GLOBAL PERSPECTIVES
ON LEGAL HISTORY 26

AGUSTÍN E. CASAGRANDE

Constitución y Arbitrariedad

Conceptos e imaginarios del constitucionalismo argentino

GLOBAL PERSPECTIVES ON LEGAL HISTORY 26

Global Perspectives on Legal History

A Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory
Open Access Publication

http://global.lhlt.mpg.de

Series Editors:
Marietta Auer, Thomas Duve, Stefan Vogenauer

Volume 26

Global Perspectives on Legal History is a book series edited and published by the Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, Frankfurt am Main, Germany.
As its title suggests, the series is designed to advance the scholarly research of legal historians worldwide who seek to transcend the established boundaries of national legal scholarship that typically sets the focus on a single, dominant modus of normativity and law. The series aims to privilege studies dedicated to reconstructing the historical evolution of normativity from a global perspective.
It includes monographs, editions of sources, and collaborative works. All titles in the series are available both as premium print-on-demand and in the open-access format.

AGUSTÍN E. CASAGRANDE

Constitución y Arbitrariedad

Conceptos e imaginarios del constitucionalismo argentino

MAX PLANCK INSTITUTE
FOR LEGAL HISTORY AND LEGAL THEORY
2025

ISBN 978-3-944773-50-6
eISBN 978-3-944773-51-3
ISSN 2196-9752

First published in 2025

Published by Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, Frankfurt am Main
Postanschrift: Hansaallee 41, 60323 Frankfurt am Main
E-Mail-Adresse: gplh@lhlt.mpg.de

Printed in Germany by epubli, Köpenicker Straße 154a, 10997 Berlin, http://www.epubli.de

Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory Open Access Publication
http://global.lhlt.mpg.de

Published under Creative Commons CC BY 4.0 International
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliographie; detailed bibliographic data are available on the Internet at http://dnb.d-nb.de

Cover illustration:
László Moholy-Nagy, Konstruktion, 1924; 78,0 x 66,0 cm
Städel Museum, Frankfurt am Main
https://staedelmuseum.de/go/ds/lg71

Cover design by Elmar Lixenfeld, Frankfurt am Main

Recommended citation:
Casagrande, Agustín E. (2025), Constitución y Arbitrariedad. Conceptos e imaginarios del constitucionalismo argentino (Global Perspectives on Legal History 26), Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, Frankfurt am Main, https://dx.doi.org/10.12946/gplh26

Índice

Agradecimientos XI

Introducción.
Antinomias del lenguaje constitucional 1

Primera Parte
Constitución: Teoría e historiografía jurídica

Capítulo I
Historia constitucional, historia conceptual.
Genealogía epistemológica de la historia crítica del derecho. 9

1. Historia jurídica de la historia constitucional (y su deriva conceptual) 11
   a) Notas de positivismo alemán en la segunda mitad del siglo XIX 12
   b) El antipositivismo jurídico: de Weimar al Nacionalsocialismo 15
2. Constitución y «orden concreto»: un nuevo modo de *Begriffsbildung* 20
3. Historia del derecho (modo crítico): antropologías e instituciones 27
   a) De la historia del derecho a las instituciones: Hauriou de por medio 29
   b) Historia del derecho y antropología jurídica: extrañamiento y temporalización 34
   c) Mientras tanto … en Alemania y Francia: ¿Semántica o pragmática histórica? 37
4. Historia constitucional *desde* la historia crítica del derecho . . . 40

Capítulo II
¿Antigua Constitución o Gobernanza Doméstica? Conceptos y categorías en la nueva historia político-constitucional Argentina 45
1. *Ortopedia constitucional*: función educativa del constitucionalismo argentino 46
2. Antigua Constitución e historiografía política 51
a) Otras «legalidades» y la Constitución material 51
b) Constitución y *Leges Fundamentales*: metáforas y fuentes jurídicas 56
c) *Leges Fundamentales* como Constitución: Hispania gaditana 61
d) De contenidos inestables, de historias complicadas 63
3. Gobernanza doméstica e historia jurídica crítica 67
a) Brunner: su recepción por la historia crítica del derecho 67
b) Gobierno paternal y facultades extraordinarias: desigualdad constitucional 71
c) Constitucionalismo policial: silencio y cultura del orden 75
d) ¿Un paternalismo republicano? Una lectura de «Orden y Virtud» 79
4. Crítica y crisis del discurso constitucional histórico argentino 81

Segunda Parte
Arbitrariedad y Legalidad: Sistemática del derecho

Capítulo III
Una historia conceptual de la arbitrariedad. Aproximación a la sistemática jurídica (Siglos XVI–XX) 87
1. *Arbitrium*: concepto integrador del derecho en el mundo jurisdiccional 88
2. Del *arbitrium* a la arbitrariedad: legalidad y exterioridad . . . 95
a) Dogmática y ley: la formación legicéntrica 95
b) Voluntad y arbitrariedad: el capricho del déspota 99
3. *Arbitrariedad*: entre sistemática y narrativa histórica 104

Capítulo IV
Legalidad y arbitrariedad.
Aporía nomológica entre Constitución y Administración 109

1. Legalidad y arbitrariedad:
contra-conceptos constitucionales 109
2. Naturaleza, filosofía, Constitución:
génesis y lógica de la legalidad 111
3. Hacia una legalidad argentina:
filosofía jurídica y constitucionalismo 115
4. Legalización del derecho y ley natural:
seguridad de individuo, razón de ley 119
5. El «imperio de la ley»: civilizando las pasiones 123
6. «Principio de Legalidad»: Constitución y administración 128
7. Del «imperio» al «principio»:
la gubernamentalidad constitucional 134

Tercera Parte
Imaginarios: Historia Constitucional argentina

Capítulo V
La Nación, la Ley y la Historia.
Fuentes del derecho constitucional argentino 141

1. La arbitrariedad en el derecho:
hipótesis de lectura constitucional 141
2. *Epiqueya* y Arbitrio:
la aplicación del derecho entre «casuismo y sistema» 143
3. El *efecto* Montesquieu: *politización* de la arbitrariedad 148
4. El arbitrio, Montesquieu y los federalistas:
lost in translation 152
5. La ley, la tradición y la historia:
las fuentes del derecho constitucional 157
6. Nación y Constitución:
temporalización de la arbitrariedad 167

Capítulo VI
Figuras de la arbitrariedad.
Un imaginario histórico-literario para la razón constitucional 171

1. Constituyente filosófico, aporía romántica y fuga literaria 171
2. La arbitrariedad y la Constitución: figuraciones y trama literaria 176
3. El *momento Sarmiento*: estructura literaria de la arbitrariedad argentina 178
4. *Mandones arbitrarios*: los caudillos y las masas en la enseñanza constitucional 185
   a) La escritura del vacío constitucional: un mundo sin instituciones 186
   b) *Caudillescos mandones*: una figuración fundamental 189
   c) La Nación ante el pueblo: las muchedumbres y la arbitrariedad 193
5. «Escenas de sangre»: un imaginario para el constitucionalismo argentino 195

Conclusiones.
Constitucionalismo e imaginación histórica 199

Fuentes y bibliografía 203

1. Fuentes impresas 203
2. Bibliografía 205

About the Author 219

Para Víctor Tau Anzoátegui y Heinz Mohnhaupt

Agradecimientos

El presente libro fue realizado en el marco del Proyecto de Investigación Científica y Tecnológica (PICT 2018-01670) «La distinción público-privado en la formación de experiencia jurídica argentina (1820–1920). Sujetos, poderes y derechos», desarrollado en el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (INHIDE) (Buenos Aires, Argentina). Agradezco al director del proyecto, Alejandro Agüero, la lectura y discusión de cada capítulo con el cuidado y la inteligencia que lo caracterizan. A Laura Volkind por la corrección minuciosa y el tiempo que dedicó a este trabajo.

A Thomas Duve, y a través suyo al Instituto Max Planck para Historia y Teoría del Derecho, por el apoyo brindado en los tiempos aciagos de pandemia y distancias.

Introducción.
Antinomias del lenguaje constitucional

El presente texto tiene su origen a partir de la lectura del ensayo «Imperio de la ley y *Rule of Law*: tópica y léxico constitucionales» de Bartolomé Clavero, en el cual se ironiza sobre la gramática del lenguaje constitucional del presente.[1] En su reconstrucción demuestra el modo en que los conceptos estructurales del constitucionalismo se organizan, paradójicamente, en un umbral de indefinición. El autor se coloca en un estado de perplejidad que se dispara a la hora de explicar el sentido del *imperio de la ley*. Voz altamente emotiva, pero que en su versión dogmática se define proyectando un juego de lenguajes que reenvía a *principio de legalidad*, y éste, simultáneamente, a *Estado de Derecho*, y todos, a su vez, a las posibles traducciones de *Rule of Law*, *Rechtsstaat*, *Herrschaft des Gesetzes*, etc. Una composición definitoria que no es más que una cadena de significantes, que se agolpan en un aplanamiento radical que borra la historicidad, las tradiciones y los sistemas de derecho. Una fuga del sentido de donde «resulta un círculo que no es vicioso porque no cierra la circunferencia».[2] El estudio de Clavero, por fin, coloca cada uno de estos vocablos en una tradición al exhibir las aporías del sistema constitucional español, y mostrar que de lo que se trata es de comprender ese lenguaje en términos de una tópica con efectos performativos, al ir más allá de su muy baja densidad semántica.

No es extraño que sus palabras resuenen en otras costas, porque la realidad dogmática de los juristas internacionalizados se compone de los mismos órdenes de discurso.

A partir de localizar dicha problemática lingüística desde la semántica histórica en la Argentina emergieron una serie de cuestionamientos en torno al anclaje que otorga «seguridad» al saber constitucional en estas regiones. Así, surgieron algunas preguntas: ¿cuáles serían, en fin, aquellos tópicos fundamentales que sirven para anclar el discurso constitucional? Es decir, los significados que permiten atrapar un sentido en fuga. ¿Cómo se legitima

1 Clavero (1997).
2 Clavero (1997) 185.

un orden de discurso que ni siquiera es vicioso porque «no cierra»? Influenciado por el método claveriano, la respuesta no podía quedarse tan sólo en el trazado de la semántica histórica de cada instituto, aunque más de una vez se ejecutará dicho recurso a la historia conceptual. Cabía recuperar el sentido radical de la función tópica de estos significantes. En primer término, por su trazabilidad en una experiencia socio-jurídica que, aunque no constatada de manera científica, responde a una escucha habitual en la comunidad epistémica que opera en el campo jurídico: «Esto no respeta el Estado de Derecho», «Aquí estamos ante una arbitrariedad», etc. No valdría la pena, entonces preguntar a cada quien qué concepto maneja para atrapar esa realidad tras el velo de su orden simbólico (aparentemente compartido). Ello así, porque «la mayor victoria del tópico es la inconsciencia generalizada incluso entre juristas acerca de su efectivo alcance […]».[3]

Esta relación entre un lenguaje privado y la palabra vacía que compone el muro del lenguaje jurídico-académico no debe ser despachada sin más. Es más bien el indicador de una forma de proceder, porque como señala Clavero:

> Que tópicos no son falsedades y que su función es su verdad. Que así no sólo se definen y cobran sentido, sino que también operan y despliegan efectos. Que los nuestros constituyen categorías performativas de realidad, creadoras de derecho; que conviene por tanto desvelar su alcance a fin de poderse controlar.[4]

De modo que, en lugar de seguir demandando explicaciones sobre la semántica de los términos implicados en los actos de habla de algunos juristas, mejor es comprender que «su función es su verdad». Esta dimensión tópica altera radicalmente la pregunta por el significado, que reenvía la cuestión a un estudio sobre la *función* al interior del orden del discurso constitucional. Así, para que el sentido se vuelva significado, más que dirigirse al concepto en sí cabe centrarse en su relación contra-conceptual. Mirar los tópicos clave que defiende el constitucionalismo es atender al reverso que los legitima. Es que el temor, lo ominoso, pareciera ser la instancia que habilita la tópica constitucional en términos de estructura. Entonces, se trata de localizar un significado que podrá hallarse abarcando otros *topoi* que semantizan, por oposición, a estos *indefinidos* del derecho constitucional.

En el caso de este ensayo se definen dos tópicos básicos del discurso del constitucionalismo argentino: *Constitución* y *Arbitrariedad*. Es que la defensa

3 Clavero (1997) 233.
4 Ibid.

de la Constitución y el argumento último de la legalidad estatal, como fuente exclusiva del derecho, sólo se comprenden ante las sombras de un imaginario que bordea al concepto de arbitrariedad. Arbitrariedad vislumbrada como traducción jurídico-sistémica del concepto político fundamental contra el cual se yergue el constitucionalismo: el despotismo. Esta relación contra-conceptual, que define las funciones y los contenidos del lenguaje constitucional argentino, puede hallarse brillantemente extractada en la pluma de Jorge Reinaldo Vanossi, quien, en *El pensamiento vivo de la Constitución*, decía:

> La polarización se produce pues entre el caos y la Constitución, entre la autocracia y la Constitución, entre el despotismo (¿ilustrado?) y la Constitución, entre el privilegio de las facciones y la Constitución, entre la fuerza y la Constitución […] y así podríamos seguir casi *ad infinitum*. ¿Qué quiere decir «la Constitución» en los términos de estas antinomias?[5]

Visto desde un esperanzador retorno a la democracia, Vanossi ordenaba los distintos estratos históricos que confluían hacia el ser de la Constitución. Estos transcurrían desde las reminiscencias cuasi teológico-políticas de una salida del *caos* pasando por las experiencias decimonónicas encapsuladas en el concepto de *despotismo*, con *faccionalismos* para referirse a «la democracia de masas» de la primera mitad del siglo XX, hasta llegar a la *fuerza* para aludir a las dictaduras militares de la segunda mitad del siglo XX. Esta síntesis fantástica, que observa en el devenir del pensamiento constitucional diversos estratos de sentido histórico, podría condensarse aún más remitiendo al significante fundamental de «arbitrariedad». Es que, en definitiva, como se intentará expresar aquí, esta voz posee una abstracción que permite su permanencia al nivel del significante con fluctuaciones convenientes al interior del sentido, que no sólo habilita la instancia de uso presente, sino que condensa la experiencia pasada como un *continuum* cuasi épico, modulada en una historia de baja densidad. De este modo, la Constitución y su historia se tensan en una batalla por su sostenimiento en tres temporalidades que se cargan de imaginarios sobre el pasado y el futuro. El efecto de sentido del significante se percibe en que, tras la presupuesta máscara científica de una *idea* abstracta de la arbitrariedad, se trazan redes conceptuales que reenvían y reactualizan imaginarios estructurados y estructurantes. En esa actualización

5 Vanossi (1983) 29.

que intenta gobernar el excedente de experiencias políticas se define el carácter agonal cuya peripecia insuflaría de vida a la Constitución.

En el caso que aquí se presenta al lector se presta principal atención al momento genético de la narrativa constitucional, que daría forma a dicho esquema tópico contra-conceptual en el constitucionalismo argentino. Esto se estudia a partir de los primeros textos de derecho constitucional, productos de una enseñanza desplegada en la Universidad de Buenos Aires entre 1860–1930. Este *momento* actúa sólo como punto de referencia. Es decir, no obstante considerarse central, aquí se toma el campo de recepción de otros discursos que lo habitan, pero también como productor de ecos cuyas resonancias llegan hasta el presente. De allí que en el rastreo diacrónico operen saltos, los cuales fusionan horizontes precomprensivos que, no obstante su distancia, replican fórmulas, que hoy constituyen sentidos comunes vacíos de significado. Metodológicamente, esto envuelve una mirada hacia el pasado, a través del reenvío a la lógica jurídica del derecho indiano, para definir el modo de armado narrativo del par oposicional *arbitrariedad-Constitución*, que permitiría, además de incluir la incorporación de las nuevas autoridades del saber constitucional, así también las representaciones históricas que legitimaban al último elemento del par, ambos inscriptos bajo el paradigma del progreso. Hacia el futuro, puede hallarse en las citas de los autores contemporáneos las réplicas de dicha tópica constitucional, constituida entre 1860–1930, y cuyos imaginarios perviven incluso en las actualizaciones lingüísticas dando un aura de novedad a la tradición.

Esta selección de textos y de extractos se colocan en su efecto performativo. Esto es, a partir del rol docente de los constitucionalistas del momento genético, que se caracterizaba por el gesto hiperbólico de un discurso producido en cursos, donde la oralidad, que diera lugar a la transcripción, permite atender los gestos emotivos, las exclamaciones y tonalidades que hacían mella en el imaginario de los nuevos juristas. Esta emotividad, las figuraciones y la estructura tópica del lenguaje constitucional merecen una triple intervención que separa los capítulos de este ensayo.

En efecto, la primera parte posee un primer capítulo metodológico que se espera sea útil para *aggiornar* y desactivar las sospechas sobre el schmittianismo del planteo agonal de la historia conceptual. Pero no sólo eso. Aquí se procura mostrar la manera en que la tópica constitucional se establece en el cruce entre historia constitucional y concepto de Constitución. Este gesto entraña reconocer la interpenetración de la teoría del derecho en la escritura

histórica, con el objetivo de desactivar el carácter de legitimación de esta última. Es así que puede localizarse una forma de comprender el fenómeno del constitucionalismo externo al propio del derecho constitucional –que incluye a su propia historia. Una suerte de *epojé*, un efecto de distancia, que es la base procurada por la historia crítica del derecho. Sigue a este capítulo, y lo complementa, un estado de la cuestión analítico, que introduce la crítica histórica reciente a los esquemas narrativos que sostuvieron el imaginario sobre la arbitrariedad decimonónica en la figura de los caudillos. Este apartado pretende ir más allá del gesto académico, puesto que precisa el problema en el presente: ¿cuál es el efecto hacia el interior del discurso constitucional argentino de la deconstrucción y crítica de aquella narrativa histórica que le servía de soporte último? Este hiato cada vez mayor, entre el saber historiográfico, literario y estético, con respecto al jurídico, es ciertamente el punto que coloca la posición escrituraria de esta intervención.

La segunda parte se concentra en la dimensión sistemática del derecho con el fin de atender las razones por las que la institución del pensamiento jurídico moderno requirió la formalización de la ley, la legalidad y la Constitución como principios rectores del derecho. A su vez, a la luz de esa modificación lógica-filosófica del derecho moderno, se realiza una historia conceptual de la arbitrariedad para observar la manera en que el *arbitrium iuris*, instituto clásico del *ius commune*, se vació de sentido técnico y pasó a designar un tópico emotivo, que se define como el resultado no deseado de la legalidad. Es así, que se dibuja la lógica del derecho moderno desde la historia jurídica, operación, muchas veces, ocluida por la historia interna del derecho que considera el pasado como un reino de arbitrariedades sin consciencia histórico-conceptual.

Finalmente, la tercera parte intenta reconstruir el modo en que la arbitrariedad –vaciada de sentido por efecto de la sistemática del derecho– fue recompuesta como contra-concepto de la Ley y de la Constitución. De esta forma, se estudian las fuentes del saber Constitucional, la idea de la Nación, el progreso y la legalidad a partir de las enseñanzas brindadas por los cursos de derecho constitucional. Por otro lado, se desarrollan algunas *figuraciones de la arbitrariedad.* En otros términos, esos imaginarios vívidos que concitaban temor y ante los cuales se había levantado la Constitución como barrera hacia su posible retorno. Caudillos, muchedumbres, caos, anarquía compondrán el imaginario negativo que legitimaba a la Constitución. Función tópica de reenvío que involucraba suspender el juzgamiento del nuevo orden.

Esta dimensión figurativa del discurso del derecho, muchas veces, sacrificada por interés dogmático resulta, no obstante, estructurante del pensamiento constitucional. Según Clavero «constituyen imágenes cada vez más imaginarias, sea dicho sin redundancia, pero no por ello irreales. Como valores entendidos, pueden seguir manteniendo una capacidad performativa».[6] Plano imaginario que al constituir valores perdura entre escenas y conceptos, y que precisamente están activos, puesto que son vivenciados ante la declaración enfática de estar ante una *arbitrariedad*. ¿Qué resonancias imaginarias activa esa voz altamente emotiva para los juristas en la Argentina? Esta pregunta que puede resultar banal es lo que inspira este ensayo. Si el constitucionalismo vive, no lo hace sólo por sus logros sino también por sus *fantasmas*.

6 Clavero (1997) 232.

Primera Parte

Constitución:
Teoría e historiografía jurídica

Capítulo I
Historia constitucional, historia conceptual. Genealogía epistemológica de la historia crítica del derecho

La explosión de usos, apropiaciones y desarrollos de la historia conceptual, tanto en el norte global como en Latinoamérica, ha penetrado profundamente en el entramado de las ciencias sociales y humanas. Las perspectivas genealógicas y arqueológicas –con las particularidades que cada autor da a lo que entiende por estas metodologías– se han centrado, cada vez más, en la formación conceptual que vehicula saberes y que condensa una situación político-social determinada. En esas resignificaciones de la historia conceptual, el derecho se ha dibujado como un gran ausente. Basta con observar el monumental trabajo de síntesis *(Ein kritisches Kompendium)* que publicaron Ernst Müller y Falko Schmieder para visualizar que, entre las disciplinas que asumen como fuente y resultado a la reflexión histórica conceptual, el derecho pareciera no tener lugar. La excepción fundamental, por su influencia y potencia intelectual, es Carl Schmitt.[1] *Influencia* por su conocida relación con Koselleck, pero también *potencia* porque sus debates jurídicos impactaron en los modos de pensar la historia constitucional en Alemania y, a posteriori, en una forma de pensar y escribir la historia jurídica. Sin embargo, la obra de Schmitt no puede aislarse del saber jurídico de su contexto, donde lo conceptual fue una herramienta de batalla político-jurídica.

