y los derechos nazcan y sean alumbrados como auténticas situaciones jurídicas subjetivas de los individuos. Desaparece toda distinción entre sociedad y Estado, ambas nacen contemporáneamente. Los individuos se encuentran sin derechos ni libertades en estado de naturaleza; están desesperados por entrar en la sociedad política. El pueblo, o nación, o sociedad se constituyen junto al Estado, con el Estado nacen las libertades. La cultura estatalista desconfía del poder constituyente como contrato de garantía, entre partes distintas que ya poseen bienes y derechos, que promueven el nacimiento del Estado para poseer mejor los unos y los otros.

Su base es el pacto, no el contrato entendido como intercambio de recíprocas ventajas, dado que el pacto es un acto de subordinación unilateral, no negociable, irreversible y total, con el que todos simultáneamente se someten al sujeto investido con el monopolio del *imperium*. El modelo no admite la existencia de un poder constituyente entendido como contrato de garantía. En realidad, la presencia de un poder constituyente es un grave peligro para la unidad político-estatal. El Estado nace de la voluntad de los individuos, pero no representado con un esquema negocial entendido como composición de intereses individuales distintos. Es *la decisión política* la que conduce a la formación del Estado “libre de todo consciente cálculo privado de conveniencia por parte de los individuos”. La necesidad de estabilidad y de unidad desempeña un papel fundamental a favor del modelo estatalista. El siglo XIX estará marcado fundamentalmente por influencia de los juristas, de una marcada reacción contra el individualismo y el contractualismo. En consecuencia, la figura de Hobbes alcanzará gran relevancia, independiente-

mente de que los individualistas también lo consideran como el precursor del individualismo en el sentido moderno.

II. Las revoluciones

En el pensamiento revolucionario francés, la limitación del poder no surge como en el caso inglés del gobierno mixto, sino que más bien nace de la idea de *contrato* entre *pueblo* o *nación* y el *príncipe*, van surgiendo entonces limitaciones a los *poderes constituidos* y a la vez al *poder constituyente* en tanto pueblo soberano. Por ello Rousseau, para afirmar la soberanía del pueblo, se aparta de la idea de contrato entre pueblo y gobernante.

Las grietas de la construcción constitucionalista aparecen en los años 70 del siglo XVIII en Inglaterra, con Edmund Burke (1729-1797), quien plantea la cuestión política del gobierno para reconducir la elección de los ministros y la dirección política en el sentido de la voluntad de los electores, expresada por los partidos. En realidad, no tenía el propósito de afirmar la soberanía popular, sino de corregir el sistema institucional, que a su juicio se había encerrado en sí mismo, produciendo una práctica personalista nociva, sobre todo por parte de la Corona en la elección de los ministros. Sin embargo, más allá de las intenciones de Burke, el problema de la soberanía popular estaba planteado; pocos años después Jeremy Bentham (1748-1832) atacó frontalmente esa constitución, especialmente arremetiendo contra Blackstone y su defensa de la constitución inglesa y del gobierno mixto.

Según Bentham la verdadera diferencia entre gobierno despótico y libre no estaba en la posibilidad de oponer límites en nombre de la constitución, sino en la participación en el poder legislativo de las “distintas clases”, por los “frecuentes y fáciles cambios de condición entre gobernantes y gobernados”, por la “responsabilidad de los gobernantes” frente a los electores y al país, y por el modo de organizar las libertades políticas más importantes, como la de prensa y asociación” (Delannoy y otros, 2006: 100-102).

En definitiva, la legitimación del consenso popular hacia el poder hace innecesario insistir en el límite tan querido por la tradición constitucionalista, ya que la legitimación ha sido reemplazada por el control popular y la responsabilidad del gobierno frente al pueblo.

La situación del último cuarto del siglo XVIII podría definirse como la coexistencia de dos tendencias: por una parte, la *tradicción constitucionalista del poder limitado*, y por otra, la *aspiración de poner en discusión la forma política y la misma tradición por el mismo pueblo* que ya Rousseau había definido como soberano. La primera tendencia pertenece al campo de la *constitución*, la segunda al de la

soberanía. Para la primera, la segunda representaba el peligro de la disolución del vínculo de obediencia política a los poderes constituidos y la pérdida del valor mismo de la constitución, disolviendo todos los límites y equilibrios que representaban la mayor garantía de los individuos. Por el contrario, para la segunda tendencia, la constitución resultaba una dificultad, o una ficción para mantener vivos los poderes de reyes y aristocracias parlamentarias, irresponsables frente al pueblo. “La constitución temía a la soberanía popular, y el pueblo soberano temía a la constitución”.

En este sentido, las revoluciones americana y francesa representan un momento del constitucionalismo, situando en primer plano un nuevo concepto y una nueva práctica que ponen en discusión la oposición entre tradición constitucionalista y soberanía popular. Es el poder constituyente de los colonos americanos que se declaran independientes de Inglaterra, y que luego ejercen para poner en vigor las constituciones estatales y la de la Confederación en 1787; es el de los franceses que lo ejercitan a partir de 1789 para destruir las instituciones del Antiguo Régimen. En el ejercicio del poder constituyente está contenida una expresión indestructible de la soberanía con la que un sujeto colectivo pretendía reconstruir una nueva forma política.

III. Los modelos y las revoluciones francesa y norteamericana

Según Fioravanti, en los acontecimientos que se suceden con las revoluciones de finales del siglo XVIII, ninguno de los tres modelos tiende a permanecer aislado respecto de los otros. Cada uno tiende a combinarse con alguno de los otros dos, excluyendo de la combinación al tercer modelo. El excluido es referencia polémica constante para las combinaciones.

Las revoluciones: como consecuencia del ideario revolucionario hay una transformación en el sujeto de derecho. En el centro del ordenamiento jurídico se pone al individuo como sujeto único de derechos, tanto de las libertades civiles, las “negativas”, constituyendo un espacio civil-económico, reivindicando una esfera de autonomía individual frente al poder público, como de la esfera de las libertades políticas, las “positivas”, afirmando la dependencia del poder público de la voluntad de los individuos, según el esquema del contrato social.

La combinación entre dos modelos a la que hacíamos referencia sucede por necesidad no por casualidad, más bien estructural y fisiológica de corregir el modelo individualista-contractualista para prevenir cierta degeneración. En efecto así como el riesgo del historicismo es el de la degeneración en el *inmovilismo*, es decir, en una situación en que las libertades no son otra cosa que lo que resulta

del orden de las cosas históricamente dado. El estatalismo puede degenerar en el *despotismo*, es decir, en la dificultad de delimitar con seguridad el desarrollo de la soberana potestad pública con fines de garantía. El individualismo puede traducirse en *privatismo económico*, es decir, en una situación tal que, en la base del edificio político común, está sólo y exclusivamente un contrato de garantía o una relación de aseguración mutua entre individuos propietarios.

La Revolución Francesa: es una combinación entre el modelo individualista-contractualista de una parte, y el estatalista de otra. En contraposición con el pasado del Antiguo Régimen existen sólo dos valores políticos constitucionales: el individuo y la ley como expresión de la voluntad general de la nación. De ahí su cultura fuertemente antihistoricista, ya que debe destruir el Antiguo Régimen, tanto el poder absoluto del monarca como los particularistas poderes feudales.

Dos factores nuevos aparecen: el primero, el *legicentrismo*, es el punto donde la revolución media entre el individualismo y el estatalismo. La ley es concebida como algo más que un instrumento técnico, es un valor en sí, ya que por su autoridad se hacen posibles los derechos y libertades. Si falta el legislador firme y autorizado, se caería en el pasado detestado del Antiguo Régimen. El otro factor es el *constituyente* que va unido al individualismo, en concreto a lo que se refiere al aspecto contractualista.