La hipótesis, entonces, que marca esta entrada epistemológica será que la historia constitucional, que devendría más tarde conceptual en el espacio de las lenguas germánicas por un lado y crítica del derecho por otro, surge de una radical crítica al derecho positivista, que se produce en Alemania en la década del '20 del siglo XX. O sea, que la búsqueda de una nueva lógica hermenéutica del derecho ante la crisis del positivismo como expresión jurídica del liberalismo –denunciada por Schmitt y sus colegas– desembarcó en una crítica de la escritura de la historia del derecho tradicional. Una crítica

1 Müller / Schmieder (2016) 209–218.

que precipitó luego en la *Begriffsgeschichte*. Esta combinación no debe resultar extraña, a menos que –anacronismo de por medio– obturemos la relación sinérgica entre la historia y el derecho; pues hay que tener en cuenta que, en la formación jurídica, la primera ha sido siempre un dispositivo de legitimación del derecho contemporáneo (con todo su arsenal de problemas, claro está: teleologías, finalismos, traducciones-traiciones, usos del pasado, etc.). Asimismo, en el caso de la historia política *tout court* no puede negarse el uso continuo de conceptos jurídicos para la descripción del pasado. De manera que incluso sobre la base de otro campo académico se consuma también una simbiosis compleja entre disciplinas. La razón y la racionalidad del constitucionalismo, en tanto que discurso jurídico-político, se inscribe, entonces, entre política, derecho e historia; lo cual requiere, consecuentemente, de un estudio que se posicione sobre el concepto mismo de constitución, siempre variante y en tensión constante con los campos mencionados. Una tensión persistente, en efecto, cuya contingencia depende de los contextos histórico-políticos que determinan la producción del saber constitucional. A sabiendas de esta dificultad, y al elegir la historia conceptual como herramental metodológico, con el objetivo de abrir la caja negra de la historia constitucional, es propicio comenzar con un análisis de las interrelaciones y préstamos mutuos entre dichos sub-espacios de saber: el conceptual devenido historiográfico-filosófico y el constitucional que se cierra cada vez más en el campo jurídico. Si este estado de la cuestión del presente resulta ahora evidente, no siempre fue así. Incluso podría decirse que no existiría una sub-disciplina sin la otra.

Por las mencionadas razones, la primera parte de este capítulo se destina a analizar los vínculos del concepto de Constitución en la génesis teórica de la historia conceptual. Para ello, los apartados 1, 2 y 3 se concentran en el momento de crisis del concepto liberal en la Alemania de Weimar, con el objetivo de exhibir una matriz común que une a la historia conceptual con la constitucional. Más adelante, esta relación será puesta en juego en otro contexto: España y Portugal en la segunda mitad del siglo XX. Allí, la relación entre historia y Constitución se modifica y da lugar a la recepción de la crítica metodológica alemana, con un beneficio de inventario que desestima los condicionantes políticos de la génesis germana a fin de tornarlos herramentales críticos de la historia del derecho tradicional. A este giro, que intenta complejizar la recepción de Brunner por parte de la historia crítica del derecho, se dedican los puntos 4 y 5.

Este puerto de llegada no es gratuito, pues involucra también recorrer una traslación de saberes, que habiendo partido del espacio europeo han llegado a Latinoamérica hace más de dos décadas posicionando a la historia crítica del derecho como fundamental no sólo para el oficio del historiador, sino también para la crítica jurídica. Esta influencia, que sintetiza el pasaje teórico y se traslada desde Alemania hacia Argentina mediando España y Portugal, es la que se retoma aquí como modelo de lectura de los textos que componen el corpus de este trabajo. En ese sentido, exponer las condiciones epistemológicas de escritura es algo más que un ejercicio académico-teórico; implica considerar, también, el modo en que la teoría jurídica y la metodología histórica impactan en la lectura crítica del constitucionalismo. Así, a sabiendas de estar siendo hablados por una tradición históricamente estructurada, la historización metodológica aspira a exponer un cuadro de aquellos presupuestos básicos que dan sentido a la crítica histórica de un constitucionalismo especial: el argentino. Finalmente, esta genealogía epistemológica permite localizar este discurso hereditario para posicionarlo en la Argentina desde la que se enuncia.

1. Historia jurídica de la historia constitucional (y su deriva conceptual)

El desarrollo intelectual de la *(nueva)* historia constitucional alemana puede comprenderse como el resultado de una forma diversa de pensar el derecho. Esta sentencia requiere considerar un triple orden de objetos que se consuman en un mismo movimiento: la polémica en torno a la metodología de interpretación jurídica, el despliegue institucional y, finalmente, las consecuencias que esta problemática jurídica generó en la narrativa historiográfica. Estos factores no pueden ser desconectados sin más, pero sí, tal vez, permiten ser aislados metodológicamente con el fin de percibir mejor cómo lo jurídico pudo (¿puede aún?), en algunos casos, ser una influencia central para la escritura historiográfica. Esta operación implica suspender momentáneamente la actual división arbitraria de las disciplinas.[2] Entonces cabe observar la historia constitucional a partir de la estructura conceptual jurídica, lo cual moviliza unos pliegues de saber que operaron en los orígenes de la historia conceptual. Para esto hay que detenerse en un estudio del contexto de

2 Clavero (1981a) 21–34.

producción metodológico del derecho *y su impacto* en una re-escritura de la historia, que antes que «puro» objetivo intelectual fue un epifenómeno de un proyecto político-jurídico.

Por honor a la temporalidad de la experiencia cabe iniciar con la *Methodenstreit* de la República de Weimar, que tanto ha apasionado a los juristas por la relación entre hermenéutica y política, dado que allí se localiza un *momento* de debate radical al interior de la ciencia jurídica, que compuso un pilar básico del derecho contemporáneo, con efectos de sentido que llegan, incluso, hasta el presente de las facultades de derecho latinoamericanas.[3] Sin embargo, para aislar el eje de la cuestión la mirada debe remontarse hacia la formación del derecho decimonónico positivista alemán durante el siglo XIX. De manera que mesurar la dialogicidad de la experiencia weimariana requiere un breve repaso de una larga temporalidad que inicia a mediados del siglo XIX y continúa su recorrido por la sanción de la Constitución de Weimar de 1919 hasta llegar a 1933, momento en que se resuelve un debate que impactará luego en la conceptualidad jurídica que organizó la historia constitucional.

a) Notas de positivismo alemán en la segunda mitad del siglo XIX

Entrar en el debate de Weimar entraña reconstruir escuetamente la estructura lógica-hermenéutica del positivismo. Efectivamente, hasta la primera década del siglo XX, el debate constitucional había estado subsumido a la hermenéutica jurídica de la norma mediante los métodos de lógica jurídica que habitaban las obras de Gerber y Laband, y cuyos orígenes se debían al desarrollo metodológico del derecho privado. El derecho público derivaba de un intento de separación progresiva de la sociedad civil con respecto al Estado y generaría, por tanto, un derecho especial para este último. El ejemplo y la consecuencia más grande de esta formación conceptual-jurídica fue el hecho de recurrir a las estructuras del derecho privado, a fin de construir las figuras básicas del derecho público. A partir de ellas se concibió al Estado como «persona jurídica» productora de una voluntad, lo que tendría consecuencias fundamentales para el desarrollo de la teoría del Estado *(Staatslehre)*.[4] De esta *fictio iuris* surgía una «soberanía estatal» *(Staatssouveränität)*, que se depositaba en un Estado com-

3 Sobre la recepción del debate: Tau Anzoátegui (2008b).

4 Se sigue aquí la interpretación de Galli (2018) 247–267. Para un análisis sobre la formación del concepto de Estado como «persona jurídica» ver Koschorke et al. (2007) 344–351.

puesto por órganos diversos (Monarquía, pueblo, estamentos, etc.), y que evitaba de este modo la disputa que recorría la teoría política decimonónica: la soberanía popular o monárquica.[5] Con la metáfora corporal y la teoría de los órganos se lograba reducir lo social a lo estatal, a través de la incorporación ficcional del primero al acto de voluntad del segundo.

Por otra parte, el espacio abierto a la libertad privada se debía más bien a una autolimitación del Estado (Teoría de la *Selbstbeschränkung*) que a una preeminencia de los elementos sociales. Se conseguía con ello una estabilidad y una seguridad jurídica a prueba de los movimientos sociales, que eran vistos como una amenaza a la estructura del sistema de derecho alemán, y que instauraban, a su vez, el silencioso motor expansionista de una administración para el gobierno de lo social.[6] La teoría de la soberanía estatal ramificó en la teoría constitucional europea, que jugó a la manera de un límite al derrotero revolucionario. Pero en la Alemania del segundo imperio fue con carácter protector, previo y contrario a las doctrinas revolucionarias, al ser esta posición la moneda corriente de la interpretación jurídico-constitucional.[7] De este modo, si el siglo XIX fue descripto como el «siglo jurídico» en términos de las logradas construcciones dogmáticas; en el derecho público ello supuso la obturación de una ciencia social o política que se subsumió al derecho privado abstracto. Este último fungía como gramática general de lo político y lograba reducir este último campo a lo administrativo, visto como eficaz modelo de organización política.

Ese contexto político impactaría en la estructuración del pensamiento jurídico *tout court*, que en materia de derecho constitucional implicaba saber: ¿cómo se interpretaba la voluntad estatal? Teniendo en cuenta la consideración acerca de la Constitución como mandato de soberanía estatal procedente de una persona jurídica, se propuso un trabajo hermenéutico enfocado en dicho mandato-voluntad y así descartar los condimentos político-sociales. Por un lado, ello era herencia del historicismo privatista a la Savigny, que permitía mirar al derecho como síntesis de lo social. El mandato positivo obliteraba lo material, porque ya estaba incorporado históricamente. Y si lo material se hallaba ya concretizado en la norma, presentada como la síntesis de lo social *en* lo estatal, no correspondía al jurista remover ni juzgar esas

5 Stolleis (1992) 106–109.
6 Schiera (1987) 117–158; Chignola (2003) 46–49.
7 Fioravanti (2016) 106–119.

condiciones devenidas superfluas a la ciencia jurídica. De esta forma surgía una figuración del derecho como técnica lógica-conceptual, con una supresión de lo social (que era efecto de la integración en lo jurídico) y que producía una autonomía en el objeto de estudio. Se causaba, también, una nueva disputa en las fuentes del derecho, que definía la concentración en la ley o en la costumbre, al observar en la primera la expresión de esa voluntad resumida en el Estado.[8] Por otro lado, el cientificismo jurídico permitía que el derecho-legal-estatal se presentase como un fenómeno autónomo y metodológicamente analizable a través de conceptos que derivaban de un sistema lógico-formal.

La consecuencia de esa condición hermenéutica fue un positivismo que se desarrolló gracias a una interpretación apegada al texto de la ley, con una praxis de comentario de los artículos de la Constitución y las leyes (reglamentos y leyes en sentido formal-material), que gozó, durante el período wilhelminiano, de una hegemonía institucional frente a otros intentos de recuperación de lo social en lo jurídico.

El sendero recorrido por la historia constitucional alemana fue paralelo al creciente éxito del positivismo jurídico. Si hasta la mitad del siglo XIX se había acercado a un concepto de Constitución que permitía la descripción de la política y la sociedad como *Status*, su contenido se vería reducido a una porción de la historia interna del derecho, que antecedía a la explicación de la dogmática jurídica.[9] Esto implicaba también el uso político de conceptos claves del liberalismo y la búsqueda de antecedentes (prehistorias y genealogías) de los mismos, a la vez que una ruptura con las investigaciones histórico-institucionales clásicas que determinaría una separación entre la historia de los historiadores *(Verfassungsgeschichte)* y la historia de juristas *(Rechtsgeschichte)*. La peculiaridad de esta última historia de juristas ha sido caracterizada por Ewald Grothe como una perspectiva institucional sistemática, que iba tras la pregunta por el origen, la esencia y la estructura del Estado que, al unificar Estado y derecho, pretendía observar la relación tríadica entre Estado, Individuo y Sociedad.[10] Allí la figura central fue Georg Jellinek, quien, no obstante emprender una historia constitucional de la formación estatal independizada de lo jurídico, mediante tipos ideales, sometía la cues-

8 Mohnhaupt (2011) 34–52.
9 Grothe (2005) 48–50.
10 Grothe (2005) 94.

tión histórica a la teoría jurídica. Esa duplicidad de enfoques exhibía bien la tensión que se descubriría al cambiar el siglo, cuando la potencia del positivismo comenzó a decaer ante la necesidad de involucrar elementos histórico-sociales.

Con el final de la primera guerra mundial el dispositivo jurídico-político, que había servido de modelo de captación de la realidad del segundo imperio, se vería desbordado. La República de Weimar despertó del ensueño de *lo jurídico* para dar lugar a una crisis metodológica que redundó en un retorno de la problemática social-política, que había sido reprimida por el discurso positivista y las teorías de la soberanía estatal.[11] Esta crisis político-constitucional produjo, a su vez, un efecto profundo en la teoría jurídica, por lo que la mirada sistemática encarnada en la pandectística fue fuertemente criticada. Rotulada como una «jurisprudencia de conceptos» –descarnada, alejada de lo real– la tradición positivista comenzó a fungir a la manera de un pivote agonal para el despliegue de teorías jurídicas alternativas, pretendidamente superadoras, que aspiraban incorporar el dinamismo social en diversos movimientos hermenéuticos, que, consecuentemente, corroían la tradición decimonónica sedimentada en la práctica jurídica.[12] Este cisma impactaría, sobre todo, en la salida del constitucionalismo de la teoría del Estado al virar hacia la teoría constitucional.

b) El antipositivismo jurídico: de Weimar al Nacionalsocialismo

Si entre 1870 y la publicación de *Allgemeine Staatslehre* de Georg Jellinek (1900) habían pasado años en que el campo jurídico no discutía la forma de interpretación constitucional centrado en su metodología lógico-deductiva, es a partir de la década del '20 que se publicarían cientos de artículos, obras de discusión y críticas sobre la dirección que debía tomar la acción constitucional de Weimar.[13] Esta inquietud se estructuraba contra el positivismo, encarnado en algunas figuras destacadas de la joven escena, quienes serían muchas veces parcialmente leídos a conveniencia de los críticos. En efecto, la tradición hermenéutica del positivismo había llegado a su punto máximo

11 Galli (2018) 247–248.

12 Caldwell (1997) 13–39. Puede observarse el mismo tema desde la historia de los métodos de interpretación jurídica. Al respecto: Schröder (2012) 393–402.

13 Stolleis (1998b) 184–213.

con el pensamiento de Hans Kelsen. La separación neo-kantiana de *Sein und Sollen* había permitido concentrar el estudio jurídico en la derivación lógica de las normas jurídicas desde su famosa pirámide, procedente de Merkl, sin influencias socio-políticas. En tanto que crecía el enfoque centrado en las lógicas derivativas de los enunciados de derecho, se suprimía el interés por los elementos externos al derecho. Fue entonces que la purificación de la ciencia del derecho terminó de consolidar el valladar frente al contexto político, las ciencias sociales, la moral y la filosofía. Esta última, también, se cerraría sobre el lenguaje en tanto que material privilegiado y en el análisis lógico como metodología implícita a dicho objeto.

En el derecho público este proyecto de purificación jurídica provenía de la ya citada obra de Jellinek, en la que el Estado era concebido como un fenómeno social empírico, pero también, y aquí la importancia para el *millieu* del derecho, como un enser puramente jurídico que, si bien se vertía sobre lo empírico-social, debía ser analizado desde un plano científico consecuente con el método del derecho.[14] Esta división de lo estatal por su método y objeto de conocimiento sería radicalizada por la tesis de habilitación de Kelsen de 1911: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, que plantea que el problema del derecho estatal, con crítica a Jellinek, se iría reduciendo a una interpretación nomológica.[15] El proceso de la purificación del derecho se complementaría más tarde con la *Reine Rechtslehre* (Teoría pura del derecho), texto mitológico y ampliamente extendido en el contexto universitario latinoamericano,[16] donde se concluían los adelantos que venían realizándose desde su mencionada tesis de habilitación. Allí, se presuponía a la Constitución –norma hipotética fundamental– de la que derivaba el orden jurídico y que significaba una imputación lógica de la cual precipitaba el resto del

14 Lepsius (1994) 156–158.

15 La teoría de Kelsen debe pensarse en clave democrática, que se oponía a la «realidad estatal» por hallar allí un elemento autoritario. De manera que tras el interés en concebir al Estado como «orden normativo» se encontraba también el refugio de un legislador que sustentaba el elemento del «deber ser». Este juego conceptual, no obstante, sería ampliamente contradicho, muchas veces, al leer a Kelsen desde un prejuicio o un sentido común que no hacía justicia a sus aportaciones. Entre sus críticos se encontrarían no sólo Schmitt, sino también Heller, quién entendía el fenómeno estatal como un universo normativo y social y proponía, precisamente, un método sociológico de comprensión del Estado. Lepsius (1994) 161; Stolleis (1999) 184; Galli (2018) 249.

16 Stolleis (1999) 167.

orden normativo. Asimismo, se observaba una unificación de lo público y lo privado bajo el análisis positivista lógico-normativo y una declarada expulsión de lo social del campo jurídico.[17]

La reacción fue el anti-positivismo. Aquello que Kelsen (quien no era el exclusivo argumentador) había expulsado por la puerta positivista volvía a ingresar por la ventana hermenéutica del derecho. En la discusión su imagen fue fundamental, ya que en cada intervención de los anti-positivistas –de Schmitt, por ejemplo– la referencia directa o solapada a Kelsen era crucial. La crítica político-jurídica presentó al positivismo como «abstracto», «ajeno a la vida», «formalista», «vacío», etc., y en contraposición a aquella versión jurídica quiso insuflar de vida al derecho con la ayuda de la filosofía, la política y la sociología.[18] Ahora bien, esta situación de batalla intelectual al interior del derecho no era uniforme. Vale advertir que los anti-positivistas conformaban un bloque no homogéneo, encontrándose entre ellos desde algunos teóricos del pensamiento socialista (Hermann Heller) hasta algunos fervientes defensores del posterior Nacionalsocialismo: Ernst Forsthoff o Ernst Rudolf Huber.[19] No fue banal, entonces, que la pregunta por lo político *en* lo jurídico o lo social *en* lo estatal –para una vertiente socialista– se articulase polémicamente con el positivismo, y que se buscara así la aprehensión de la experiencia –ocluida por la metodología positivista– por medio de conceptos nuevos. Esto era también el resultado de la soberanía popular y el parlamentarismo establecido por la nueva Constitución. De manera que la política golpeaba las puertas de la teoría jurídica y esta debía responder de alguna forma.

La nueva metodología jurídica importó una politización de los conceptos tradicionales de «Estado» y «Constitución» en una disputa con el liberalismo y el positivismo. De allí que se sugiriera una reconstrucción del campo semántico de esos conceptos básicos (*Staat* y *Verfassung*), para luego, a partir de 1933, ser acompañados por un nuevo vocabulario constitutivo de la experiencia nacionalsocialista como pueblo y comunidad: *Volk* y *Gemeinschaft*.[20] A modo de ejemplo de este movimiento crítico, cabe reconsiderar

17 Schröder (2012) 291–293.

18 En su obra *Der Begriff des Politischen* Schmitt ([1932] 2009) 20 señalaba que los juristas, jueces y abogados se refugiaban tras la «pureza» para denunciar a los polemistas como políticos en un sentido negativo.

19 Stolleis (1998b) 195–196.

20 Lepsius (1994) 18–24, 62–67.

el debate en torno al concepto liberal alemán por excelencia: el Estado de Derecho: *Rechtsstaat*. Este concepto sería atacado profusamente para sustituirlo por otras voces más acordes con el movimiento constitucional bajo la sombra del régimen Nacionalsocialista.[21]

Según puede verse, si la crítica conceptual por una metodología que incorporase lo social y lo político fue central, de igual modo la historia comenzó a jugar un rol de acompañamiento. No sólo por la necesidad crítica de explicar que los conceptos-guía del derecho público eran el resultado de una experiencia histórica que había tocado su fin, sino que también se brindaba importancia a la inscripción de los nuevos conceptos resemantizados a partir de 1933. Esto condujo al rechazo de la historia tradicional que, según los autores, escondía las raíces constitucionales del Nacionalsocialismo tras una narrativa liberal basada en lo que llamaban un concepto de Constitución obsoleto.[22] Se entiende así cómo tras la lucha contra la historia de las ideas por parte de Schmitt, quien creía encontrar allí el material crudo del positivismo y del liberalismo, con su doble efecto de «neutralización» y «despolitización» de la ciencia del derecho, aparecía una necesidad justificadora de una historia de conceptos como política del presente y clave del pasado.[23] Para Schmitt aquel paradigma liberal podía ser desactivado a través del estudio de la situación concreta de los conceptos políticos, vistos como una lucha por el significado en un momento histórico determinado.[24] Así, a la politización del derecho público le siguió una forma especulativa hermenéutica, que incluía a la metodología histórica para pensar la suerte de los cambios conceptuales. Sin embargo, el fin no era puramente historiográfico, más bien se trataba de «repensar los conceptos jurídicos» con objeto de imponer un sentido a los acontecimientos autoritarios que se extendían por Europa.

El debate se desarrolló en el campo ideológico-institucional académico: con sus elementos de tensión económica, presupuestaria, curricular, etc. De manera que las posibilidades de desarrollo se produjeron en vinculación con

21 Tal como lo explicita Koselleck (2014) 207, este concepto había sido la clave del pensamiento liberal decimonónico, comprendiéndose, entonces, que según Schmitt el mismo había tocado un punto límite ante la experiencia nueva del Nacionalsocialismo. Consecuentemente, a partir de la década del '30 se buscó poner dicho lexema en discusión. Ver Schmitt (1935); Mohnhaupt (1994).