La nación de la Revolución Francesa no es la simple sociedad civil de individuos titulares de derechos naturales que sólo piden mayor tutela, mayor seguridad; la nación ejercita el poder constituyente, sobre todo cuando decide *todo un nuevo orden social y político* que sustituye al viejo. Se configura como una realidad cumplidamente política, que en cuanto tal, señala las metas a alcanzar, vincula a los ciudadanos, individualiza a los enemigos a combatir y aislar. La revolución jamás podrá ser sólo un instrumento de conservación de los derechos y libertades que se piensan ya existentes autónomamente como ocurre en el tradicional esquema iusnaturalista de tipo británico; derechos y libertades, por el contrario, son afirmados y constituidos por parte de la revolución misma contra sus enemigos, sobre el plano prescriptivo, como esperanza de un futuro mejor y más justo.

La presencia de un poder constituyente del pueblo es una poderosa fuerza legitimadora desde abajo, pero puede convertirse en un problema nuevo e inédito de la relación de *poder constituyente y poder legislativo constituido*.

Obligada la revolución a renunciar a la historia y a la función activa del Poder Judicial en el sentido de garantía, buscará refugio y consuelo en la afirmación revolucionaria de la preestatalidad en el sentido iusnaturalista de los derechos y libertades.

El legislador no puede lesionar los derechos individuales porque es necesariamente justo; y es tal, porque encarna en sí la voluntad general del pueblo o de la nación. La garantía de los derechos y libertades se agota en la ley.

Revolución norteamericana: combina los modelos historicista e individualista, excluyendo de sus propios horizontes las filosofías estatistas europeas de la soberanía política.

La revolución norteamericana no tenía un Antiguo Régimen que derribar. Su ruptura fue la separación de la madre patria y la proclamación de su independencia que no necesariamente implicó oponerse al pasado. No tenía que destruir ningún orden estamental; no tenía que afirmar el dominio de la ley general y abstracta sobre las viejas fuentes del derecho; no tenía que codificar un moderno derecho privado fundado sobre un sujeto de derecho único contra el viejo derecho común como sucedía en Europa; no tenía, en fin, que destruir una práctica precedente de representación de tipo corporativo. Así pues, aunque se admita que los derechos individuales afirmados por textos constitucionales de las revoluciones sean los mismos, lo que resulta cierto es que el objetivo polémico contra el cual son proclamados es totalmente distinto.

¿Cuál es entonces el enemigo, el tirano? Se trataba de impugnar una serie de disposiciones fiscales que Inglaterra había impuesto sobre algunos consumos internos de las colonias. Las protestas coloniales rápidamente se convierten en realidades político-constitucionales al esgrimir la vieja fórmula "*no taxation, without representation*". Para los revolucionarios franceses el tirano es todo un sistema, no la monarquía, es una pluralidad intrincada de privilegios, jurisdiccionales, fiscales, comerciales, relativos a los oficios públicos. En el caso de la americana, la misma revolución no tiene un tirano en el sistema colonial. Parte de la necesidad de oponerse a un legislador que se supone fuera de los confines de su legítima jurisdicción. Tirano es un poder público, preciso y definido, que actúa de manera ilegítima. De allí la desconfianza hacia el legislador en particular de su pretensión de encarnar la voluntad general a la manera de la revolución francesa. Por lo tanto, confía sus derechos a la Constitución, es decir, a la posibilidad de limitar al legislador con una norma de carácter superior.

Sin embargo, la tradición es superada porque introducen un concepto de Constitución como texto orgánico escrito, concepto que la tradición británica de gobierno moderado y equilibrado negaba de raíz. El historicismo se emancipa de la tradición británica y se traduce en una Constitución escrita, querida por el cuerpo constituyente, y desde aquí defiende los derechos y libertades. El individualismo se emancipa del contexto europeo continental del Estado moderno como máxima de concentración de *imperium* y encuentra así en su camino el clásico bino-

mio británico de *liberty and property*. La rigidez constitucional asegura que el pueblo ejercita el poder constituyente no sólo para reclamar para sí el ejercicio directo de la soberanía política y de las decisiones fundamentales sobre los caracteres de la constitución, sino también, y quizá sobre todo, para fijar de manera estable los contenidos de la norma constitucional, para oponerse al posible arbitrio del legislador y del poder constituyente. El poder originario constituyente es para la revolución americana un conjunto inviolable de reglas, denominado Constitución.