22 Grothe (2005) 216.

23 Müller/Schmieder (2016) 210–211.

24 Schmitt ([1932] 2009) 29; Müller/Schmieder (2016) 212.

la política universitaria, donde las lógicas institucionales jugaron un rol decisivo para volcar la balanza hacia el lado de los anti-positivistas, favorables al Nacionalsocialismo, a partir de 1935. Año en que se incorporó la materia «historia constitucional de la modernidad» en los *planes de estudio*, que implicó que los juristas debieran contar con un *nuevo* bagaje histórico sobre el derecho público alemán. Ello brindaba, por un lado, cierta autonomía a la disciplina por fuera de la tradicional historia del derecho de carácter iusprivatista; y consecuentemente, por otro lado, esta nueva exigencia profesional a los juristas tendría un impacto en la reformulación de la currícula al habilitar la expulsión de diversos profesores, quienes debieron emigrar o alejarse de las cátedras.[25] Este espacio «abierto», finalmente, fue completado por nuevos profesores y nuevas literaturas, que estuvieron a disposición de lo proyectado políticamente. Las obras de Ernst Rudolf Huber, Rudolf Smend, Carl Schmitt, entre otras, completaron un panorama renovado de la disciplina, que generaría una nueva formación historiográfica.[26]

Cabe reconocer que fue el ascenso del Nacionalsocialismo el punto de resolución de una tensión narratológica de la historia jurídica, que a su vez bordeó el pasaje del derecho privado histórico a la historia constitucional. Entonces, vista desde el entramado político-jurídico, la génesis de la nueva historia constitucional poseía una triple exigencia. La primera era habilitar y legitimar el uso de un nuevo concepto de Constitución o, mejor dicho, suplantar la mirada de la Constitución como texto escrito, en tanto limitador del poder y de garantía individual, por uno que expresase el espíritu y la esencia cultural-histórica alemana. En segundo lugar, la clásica (y positivista) descripción de la evolución histórica escrita bajo el postulado del desarrollo, perfeccionamiento y sistematicidad de un Estado (asimilado, a sistema normativo) debía ser dejada de lado a fin de mostrar en su lugar la tensión social. Se consolidaba un nuevo motor narrativo que posicionaba al poder / dominación *(Herrschaft)* como categoría fundamental de las relaciones sociales, y estructurada por la dinámica política. Finalmente, complementaria de la ciencia jurídica, la historia debía presentar un concepto de Constitución reflejo de un «orden concreto» que permitiese ocluir el peso de la tradición liberal (por ejemplo, del concepto de *Rechtsstaat*), y que marcaba un horizonte de expectativas y de arsenal teórico para juzgar teleológicamente el

25 Stolleis (2017) 21.
26 Grothe (2005) 215.

pasado. Si metodológicamente se cuestionaba la teleología implícita en los *Leitbegriff* del liberalismo (que incluía a la Constitución), también se actuó políticamente para encontrar, en su lugar, las raíces germánicas de la «Führung und Volksgemeinschaft».[27] La historia y la metodología jurídica parecían cruzarse sobre-determinándose una a otra –justificación y praxis–, donde presente y pasado se hacían eco de un proyecto político-jurídico que necesitaba de ambas temporalidades para la construcción de un futuro.

2. Constitución y «orden concreto»: un nuevo modo de *Begriffsbildung*

Según señalan Müller y Schmieder en su presentación de Schmitt en la obra *Begriffsgeschichte*: «la demanda de conceptos precisos y falseables obviamente proviene del campo de la teoría jurídica estatal».[28] ¿Cómo se articulaba esa disputa conceptual-metodológica en un nuevo modo de formación conceptual *(Begriffsbildung)*? Las preguntas se van afinando en la mirada de la historia del derecho de la siguiente manera: ¿Qué dimensiones / formatos tomaría esa nueva construcción jurídica conceptual dentro del anti-positivismo? ¿Qué Schmitt estamos leyendo a partir de 1933? ¿Qué impacto tendrían los presupuestos conceptuales anti-positivistas –especialmente, schmittianos– para la escritura de la *nueva* historia constitucional alemana?

El trabajo de Oliver Lepsius *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung* es una guía privilegiada para responder a estas preguntas. En primer lugar, no era exclusivamente Schmitt el único actor de la crítica anti-kelseniana. Entre otros podemos encontrar construcciones que querían atrapar la «realidad» del Estado por medio de una aproximación a la política desde lo social (Heller); otros que veían en la Constitución un factor de integración social que daba forma al Estado (Smend); autores, como Kaufmann, que luchaban por el descubrimiento de la historicidad y la metafísica que fungían como raíz del derecho positivo, que llevaba a una teoría institucional del derecho, etc.[29] Todos ellos, no obstante compartían una metodología de construcción conceptual que implicaba: a) un valor *(Wert)* y un ser *(Sein)* que se unían para la comprensión de una «verdadera realidad»; b) una concepción que acompañaba la demanda por una cientificidad social-histórica y jurídica; y

27 Grothe (2005) 224.
28 Müller / Schmieder (2016) 212.
29 Lepsius (1994) 164–203.

c) un procedimiento metodológico que se basaba en una posición filosófica de la que hacía derivar su legitimidad.[30] La reinserción de los valores, de la filosofía y de una cientificidad que no descansaba en la purificación tuvieron un claro impacto en el modo de construcción conceptual. De allí, que la apertura del derecho hacia las ciencias de la cultura hiciera explosionar el aparato iuspositivista.

En este estado de situación la obra de Schmitt fue fundamental. Pero no se está aquí ante el autor que aborrecía de la historia de las ideas y se centraba en conceptos –como en su crítica a Meinecke–,[31] ni tampoco ante quién avizoraba elementos clave de la *Begriffsgeschichte*, como el sentido polémico de los conceptos unidos a una situación concreta.[32] El Schmitt que se definía hacia 1933 era uno que, apropiándose de la teoría de la institución de Maurice Hauriou y, en algún punto, de Santi Romano, produjo una categoría clave para el desarrollo de su teoría jurídica y que repercutiría en la historia constitucional: el pensamiento de orden concreto *(konkretes Ordnungsdenken)*.

Dos publicaciones sirven para reconocer el giro de su pensamiento. En primer lugar, aparece la *Vorbemerkung* a la segunda edición de la «Teología Política», donde Schmitt señalaba que:

> Hoy no distinguiría ya dos, sino tres formas de pensamiento científico-jurídico, a saber: además del normativista y del decisionista, el tipo institucional. La explicación de mi teoría de las «garantías institucionales» en la ciencia jurídica alemana y la ocupación con la profunda y significativa teoría de Maurice Hauriou me han procurado ese conocimiento. Mientras que el normativista puro piensa en la regla impersonal, y el decisionista realiza el derecho justo de la situación política correctamente conocida mediante una decisión personal, el pensamiento jurídico institucional se despliega en ordenaciones y configuraciones suprapersonales.[33]

El segundo texto publicado ese mismo año «Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica» *(Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens)* fue una rendición total al principio de esas «configuraciones suprapersonales» a la manera propuesta por la teoría de la Institución, que buscó superar el *deber ser* como voluntad de sentido a futuro del derecho, derivándolo, en su lugar, de un ser que era preexistente en el orden político social. La expresión

30 Lepsius (1994) 192.
31 Müller/Schmieder (2016) 210.
32 Schmitt ([1932] 2009) 29, 77.
33 Schmitt ([1922] 2015) 8. Obra traducida: Schmitt ([1922] 2009) 12.

«orden concreto», que poblaría las páginas de Schmitt, servía de justificación del Nacionalsocialismo: un *Führerrecht* que se presenta como institución. Ahora bien, ¿qué era ese pensamiento de orden concreto? Y ¿cuál era el modo de construcción de conceptos jurídicos que de él se desprendía? Schmitt escribe:

> El orden interno concreto, disciplina y gloria de toda institución, mientras dure la institución, repugna cualquier intento de normación y regulación total; coloca a todo legislador y a todo el que aplica la ley ante el dilema de o bien aceptar y utilizar *los conceptos jurídicos concretos que vienen dados con la institución*, o, por el contrario, destruir la institución misma.[34]

Las consecuencias de esta posición suponen varias consideraciones. El primer elemento a remarcar es que en la disputa por el ser y el deber ser, este último se sujetaría al primero.[35] El jurista ya no era creador nomológico de enunciados de derecho perfectos ni un juez que perteneciendo a una comunidad epistémica resolvía los conflictos actuales con miras a una norma pasada con vocación de futuro.[36] En su lugar, la tarea de la ciencia jurídica se presentaba como conceptual y de «reconocimiento», es decir, siendo una derivación del *Sein*. El concepto jurídico aprehendía, entonces, una institución, pero al mismo tiempo parecía provenir de esa misma institución. Expresamente, sostenía Schmitt que la norma o regla no creaba el orden, sino que poseía una pequeña función reguladora a partir del soporte brindado por un «orden dado».[37] En segundo lugar, tras el concepto de orden concreto se intentaba superar los axiomas individualistas del derecho positivo, que veían en las instituciones sólo una relación entre sujetos de derecho (individuos unidos por contratos). Señalaba Böckenförde que en su lugar Schmitt al rescatar antecedentes del derecho natural aristotélico-tomista, de Savigny y de Hegel, pensó en un orden supra-personal *(überpersönliche Ordnung)*, de donde resultaban las instituciones de la vida conjunta.[38] De allí, que el concepto funcionase simultáneamente como una filosofía y una metodología del derecho. En tercer lugar, se produjo una neutralización de la operación de la violen-

34 Citado por Lepsius (1994) 205. Sin cursiva en el original. La obra de Schmitt fue traducida por Monserrat Herrero: Schmitt ([1934] 1996) 21.

35 Según Lepsius: «Die Normativierung wird durch das vorgefundene Sein […] bestimmt», Lepsius (1994) 206.

36 Esta era la posición de *Gesetz und Urteil*, ver el comentario de Mehring (2009) 39–40.

37 Böckenförde (1984) 1313.

38 Ibid.

cia, siempre presente en el establecimiento de un orden jurídico, ya que se obturaba el elemento instituyente –siempre arbitrario– al hacer presuponer que la norma jurídica emergía de la «naturaleza de las cosas», del «estado de situación», de la realidad histórico-social, etc.

Aquí aparecía un inductivismo sospechoso y aporético que, no obstante, impactó de lleno en la *nueva* historia constitucional alemana, que buscó ajustarse más al texto y al lenguaje de las fuentes que al desarrollo de las ideas clásicas del liberalismo.[39] Así, el pensamiento de orden concreto entrañó un nuevo concepto de «Constitución», que, alejado del deber ser ilustrado, recalaría en un antecedente existencial de un ser institucional. En efecto, según Stolleis, a partir de 1920 aparece una diversidad en el uso de la palabra: algunos autores encontraban bajo ese significante el texto concreto de la Constitución de Weimar, otros como Kelsen una norma compleja que se colocaba en la punta de la pirámide de la validez jurídica. Smend pretendía hallar un espíritu extra-normativo y Heller las condiciones de la vida socio-política de la Nación.

Pero la definición que aquí interesa y que influenciará la escritura de la historia constitucional y, posteriormente, a la historia conceptual es la que proviene de Carl Schmitt, quién en su *Verfassungslehre* de 1928 describía a la Constitución como: «una forma especial y concreta de la existencia estatal; [que] entonces significa la *situación total* de la *unidad y ordenación políticas*».[40] Se asistía, entonces, a una nueva ordenación jurídico-política que requería reconocer ese ser institucional, sus raíces y fundamentos, lo cual envolvía un saber sobre los orígenes de los valores y sentidos jurídicos. La deriva histórica aparecería nuevamente en el tratamiento anti-positivista de Schmitt –que implicaba la polémica entre «orden jurídico» y «orden concreto»– postulando, a través de un anacronismo, que el ius-positivismo había falseado la tradición germana medieval: «el pensamiento jurídico alemán de la Edad Media era claramente un pensamiento del orden concreto».[41] Aclarada aquella influencia cobra sentido la advertencia de Grothe, para quien la palabra «orden» se con-

39 Algazi (1997).

40 Schmitt ([1928] 2010) 4. Obra traducida por Francisco Ayala: Schmitt ([1928] 1996) 29. Hubber también poseía un concepto de Constitución que no miraba ya al texto escrito: «Der Staat als Herrschaftsordnung ist vielmehr die Lebensform des politischen Volkes. Der Staat ist das Volk selbst, das seine politische Form gefunden hat». Hubber (1934/35), Die Totalität des Völkischen Staates, citado en: Grothe (2005) 219.

41 Schmitt ([1928] 1996) 8.

virtió en un concepto-clave *(Schlüsselbegriff)* de la nueva escritura histórico-constitucional, y su más acabado representante sería Otto Brunner.

Al ingresar en la deriva histórica constitucional de Brunner, el gran tema bajo análisis no se reducía al concepto de Constitución, sino a su basamento lógico para la tradición liberal: la relación entre Estado y Sociedad. De manera que mientras que algunos juristas, como Rudolf Huber, no rechazaban el concepto de Estado en su narración histórica, dado que allí se subsumía lo social en una versión de totalidad o «totaler Staat», según Brunner el compuesto Estado / Sociedad no debía jugar rol alguno en el análisis de una historia constitucional medieval de raíces germánicas.[42] En el resumen final del capítulo quinto de *Land und Herrschaft* advertía Brunner los puntos centrales de su operación narrativa, los que podían reducirse a introducir nuevos conceptos que se contraponían a la tradición constitucional liberal. Decía Brunner que para pensar su historiografía:

> […] hubo que destruir el aparato conceptual tradicional del siglo XIX, y los principales problemas académicos de las últimas generaciones tuvieron que revelarse como problemas ilusorios. No es posible describir los órdenes medievales con las categorías de historia social y económica y la sociología de la «sociedad» del siglo XIX, por un lado, y, por otro, con un derecho estatal jurídico-positivo, correspondiente a esa teoría de la sociedad.[43]

Tanto la sociología y su concepto de sociedad y el derecho con el suyo de Estado habían producido efectos de sentido que redundaban en un anacronismo y una metodología inexacta para la mirada constitucional. Por lo tanto, había que obliterar dichas categorías. De allí, que si los conceptos-tipo *(Typenbegriff)* de Estado y sociedad, presentados en tanto construcciones conceptuales generalizadoras, fueron reconocidos como problemáticos; algo diferente ocurrió con el concepto de Constitución. Si rechazaban por anacrónicos el par Estado-Sociedad, Brunner necesitaba un concepto clave para fijar el fiel de la balanza de su «historia constitucional». Es así que adoptó sin miramientos el concepto schmittiano de Constitución en su sentido absoluto, que fungió a la manera de un motivo-guía para emprender la búsqueda de un orden concreto evitando las trampas del lenguaje sociológico y iuspositivista del siglo XIX.[44]

42 Algazi (1997).
43 Brunner (1970) 440.
44 Brunner (1970) 111. Sobre este punto: Chignola (2015) 24, 26.

El cambio conceptual de *Staatslehre* a *Verfassungslehre* tendría su impacto en la metodología, que encontró una estrecha relación con la figura de pensamiento *(Denkfigur)* del «orden concreto», también de matriz schmittiana. Sobre este punto, decía Brunner al final de su obra:

> La tierra alemana fue entendida como una asociación de personas que dominan y edifican la tierra, en la que es válido el orden concreto *[konkrete Ordnung]* del derecho de la tierra; un derecho de la tierra, que es más que una suma de ordenamientos positivos *[positive Ordnungen]*, sino que sigue fundado en un orden religioso por encima de las personas a las que obliga, idéntico a la «justicia». […] Un mundo en el que existe un poder legítimo de los individuos, en el que el «Estado» no tiene el monopolio del poder coercitivo legítimo, no puede ser una sociedad civil pacífica.[45]

Claramente, según el archivista vienés a través de la descripción del «orden político concreto» se podía liberar al pasado «de los dogmas de una jurisprudencia positivista».[46] Para ello no debían seguirse las herencias de Jellinek y sus precomprensiones que aparecían reflejadas en tipos ideales: de la *Verfassung* como «Konstitution» escrita y del *Rechtsstaat* con su separación de Estado y sociedad como modelo de ordenación política. Según Brunner ambas categorías, al haber predefinido un tipo de Estado (moderno), observaban a la otredad medieval como un Estado inacabado, reinado por la anarquía y el caos.[47] Por lo que, sólo alejándose de estos postulados, producidos durante el siglo XIX, se podían recuperar los conceptos jurídicos institucionales que organizaban el mundo medieval. Este razonamiento impuso la adopción del concepto de Constitución –siguiendo la definición schmittiana– como salida del paso. Se imponía un anacronismo jurídico-constitucional surgido de la pluma de Schmitt para criticar los antecedentes.

No obstante, a Brunner esta operación metodológica le permitía aprehender unos desatendidos saberes que estructuraban la cultura del orden, que se signaban bajo conceptos religioso-morales *(religiös-sittliche Begriffe)*. Estos, si bien eran extraños a los lenguajes contemporáneos, poseían la ventaja de ser los utilizados en las fuentes *(Sprache der Quellen)*. Aquí, operaba una *disociación* entre mundo antiguo y moderno que abría el camino hacia la historia conceptual. Puede verse entonces, que la teoría jurídica del orden concreto habitaba un concepto de Constitución que insuflaba vida a la narrativa

45 Brunner (1970) 440.

46 Brunner, Politik und Wirtschaft in den deutschen Territorien des Mittelalters (1937), citado en: Grothe (2005) 223–224.

47 El blanco de esta crítica era Georg Jellinek. Brunner (1970) 114.

constitucional, al mismo tiempo que abría un espacio para el desarrollo de un marco teórico que imponía una metodología determinada. Hacia el pasado se trataba de una filología cuidadosa que profundizó la relación del historiador con la fuente. Hacia el futuro, no obstante, no sólo justificaba una narrativa alternativa del pasado, sino que proyectaba un nuevo concepto de Constitución, al tiempo que volvía productiva la teoría jurídica schmittiana como legitimación histórica. Este último gesto produjo más de una crítica ético-política.

La pregnancia teórica del contexto de escritura fue difícil de remover, puesto que allí se hallaba el núcleo estructural de la narrativa brunnereana. De manera que si bien, entre la primera edición de 1939 y la 4ª edición de 1959, Brunner depuró la obra de las demandas lingüísticas del Nacionalsocialismo en su entramado teórico aún resonaban las campanas del anti-positivismo schmittiano que le sirviera de modelo. En 1972 Koselleck reconocía que *Land und Herrschaft* era «un buen ejemplo» de una obra que, más allá de «los condicionamientos políticos de sus intereses de conocimiento, podía conducir a nuevas perspectivas teóricas y metodológicas que sobrevivieron a su situación inicial».[48] Si esto fue predicable para la metodología histórica, en términos jurídicos la teoría del orden concreto supra-individual quedaría estrechamente relacionada con la jurisprudencia nacionalsocialista, por lo cual no sólo sería descartada, sino que serviría de base para reactivar una teoría que en su fundamento suponía a la Constitución como concepto ligado a un deber ser iluminista de división de poderes, derechos fundamentales y dignidad del hombre. De este modo, se reintroducía la preexistencia de una separación radical entre Estado y Sociedad Civil.[49] Este movimiento lógico-dogmático se comprende ante el reconocimiento de los derechos humanos, asegurados por las Constituciones, como único sentido jurídico-político frente al horror del Nacionalsocialismo y los actos bárbaros de los diversos terrorismos de Estado.[50] Por otra parte, la historia constitucional volvió sobre una metodología histórica relativizando la injerencia de la teoría jurídica para la composición de su narrativa, al invisibilizar las relaciones genéticas que convivían en la génesis del constitucionalismo y la historia

48 Koselleck (1972), Sozialgeschichte und Begriffsgeschichte, citado en: Algazi (1997).
49 Böckenförde (1984) 1315.
50 Menke / Pollmann (2012) 16–17.

constitucional. De allí proviene uno de los gestos que descartó el rol jurídico a fin de volcarse sobre una facticidad, pretendidamente libre de teoría.

Finalmente, cabe reconocer que la teoría jurídica del pensamiento de orden concreto tendría asidero en otros campos además del jurídico, sede originaria de emergencia de esa *Begriffsbildung*. La des-juridificación del lenguaje político alemán del siglo XIX y la apertura (profesionalización) de las ciencias sociales inmunizaría su uso, encontrándose vestigios tanto en la antropología, la sociología como, aquí el punto que nos interesa, en una nueva historia «institucional», que comenzó a preguntarse por la lógica de las instituciones del pasado antes que componer, sin más, una dogmática retrospectiva fundada en una retroproyección del presente.[51] Pero, aquí ya se está en otra época y en otra geografía, que, en España, Italia y Portugal, abrían el campo a la nueva historia del derecho (crítica o jurisdiccionalista).

3. Historia del derecho (modo crítico): antropologías e instituciones

En la historia crítica-jurisdiccionalista del derecho es importante reconocer a Otto Brunner como antecedente.[52] Sin embargo, su influencia en la obra de Clavero y Hespanha, representantes de la teoría crítica en la historia jurídica, debe ser siempre contextualizada. Estos dos autores son, a su vez, pivotes centrales de la llegada de una nueva historia jurídica, y entre otras constitucional, cuyo impacto en el espacio latinoamericano no se puede negar. Efectivamente, si la obra de Brunner emergió como reacción historiográfica al «intento de juridificar la política»,[53] la historia crítica del derecho se fundó con intereses similares, aunque en contextos diversos. En efecto, si en la Alemania de Weimar se buscaba desjuridificar la *Staatslehre* con el objetivo de ubicar lo político-social, en la Europa de las décadas del '70 y '80 del siglo XX las ciencias sociales, y sobre todo del lenguaje, servían de apoyo sustancial para problematizar *una* narrativa jurídico-historiográfica que, por su legalismo y anacronismo, era ya insostenible en el concierto de las ciencias sociales. El problema no era ya encontrar lo social a partir de las aporías de la dogmática jurídica. En su lugar, se proponía traducir un contexto de pensamiento producido cultural y socialmente a sus expresiones jurídicas y vice-

51 Böckenförde (1984) 1315.
52 Sanjurjo (2011).
53 Galli (2018) 252–253.

versa. Se contaba con un arsenal teórico que iba desde la antropología de Marcel Mauss hasta las arqueologías de Michel Foucault, y generaba una relectura de la historia del derecho a partir de las lentes que proveía el nuevo saber de las ciencias humanas.[54]

Esta faz asumió tres dimensiones correlativas que vinculaban la enseñanza del derecho (y su historia), la escritura de la historia del derecho y, como consecuencia de ambas, una descripción crítica del proceso de naturalización de un lenguaje jurídico que actuaba a la manera de un *habitus* estructurante de las representaciones histórico-sociológicas para los juristas.[55] Esta operación radical compuso un rechazo a una forma de hacer historia, que fue caracterizada como una «dogmática retrospectiva» que, por medio de unos cuadros institucionales retro-proyectados, generaba en el lector jurista una paz anacrónica. Esta narrativa jurídica se respaldaba en lo sabido (la dogmática) y en lo presupuesto (el Estado) suprimiendo la duda y apoyando legitimidad del orden jurídico del presente, teleológicamente representado como culminación evolutiva, y sobre el cual convergían las miradas (algunas inocentes, otras no tanto) del estudiante y del profesor de derecho.[56] La herramienta para desandar aquel sentido común, naturalizado y extendido en el *milieu* jurídico, fue la historización de los conceptos claves que estructuraban la narrativa dogmática para exhibir no sólo la ausencia de Estado, sino también demostrar la operación mitológica acerca del derecho antiguo. Es que si se temporalizaba y se mostraba lo arbitrario histórico-social del derecho, se abría una puerta a reconocer un otro modo de producción jurídica, hallable en el pasado y propositivo hacia el futuro. En ese acto de tamiz entre sociología y la ciencia jurídica esta historiografía también devino «política del derecho –historia mediante–».[57]

Fue así que la crítica de la historia del derecho no se propuso encontrar una *Verfassung* política para justificarla mediante la historia, más bien todo lo

54 En torno a la obra de Clavero, Petit, Hespanha y Grossi, sigue siendo imprescindible el trabajo de Vallejo (2014) 81–120.

55 En los tres casos mediante la historización emprendida por Hespanha, Clavero y Grossi, se propuso desandar la historia académica para poner en evidencia el habitus que pareciera funcionar a nivel inconsciente en la academia. Vale recordar a Bourdieu: «El inconsciente […] no es más que el olvido de la historia que la misma historia produce, realizando las estructuras objetivas que engendra en esas cuasinaturalezas que son los habitus», Bourdieu / Wacquant (2005) 200.

56 Garriga (2004).

57 Vallejo (2014) 83.

contrario: quiso descubrir una cultura jurídica que había quedado obturada entre el anacronismo de un legalismo estatalista reductivo y una historia social-estructural, de tintes anti-jurídicos. Esta tensión ha sido ampliamente estudiada y con tanta historiografía, que no vale volver una vez más sobre este punto.[58] Entonces, lo que aquí se propone es otra lectura que exprese cuál es la base teórica-jurídica que habita en la historia crítica del derecho, cuestión nada novedosa, pero que se vincula con el problema de las instituciones, los conceptos jurídicos y su teoría. Esas dimensiones son fundamentales para una crítica conceptual del constitucionalismo y para develar así los nuevos caminos que, *desde* la historia crítica, constituyen la disciplina en la Argentina.

a) De la historia del derecho a las instituciones: Hauriou de por medio

Si bien los autores de esta escuela crítica leían variaciones teóricas que iban desde Althusser hasta Luhmann, no puede negarse que el uso de la teoría jurídica servía como un doble dispositivo de traducción y legitimación de la teoría social a un ámbito jurídico desconfiado de tanta teoría, sobre todo del marxismo. Estas lecturas fueron una constante en la obra de António M. Hespanha, quien buscaba diversas teorías para aplicar a la historia jurídica dislocándola de su cerramiento dogmático. De manera que al mismo tiempo que estudiaba las fuentes de jurisprudencia medieval y los archivos, leía teoría social contemporánea.

El primer nivel de actuación fue crítico. Enfocándose en comprender el proceso histórico de conformación en la enseñanza del derecho, que se nutría principalmente de una historiografía estatalista, deconstruyó al *homo academicus* jurídico que resultaba de dicho saber. El problema era claro: la historia del derecho en Portugal había sido siempre bifronte y coordinada. El legalismo estatalista la llevó a concentrarse en lo «oficial» y desatender toda forma de producción jurídica que no fuera «Estatal». De este modo, se recortaba el objeto de estudio: Derecho = legalidad Estatal. A su vez, la metodología aplicada a ese objeto era el espejo operativo de una *jurisprudencia de conceptos*, que la hizo derivar en una *Dogmengeschichte*, interesada en analizar un instituto jurídico del presente y rastrear su genética en experiencias pretéritas, que se acoplaban evolutivamente y sin solución de continuidad.[59] De

58 Grossi (1986); Clavero et al. (eds.) (1990); Sordi (2013).
59 Hespanha (1981) 432, (1996) 13–16.

allí provino una crítica al uso ideológico del concepto Estado como un ente abstracto, absoluto, trans-histórico y que había sido presentado como consecuencia del despliegue de la razón jurídica. Aunque para Hespanha, no bastaba con decir que no había Estado en el pasado. Ello así, porque la pregunta no era sólo historiográfica, también se vinculaba al campo de las ciencias de la educación.[60] Su principal objetivo fue desestructurar un modo de lectura que naturalizaba el presente con asiento en un pasado imaginario evolutivo. Una perspectiva que cegaba toda otra forma del quehacer jurídico, de un derecho de base social y de unas prácticas normativas que, por negociales, no respondían a la fantasía del monopolio de la violencia legítima.[61] La apuesta fue, entonces, siempre más radical: una metodología inclusiva de una política del derecho que permitiera pensar *otro* derecho también en el presente.[62]

La analítica del primer nivel educativo-discursivo del derecho y su historia invitaba al despliegue de una estrategia: ¿cómo oponerse a la mirada tradicional del *cursus honorem* educativo sin salirse del campo de actuación histórico-jurídica? Dicho de otra manera, ¿cómo verter toda la teoría de las ciencias sociales en una historia jurídica tradicionalmente sometida a la dogmática? La teoría de las instituciones sirvió como recurso conectivo a los efectos de, luego, despejar el campo. Maurice Hauriou en tanto que jurista, enseñado incluso en la actualidad al momento de pensar las instituciones del derecho comercial y administrativo, brindaba una seguridad y confianza en el lector jurídico, pero también permitía, a través suyo, descargar todo el

60 Hespanha (2004).

61 La fantasía del «Monopolio de la violencia legítima» (con sus derivas de coerción, fuerza, potestad punitiva, que suplantan a violencia) es un registro convincente, aunque ficticio, que explica la operatividad del derecho. No sólo sirve preguntarse por el Estado, también cabe cuestionar: ¿qué se entiende por derecho? Sobre este sentido común que termina asociando Estado a Poder y que proviene del lenguaje de la *Staatslehre*, Grimm (2013).

62 Esta hipótesis se desprende de la lectura atenta de «Sabios y Rústicos» de Hespanha (1993) notas 11 y 13, en que no sólo intenta superar los tipos ideales weberianos, sino que observa en la sociología jurídica de Boaventura de Sousa Santos la experiencia contemporánea de un derecho «no oficial» –Sousa Santos lo llama «parallel legality»– en una favela de Río de Janeiro llamada, por mor antropológico de ocultar el agente / espacio de trabajo, «Pasagarda». Es fundamental entonces, el correlato sociológico-histórico y la historia *es* crítica porque descubre fantasmagorías narrativas que obturan la mirada sobre experiencias concretas de la praxis jurídica. Frente a estatalismo emerge el pluralismo jurídico, la multinormatividad, etc., Hespanha (1993) 17–60; Santos (1977) 5–126.

arsenal teórico de la sociología del derecho: pluralismo jurídico, derecho no oficial, saberes sin Estado, etc. Ello también se vio facilitado debido a un cambio de nominación de la materia que dejó de ser historia del derecho y pasó a llamarse historia de las instituciones.[63]

En su *História das Instituições* de 1982, Hespanha opone al positivismo legalista, al positivismo conceptual y los iusnaturalismos, otra tradición de pensamiento (de más de un siglo) que, en lugar de mirar el sistema jurídico, atendía la «reglamentación de la vida que arranca de esa misma realidad». Señalaba que el concepto de

> Instituição (lançado por M. Hauriou e vulgarizado pelas escolas sociológicas, sobretudo francesa e italiana) procura precisamente traduzir, de forma um tanto oscilante, esta ideia de um *sistema de normas jurídicas incarnado na realidade social*, de uma *estrutura social organizada pelo direito de modo tão íntimo e indissociável que o «momento normativo» não pode ser isolado da realidade sociológica que enforma sem que, por isso, resulte incompreensível.* 'Uma instituição –escreve M. Hauriou *(Théorie de l'institution. Essai de vitalisme social)*– é uma ideia de empreendimento que se realiza e dura jurídicamente num meio social; para a realização desta ideia, organiza-se um poder que lhe procuram órgãos próprios; por outro lado, entre os membros do grupo social interessado na realização da ideia produzem-se manifestações de comunhão dirigidas pelos órgãos do poder e reguladas por regras de processo'.[64]

La teoría de las instituciones (jurídicas) fue una herramienta conceptual que insufló el aire de la vía sociológica a la razón del derecho. Con este nuevo aire se comenzó a resquebrajar, desde el interior, la máquina académica productora de sentido jurídico. Al dar prioridad a lo jurídico institucional se abría la puerta a la teoría sociológica (jurídica) tan cara a la obra de Hespanha. Entre otros, puede verse la influencia fundamental de la teoría sociológica de Georges Gurvitch, de quien surgía, junto con Ehrlich, la idea del pluralismo jurídico. Mediante el abrazo de los mencionados autores, Hespanha logró una reversión de la mirada sobre el derecho y rodear el pretendido monopolio oficial estatal-legicéntrico, a fin de imponer en su lugar una perspectiva abierta a reconocer centros y periferias, producción de derecho no *savante*, prácticas jurídicas más que leyes, discursos de jurisprudentes más que actos estatales, etc. Esta inversión se ve confirmada en un texto que ha devenido clásico en la disciplina: *Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*. Allí la teoría institucional está cifrada como crítica Estatalista:

63 Hespanha (1984), (1986).
64 Hespanha (1982) 14.

> Hasta finales de la década de 1950, la historia del sistema político estaba dominada por las concepciones positivistas estatalistas, sistematizadas a finales del siglo pasado por Jellinek […] Como en el dominio de la propia teoría política, en la historiografía el «paradigma estatalista» entra en crisis a partir de la última guerra de forma ostensible. [y en la nota nro. 9 indica:] El primer factor de crisis se formó por la influencia del pensamiento anti-positivista-legalista de comienzos de este siglo en la teoría política y en la juspublicistica (sobre todo con H. Heller, A. Weber, C. Schmitt, M. Hauriou, L. Duguit y Santi Romano) destacando el carácter «pluralista» de la distribución del poder y su radicación en «instituciones» autónomas en relación al Estado.[65]

La teoría de la institución introdujo *lo social*, tanto en su aparato teórico sobre el pluralismo jurídico (frente al modelo estatalista) como en su interés pragmático-metodológico por establecer un «campo de observación de la práctica social e institucional del poder político».[66] Esto cambiaría radicalmente las cosas con respecto a la lectura que luego se tendría de Brunner, puesto que, en primer lugar, se desbarataba lo político en su estructura amigo-enemigo (habitante de lo constitucional) como política del derecho, y en cambio se recostaba sobre un pluralismo jurídico de base histórico-social.[67] Asimismo, al recuperar a Hauriou y a Santi Romano se rodeó la lectura interesada del institucionalismo de Schmitt.[68] En segundo lugar, el dinamismo de la teoría institucionalista le proveyó una nueva productividad, ya que con junto a las categorías sociológico-antropológicas, la historia jurídica percibió lo jurídico como un constructo opuesto al subjetivismo propio de la teoría liberal-positivista. De este modo, se hallaron órdenes jurídicos plurales que rehusaban la precomprensión generalista y aplanadora del fenómeno jurídico, inspirada en una mera sumatoria de individuos vinculados por un contrato. Se devolvía, de esta manera, un espesor histórico a la formación de los campos que luego serían regulados por el derecho, y se preguntaba: ¿Qué derecho era éste?

Lo supraindividual era material de indagación no sólo por parte de la teoría institucional, sino que también, gracias a la sociología jurídica, permitió una atención a lo social plural. En lugar de estimular las ideas de la

65 Hespanha (1989) 24–25.

66 Hespanha (1989) 10.

67 Hespanha (2002) 38–42. Es social, por dos razones, la primera en cuanto que la crítica al positivismo jurídico en la historia (estatalismo y *Dogmengeschichte*) decanta en una teoría social y no en una teoría de lo político a la Schmitt. Esto está relacionado con la recuperación de la sociología jurídica y del pensamiento institucional de raíz francesa que elude los elementos problemáticos de la obra de Brunner.

68 Salvatore (2018).

unidad política como la sumatoria de individualidades tal como predicaba el *modus* liberal-clásico, reaparecieron los grupos, los estamentos, las solidaridades, con el cuidado de no alentar, por ello, los modelos de un ordenamiento total. La sociología y la teoría institución *tamizaron*, entonces, a Brunner y la recepción fue del todo diversa. Asimismo, la llegada al archivista vienés estuvo mediada por la lectura / reinterpretación que estaba produciendo contemporáneamente la izquierda italiana, que alentaba una filosofía política diversa que funcionaba como *otra* causa de lectura.[69]

Fue así que, corrido el velo de la escatología estatalista la historia crítica pudo hallar lo social más que «lo político», aquí sí en términos constitucionales schmittianos. En una palabra, fue la teoría jurídica de la institución la que permitió el acceso a reconocer una organización político-jurídica diversa: aparecía la familia, la casa (la gran influencia de Brunner), la *iurisdictio* como lenguaje privilegiado, la religión-teología, la moral-derecho, los formularios, el saber-hacer local, etc. La categoría metahistórica de institución devolvía la imagen de un derecho que habiendo surgido desde lo social (con una mirada más sociológica) conectaba muy bien con las nuevas historiografías, sobre todo latinoamericanas, producidas desde la historia social. De allí, la cita ubicua que produciría la obra de Hespanha por los historiadores sociales de la historia política y derivadas en Latinoamérica. El desarrollo de esta nueva historiografía de historiadores sociales, que se mostró más cómoda en la historia crítica del derecho, evidencia el distanciamiento de la matriz jurídica clásica. Irónicamente, el efecto de sentido de esta *distinción* marcó también los límites de la historiografía crítica, volviéndose cosa de historiadores, al tiempo que se reforzó por la vía de su exclusión –por cuestiones de campo– una historia del derecho más adecuada a los fines propedéuticos de la dogmática jurídica.[70]

69 Además de la teoría institucional, la lectura primera de Schiera fungió como un impulso para leer a Brunner de otro modo, Hespanha (2002) 35.

70 El ejemplo radical de la influencia de la historia de juristas y la historia de historiadores del derecho puede verse en la historia del derecho administrativo. Por un lado, se puede observar la recepción exaltada y extendida de *La lengua de los derechos* de García de Enterría para los juristas; mientras que, por otra parte, los «historiadores» recurren a los trabajos de Garriga (2004) 9 nota 37, y Lorente Sariñena (2008). Esto permite postular algunos límites de la historia crítica al interior del campo jurídico, que no es despreciable para pensar la sociología del saber jurídico como *habitus*.

b) Historia del derecho y antropología jurídica: extrañamiento y temporalización

Según pudo apreciarse, el contexto de producción de una historia del derecho, que devino crítica, se tensaba en la relación compleja entre historia social e historia jurídica. Para Clavero el nuevo nombre que, en 1954, asumió la antigua «historia general del derecho» en Francia, que pasó a llamarse «Historia de las instituciones y de los hechos sociales», era síntoma de un (des)encuentro.[71] El cuadro sociologizante de la historia social había acorralado con muchos argumentos y pocos resultados a una historia del derecho acusada de cerrarse en la dogmática, y desatendió la experiencia social. La respuesta fue una pregunta radical por el estatus de la disciplina a fin de observar qué era lo específico de la historia jurídica, irreductible a lo social y, por lo tanto, si acaso necesitaba de objetos, metodologías y lenguajes propios. Si la respuesta de Hespanha anti-estatalista había sido cultural-institucional, la de Clavero compartía la crítica de la teleología estatal, volcándose más sobre el primer factor: el antropológico.[72] Afirmar esto último implicaba recuperar algunos elementos de su planteo, con el fin de evitar las confusiones que a menudo se presentan frente a los antropólogos –jurídicos– del sur del continente americano.

El anti-estatalismo y la dimensión antropológica son correlativos. El primero es síntoma y la segunda una propuesta que surge de la crítica a un anacronismo, que transporta el concepto de Estado Moderno –«una entelequia»– a un universo articulado lingüística e institucionalmente de una forma radicalmente diversa. Esta operación permitió un desacople hermenéutico que se había tornado insostenible. La denuncia era a Maravall, puesto que en su figura se concentraban todos los tics de un Estado que, sin haber sido, era hallado por todas partes, como un efecto de sentido de una precomprensión estatalista.[73] El segundo movimiento –antropológico– pretendía distanciarse del aparato conceptual decimonónico, dado que había

71 Clavero (1974) 241.

72 La investigación antropológica posee el nombre de «Antropología Jurídica europea en la Edad moderna», que por su situación geográfica terminará en una Antropología católica. Dos obras que marcan el itinerario son: Clavero (1986a), (1991).

73 Clavero (1981a) 43–57.

sido la herramienta que habilitó una inadecuada fusión de horizontes comprensivos.

Para salir de aquel callejón historiográfico-dogmático, Clavero propuso una doble operación metodológica al convertir la historia en antropología jurídica.[74] La primera fue ubicar una frontera que condescendiera a un efecto de distanciamiento o extrañamiento *(Verfremdungseffekt)* del corazón estatal.[75] La hiancia abierta entre el vacío de las fuentes en torno al significante «Estado» y el uso desproporcionado de la narrativa historiográfica habilitó una segunda operación destinada a desempolvar esa lengua nativa propia del orden jurídico premoderno. Esta última, claramente, componía una voz extraña al positivismo jurídico de crianza y a los conceptos historiográficos deshistorizados. Estos habían devenido categorías metahistóricas capaces de otorgar verosimilitud a la trama, aunque alejados de los lenguajes de las fuentes. La ruptura diacrónica fungió entonces, como mecanismo delimitador de universos incomunicados y debidos de traducción. La apuesta central fue pronunciar una *discontinuidad* de lenguajes y conceptos.[76]

Con este gesto no sólo se evitaba el anacronismo, sino que también se impulsaba un cuestionamiento acerca del *momento efectivo de la ruptura*, que residía en los presupuestos gnoseológicos para el despliegue de una metodología crítica. En este punto hay un *topos* central que une la historia jurídica crítica con la *Begriffsgeschichte* alemana, ya que Clavero concibió al ciclo de revoluciones burguesas como el momento de un progresivo quiebre –con las temporalizaciones propias de las estructuras institucionales jurídicas– con respecto el mundo pre-moderno.[77]

74 Un resumen de esta posición: Cardim (2019).

75 Clavero (1986a) 2.

76 La antropología de Clavero es una reflexión sobre la discontinuidad y la otredad que encuadra la experiencia premoderna con respecto al lenguaje jurídico-político del historiador del derecho contemporáneo. Es, según nos dice Jesús Vallejo, más una actitud (una mirada que introduce escisiones en el continuum soñado de la historiografía institucional clásica) que un método en sí. Vallejo (2014) 103. Para los antropólogos interesados en una metodología antropológica aplicada a la historia del derecho –aunque mediada por la obra de Pierre Bourdieu–, se debería ir a Scholz (1986).

77 A diferencia de aquellos que encuentran la estructura lógica de la tradición jurídica occidental en el siglo XII, la escuela del *Pensiero Giuridico Moderno* no deja de advertir sobre el establecimiento de una modernidad (con estructuras temporales diversas, con el problema de la continuidad –mediante– durante las revoluciones de los siglos XVIII y XIX). A partir de las revoluciones se vuelve un punto en común con la *Sattelzeit* propuesta por el *Lexikon*. De

La temporalización resultó en una metodología interesada por alumbrar paradigmas y racionalidades diversas a la del *homo oeconomicus*, que animaba la pluma de los autores contemporáneos.[78] Clavero dispuso de un material de estudio tendiente a encontrar otras formas de relación jurídica, que emergían claramente en una fuente que había estado bastante desatendida por mor de atención al legicentrismo: la literatura jurídica.[79] Se descubrió, entonces, un universo simbólico que exhibía la vacancia del significante primordial Estado, pero no por ello caía en un caos lógico-conceptual. En su lugar, un sistema coherente hablaba de *status, iurisdictio* y *oeconomia* como elementos estructurales de una particular cultura jurídica (católica), donde lo doméstico y judicial eran parte de la configuración institucional y el amor, la justicia, la *amicitia* conceptos transversales de lo jurídico.[80] Fue, entonces, que al interior del espacio renovado, mediado no pocas veces por Brunner, surgiría un universo sin subjetivismo jurídico, sin pares conceptuales como Estado-sociedad y que presentaba en su lugar: oficios, corporaciones, pueblos, justicia y gobierno, lógicas de don y contra-don (antidorales), etc.

Sin embargo, este hallazgo no impuso una propuesta política constitucional de una *Herrschaft* trasnochada como había ocurrido en el caso de Brunner. En su lugar llegó al siglo XIX y XX por otro camino. Es que si se encuentra un universo sin Estado se puede pensar también en herencias veladas por la formación de un derecho nuevo, más cercano en el tiempo, aunque todavía opaco a una lectura históricamente situada. Allí, Clavero comenzó a presentar a la Constitución, en una cifra que dejaba de lado la apología liberal clásica, y se acercaba al encuentro –al pasaje– entre un orden de discurso y otro.[81] Este *otro* se volvía sobre el lenguaje constitucional del presente y aportaba más interrogantes que soluciones. Es decir, la lingüisti-

allí que no sea extraño encontrar en ese axis un campo productivo de conflicto entre tradiciones historiográficas. La discusión central se ha dado, sobre todo, en base al libro de Harold Berman: *Law and Revolution*. Sobre este tema es fundamental la reseña de Clavero (1986b). Este punto de encuentro no debe imponer la idea de que la teoría koselleckeana es de influencia directa en la Historia crítica del derecho. Llegan a un mismo puerto por diferentes canales.

78 Clavero (1981a).

79 Martínez/Agüero (2008).

80 Sobre este punto dos artículos: Clavero (1989a), (1993–1994). Para esta revisión interesa la cita a la entrada «Familie» de Schwab (1979) que se cita en dicho texto. Ver Clavero (1991) nota 94.