Encontramos así en la cultura norteamericana una mezcla y confusión entre la referencia al contractualismo de impronta iusnaturalista y la tradición británica del *higher law*, del gobierno limitado por el derecho histórico indisponible. Ambos dirigidos hacia el mismo fin: limitar el posible arbitrio del legislador. El principio de “*checks and balances*” pretende que no exista un poder supremo sino que existan sólo poderes autorizados por la constitución y en equilibrio entre ellos.

El Legislativo tiene de frente el poder de veto del Ejecutivo, este no puede ejercer alguna de sus atribuciones sin el consenso del Congreso, y todos deben tener en cuenta el poder de los jueces de no aplicar las normas contrarias a la Constitución. El bicameralismo es también una elección de equilibrio. La Cámara representa la unidad del pueblo y el elemento democrático; mientras el Senado representa los intereses de los Estados y el elemento aristocrático, ya que su elección depende, en la versión originaria, de las legislaturas de cada uno de los Estados, es decir, de una clase política ya seleccionada y no directamente por el pueblo. En 1791 se incorpora al texto constitucional el *Bill of Rights* mediante una enmienda y se desarrolla el control difuso de constitucionalidad de los jueces americanos.

Así como el punto débil de la Revolución Francesa radicaba en la cuestión de la garantía de los derechos, la revolución americana también tiene un punto débil, precisamente por fundamentarse de manera previa e incondicional en esta concepción general del constitucionalismo, demasiado pobre si se compara con el distinto punto de vista de la Revolución Francesa. Los revolucionarios americanos realizaron así una Constitución que es más un lugar de competición entre individuos y fuerzas sociales y políticas, que un proyecto común para el futuro. Se funda en un único valor dominante: el de la tutela fuerte y absoluta de los derechos individuales, y deja al margen la Constitución como indicador normativo de un conjunto de valores.

En este punto podemos señalar que la cuestión es una opción política valorativa: de un lado, un constitucionalismo rigurosamente antiestatalista y exclusivamente dirigido a la garantía de los derechos con instrumentos de carácter esencialmente jurisprudenciales, y del otro, un constitucionalismo que quiera inspirar y dirigir

más ambiciosamente, con sus principios, las transformaciones del futuro, que quiera promover los derechos y no sólo reconocerlos y garantizarlos, aceptando la posibilidad de encontrar en su camino alguna forma, vieja o nueva, de estatalismo.

IV. Las *Bases* y los modelos

En las *Bases* parecen combinarse los modelos historicista (transformado como veremos más adelante) y el individualista. En función del segundo, Alberdi se esfuerza por trasladar el *liberty and property* a nuestra cultura jurídico-política.

“La libertad individual era el gran objeto de la revolución, que veía, en el gobierno, un elemento enemigo, y lo veía con razón, porque así había sido bajo el régimen destruido. Se proclamaban las garantías individuales y privadas y nadie se acordaba de las garantías públicas que hacen vivir a las garantías privadas” (Alberdi, s/f: 122).

En el proceso revolucionario rioplatense, para Alberdi el tirano es el monopolio comercial español, jueces y administradores coloniales, y sus recidivas en las provincias emancipadas, sobre todo en las mediterráneas. Si aplicáramos el modelo de la Revolución Francesa y el tirano fuese la corona española, Alberdi debería haber optado por la sustitución en el lugar del rey, una Asamblea. Sin embargo, Alberdi adopta la tradición británica adaptada por la revolución norteamericana y al mismo tiempo reconoce la necesidad de romper con la pluralidad intrincada de privilegios jurisdiccionales, fiscales, comerciales del régimen colonial español.

La revolución sudamericana, y Alberdi hace referencia permanentemente a ello, tiene que romper con un Antiguo Régimen, el del monopolio español y el fárrago legislativo de la Legislación de Indias. Para ello, apartándose del modelo americano sostiene que la legislación de fondo en materia civil, comercial, etc., se debe reservar a la jurisdicción federal, ya que debe romper con los particularismos contruidos durante el proceso revolucionario, los particularismos de las provincias y hacer posible la unidad de la República.