81 Clavero (1997).

cidad que habitaba al jurista contemporáneo, y que era un trauma constitutivo que impedía el conocimiento directo de la fuente, sería problematizado mediante un estudio pormenorizado de la «lengua y la cultura constitucional». El círculo cerraba por lo constitucional, pero no para hallar lo político a la Brunner, sino con el fin de reconocer el efecto de sentido constitucionalismo y la sombra tutelar administrativa que se escondía entre sus pliegues.[82]

La llegada al constitucionalismo como discurso estructurante de la modernidad, sólo hallable a partir del ciclo revolucionario de finales del siglo XVIII, impedía una transposición a otros tiempos pasados en busca de antecedentes. Se rompía con ello la teleología propia de los constitucionalistas y, al mismo tiempo, se indicaba que por más *Declaraciones* que hubiese la cuestión se cifraba en el modo de lectura, que debía partir *desde* la tradición jurisdiccional. Así, los universalismos de la ilustración podían figurar en textos y su extensión se reducía al paisaje hermenéutico proveniente de una lectura tradicional. Esta última implicaba una reducción de sentido impuesta por la oeconomía católica que, al operar como cifra de lectura, consolidaba sistemas patriarcales de orden, establecía dispositivos de invisibilización y represión generalizada de pueblos originarios y construía saberes expropiatorios de culturas y tierras.[83] La historia jurídica crítica localizaba un nuevo problema irreconciliable con la trama narrativa del constitucionalismo de derechos y garantías, que se auto-representaba como un extendido proceso de liberación de los pueblos. Esta mirada invitaba a un nuevo efecto de extrañamiento, esta vez con respecto al presente constitucional español, y también, sobre todo, al latinoamericano.

c) Mientras tanto … en Alemania y Francia: ¿Semántica o pragmática histórica?

En función de los contextos, saberes e intereses, los senderos brunnereanos se bifurcaron. Mientras que a nivel de la historia política *tout court* los aportes de Brunner se volvieron sobre la discusión conceptual e incorporaron los problemas de la hermenéutica de Gadamer, que llevarán sus problemas hacia

82 Clavero (1995).

83 Clavero (2016). Como puede verse, las influencias de Brunner también importaron para pensar la lógica instituyente del poder constitucional, y no sólo en la historia social, donde se colocan las razones de la familia. Ver también Portillo Valdés (2016).

la metaforología de Blumenberg, entre otras vertientes contemporáneas. Finalmente, antes de ingresar a la historia del derecho y su vertiente conceptual es destacable el cruce entre historia conceptual y filosofía, que permitiría la radicalización de la filosofía política en la escuela de Padova, con Giuseppe Duso a la cabeza. En efecto, la enseñanza de Duso constituyó un pilar en el cruce de filosofía política e historia jurídica, que posibilitó pensar otras formas de organización políticas, a partir de la exhibición de las aporías internas al discurso moderno. En ese sentido, produjo un gesto antropológico en la alternativa política.[84] Una historia de las resonancias del pensamiento de la escuela de filosofía de Padova resta por hacerse.[85]

Sin embargo, cabe resaltar que en los autores de la ius-historia crítica la historia fue más constitucional que conceptual, y esta última se degradó a herramienta heurística. Puede observarse que la *Begriffsgeschichte* ha sido atendida más por sus aportes puntuales, como se advierte en las citas del *Lexikon* que ilustran los diversos ensayos historiográficos de Clavero y Hespanha, que por el aparato teórico desplegado por Koselleck. Esto sucede dado que el interés por Brunner vino más por la crítica radical al concepto de Estado y a la narrativa liberal clásica, que por la cuestión metodológica del lenguaje de las fuentes. La cuestión de la semántica histórica devino así cara a la historia crítica del derecho.

Una parte de la historia del derecho público alemán produjo una crítica a Brunner y a Koselleck, posiblemente por su simpatía schmittiana. Es que el pasado reciente hacía muy difícil que fueran aceptados a los efectos de construir una tradición intelectual propia. En ese sentido, el campo histórico jurídico del derecho público alemán –marcado por Stolleis– no fue permeable a las precisiones de la semántica histórica, y se volcó, en su lugar, a la dimensión pragmática del discurso en su versión wittgensteineana o al estilo de Cambridge. Es que esta perspectiva habilitaba de manera más holgada describir la praxis histórica de un campo de saberes constituido por la lógica de la disputa, que se reconoce en las argumentaciones tanto de las fuentes judiciales como de la retórica jurisprudencial. Existen dos ejemplos fundamentales que refrendan la lógica pragmática y que provienen de la historia

84 Duso (1998), (2015).

85 La deuda de este escrito con la enseñanza de Duso supera lo consignable en un escrito. Sin embargo, dado el carácter personal de dicha experiencia, se busca no sobredeterminar la influencia hacia otros autores del campo histórico-jurídico.

del derecho público (alemán y francés). Argumenta Stolleis, en franca oposición a la *Begriffsgeschichte*:

> Para la historia del derecho, la asimilación que puede observarse en los años sesenta del siglo XX de la frase de Wittgenstein «el significado de una palabra es su uso en el lenguaje», representó la oportunidad de liberarse del siglo XIX y avanzar hacia una «historia del derecho sin metafísica». […] La distinción categorial entre palabras y «conceptos» (sea en el sentido de un lenguaje conceptual preciso, sea en el sentido histórico-contextual de Reinhart Koselleck) pierde su significado. No existe, por tanto, una clase de palabras de mayor dignidad que podamos denominar «conceptos»; porque también los conceptos son palabras dependientes del contexto y necesitadas de interpretación.[86]

En el mismo trabajo puede apreciarse que Stolleis no tiene reparos con el proyecto filosófico de Joachim Ritter *(Historisches Wörterbuch der Philosophie)*, pero sí con el *Lexikon* de Koselleck. Se atiende de esta forma a una división en el campo de trabajo, donde lo filosófico no produciría problemas, siempre y cuando se mantuviese al margen de los estudios históricos. En este último campo, la ruptura con el siglo XIX recayó en la necesidad de comprender ya no sustancias, sino el orden del discurso jurídico a la luz de las experiencias locales de la práctica jurídica. Es a partir de esta metodología, que el concepto –cargado de historia– deviene preocupante, no así la palabra involucrada en un juego de lenguajes al interior de una disputa de poder. El punto radical de crítica de la historia constitucional se manifiesta en la tendencia a describir una sustancia propia del ser nacional –un *Wesen*–, alarmante por los usos del pasado en la escuela histórica y en la historia constitucional brunnereana.

Similares críticas pueden apreciarse en la historiografía del derecho público francés. Michel Troper señalaba, en efecto, que más que con los conceptos jurídicos de lo que se trataba era de atender al contenido jurídico de una institución, en el momento de la aplicación concreta de la palabra, que refiere a los elementos temporal y espacialmente situados y que no eran abarcables por una historia del concepto.[87] La deriva resultó en una pragmática del lenguaje, con resonancias sociales en relación a los poderes simbólicos que acompañan esos usos. Es dable encontrar aquí una historia del saber jurídico y de una antropología que invita a observar los rituales de pasaje, las formas allende el contenido y que pueden, también, decantar en

86 Stolleis (2009) 14–15.
87 Troper (1992).

una sociología histórica del derecho según proponía Johannes-Michael Scholz.[88]

Sólo algunos autores han abrazado el credo de la historia conceptual para la historia del derecho público en Alemania. Vale remarcar los trabajos de Heinz Mohnhaupt, Dieter Grimm y los ensayos clásicos de Böckenförde, quienes fueran profusamente leídos en España y Portugal. Ello permitió el ingreso de la perspectiva histórico-conceptual en el pensamiento jurídico constitucional.[89]

Mientras que en la Argentina la historia constitucional estaba tradicionalmente ligada a una suerte de historia nacional, de análisis de conflictos y tratados que antecedían a la Constitución como texto fundamental. En otras latitudes la historia del derecho constitucional fue el campo de acción de un profundo debate sobre conceptos, palabras, teorías y silencios constitucionales, con un balance que no es nada pacífico. Recientemente la historia jurídica argentina, sin descartar la importancia clave de las obras de referencia clásicas de la materia, ha presentado mucha comodidad en la revisión de las dimensiones semánticas y pragmáticas. Esta última instó a introducir elementos destinados a una historia constitucional, que encontró en la irrupción de la historia conceptual un amplio campo de trabajo. De allí, que en este trabajo se pretenda analizar unos conceptos clave del constitucionalismo (Constitución y Arbitrariedad), bajo estas nuevas premisas que aporta la historia conceptual, que busca llegar a una historia conceptual del derecho constitucional argentino, con unos resultados que aún están en ciernes.

4. Historia constitucional *desde* la historia crítica del derecho

Hasta aquí se ha propuesto una revisión y genealogía epistemológica del debate histórico-constitucional. El ingreso por la vía alemana intentó presentar una hipótesis de lectura y un caso de estudio, que exhibe la importancia de inquirir sobre la espinosa relación entre teoría jurídica, conceptos constitucionales y narrativa historiográfica. Pudo observarse entonces, cómo el concepto de «Constitución» se estructura, siempre, a partir de una disputa política que define qué es el «orden» –jurídico, político, sociológico, etc.– y cómo, a su vez, esta tensión vuelve sobre la narrativa histórico-constitucio-

88 Scholz (1988).
89 Böckenförde (1991); Grimm (1991); Mohnhaupt (2000a).

nal y configura su objeto de estudio. En resumen, la *historia* constitucional se localiza al interior de un proyecto jurídico-político que condiciona, a su vez, la construcción del objeto de investigación, a partir del concepto de Constitución que le provee la teoría jurídica. El punto final es su institución como narrativa oficial del proyecto instaurado, que funge como legitimación última de una determinada cultura de orden. De allí, la importancia de su enseñanza en las facultades de derecho.

Como representantes de esa relación existen dos vertientes que se han desarrollado desde finales del siglo XIX hasta el presente. Por un lado, la liberal clásica que trabaja a partir de un concepto de Constitución en términos de documento escrito *(Konstitution)* con un núcleo deóntico, compuesto por una declaración de derechos y la división de los poderes, de donde se recorta un objeto de trabajo que se nutre de unos antecedentes documentales seleccionados. Estos últimos son para el historiador una expresión embrionaria de variados elementos que culminan en la institución constitucional del orden. Los Pactos, Tratados, Constituciones provinciales y proyectos se vuelven la materia fundamental que habilita el despliegue del estudio político-institucional, todos articulados como un discurrir de larga duración hacia el triunfo de la «Constitución». En esta perspectiva, la legitimidad constitucional –su triunfo– se organiza por medio de una contraposición con el concepto de «arbitrariedad». Concepto límite bajo el cual coaguló todo lo no deseado del proyecto constitucional decimonónico: falta de seguridades, mandatos ilimitados, poderes absolutos, potestades basadas en la fuerza y un largo etc. El maniqueísmo propio de esta narrativa se estructura como un pasado arbitrario que merece ser dejado atrás a la espera de la felicidad constitucional del progreso futuro. Dado que la forma constitucional posee siempre un *telos* inacabado, su esperanza de satisfacción nunca acabada se legitima por contraste al pasado tumultuoso.

Por otra parte, en la década del '20 y '30 del siglo XX emergió otra historiografía que funcionaba sobre el concepto de «Constitución material», que ya fue anticipada por Lasalle y Hegel. Este nuevo significante fue obliterando el formal-deóntico e indicando, a la vez, que un pasado sin texto constitucional vigente no determinaba, necesariamente, la anarquía y el caos. No habría un solo camino, ni una sola cultura del orden. Fue así que se impugnó la causa justificatoria del despliegue constitucional liberal, que se había presentado a sí mismo como una superación de un pasado sumido en la «arbitrariedad». En efecto, en la narrativa post-weimariana no sólo existían

otros elementos que, en su materialidad, eran estructurantes del orden *(Verfassung)*, sino también se indicaba que la anarquía y el caos denunciados como estados políticos de la arbitrariedad eran, más bien, el resultado de una mala historiografía que retro-proyectaba conceptos anacrónicamente. De este modo, se criticaba el juzgamiento producido a partir de la extrapolación de los principios estructurales del liberalismo hacia el pasado.

Este era el carácter más radical de la teoría del orden concreto. Aquí la mirada sobre lo político-social representaba una alternativa al liberalismo constitucional. Tanto en el caso de la *Teoría de la Constitución* de Schmitt, pero también en las obras de Maurice Hauriou, Santi Romano, Costantino Mortati, etc., la dimensión institucional significaba una respuesta epistémica a las limitaciones conceptuales que la crisis del liberalismo decimonónico había puesto en evidencia. Ahora bien, con el fin de la segunda guerra mundial la restitución del concepto de «Constitución» tradicional liberal deóntico se impuso al reintroducir el concepto de arbitrariedad, aunque con otro contenido imaginario-simbólico. Efectivamente, a través de la imputación del carácter arbitrario de las prácticas constitucionales de una *Verfassung* políticamente ilimitada, generada por el orden concreto, se podía expresar la necesidad de una Constitución escrita con las garantías liberales. Esta vez, no se fundaba en una retro-proyección de categorías hacia el pasado medieval, sino de la reciente e inefable experiencia de los regímenes Nacionalsocialista, Fascista italiano y demás formas de totalitarismo.

Esta dimensión ético-política fue central para modificar los principios estructurales del constitucionalismo, los cuales giraron hacia una faz ético-moral, cuya dimensión político-institucional permitió el despliegue de la política de derechos humanos, el establecimiento de Cortes Constitucionales, Internacionales de Derechos Humanos, etc. Si en el campo jurídico-político la re-estructuración supuso una clausura de las experiencias políticas reflejadas en las teorías constitucionales schmittianas, ello no inhabilitó la valía de la crítica historiográfica efectuada en las sombras del mismo proceso político. Entonces, promovida por la nueva historia social, la historia crítica del derecho, la historia conceptual y la filosofía política desde el campo académico, se deconstruyó críticamente el entramado narrativo de la Nación y el Estado del siglo XIX. Evidentemente, que hoy puedan reconocerse las debilidades teórico-conceptuales de la historiografía jurídica es síntoma de un quiebre en la consideración de la historia constitucional, que si bien fue forjada en los debates metodológicos de la década del '30 del siglo XX no por

ello contamina el potencial analítico. Subsiste la metodología histórica libre de un proyecto político que la incardine ubicuamente. Este proceso ha sido descripto como una profesionalización de la historia que divide las aguas entre la historia de constitucionalistas y la historia de historiadores del derecho, conceptuales, etc.

En síntesis, la genealogía aquí emprendida devolvió varios elementos a examinar. El primero es que la espinosa relación genética entre historia conceptual y la historia constitucional se ha visto alivianada por el beneficio de inventario producido por la historia crítica del derecho, a partir de la década del '70 del siglo XX. Con una lectura impulsada por la sociología jurídica, la historia social y la antropología se logró reactivar eficientemente el aparato crítico histórico-conceptual librado de compromisos políticos insostenibles. El segundo elemento lo compone el viraje efectuado con respecto a las preguntas básicas a realizarle al constitucionalismo en tanto que discurso históricamente situado en general, y a la historiografía constitucional de juristas en particular. Estas pueden resumirse en: *a) una crítica historiográfica*: la imposibilidad de sostener una mirada teleológica-evolutiva como móvil del despliegue de la razón constitucional; *b) una crítica antropológica*: la figuración del pasado como un mundo de anarquía-caos o un reino de la arbitrariedad devienen indefendibles según los estándares de la práctica historiográfica, al tratarse de un anacronismo producto de la extrapolación del orden significante que organiza el universo simbólico del que juzga. Esto es, la operación crítica descansaría sin miramientos sobre el carácter contingente de los lenguajes, las instituciones y las prácticas del tiempo analizado; y *c) una crítica política*: el constitucionalismo en tanto que movimiento es un fenómeno de los siglos XVIII–XIX que respondió a los valores del proyecto jurídico-político de la modernidad ilustrada. Sin embargo, bajo su paradigma igualitario-universalista en la teoría se desplegaron prácticas de gobernanza establecidas en exclusiones, represiones y que coadyuvaron a consolidar órdenes oeconómicos herederos de una matriz colonial.

La creciente influencia de esta historiografía en la Argentina ha comenzado a criticar ciertas cristalizaciones de sentido del paradigma de la historia constitucional tradicional. No sólo al ubicar los tópicos y figuras de la narrativa histórica, sino también al hacerlas brotar desde el silencio al que habían sido enviadas, por efecto de la rotulación como «arbitrariedades», de determinadas instituciones políticas que guiaban el quehacer político-jurídico de los actores del pasado. Este ejercicio ha producido, recientemente, un debate

en el campo de la historia constitucional argentina con resonancias que remiten a los efectos de la crítica metodológica aquí revisitada. Vale aproximarse a esta cuestión entendiéndola como un precipitado de la teoría jurídica e histórica en la práctica historiográfica para hallar el objeto de estudio aquí bajo análisis: los conceptos de Constitución y arbitrariedad en las narrativas históricas del constitucionalismo argentino.

Capítulo II
¿Antigua Constitución o Gobernanza Doméstica? Conceptos y categorías en la nueva historia político-constitucional Argentina

Para los juristas interesados por la historia se ha producido recientemente un debate en el que reaparecen las problemáticas gnoseológicas del uso de conceptos jurídicos del derecho público en la reconstrucción del pasado. Esto, precisamente, se enmarca en la dimensión historiográfica del Constitucionalismo. Pero este estado de la cuestión, por su novedad, permite reconocer también el modo en que había operado la tradición hegemónica hasta tiempos recientes. En efecto, entre los años 2018–2020 se presentó una discusión en torno al concepto historiográfico de «Constitución», en su declinación adjetiva de «Antigua».[1] El intercambio de Alejandro Agüero y José Carlos Chiaramonte deviene sintomático del encuentro entre historiadores juristas (de matriz crítica) e historiadores de la política. Asimismo, demuestra la necesidad de pensar el concepto de Constitución y los lenguajes políticos construidos durante el siglo XIX, y que no obstante de haber sido problematizados en la primera mitad del XX, continúan hegemonizando el saber constitucional argentino. En ese sentido, la dialogicidad historiográfica permite reconocer varias de las hipótesis de trabajo indicadas en el capítulo anterior, que se tornan productivas a los fines de pensar el derecho en clave histórico-conceptual, y que reverberan sobre los modos de utilizar la voz Constitución en *una* historia constitucional rioplatense. Ello impone recomponer, previamente, un sentido sedimentado en el saber jurídico (histórico) que funciona como plataforma contra la cual se dirigen las nuevas intervenciones historiográficas, y que conformaba el sentido común generalizado por la enseñanza jurídica y normalista de la Argentina.

1 Agüero (2018), (2019); Chiaramonte (2018).

1. *Ortopedia constitucional*: función educativa del constitucionalismo argentino

La historia constitucional fue, y sigue siendo, un factor de educación jurídica. El cruce entre saber jurídico y teleología de la Nación, con sus instituciones políticas (República), ha sido materia privilegiada del discurso objetivado y objetivante de las Facultades de Derecho. Su *historia científica*, al menos en la Universidad de Buenos Aires, ha destacado no obstante el carácter supletorio de la historia con respecto a la dogmática. Esto se observa en la estructura institucional donde la historia constitucional era contenido de «Derecho Constitucional (A)» y que actuaba de fundamento para el estudio de la sistemática constitucional: «Derecho Constitucional (B)».[2] Ahora bien, esta dimensión institucional y los problemas gnoseológicos de la supletoriedad histórico-constitucional en la formación del «espíritu» del abogado de ninguna manera resultan secundarios o anecdóticos. Contrariamente al pensamiento que quiere ver a la enseñanza de la historia constitucional, en las facultades de derecho, como una deriva cultural, una disciplina lateral o de «relleno», su rol siempre ha sido fundamental. Precisamente, porque fue allí donde se estructuró el sistema simbólico que organizó la cartografía práctica de los agentes jurídicos, el cual determinó, en última instancia, los presupuestos de sus juzgamientos social-históricos y cuyas resonancias llegan hasta el presente. Tal vez, su consideración secundaria y marginal, ante el sistema codificado, coadyuve a la introyección de sus significaciones sin defensa alguna.

Un breve repaso por la formación político-jurídica constitucional en la Argentina es necesario, ya que de él se hace posible establecer algunas premisas básicas con el fin de comprender contra qué tradición historiográfica se discute en el presente desde la historia política y jurídica crítica, estas últimas más de historiadores que de juristas. Entonces, se requiere reparar en dos factores claves del lenguaje constitucional de la segunda mitad del siglo XIX cuyas estructuras básicas lejos estuvieron de verse conmovidas del saber de los juristas. El primero es contextual. Más allá de diversos antecedentes dispersos, en lo que hace a la disciplina, el desarrollo del lenguaje y de la cultura constitucional institucional (de juristas y facultades) se gestó a

2 Sobre los lenguajes constitucionales en la historiografía: Chiaramonte / Buchbinder (1992). Para una historia de la cátedra y de la enseñanza de derecho constitucional y su deriva histórica: Tanzi (2011).

partir de 1860 en las primeras cátedras de Derecho Constitucional, donde los conceptos del iusnaturalismo y de las ciencias sociales, originariamente, naturalistas, y luego positivistas, acompañaron la explicación del texto de la Constitución Argentina de 1853–1860. Esta condición de producción histórica implicó el establecimiento de la tópica constitucional a partir de una temporalización, que se hallaba basada en la idea de progreso-evolución. De manera que se hicieron converger los conceptos de República-Nación como orden debido, realizable en el futuro, con el de Constitución como herramental de realización plena. Este carácter instrumental de la Constitución determinó el segundo factor a considerar. La finalidad del constitucionalismo no era únicamente el establecimiento de un sistema institucional para el funcionamiento político, sino que, paralelamente, debía desempeñar un objetivo eminentemente educativo.[3] En efecto, el movimiento constitucional, con su sistema de nuevas autoridades, cátedras, manualística basada en cursos, funcionó como un vehículo propagador y naturalizador del lenguaje del liberalismo, el que simbólicamente se presentó como una novedad, que representaba el quiebre con la tradición hispánica. Este hiato fue construido narrativamente por el discurso histórico-constitucional, que calificaba a esta última de arcaica y arbitraria. De este modo, la historia constitucional fue fundamental a los fines de legitimar el nuevo orden de discurso instituido, y para suturar los puntos ciegos de la sistemática constitucional, heredera de algunas piezas jurídicas que recusaría. Con ello, varios institutos que respondían al *ethos* católico de la norma básica pretendían ser explicados ya no por la tradición heredada, sino por su referencia a la filosofía o a los autores europeos y norteamericanos considerados autoridades en la materia. Pero el movimiento conceptual era aún más complejo.

Del lado de la teoría histórica, el régimen de temporalidad teleológico-evolucionista de la Nación sirvió de motivo-guía al constitucionalismo. Ello así, por el contexto de producción y por su rol instrumental. Es decir, la teleología no era exclusiva de la historiografía de la Nación, ha sido también un prerrequisito de la ciencia jurídica, que permitió engendrar un concepto normativo, sistemático y prescriptivo de Constitución que ordenó lo político como proyecto de futuro.[4] Aquí se hallaba la lógica del concepto deóntico

3 Es de este modo como se lo señala en el manual de Joaquín V. González, y que se volvería referencia ubicua en la iuspublicística argentina: González (1897) 5–13.

4 Grimm (1990) 863.

de Constitución. De este modo, se incorporaba al lenguaje del derecho un concepto que, previamente, había sido juridificado por mor del ius-naturalismo y de la sistemática codificadora, y que aportaba una unidad de sentido temporal evolutivo (progreso) atinente al desarrollo de la Nación. Fue así que, durante el largo devenir del siglo XIX, la voz Constitución pasó a referirse exclusivamente a un documento político fundamental con declaración de derechos fundamentales y la división de poderes.[5] Constitución entendida entonces, como clausura de un pasado y apertura al progreso para fundar una Nación.

Desde la dimensión histórico-jurídica la pregunta resulta ser: ¿por qué se necesitaba de una historia constitucional que se asemejase a la de la Nación cuando el derecho podía moverse sistemáticamente? La respuesta implica invertir el carácter lógico kelseniano, que ha hecho derivar la totalidad del orden jurídico de la norma hipotética fundamental; para encontrar que, en realidad, la estructuración del orden jurídico liberal-clásico no se dio a partir de la Constitución, sino que esta jugó un rol de acompañante en la producción de una nueva subjetividad política. Sujetos que debían autocontrolarse en su deseo, a los fines de inscribirse en la racionalidad deseada por el liberalismo.[6] La Constitución era parte, no el todo.

Desde la filosofía política, el constitucionalismo supuso una novedad en la *forma* del derecho, al determinar una nueva relación de internalidad y externalidad de lo jurídico. La trama argumental de esta operación lógica se fundó en un sujeto, un deseo y una naturaleza humana presentados como racionalidad única.[7] Esta metamorfosis radical del liberalismo importó construir un sujeto de derecho que debía moverse entre el deseo y el límite jurídico. Sin embargo, la mirada negativa sobre las condiciones naturales

5 Grimm (1991) 1.

6 Menke (2015) 88.

7 A diferencia de las tradiciones griega, romana y del *Ius Commune*, el iusnaturalismo instituye una juridificación de *lo natural* postulando este *natural* como individuos aislados en lugar de proponer la ciudad como esencia de lo social. Este esquema es el acto radical de reificación jurídica. Puesto que supone una naturaleza inscripta en la razón y el deseo humano –al obliterar el carácter fantasmagórico de la narrativa que produjo dicho postulado. El derecho funciona como tamiz que autoriza el uso de un deseo pre-existente. Los derechos –no el derecho– no serían más que autorizaciones del Estado para perseguir un derecho natural (pre-jurídico) que se convierte en el contenido del derecho. Menke (2015) 59.

del hombre –ya fuera explicada por razones de un catolicismo liberal o por recepción directa del iusnaturalismo– hacía imposible prever que el individuo pudiese desarrollar un control sobre sí mismo. Fue así que el funcionamiento liberal suponía, también, que la fisiología del orden nuevo estuviese acompañada de una intervención que debía ir desplazándose, progresivamente, desde un sistema de control social represivo hacia la formación de una subjetividad autocontrolada.

La modelación de este sujeto ideal, que en el derecho civil se incardinó en el «buen padre de familia» hacia la esfera del *oikos* y el «buen hombre de negocios» hacia la esfera pública-económica naciente, sería el objeto último de la educación de los hombres. Las mujeres y niños quedaban bajo la égida de la potestad paternal doméstica. En la economía de control social también se trataba de una relación entre estos *pater* familias y la disciplina doméstica, ya que estos hombres ideales descargarían, luego, la cuota de su idealización de manera ejemplar sobre la casa. De allí, que el régimen de legalidad del constitucionalismo liberal se construyese como un espejo que reflejaba siempre un deber ser del hombre y una falta, una *incapacidad*, en las mujeres, hombres sin familia, la infancia, etc. Este sistema de rotulación que se administraba a nivel subjetivo descargaba sobre la enseñanza constitucional la responsabilidad de introyectar este modelo de orden. Es por ello, que puede postularse que la función de la enseñanza constitucional no era meramente legal, sino más bien pedagógica.

Esta pregunta de la filosofía política impactaba de lleno en la actualización histórica local de los nuevos principios. Aquí surge una pregunta correlativa: ¿Cómo se explicaba dicha falta en el ser que debía ser colmada por el ideal del liberalismo en la Argentina de la segunda mitad del siglo XIX? Si bien más tarde se volverá sobre estos puntos, cabe avanzar aquí en un esquema básico. Para la precomprensión contextual de los ius-publicistas locales existía una dificultad en establecer el ideal liberal. Ante lo que devolvía la observación de la realidad argentina señalaban la problemática adaptativa al modelo de orden, por la incapacidad cualitativa del hombre argentino. Se denunciaba que como resultado de la mixtura racial y, sobre todo, por la influencia de la geografía argentina se habían generado pocas condiciones de autocontrol en los nativos. Desde una mirada proto-sociológica, los juristas y literatos del período extrapolaban esta condición subjetiva –rotulada bajo significante de «altivez», «holgazanería», etc.– a la explicación del orden político. De allí, que los hombres nativos tuviesen, a partir de este presu-

puesto antropológico local, una tendencia natural a entronizar la arbitrariedad y el despotismo de los *tiranuelos locales*. De modo que el paso al *Rule of law, not of men* suponía superar los «atrasos» de un pasado determinado por la naturaleza geográfica, que estaba en el corazón de las prácticas políticas. Fue así que la inscripción de la experiencia local en una larga cadena del *deber-ser* dependía, previamente, de ortopedizar a los sujetos que conformaban el enser nacional. En resumen, la funcionalidad del constitucionalismo redundaba en el carácter educativo de lo adecuado al derecho. Una formación de almas que pretendía dar luz a nuevos argentinos que encarnasen el ideal, recurriendo a la historia y al progreso.

El constitucionalismo argentino puede ser definido en el plano sociohistórico como un dispositivo de naturalización del orden jurídico moderno, encargado de introducir un ideal de ser en las subjetividades, con apoyo en una narrativa histórica legitimadora de nuevos conceptos jurídicos instituyentes.[8] El *ismo* de la politización constitucional de la segunda mitad del siglo XIX, más que un movimiento de defensa de las libertades frente a las tendencias monárquicas, respondió en las orillas rioplatenses a otro movimiento: el educativo.[9] Esta educación jurídica se compuso mediante una historia cargada de figuraciones sobre el pasado con el fin de validar el presente constitucional. Así, surgía la idea de que la Constitución había procedido del caos (la anarquía, el despotismo) o de la nada, puesto que no había institución alguna que reconocer en un espacio representado de manera naturalista. Juzgado desde el orden simbólico que el mismo discurso venía a establecer, el repertorio de experiencias pasadas no era sólo incomprensible devenía, más bien, ominoso. Se ejecutaba, así, la operación de borramiento del pasado colonial en materia constitucional. Por un lado, luego de la caída del orden colonial hispánico, la experiencia local postrevolucionaria se figuraba de dos formas. Existía una narrativa de un vacío institucional que generaba déspotas y tiranos. A su vez, esta se acompasaba con un relato que retomaba la tradición institucional hispánica, tan sólo para debatir sobre el federalismo como herencia de atraso o tradición vinculante, dependiendo del interés de los partidos. Por otro, el naturalismo y la filosofía política se convirtieron en los lenguajes que permitieron (des)conocer el

8 Aquí la diferencia con el concepto de Constitucionalismo de Schiera (2012).

9 Esto se vio más en Francia donde se asumió el rol político-polémico de los constitucionalistas frente a los legitimistas: Beaud (2009).

pasado, mesurar la anarquía y denunciar la iniquidad. La historia constitucional, predicada en los cursos de derecho constitucional, pasó a ser la historia del orden frente al caos y obliteraba la tradición jurídica que daba sentido a las prácticas políticas.

La larga duración de estos esquemas mentales transmitidos por la educación no da lugar a sorpresas, ya que fueron la base misma del sostén institucional. Sin embargo, desde hace más de medio siglo la historiografía profesional ha intentado erosionar estos saberes ampliamente extendidos en la ciudadanía. Muchas veces consciente, otras inconscientemente, se ha recurrido a repensar las categorías jurídicas del pasado con el objeto de refutar esa idea de vacío natural que la narrativa del siglo XIX impuso. ¿Se está en vísperas de una nueva historia constitucional?

2. Antigua Constitución e historiografía política

a) Otras «legalidades» y la Constitución material

Contra la estructura lógico-conceptual se levantó la crítica histórica (jurídica y política *tout court*). En efecto, la historiografía política reciente comenzó hace algunas décadas a desandar uno de los elementos del dispositivo productor de sentido jurídico-constitucional: la narrativa histórica y los imaginarios de la arbitrariedad por ella construidos.[10] El mecanismo técnico de esta crítica fue la corrección del anacronismo que, tal como aconteció en la historia constitucional a la Brunner, había permitido juzgar el pasado utilizando unas categorías instituidas por el mismo discurso examinador.[11] En ese sentido, la rehabilitación de sentidos diversos de palabras clave del léxico político de los siglos XVII–XIX sirvió de estrategia para evitar una precomprensión «constitucionalista» de los discursos y saberes que atribuían la «anarquía» a instintos determinados por la naturaleza. El régimen concep-

10 Entre la historia constitucional liberal y la nueva historia política aparecería el revisionismo histórico. Esta corriente historiográfica presenta algunas dificultades que merecen ser consideradas en otro lugar. La pregunta central es si cuestionó el anacronismo o si siguió operando dentro del esquema lógico-lingüístico de la discursividad jurídica liberal.

11 Existe una trayectoria de inquietudes que permiten ver la teoría histórica de la «antigua Constitución» como una continuidad de la crítica iniciada por Chiaramonte / Buchbinder (1992) a la imagen del caudillismo construida por el constitucionalismo de fines del siglo XIX y principios del siglo XX.

tual de Pueblo(s), Nación, Estado, Provincias, Revolución, Federalismo, etc. fue desandado, ampliando su semántica y restituyéndoles su sentido original, de modo aproximativo.[12] De este modo, se generó una historia de historiadores que corrió por fuera de la historia de juristas. Los avances fueron tantos que no sólo se puso en evidencia la intencionada incomprensión de la narrativa clásica, sino que, también, se pudo cuestionar el imaginario fundado en conceptos agonales con respecto al orden liberal: caudillismo, dictadura, tiranía, anarquía, etc.[13] Según Chiaramonte

> se han interpretado mal las prácticas políticas de aquellos sectores que resistían las reformas políticas derivadas de las independencias, al no advertir que esas resistencias no eran manifestaciones de anarquía sino que provenían de un universo conceptualmente coherente, si bien no uniforme, en el que primaban las normas derivadas de lo que en lenguaje de época se denominaba *la antigua constitución.*[14]

Claramente, esta acción abría las puertas a una nueva interpretación que respondía al siguiente argumento:

> gran parte de la accidentada vida social y política de la época [primera mitad del siglo XIX], viéndola no como el ámbito de la ilegalidad o de lo irracional, sino como una realidad con sentido propio proveniente de una legalidad distinta a la implicada en los intentos de reformas modernizadoras de las primeras décadas de vida independiente.[15]

Este ejercicio importó romper con la máquina productora de sentido de la historia constitucional que, tal como se adelantó, cobraba valor en tanto que dispositivo jurídico de producción de subjetividades. La contraposición *entre* diversas «legalidades» devino en un intento de comprender (en lugar de juzgar) la llamada anarquía. Con ello, se incorporaba un saber al discurso

12 Lo aproximativo no es deficiencia historiográfica, sino condición hermenéutica de posibilidad, derivada de la fusión de horizontes de saber.

13 Las obras de Chiaramonte, Palti, Meyers, Ternavasio, Goldman, Barriera, entre otros, pueden leerse en este ejercicio constitutivo de una historia política que re-piensa el carácter juridificado de los conceptos, tornándolos históricos. También es, claramente, un resultado de formación de un campo particular desde las carreras de historia. La cita sería extensa y superflua. Basta ir al caudal inagotable de las revisiones historiográficas producidas desde la historia social, de la justicia, política, etc., que muestran sociológicamente la reversión generacional e institucional del campo historiográfico localizado en las carreras de historia.

14 Chiaramonte (2010) 334.

15 Ibid. En este gesto metodológico se puede observar la misma lógica de Brunner, quién buscó escribir una nueva historia constitucional renunciando a ver anarquías y desórdenes, reponiendo los sentidos profundos del pasado en las claves de su propia enunciación y experimentación social.

constitucional histórico, que había permanecido obliterado no tanto por la impericia historiográfica, sino por la estructura lógica-conceptual del discurso jurídico que producía la narrativa histórica. Vale recordar, una vez más, que más que los historiadores eran los juristas quienes hacían *cosas* con *palabras*.

El inconveniente que se presentó recientemente fue saber si esa «legalidad distinta» podía resumirse a través del concepto de *Antigua Constitución*. Es que, con el objeto de explicar el caudillismo como resistencia política, articulada desde un saber previo a la precomprensión anacrónica de la narrativa constitucional, Chiaramonte propuso acceder a dichas prácticas por medio de un concepto histórico, que si bien se citaba expresamente en las fuentes de archivo resulta por demás indefinido. La tarea, de difícil factura, fue emprendida posicionándose en un *presente* (del historiador), que fungió como parapeto de observación de un *pasado* (siglos XVII–XIX), para criticar el tamiz hermenéutico del constitucionalismo (segunda mitad del siglo XIX–XX) obteniendo, de ese modo, un diálogo más ajustado al saber de la época.

Esta fusión de horizontes hermenéuticos supuso varias complejidades para el arreglo del concepto a la empresa. La primera, aparece en la búsqueda de transposición histórica del sentido de *constitucionalismo*. Allí, advirtió Chiaramonte que no debe pensarse a la Constitución solamente en tanto que texto escrito. Ello fue el resultado de la influencia de los textos anglo-americanos de finales del siglo XVIII, los cuales al imponerlo en un sentido unívoco clausuraron un significado primigenio donde: «el término constitucionalismo designa al proceso que durante los siglos XVII y XVIII tendió a poner límites al poder mediante un conjunto de normas de diverso origen y distinta datación».[16] Con este gesto no sólo criticaba un uso del pasado, sino que suspendía eficazmente el concepto clave de la teoría jurídica decimonónica. Sin embargo, si este ejercicio histórico-conceptual resultó efectivo a fin de desmontar el par tópico contra-conceptual «anarquía-Constitución», su apoyatura teórica es, al menos, problemática. Ello así, toda vez que a la hora de fundamentar este postulado contractualista se recurrió al *Althusius* de von Gierke, padre del *Genossenschaftsrecht*. De allí, que sea una historia teñida de una teoría jurídica del siglo XIX alemán.[17] Vale recordar que el *Althusius* de

16 Chiaramonte (2010) 334.

17 Chiaramonte (2010) nota 13, escrito en el que consigna la obra de Otto von Gierke «Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche. Contributo alla

Gierke fue leído siguiendo una operación destinada a romper con el iuspositivismo de Laband, al presentar al jurista alemán como padre de una teoría contractual iusnaturalista diversa a la hobbesiana.[18] ¿Puede transponerse esta historia, de matriz germánica, al concepto angloamericano de *Antigua Constitución* y, luego, estudiar la normativa del Río de la Plata?[19]

A la incorporación de la teoría de Gierke al espacio hispánico que realizó el autor se sumó la mirada estatalista de Maravall, que propone luego un diálogo uno a uno con la fuente. De este modo, se pretendió encontrar en la América Hispana los registros textuales que aludían al constructo. Como resultado el autor destacó que el concepto de «Antigua Constitución» referenciaba: «a un conjunto preciso de normas constitucionales vigentes en un momento dado». Sin embargo, Chiaramonte reconoce, con justeza, el carácter performativo del discurso, en una clave similar a la que utilizan Stolleis y Troper, al decir que la fórmula implicaba: «la invocación de un supuesto o real derecho antiguo utilizada como arma discursiva por quienes se oponían

storia della sistematica del diritto» (Torino 1974). Esta obra en particular halla su lógica al criticar al positivismo decimonónico, y proponer una teoría contractual anti-hobbesiana y anti-rousseauniana, en la cual no existen el individuo aislado (sociedad) y el Estado, sino corporaciones asociativas que son los actores de múltiples contratos, que parten desde la base social y dan forma al Estado. Esta historia está determinada por el interés en oponerse a la mirada del derecho público imperante –ver punto 2 de este trabajo–, y su historia es correlativa a dicha tarea. Es que impulsado por el historicismo de Savigny y por la teoría de una *Volksgemeinschaft* viviente, el reencuentro del reformista calvinista Johannes Althusius y su teoría de la Consociatio, le sirven para construir una historia constitucional alternativa, de contratos múltiples –dependiente de una teoría jurídica que dará nacimiento al derecho social alemán, ya que pretende suspender el carácter impositivo de la Constitución en tanto contrato único de dominación entre Estado y sociedad civil. El movimiento teórico posee múltiples presupuestos de la sociología jurídica alemana y de la teoría del pluralismo jurídico, que se pueden examinar/atisbar en las reconstrucciones de la «Staatslehre» de Hermann Heller, y principalmente, en la obra de Hugo Preuss.

18 Sobre Otto von Gierke y la *Genossenschaftsrecht*: Stolleis (1992) 359–363. La crítica radical nuevamente aparece en Otto Brunner, quien destaca que la historiografía de von Gierke está impregnada políticamente de su mirada liberal constitucional y erigida desde el suelo de una teoría jurídica constructivista del Estado (en oposición a la construcción autoritaria desde «arriba»), propia de su formación jurídica y posición política, ambas histórico-socialmente determinadas. Brunner (1970) 156–160.

19 Cabe resaltar que como bien señala Chiaramonte (1997) 163 la estructura corporativa era el modo de pensar el universo político en la tradición jurídica hispánica y que continúa reforzada por la incorporación de la lectura de Bodin. Sin embargo, por más que remitan al problema de la corporación, la estructuración (semántica y pragmática) del concepto pareciera ser divergente.

a innovaciones consideradas ilegítimas» –en la dimensión pragmática.[20] La cuestión es que este uso pragmático referenciaba a diversos estratos de sentido, que no permitían dar con la semántica histórica del tiempo de enunciación. Sobre todo, si se tiene en cuenta que el significado preciso de la «Antigua Constitución» se ha reconocido como inestable durante el proceso de mutación de los lenguajes políticos. Es decir, en un período tensionado por la tradición jurídica hispánica y el emergente lenguaje iusnaturalista, las invocaciones podían servir a uno u otro espacio semiótico.[21]

La pregunta sigue, entonces, vigente: ¿cuál era, entonces, el conjunto preciso de normas constitucionales que se reunían bajo el significante de «Antigua Constitución»? Allí se observa un referente moderno utilizado con el objeto de explicar el significado de *constitución material*. En *Ciudades, Provincias, Estados* de 1997 advierte que el lema «Antigua Constitución» no referenciaba a una Constitución «formal», sino a la constitución «material» al colocar bajo este paraguas a las «leyes fundamentales» de la tradición hispánica que habían regido la organización política de los pueblos. Bajo la adjetivación «material» emerge una cadena equivalencial entre «Antigua Constitución», «constitución histórica», «Leyes Fundamentales», «Privilegios», «sistemas informales» previos a la Constitución de 1853, etc., donde se enfatiza el carácter pactista de cada una de ellas.

Sin embargo, la precomprensión teórica de constitución material subsume la historia de los conceptos jurídicos en un paradigma sociológico propio del siglo XX. Se intercambia así un anacronismo por otro. De manera que antes que sintetizarlos bajo aquel lema cabe observarlos en su valencia histórica: sobre todo el caso de «Constitución» y «Leyes Fundamentales». De este modo, se entenderá mejor el efecto de sentido que compuso el siglo XIX, el cual identificó estos dos conceptos con el concepto juridificado, que sirvió como sinónimos de la retórica constitucional del presente. Por otra parte, a través de su historización conceptual se puede lograr comprender cuál era el sentido jurídico preciso sin recurrir a una definición amplia de *orden normativo* pactista o de *constitución material*.

20 Chiaramonte (2010) 334.

21 Chiaramonte (1997) 114. Ver, también, Chiaramonte (2016).

b) Constitución y *Leges Fundamentales*: metáforas y fuentes jurídicas

Tanto la voz «Constitución» como el constructo «Leyes Fundamentales» poseen una tradición común en el campo jurídico-político occidental. Esta tradición posee no obstante temporalizaciones y sentidos divergentes, y hace que las traslaciones de un lenguaje y una experiencia cultural a otra, sean altamente complejas.[22] Por ello, antes de proseguir con una lectura que suponga el significado de ambos significantes a la luz de la comunidad de sentido del presente conviene aclarar, por medio de una crítica conceptual, su valencia histórica. Historia conceptual que es, a su vez, dependiente de la función pragmática y del rol performativo de los conceptos al interior de las discusiones jurídicas. Ello involucra reconocer, al menos, dos dimensiones operativas en la producción de su sentido jurídico-político: una jurídica-técnica y otra metafórica. En cuanto a la temporalidad cabe recordar que la fórmula de «Leges Fundamentales» extiende su uso a partir del siglo XVI. La voz «Constitución» posee, por un lado, una historia más profunda que redunda en las nominaciones del derecho romano y las metáforas de orden. Por otro lado, su juridificación y sentido jurídico-político tal como se vislumbran en el presente son bastante más tardíos que la temporalidad de las leyes fundamentales. Así, sólo se puede vislumbrar el sentido moderno a partir del siglo XVIII.