Alberdi se esfuerza por un uso prescriptivo del modelo norteamericano, pero este en sí mismo no lo contiene, como sí lo hace el modelo francés, en el sentido de un proyecto común hacia el futuro, con una fuerza y una intensidad desconocidas por la revolución americana. Para esta, su finalidad principal y su obsesión fue el gobierno limitado, y a este fin sacrificaron todo lo demás. El único valor dominante es el de la tutela fuerte y absoluta de los derechos individuales.

La Revolución Francesa impresiona por la dimensión de la ciudadanía activa que fundamenta, en el artículo 23 de la Declaración de 1793, “en la acción de to-

dos” el fundamento de la “garantía social” de los derechos y el bosquejo de un poder constituyente que no se queda en fijar –como el modelo americano– las reglas del juego, sino que puede representarse continuamente para indicar de manera prescriptiva a los poderes constituidos las metas a alcanzar según los principios fijados en la constitución. La constitución como proyecto y como norma directiva, como instrumento de lucha contra el privilegio, siempre ha encontrado en su camino estatatismos viejos y nuevos, desde el legicentrismo de la Revolución Francesa hasta los llamados “Estados sociales” del siglo XX.

Alberdi es admirador declarado del modelo norteamericano, en especial de las Constituciones del Estado de California, la que promueve la inmigración; la del Estado de Massachusetts y de la Constitución Federal de los EE.UU.; apartándose sin embargo de aquellas en el proteccionismo económico.

En ese sentido, ¿cómo traducir los modelos historicista e individualista a la República Argentina? Nuestra revolución había sido impregnada por los modelos de la Revolución Francesa y de la norteamericana. De allí la inclusión de la Declaración de los Derechos y Garantías. Más difícil es la traducción del historicismo. Alberdi, argumentado condiciones parecidas a las colonias inglesas, tal *el desierto*, sostiene que *gobernar es poblar*. Por lo tanto para él la inmigración es la solución, pero se trata de una inmigración que pueda llenar el vacío dejado por la ruptura con el antiguo régimen, con una historia distinta, ajena, que aparece como más racional y portadora de la *libertad*, la historia, la tradición anglosajona.

“La Constitución debe ser hecha para poblar el suelo solitario del país de nuevos habitantes, y para alterar y modificar la condición de la población actual. Su misión, según esto, es esencialmente económica”. (...) “No son las leyes las que necesitamos cambiar; son los hombres, las cosas. Necesitamos cambiar nuestras gentes incapaces de libertad por otras gentes hábiles para ella, sin abdicar el tipo de nuestra raza original, y mucho menos el señorío del país; suplantar nuestra actual familia argentina por otra igualmente argentina, pero más capaz de libertad, de riqueza y de progreso”. (...) “Si hemos de componer nuestra población para nuestro sistema de gobierno, si ha de sernos más posible hacer la población para el sistema proclamado que el sistema para la población, es necesario fomentar en nuestro suelo la población anglosajona” (Alberdi, s/f: 164 y155).

La Constitución propuesta es rígida y es la garantía de la libertad y de los derechos. Hay una evidente desconfianza hacia el legislador, el conflicto entre poder constituyente y constituido aparece con particularidades especiales, la desconfianza de Alberdi no es sólo hacia el *legislador ordinario*, sino también hacia el *legislador constitucional* y hacia el mismo pueblo, que es caracterizado como in-

dolente, vicioso, no instruido en los valores prácticos de la industria, el trabajo, sobre todo el de las provincias mediterráneas.

Se inclina por el modelo norteamericano al hablar de “la necesidad de crear un gobierno general argentino, y una constitución que sirva de regla de conducta a ese gobierno”. Luego denosta de todo el derecho constitucional de la “América antes española” tachándolo de *incompleto y vicioso*. Se advierte la misma desconfianza hacia el legislador que en el modelo historicista. La necesidad dominante de la época para Alberdi era la de acabar con el poder político que Europa había ejercido en este continente. Europa debe volver, pero de la mano de los anglosajones, llegando a proponer que las mujeres argentinas herederas de la belleza andaluza, mejorada por el cielo americano, tomasen como función política la de reconstruir la familia argentina, mezclándose con inmigrantes anglosajones.