Vale comenzar por el primer uso de *Constitución*, que en sus orígenes había sido utilizado como referente de la comunidad política. Hablar de una unidad política sugiere una descripción estática, que transponía a las repúblicas, ciudades y reinos la imagen de un cuerpo. Esta aplicación inicial era más bien metafórica, e imponía una relación entre medicina y derecho, que funcionaba en las bases figurativas y que, a su vez, respondía a la pregunta ¿cuál es el tipo de Constitución de tal o cual espacio político? Tras dicho significante se buscaba describir la forma de organización del gobierno, y atender a las características intrínsecas del orden / *Zustand* / *Status* de la *polis*, de la *res publica* o del Estado, ya fueran climáticas, geográficas, costumbres, etc. La individualidad de cada «Constitución» refería a un estado mediante una metáfora física-corporal. Esto no era menor, puesto que en su origen la voz respondía a una razón existencial más que deontológica. Desde el plano estrictamente jurídico, la voz sumaba otro significado que provenía de la catalogación romana de las fuentes jurídicas. Ello así, en tanto

22 Sobre esta operación crítica: Lorente Sariñena (2021).

que se utilizaba la expresión «constitutiones» como referencia a la institución del orden por el Emperador. De este modo, las «Constituciones imperiales» servían para destacar la antigüedad y superioridad de algunas normativas sobre otras, llamadas simplemente «Lex».[23] Esta función jurídica exhibía el carácter instituyente de la norma por parte del emperador, lo que permitía recurrir a una imagen de constructor, edilicio –de allí la voz edicto–, que como se verá se solaparía más tarde con la representación de los *fundamentos* del orden a la manera en que funcionan los pilares de un monumento. La polivalencia de la voz poseía mayor diferencia en el idioma alemán, con la división entre «Verfassung» y «Konstitution». Sin embargo, en las demás lenguas como el español, el francés o el inglés, el sentido coagularía bajo un único y mismo significante: *Constitution* o «Constitución».

A partir del siglo XVI comenzará a utilizarse una formulación extendida en el universo lingüístico europeo: las *Leges Fundamentales*. El sintagma refería a unos actos (jurídicos) basales del orden (político). La figura representacional de unas *Leges Fundamentales* remitía a una doble metáfora. En primer término, a la construcción arquitectónica de un templo, una casa o una edificación que necesitaba de una base sólida para su sostén. En segundo lugar, a la forma de un contrato entre partes.[24] Así, la combinación de los dos conceptos y las metáforas expresaba una lógica fundacional. Es decir, una referencia elíptica a los antecedentes dispuestos con el fin de edificar un orden que otorgaba un «status» político determinado.[25] Como puede verse, los conceptos de Constitución y Ley Fundamental no eran intercambiables, y el empleo contemporáneo del primero no debe hacer a la idea de una continuidad en la larga duración. Más bien, se observa cómo las *Leges Fundamentales* precedían al uso moderno de «Constitución» como ley escrita, ordenadora. Por lo cual, si en el presente se intercambian retóricamente, esto no descarta una extensa historia de confusiones.

Estas *Leges Fundamentales*, de importancia central en la formación del derecho occidental moderno, presentaron una progresiva tendencia a la juridificación. Ello así, dado que no sólo se procuraban leyes fundantes y

23 Mohnhaupt (1990) 835–836.

24 No es raro encontrar, en la literatura española del siglo XVIII, una referencia a las leyes fundamentales como «los cimientos de nuestra monarquía». Para una crítica a los usos del concepto por el constitucionalismo desde la historia política: Thompson (1986) 1103–1128.

25 Mohnhaupt (2000b) 39.

primarias del orden, sino que los autores irían remarcando, cada vez más, el signo contractual que debían poseer las mismas. Según recuerda Mohnhaupt, las *Leges Fundamentales* se consideraban fuentes jurídicas de tipo pactista que podían ser encontradas entre el sinnúmero de textos que componían el *ordo iuris* pre-moderno. En muchos casos su apelación poseía incluso un «carácter contractual ficticio» de construcción dogmática.[26] Carácter ficticio que fue determinante, puesto que, en el fondo, describir una «ley» como «fundamental» era tanto una manera de sustentar el ejercicio del poder como una vía de defensa ante la extensión del mismo.

El contexto de emergencia de su empleo se definía por una discusión jurídica que respondía a una tensión con respecto a la reedición del principio absolutista romano *princeps legibus solutus*, reeditado para la extensión del poder legislador de las monarquías.[27] La cifra pactista-contractual, que luego se transmitiría a la narrativa constitucional, iluminada por el *pacto original*, decretaba una imposibilidad de abrogación unilateral –*abrogatio legum*– por el *Princeps*, lo que redundaba en un beneficio de los estamentos.[28] La metáfora arquitectónica adquiría aquí su esplendor, ya que el reenvío a unas bases histórico-pactistas permitía pensar en un pilar que sostenía a la monarquía cuya disponibilidad por parte del monarca ponía en riesgo de desmoronamiento al gobierno. El límite al uso del poder legislativo del Monarca emergía, entonces, desde el fondo de la historia.[29] La apelación no era sólo entre los estamentos y el *princeps*. En los tratados jurídicos de los siglos XVI y XVII se referenciaba a la «religión, la justicia y la policía» como Leyes Fundamentales. Así, se extendía el espacio de indisponibilidad que buscaba limitar el poder real.[30]

26 Mohnhaupt (1990) 852.

27 Sobre el voluntarismo y las estrategias de limitación: Tau Anzoátegui (1992a) 37–43.

28 Sobre este punto, es fundamental entonces revisar el rol de los Monarcómacos para la formación de esta teoría de las leyes fundamentales hacia mediados del siglo XVI.

29 La metáfora implica una temporalización también. No es ya una sola cualidad de la norma formal, sino que se corresponde que un pasado que por antiguo es estructurante de los despliegues jurídicos posteriores. Se comprende entonces que la apelación a las leyes fundamentales implique de por sí el elemento histórico más que el legal. Ver más adelante la hipótesis que despliega Garriga, que muestra esa ultra-actividad de la tradición en el constitucionalismo gaditano.

30 Como señala Mohnhaupt, la metáfora iría mutando cuando ya no se hablaba de las leyes, sino de sus efectos sobre el monarca y su potestad –especialmente, legislatoria. Así, apare-

La construcción dogmática, por lo tanto, era estratégica, no obstante que de su interior surgirían varios elementos que coagularían más tarde en el sentido jurídico-político de la Constitución (*in senso* moderno).[31] Cabe, entonces, volver sobre el significante *Constitución* en su transformación conceptual, que precisa el sentido moderno del lexema, el cual dejaría detrás su significado genético estático al incorporar un carácter pactista heredero de las Leyes Fundamentales. A la hora de describir dicho cambio, cabe ajustar la lente a un tiempo y un espacio geográfico menor: Francia del siglo XVIII. Ello así, en función de su influencia en la gestación de un nuevo sentido de Constitución y su colocación como punto referencial en la tradición constitucional occidental moderna.

En el espacio semiótico de habla francesa, la voz *Constitución* entraría en boga a partir de 1770, momento en que se destacó la producción teórica de Rousseau y la recepción de ideas inglesas en el *Esprit des lois* de Montesquieu, quien desplegó una multiplicidad de sentidos de la voz en su obra. En el caso de Rousseau, «Constitución» referenciaba más a los constructos químicos o a la idea de Cuerpo –en el sentido originario de *Verfassung*–, dado que no existía aún un elemento que impusiera un valor jurídico-político moderno. Este sólo emergería a partir de la introducción de la distinción entre poder constituyente y poder constituido del abate Sieyès. Desde una perspectiva onomasiológica, el campo semántico que hoy se reconoce bajo el concepto de Constitución estaba ocupado por las «lois fondamentales». Puede verse aquí, entonces, que el solapamiento entre dichos conceptos se produciría tan solo en el momento de formación del lenguaje moderno.[32]

En el caso de Montesquieu, la voz fue utilizada diversamente en la obra. Por momentos, aparecía aisladamente, para designar el carácter edilicio. Es decir, apelaba al estrato de sentido romano-canónico de edicto o en referen-

cían las cadenas como instrumentos de refreno del poder. En este punto, también se comienza a gestar la separación entre leyes civiles, derecho público y leyes fundamentales, cuyo estudio supera el interés de este trabajo, pero que los efectos de sentido en una *Dogmengeschichte* involucran a la ubicación de las leyes fundamentales, no ya en el campo de las leyes civiles como en su origen del siglo XVI, sino en el desplazamiento hacia el «derecho público», Mohnhaupt (2000b).

31 Un ejemplo puede verse en el pasaje de la Ley Fundamental basada en la historia contractual a su definición material que las cataloga como parte de un «*ius naturale, ius divinum* und *ratio*», son antecedentes de la inscripción iusnaturalista de la indisponibilidad que muchas veces está desatendida, Mohnhaupt (2000b) 49.

32 Bernardi (2006) 154–163.

cia a documentos eclesiásticos. A la vez, reaparecía en el empleo de la fórmula compuesta «constitution de l'État» o la «constitution de la république», donde operaba una transición sutil –según la expresión de Beaud– de la teoría de la *Politeia* aristotélica a la demanda de un *cierto* orden político limitado al estilo inglés: *Constitution*. Este uso le permitió suspender el sentido genérico de un «orden político establecido naturalmente» e introducir en su lugar un *deber ser* que alteraba la voz *Constitution,* al incorporar un contenido determinante: la distribución de poderes (ejecutivo, legislativo y judicial). Asimismo, al traducir *politeia* como *État* reemplazó la referencia local de la ciudad y extendió las dimensiones geográficas a una organización de gobierno más amplia en términos gnoseológicos-geográfico-políticos.[33] Lo mismo aconteció en Rousseau, quien separó definitivamente la dimensión del gobierno de la estática del Estado. Con ello, se habilitaba a pensar en poderes y contrapesos como una forma de organización *constituida*.[34] Puede verse, entonces, que aquí operaba un hiato progresivo entre Constitución y Estado, que primero remitía a un espacio de organización de la comunidad política, que podía estar calificada por la posesión de una Constitución.[35] En términos schmittianos, sólo a partir de estas resignificaciones el Estado no *será,* sino que *poseerá* una Constitución.[36]

Puede apreciarse que durante el siglo XVIII la semántica del concepto era aún polifacética, no sólo por los fines perseguidos por los actores, sino también por el proceso de cambio y construcción conceptual que no termi-

33 Beaud (2009) 7–14.

34 Resulta interesante que, si bien la voz Constitución derivaba de la química en el pensamiento de Rousseau, no así acontecía con el elemento Estado. La *juridificación* que daría lugar al derecho político, luego constitucional, incluía la creación de un vocabulario proveniente de otras disciplinas y que compondrá el nuevo universo simbólico del orden jurídico. Este salto es fundamental para comprender una vez más la novedad del lenguaje, el peligro de una dogmática retrospectiva y el proceso traumático entre el saber jurisprudencial y el legal constitucional moderno. Para un análisis puntilloso: Bernardi (2006).

35 En este sentido, más moderno, de poder juzgar una situación política (Constitución antigua) mediante un pre-concepto del deber ser (Constitución), puede leerse la fórmula: «poner los cimientos de una constitución liberal y equitativa», que no es raro que aparezca en los fundamentos del Reglamento de la división de poderes de 1811, Chiaramonte (2010) 337.

36 No es gratuito que la reconstrucción de *Verfassung* como orden haya sido producida por Schmitt, quien, para ello, recurrió a una historia del uso y del significante en la ciencia jurídica alemana del pasado. Llegaba, así a decir, «el Estado no tiene una constitución (como texto escrito), sino que el Estado es una constitución», Schmitt ([1928] 2010) 4.

naba de precisarse. Las Leyes Fundamentales se volvían elemento de batalla para el sostenimiento de unos privilegios «ancestrales», que se pretendían ubicados en la base del orden político, y que condensaban historia y derecho. La *Constitución*, por su parte, iría juridificándose encontrando un contenido preciso escriturario, a partir de la revolución norteamericana, el cual coaguló en la necesaria expresión de la «declaración de derechos» y la división de poderes como tipo ideal de este concepto.[37] En particular se observaría el mencionado uso simbiótico entre historia, pacto y Constitución como fuente limitadora del poder. Durante el siglo XIX con la juridificación del concepto de Constitución, se vería en ella el fundamento de *un* orden deseado (deber ser) que anexaba en sí un carácter pactista, proveniente de las *Leges Fundamentales,* que daba lugar a la sinonimia que puebla el presente. Precisamente, no era cosa de autores e intensiones únicamente, ya que incluso en un escritor central en la historia de las ideas constitucionales el concepto presentaba una multiplicidad de sentido en la diacronía.

c) *Leges Fundamentales* como Constitución: Hispania gaditana

Un estudio de caso concreto puede mostrar cómo entre el siglo XVI y el XVIII se produjo una deriva hacia la juridificación del constructo «Leyes Fundamentales», que operó particularmente en el proceso gaditano de comienzos del siglo XIX, y cuyas repercusiones no han sido tan atendidas por la historiografía constitucional argentina. Allí, se promovió un intento de unificación normativa que importaba el pasaje de múltiples y desconocidas, aunque apeladas, *Leyes Fundamentales* a una *Constitución*, en el sentido moderno.[38] Esta transformación implicó un proceso de reconocimiento histórico y su primera pregunta fue saber cuáles eran estas leyes, diseminadas entre los privilegios concedidos en el *ordo* de la monarquía. Luego, ante el

37 El concepto se juridifica con el pasaje constituyente iusnaturalista del «momento Sieyès», y termina de consolidarse material y formalmente en el sentido moderno con la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y la Constitución de 1791: «Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution», Beaud (2009) 22–29. Mohnhaupt (2000b) 35. En Beaud también se recuperan los usos del concepto en Emer de Vattel, remarcados por Chiaramonte en la relación con el Derecho de Gentes en el Río de la Plata.

38 Tomás y Valiente (1995).

fracaso de la empresa taxonómica, por «dispersas», pero también por ficticias, decantó en una historia no ya jurídica de fuentes, sino de una Nación.

Según Carlos Garriga, hubo tres fases distintas en este proceso de juridificación. La primera tuvo origen en el decreto de la Junta Central del 22 de mayo de 1809, a través del cual se anunciaba la necesidad de emprender investigaciones de índole histórico-jurídica atinente a reunir aquellas leyes que *edificaban* la Monarquía. Este llamado hacía evidente un presupuesto: «la existencia de una más bien incierta constitución histórica, que estaba integrada por un conjunto ciertamente indeterminado de leyes fundamentales».[39] La pluralidad de registros, citas, apelaciones, e historias locales demostró la imposibilidad de hallar un corpus consistente de *Leges Fundamentales* que sirvieran como material crudo para ser «modernizado». Frente al fracaso de «unificación» y depuración legislativa, en una Instrucción a la Junta de Legislación se formuló una definición material de Ley Fundamental, con el fin de facilitar la constitucionalización de la pluralidad y disminuir la heterogeneidad:

> Las leyes constitucionales de España, mirando como tales cuantas se refieran: 1° a los derechos del Soberano, 2° a los de la Nación considerada como cuerpo social, 3° a sus individuos considerados como miembros y partes constituyentes de la sociedad española. También considerará como tales las que determinan la esencia y forma de gobierno y las que pertenecen al derecho público interior de España.[40]

Advierte Garriga, con su rigor habitual, que «no se trata ahora de buscar unas leyes llamadas fundamentales (en la historia patria, por decirlo así), sino todas aquellas leyes calificables como fundamentales (conforme a la definición apriorística o racionalmente establecida)».[41] El pasaje de lo histórico hacia lo prescriptivo teórico conllevó la «equiparación Constitución-ley fundamental de la Monarquía [donde] la fórmula rellena el nuevo significante con el viejo significado (traduciendo el término, si quiere decirse así, al lenguaje tradicional)».[42]

39 Garriga (2011) 104. Ver, asimismo, Tomás y Valiente (1995).

40 Garriga (2011) 107.

41 Ibid. La cita 34 de dicho texto expresa que esta idea ya estaba en Vattel, quien descarta el origen histórico al privilegiar una ley «que règle, prescrit et constitue la forme du gouvernement». Esto es interesante porque, desatendiendo la historicidad jurídica del instrumento, dispara hacia el futuro la posibilidad de modificación, en el carácter de que constituye, insistamos con la metáfora, edifica un orden político-jurídico. Como ya se advirtió por Mohnhaupt, esto también era parte de un campo semántico de Leyes Fundamentales que venía desde el *ius commune*.

42 Garriga (2011) 121.

El tercer momento significó no tanto la prescripción de un modo de catalogar las leyes fundamentales, sino un mandato hermenéutico jurídico-constitucional que surgía de los mensajes, luego de dictada la Constitución. En el *Discurso Preliminar*, que no obstante no formar parte de la Constitución tendría influencia hermenéutica, se hacía evidente que: «no se trataba ya de resucitar ninguna ancestral 'constitución española' (que por otro lado se había revelado inhallable, como sabemos, a pesar de los prolongados esfuerzos ilustrados), sino de extraer la sustancia constitucional que se predicaba de unas antiguas 'leyes fundamentales'».[43] El giro radical sustantivó imaginariamente el contenido histórico de la Monarquía, que impactó en el concepto mismo de Constitución:

> que aquí y así bascula entre las viejas leyes fundamentales evocadas en el preámbulo y la moderna constitución que despliega su articulado […] se presenta (en el preámbulo) y es presentada (por el *Discurso*) deliberada y esforzadamente como *una reforma moderna de la constitución tradicional de la Monarquía católica.*[44]

De allí, que el concepto de Constitución no poseyera el carácter de proyecto geométrico moderno de un poder constituyente a la Sieyès. Lo que daba vida a este corpus constitucional provenía de la historia de una nación tamizada gracias a una *juridificación* de las Leyes Fundamentales, resultantes de una definición apriorística. El constitucionalismo gaditano, como señala Garriga es Historia nacional, no filosofía racional.[45] El rol de la historia constitucional devino así completamente dependiente de la institución simbólica del orden. Asimismo, si las leyes fundamentales portaban, de por sí, el elemento temporal metafórico edilicio, suponen también un orden jurídico de prioridad –*prior in tempore, potior in iure*. Así, la Constitución, al fundarse sobre estas, fue adquiriendo el carácter de preeminencia lógica, pero asentada en la garantía de la autorización temporal.

d) De contenidos inestables, de historias complicadas

A partir de lo expuesto, puede colegirse una hipótesis de interpretación sobre el rol de la «Antigua Constitución» en el Río de la Plata. Visto a la luz de los modos de articulación sincrónica entre los conceptos del período, este tópico

43 Garriga (2011) 122.
44 Garriga (2011) 123.
45 Garriga (2011) 115.

remitía a una precomprensión temporal, donde la antigüedad era esencialmente autoridad histórica. Autoridad que precipitaba en una indisponibilidad atinente a los basamentos corporativos que *fundamentaban* a la Monarquía. Así, más que por su reenvío a la «Constitución» como modelo de orden, tal vez quepa referir el significante en cuestión a otro concepto jurídico aún vigente de la época: las Leyes Fundamentales. Tanto en este uso tópico defensivo como en la apelación de una «Antigua Constitución» se invocaba un *indisponible* por el Monarca, que nutría la idea vincular del pasado, para denunciar que se había quebrado el orden basal. ¿Por qué no remitir a esas leyes fundamentales directamente? Una explicación se vincula con la modificación de los lenguajes políticos que acontecía en el período. Es indudable que el concepto de *Constitución* comenzaba a transitar el largo camino hasta su instauración como significante fundamental del lenguaje jurídico-político del espacio lingüístico latinoamericano. En dicho arranque del trayecto, su modulación a través del recurso a la «antigüedad» evidencia tanto su novedad como su incapacidad autoritativa. No valía, entonces, el concepto por la mera sustancia en juego –Constitución–, y debía remitirse al pasado como origen pactista –antigüedad.

Esta referencia es diversa de la propuesta por Chiaramonte, quien formuló una definición del sustantivo en lugar de la atención a lo adjetivo. En lugar de localizar al concepto en el entramado lingüístico del derecho político dieciochesco, consideró lo constitucional desde un sentido generado desde el presente. Se precisó, así, un giro en los niveles argumentales que importó un pasaje del concepto histórico a categoría metahistórica. Así, se culminó con la «Antigua Constitución» como un conjunto de «nociones consensuadas a lo largo del tiempo que se convierten en sustento de las acciones humanas», lo que también derivó en «una historia de lo que solemos llamar creencias colectivas, que se convierten en patrones de conductas, colectivas o individuales, privadas o públicas».[46] ¿Es esto acaso la «Constitución material»?[47] ¿En qué se diferenciaba la «Antigua Constitución», la «Constitución material», con respecto a la «costumbre»?

El desplazamiento tópico de la «Antigua Constitución» hacia la categoría recuerda el recurso que utilizase Brunner en su *Verfassungsgeschichte*, al tomar

46 Chiaramonte (2010) 359.

47 El uso «solapado» de Constitución material ha sido criticado por Agüero (2018), (2019).

el concepto de Constitución de Schmitt para describir un orden medieval. De este modo, se destaca como inconveniente fundamental la conversión de los conceptos jurídicos en una categoría analítica –metahistórica–, vaciándolos de contenido histórico, lo cual se observa en la valencia sociológica –y no jurídica– del concepto de «norma». La paradoja de este pasaje –de concepto a categoría analítica– es que no existiría un claro universo textual de reenvío para dar cuenta de la «Antigua Constitución»: aquí ya no se está en el campo técnico político-jurídico de los conceptos en la historia. Más bien, se enfrenta un significante que sirve más para la crítica del sentido común del constitucionalismo clásico, que para un encuentro entre textualidad y mentalidades pre-decimonónicas.