La necesidad es: “(...)darles (a los pueblos) la aptitud que les falta para ser republicanos; en hacerlos dignos de la república, que hemos proclamado, que no podemos practicar hoy ni tampoco abandonar; en mejorar el gobierno por la mejora de los *gobernados*; en mejorar la *sociedad* para obtener la mejora del poder, que es su expresión y resultado directo”. La carga de proyecto para el futuro que Alberdi imprime a sus *Bases*, la impronta fuerte de la Revolución Francesa, no condice con un diseño institucional basado sólo en las reglas del juego, cual es el modelo norteamericano. Respecto del principio de “*checks and balances*” Alberdi es partidario de un ejecutivo fuerte; recuerda un dicho atribuido a Bolívar “Los nuevos Estados de la América antes española necesitan reyes con el nombre de presidentes” (Alberdi, s/f: 24-25, 50-51).

Funda la durabilidad de la Constitución en su interpretación, no en su reforma, la virtud es la conservación. Nuevamente se presenta como en los EE.UU. la desconfianza hacia el poder constituyente, dado que pretende preservar las reglas del juego del arbitrio de las circunstancias. Pero ¿cuáles son los remedios de los defectos de la Constitución? Asevera Alberdi los constituyen la interpretación, el comentario, la jurisprudencia:

“El principal medio de afianzar el respeto de la Constitución es evitar en todo lo posible sus reformas. Estas pueden ser necesarias a veces, pero constituyen siempre una crisis pública, más o menos grave. Son los que las amputaciones al cuerpo humano: necesarias a veces, pero terribles siempre. Deben evitarse todo lo posible o retardarse lo más. La verdadera sanción de las leyes reside en su duración. Remedemos sus defectos, no por la abrogación, sino por la interpretación”.

La Corte Suprema y el Poder Judicial federal son los encargados del control de constitucionalidad. El autor de las *Bases* reconoce explícitamente de dónde se ha

nutrido para optar por esta vía. “Es la receta con que Inglaterra ha salvado su libertad y la libertad del mundo”. “Las *cartas* de Inglaterra, que forman el derecho constitucional de ese país modelo no salieron de las academias ni de las escuelas de derecho, sino del buen sentido de sus nobles y de sus grandes propietarios”.

Su expectativa de fundar una República en paz, estable y durable, refiere al hecho fundador de una nueva costumbre; paradójicamente un hecho fundador no es una costumbre, una costumbre nueva no es una costumbre, es un hecho fundador, que rompe con la tradición, con la costumbre anterior. ¿Cuál es esa costumbre, cuál es el antiguo régimen para Alberdi? La soledad, el atraso, la pobreza del despotismo. “Ellos son los verdaderos enemigos de América; y por cierto que no les venceremos como vencimos a la metrópoli española, echando a Europa de este suelo, sino trayéndola para llevar a cabo, en nombre de América, la población empezada hace tres siglos por España”. La Revolución Francesa logra ese objetivo rompiendo con el Antiguo Régimen y sustituyendo al rey por la Nación encarnada en la Asamblea, la revolución norteamericana rompe con el tirano el “rey” y en su lugar sigue con la tradición del *common law*, no hay una ruptura violenta en los usos y costumbres.

Para concluir, y como ya dijimos, Alberdi, usando prescriptivamente un modelo débil como el norteamericano que asegura los derechos y garantías mediante la interpretación jurisprudencial, y excluyendo el modelo fuerte francés, por su desconfianza en la composición del pueblo, no puede construir una *ciudadanía activa*, pero no están presentes en el *desierto argentino*, los anglosajones habituados a la resolución de sus conflictos mediante la *rule of law*; lo que podría explicar una originaria falta de legitimación de la Constitución.

V. Bibliografía

ALBERDI, Juan Bautista (s/f). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Editorial Claridad.

DELANNOY, S. y OTROS (2006). *De Platón a Schmitt - Un recorrido por la constitución*. Rosario: UNR editora.

FIORAVANTI, Maurizio (2000). *Los Derechos Fundamentales*. Presentación de Clara Álvarez Alonso. Madrid: Editorial Trotta.

LOCKE, John (s/f). *Ensayo sobre el gobierno civil*. s/l.