En efecto, al llevar la investigación de «una cultura constitucional diversa» –un plano difuso de una historia de «las creencias colectivas»– termina fundiéndose en un mismo nivel de preguntas que las planteadas por el constitucionalismo, aunque con respuestas diferentes correspondientes a los presupuestos gnoseológico-epistemológicos del tiempo de escritura. Un ejemplo puede ilustrar esto último. Mientras que, en 1930, Juan A. González Calderón, fiel a la tradición retórica construida al calor del naturalismo devenido en positivismo, indicaba que la causa del despotismo se debía a que «los gauchos, los caudillos y los facciosos más civilizados de Buenos Aires llevaban aún los estigmas de su vida pasada más conformes con sus instintos que el régimen impuesto por nuestras leyes».[48] A finales del siglo XX, conforme al giro lingüístico de la historia de las ideas, la causa de esa mala interpretación se debía a la desatención «de normas de conducta política apoyadas en criterios de otra naturaleza», o como también postula Chiaramonte al desconocimiento de «un universo conceptual en el que regían normas atribuibles a la vigencia de una constitución antigua».[49]

En la explicación tradicional decimonónica bajo el significante «anarquía» se presentaba lo extra-normativo. Consecuentemente, las prácticas políticas buscaban explicarse por la naturaleza, los instintos, que más tarde derivarían en explicaciones psicologistas.[50] Para Chiaramonte, por el contrario, se tra-

48 González Calderón (1930a) 24–25 y 110–112.

49 Chiaramonte (2010) 349 y 351, respectivamente.

50 Chiaramonte (2010) 357. Otro ejemplo se atiende en la obsesión de Ramos Mejía por Rosas para explicarlo con métodos psicopatológicos o de la «psicología de masas», Galeano (2007) 133–146. Tras lo no-jurídico aparecía la violencia como fenómeno subjetivo, la cual se ob-

taba de indagar unas difusas normas de conducta política, que en última instancia se estructuraban por medio de discursos. Así, donde antes se percibía al llamado «Caudillismo» como una mezcla entre costumbre e «instintos», en la actualidad esta rotulación se describe como resultado de una mala historiografía fundada en un déficit de comprensión de *otros* universos semióticos que daban sentido a las prácticas.

En uno y otro caso, la categorización teórica del universo conceptual-histórico redunda en una inmunización del argumento, ya que la felicidad del mismo funciona al nivel de la teoría, que no puede ser contradicha, puesto que estructura el sentido común compartido por la comunidad epistémica de pertenencia de escritores y lectores historiadores. De manera que si bien, para un lector contemporáneo, la propuesta sirve de suspensión teórica de los prejuicios constitucionalistas del siglo XIX, deja no obstante abierta la cuestión acerca de los significantes básicos del universo simbólico pre-moderno, determinante de prácticas y, sobre todo, de las comprensiones del *orden.*[51]

Frente a esta operación teórica-epistemológica, la historia conceptual puede explicar cómo el uso de la «Antigua Constitución» remitía a una pragmática de defensa temporal propia del pensamiento jurídico, sin desbordar en una exaltación en torno a la pregunta del constitucionalismo sobre la Constitución –en sentido contemporáneo. La Antigua Constitución en su remisión histórica se comportaba tópicamente en el umbral que se definía entre unas ficticias Leyes Fundamentales, inhallables pero presumidas, y las operaciones de sentido que pretendían imponer el concepto de Constitución como Ley Fundamental. En ese vaivén puede comprenderse el sentido jurídico de un concepto inestable, hecho de tradiciones y no obstante, mostrarse como novedoso al lenguaje político tradicional.

Ahora bien, más allá de la crítica, con la revisión temática de Chiaramonte se ha producido una ganancia notable. En particular, la fuerza argumental de Chiaramonte ha invitado a una revisión radical del lenguaje jurídico-político formado por el constitucionalismo argentino de mediados del siglo XIX. Por

serva a partir de un grado cero de legitimidad que obtura, precisamente, la estructura objetiva violenta de la institución del orden. Así, el orden simbólico que establece esa misma separación entre un adentro y un afuera del derecho, es el que nomina lo violento como tal.

51 Resulta destacable en todo caso, que el plano categorial-teórico siga funcionando con preconceptos constitucionales que provienen del campo jurídico, desde von Gierke hasta Schmitt, y desde un sentido de *Verfassung* –traducido como «constitución material» hasta uno de *Konstitution*– como texto escrito.

un lado, se hace más claro el modo en que cada comunidad política –situada en tiempo y lugar– determina un sentido específico de Constitución, a partir de una disputa política que mueve a la teoría jurídica a partir de una teoría del poder. Por otro, el constitucionalismo emerge como una peripecia de la larga historia jurídica. Peripecia que se define entre una génesis que el trabajo emprendido demuestra todavía inestable en el plano conceptual, incluso bien entrado el siglo XIX; y que, a su vez, evidencia sus límites en las críticas que se vienen formulando desde fines del siglo XX, por la historiografía política y jurídica. El carácter contingente vuelve a reforzar la invectiva en torno a su operación ortopédica de los saberes jurídicos. Entonces, ¿cómo reaccionó la historia jurídica reciente ante el constitucionalismo? Las aguas ya las había abierto Chiaramonte.

3. Gobernanza doméstica e historia jurídica crítica

a) Brunner: su recepción por la historia crítica del derecho

Desde la historia crítica del derecho Alejandro Agüero presentó una hipótesis de lectura sobre el caudillismo que, al tiempo que suspendía los presupuestos epistemológicos del constitucionalismo, quiso también separarse de la carga teórica que alcanzaba al uso de las voces Constitución y Antigua Constitución, a fin de comprender las prácticas políticas de la primera mitad del siglo XIX rioplatense. La remoción de esta carga teórica implicó introducir otra, ya que nunca se procede sin teoría, y esta provino de la antropología jurídica de Clavero y la historia institucional de Hespanha. A su vez, cabe recordar que aquellas le servirían de lentes para ingresar a la obra de Brunner, de quien surgiría el esquema central de apoyatura teórica de una «Gobernanza Doméstica» en tanto que modelo de orden y disciplina: *Das ganze Haus*.[52]

La teoría de la casa grande de Brunner produjo una serie de ventajas para la historia del derecho y algunos consabidos riesgos. Entre estos últimos se hallan las resonancias a la obra de Schmitt y la posibilidad de intercambiar un anacronismo por otro. Sin embargo, y aquí la ventaja, en el desplazamiento

52 Brunner ([1956] 2010). Ya se señalaron las debilidades de este modelo mediante las críticas alemanas. Las influencias de la oeconomía, no obstante, han llegado con éxito y liberadas del contexto político a la historiografía local argentina: Agüero (2008); Zamora (2017).

geográfico, disciplinario y temporal el motivo schmittiano se vio limitado. Esto último se debió a que, con Clavero y Hespanha, la herencia crítica a la teoría del Estado se realizó sin incorporar la teoría político-constitucional que había servido de base en la Alemania de la década del '30 del siglo XX. Esto no sólo aportó un abordaje más preciso para nombrar las potestades y jurisdicciones de los oficios (comisionados, delegados, ordinarios) –es decir, el despliegue de una analítica más ajustada a las fuentes en que se expresa la semántica del poder–, sino que, paralelamente, suprimió una cartografía mental que localizaba lo político, exclusivamente, como una esfera organizadora de las instituciones políticas: la historiografía política «desde arriba».

El abandono de aquellas precomprensiones habilitó un examen de la conformación de la función de gobierno, sin caer en una implícita presuposición teleológica de unos «antecedentes» que tenían en mira la construcción del poder del Estado. Por consiguiente, esta historiografía recaló en otros presupuestos, conceptos, fuentes y metáforas de gobierno práctico que se inspiraban en viejas instituciones jurídicas hallables en las páginas de la literatura jurídica del *ius commune*. Literatura jurídica que, además de servir de refugio analítico a los historiadores del presente, se encontraba a disposición de los, *a posteriori*, llamados «caudillos». Consecuentemente, el corpus literario servía de base también para la construcción de esas fuentes constitucionales, pactistas, que en el presente se quieren interpretar. Esto se percibe, más que nada, en las fórmulas tradicionales utilizables en los procesos judiciales y, sobre todo, por su correlación con el lenguaje que poblaba los textos prácticos de la cultura católica.[53]

El ingreso al problema constitucional de Agüero, entonces, estuvo mediado por un concepto de Constitución en el sentido de *Verfassung* como modelo de «orden» que no ubica la voz en el «horizonte de expectativas» y en el deber ser de su contenido moderno –separación de poderes, garantía de derechos, etc. Más bien, se referenciaba al uso que hizo Brunner, leído desde la recepción de izquierda de la escuela crítica. Este punto se hace patente en una frase de Agüero: «Pensemos que, la 'constitución' (en el orden) tradicional de la monarquía católica, [se hallaba] formado por acumulación de soluciones a lo largo de varios siglos […]».[54] Aquí la naturaleza institucional

53 Agüero (2009b).
54 Agüero (2018).

del orden funcionaba como una anticipación categorial. Se refería a aquello que hacía a la sustancia de la práctica política. Este punto se corrobora también en la acción anti-kelseniana, donde no se expresaba ya la razón constitucional según movimientos piramidales lógico-matemáticos, sino que en su lugar se buscaban las bases constitutivas de un «orden» desde «abajo» y desde el pasado: desde un saber tanto letrado como «rústico» y local por periférico.[55]

No por nada, y tal vez inconscientemente, utilizaba el vocablo «cimiento», el cual reenviaba a la metáfora edilicia tan cara a la teoría de las Leyes Fundamentales: «cimientos domésticos» y «cimientos domésticos del poder».[56] En todo caso, este uso metafórico no es gratuito, y tal como lo expresa en discusión con la mentada novedad del gobierno paternal, que ya había auspiciado Zorraquín Becú, este involucraba reconocer aquellos antecedentes de larga duración que armaron al saber jurídico y que pervivieron en el período de la Santa Confederación, más allá de la incorporación de un lenguaje «Republicano».[57] El objetivo, entonces, requería de rellenar dos vacíos: uno historiográfico, otro semiótico. En ambos se quería recuperar no ya un sentido común extendido vía *habitus*, sino los saberes jurídicos pasados que servían de guía de acción para el gobierno al interior de las provincias.

Con el objeto de encontrar esa explicación estructurante pero olvidada debía recalarse en la casa. Al seguir a Clavero y sus propios trabajos sobre fuentes locales recuperó la frase de Castillo de Bovadilla, que era común a todo el universo del *ius commune*, que rezaba: «el justo gobierno de la casa es el verdadero modelo del gobierno de la república».[58] Ese reenvío conllevaba actualizar el quiebre conceptual de la voz «oeconomía». Según lo había indicado Brunner, el sentido primigenio se hallaba invisibilizado por la resignificación semántica que había producido la idea de la economía, como disciplina destinada al saber de la producción nacional desde mediados del siglo XVIII.[59] La restitución de la semántica tradicional al interior del campo de lo jurídico, entonces, permitió demostrar una teoría efectiva para la

55 Hespanha (1993), citado por Agüero en conversación personal con el autor.
56 Agüero (2018).
57 Sobre las estrategias de construcción gubernativa desde la tradición y las implicancias de dicho régimen conceptual: Garriga (2018) 9–18.
58 Agüero (2008) 403.
59 Sobre la idea de ruptura conceptual en Brunner: Duso (2018).

representación simbólica de la espacialidad y el gobierno. Las consecuencias de esta operación fueron varias.

La primera fue la relación entre espacio simbólico y gobierno. El argumento de Agüero corre del siguiente modo: si la república (de ciudad a Provincia) era precomprendida como una casa: «este poder no puede ser eliminado sin desmantelar la institución para cuyo gobierno es requerido».[60] De manera que «los caudillos jugaron un rol fundamental en la preservación de la identidad local de sus territorios».[61] Con esto se presentaba la influencia de Brunner, puesto que en la oeconomía «el padre de familia en la casa, [era] el principio organizador que fundamenta la unidad».[62] Con ello se subvertiría alguna mirada weberiana que recurría a la teoría típico ideal de la *Herrschaft* para catalogar al rosismo de dominación carismática, sin pensar en la estructura conceptual de la casa como determinante de una normatividad *(otra)* de mando-obediencia. Al mismo tiempo que influenciaba una modalidad de habitar el espacio.[63]

Esta razón de gobierno-unidad política es una clave de lectura para abordar las fuentes de época que devuelven el uso extendido en todos los territorios provinciales de la fórmula: «Gobierno paternal». Esta formulación representaba una relación asimétrica del mando (gobernador-vecinos y habitantes), pero, al mismo tiempo, determinaba una necesaria obediencia a la ley –Myers–, lo que se transformaba hacia abajo en *una* forma de particular igualdad ante la ley –Salvatore–. Con esta operación, se re-semantizaban principios que no eran tan liberales, sino que podían ser vistos como emanaciones propias de la cultura doméstica católica. Esto deviene central para llegar al punto problemático del artículo, que involucra la forma de ejercicio del poder. En la caracterización de este *modo* –en el sentido de práctica– de gobierno, Agüero advierte que:

60 Agüero (2018).

61 Ibid.

62 Brunner ([1956] 2010) 126.

63 Sobre todo, porque tras la dominación carismática se trafica nuevamente la oposición «Racional - Irracional», Brunner ([1962] 2015). Es interesante que en esta recepción sociológica de Weber se actualizaban los prejuicios del siglo XIX bajo un formato sociológico. También se historizaba teleológicamente la dimensión del gobierno porque se pensaba el momento carismático como una anticipación al momento constitucional, en el cual se completaba el ingreso a la modernidad como razón última casi evolutiva.

> El poder del cabeza de familia es esencialmente arbitrario, no susceptible de definición previa. El fin de preservar a la comunidad de las amenazas internas y externas justifica los medios. El éxito de la gobernanza doméstica se mide en términos de eficiencia, no de justicia.[64]

Cabe reconocer que la oposición eficacia-justicia envuelve la imposibilidad de confusión de esferas. Esto, a su vez, impactaba en la relación lógica entre el campo determinado por los aparatos de justicia y las razones *oeconómicas*, las cuales corrían por debajo de aquella estructura judicial para dar forma al orden deseado en el orbe hispánico. Ahora bien, para una historia constitucional, el efecto de sentido primigenio de esta formulación pareciera aniquilar la posibilidad de una evaluación de la acción de gobierno paternal, puesto que reenvía a una lógica de «justificación» para refrendar la eficacia –a futuro– y no a la legitimidad –que mira al pasado tradicional.[65] Si bien la fórmula se entiende en diálogo con la «rotulación» de los caudillos como «arbitrarios» y «violentos» efectuada por la literatura tradicional, la salida de aquel universo juzgador puede ser entendida como una apología del gobierno paternal. Este punto clave debe ser aclarado.

b) Gobierno paternal y facultades extraordinarias: desigualdad constitucional

La primera cuestión que cabe atender es la tensión entre legitimidad vs. arbitrariedad. A falta de una historia conceptual del concepto de arbitrariedad pareciera, a primera vista, que no existían límites frente al accionar del gobernante paternal, entendido como fruto de la mera espontaneidad. Esta posible interpretación, que podría ser admisible para un jurista educado en el paradigma decimonónico del constitucionalismo, no obstante, choca con el aparato jurídico-teológico tradicional que normatizaba la acción del padre de familia y, por extensión, aquella del gobierno político-oeconómico. Podría postularse, más bien, una inversión en dicha formulación indicando que el gobierno doméstico poseía una legitimidad, que provenía del pasado a través de las reglas que debía seguir el buen padre de familia.[66] Esta imagen, si bien no se medía con un sistema de contrapesos y refrenos legales externos,

64 Agüero (2018).
65 Estas categorías pertenecen a Arendt ([1970] 2006) 71–72.
66 Zamora (2013).

si se vinculaba con la *Areté*, y con la prudencia que, como virtud, poseía el cabeza de familia. Una legitimidad que surgía del *carácter* propio del Padre, y que poseía como dispositivo de contrastación la literatura teológico-jurídica que modelaba el gobierno de la casa.[67] El resultado de esta legitimidad contradice la idea de la necesaria justificación de los medios utilizados en razón de la «eficiencia». Podría pensarse que la legitimidad basada en la virtud –que permitía juzgar la arbitrariedad– no era equivalente a la justificación de los medios ni a las limitaciones externas provenientes de las leyes.[68]

Cabe entrar a este punto en detalle, si se quiere comprender el problema central de las «Facultades Extraordinarias», el cual devino el motivo central que colocó a Rosas como una de las «figuras de la arbitrariedad». En la cultura jurisdiccional el gobierno paternal poseía, por su genética *oeconómica*, un carácter extraordinario. Se podía proceder sin figura de juicio, sin garantías de juicio, inaudita parte, etc.; sin embargo, esa condición procesal, que definía lo *extra-ordinem*, no consentía *per se* colocar la institución como una infra-justicia o una violación preceptiva del orden. Más bien, su relación con la figura del padre imponía una razón alternativa como modelo de institución del orden, que gozaba de una extendida legitimidad por tratarse de una imagen típica de la argumentación católica y religiosa.[69]

Ahora bien, existían también otros dispositivos jurídicos que habilitaban un despliegue «extraordinario» de facultades políticas, pero que al asentarse sobre un paradigma jurídico romano canónico medieval, con reajustes basados en la teoría de la separación de poderes a partir del siglo XVIII, la hacían carente de una legitimidad de origen doméstico-teológico, y requería de una justificación para el despliegue de sus medidas. Se está, aquí, ante el dispositivo jurídico de la dictadura comisarial romana. Esta dependía de un estado

67 Sobre esta literatura del padre de familia: Zamora (2013). Asimismo, un texto fundamental sigue siendo Frigo (1991).

68 Un ejemplo interesante se observa en los escritos que se fundan en la confianza a la prudencia del gobernador. Pedro de Ángelis, principal promotor de Rosas decía: «Este íntimo convencimiento del pueblo; el crédito, las virtudes y el patriotismo del actual gobernador son prendas mucho más sólidas que las que se encontrarían en algunas disposiciones generales que, por haber sido violadas tantas veces, inspiran más recelo que confianza. Es pues en el carácter de nuestro benemérito gobernador que hallaremos todas las garantías a que pueden aspirar los buenos ciudadanos», citado en: Myers (2011) 191.

69 Clavero (1993–1994).

de necesidad evidente y actual que diese lugar a una delegación de poderes –comisión–, que permitía suspender el derecho vigente en vista a un resultado, con la condición de un límite temporal del ejercicio. La justificación del uso de este particular remedio institucional de carácter, también procesalmente *extraordinario*, era, por lo tanto, sólo realizable en el futuro, en función, ahora sí, de la eficacia y el tiempo.[70]

El juego de estas dos instituciones *extraordinarias* levanta algunas preguntas que impactan directamente en el corazón de la narrativa constitucional argentina: ¿por qué, a pesar de gozar de un paradigma de gobierno paternal, debían otorgarse, al mismo tiempo, facultades extraordinarias?, ¿acaso no estaban de suyo contenidas en el universo práctico-gestional *oeconómico*?, ¿qué formas extraordinarias existían y se aplicaban en el gobierno de Rosas? y, sobre todo, ¿cuáles de estos dispositivos de gobierno fueron recuperados por la narrativa histórica del constitucionalismo y cuáles permanecieron en el silencio? Un intento de respuesta con apoyatura en el texto de Agüero puede redimensionar la cuestión. La condición lógica para recurrir a unas facultades extraordinarias, que funcionaron bajo la figura de un «Poder Dictatorio», como decía un periódico de la época, fue el ingreso de razones iusnaturalistas que eran contradictorias con la estructura del gobierno paternal.[71] Su mera existencia alerta sobre la necesidad de evitar una confusión entre instituciones jurídicas de diversa índole. Si bien existía un plafón sobre el que se montaba la acción de gobierno bajo la estructura «total» de la casa, cabría también observar a la dictadura comisarial como una excepción que jugaba sobre la base de un modelo apelativamente republicano. Dos consecuencias se previenen de esta *desidentificación*.

La primera es que el gobierno paternal –la extensión de la gubernamentalidad del *oikos* a la ciudad– podía ejercerse dentro de un grado de legitimidad compartido por los jefes de familia –*Householders*– siempre que fuera ejercido sobre la llamada plebe.[72] El control tutorial era tolerado, entonces, si el universo de recepción de esta «disciplina» se componía de los «dislocados» de la estructura elemental del orden: la casa.[73] Sobre ellos era dable ejercer un

70 Sobre este tema sigue siendo central Schmitt ([1921] 2015).

71 Ver el texto de «El Clasificador» Nro. 18, 14/8/1830, donde se expone el carácter de dicho instituto jurídico. Citado en: Myers (2011) 214.

72 Agüero (2018), punto 3 del párrafo 25.

73 Mannori (1990).

instituto de poder doméstico que había crecido desde finales del siglo XVIII y que cobró forma institucional en la primera década del siglo XIX: la policía. En este sentido, todos los decretos moralizantes del orden rosista estaban destinados principalmente a estos «paisanos vagantes», que proveían justificaciones de *mejora* social, pero que, en su modalidad de ejercicio, se hallaban legitimados *oeconómicamente*.[74]

Distinto era el caso de las *Facultades Extraordinarias* que, al abarcar un universo humano que incluía al *pater familias*, necesitaba de una justificación para su uso. Esta condición se comprende mejor si se las presenta como una manera de extender un gobierno del orden que, a través de la excepción legal, llegaba a la figura de los *householders*, posiblemente con algunas prácticas tutelares-oeconómicas insoportables para los poseedores de aquellas potestades. La diferenciación socio-política entre receptores del mando, en un mundo estructurado aún orgánicamente en la desigualdad, requería, en efecto, de la habilitación de esta potestad extraordinaria, de carácter instrumental y técnica.[75]

Efectivamente, sólo ante la extensión de una forma de gobierno gestional-doméstica hacia los otros «Padres» se requería de un dispositivo jurídico que justificara la medida. La raíz de la crítica constitucional, entonces, supondría no ya una aversión hacia la forma de gobierno doméstico, sino sólo una censura que emergía ante el despliegue de una modalidad del orden sobre determinados *espacios sociales*.[76] De este modo, el problema constitucional salía a la luz ante la dilatación de las prácticas *oeconómicas* sobre los «vecinos». Si bien se puede postular que el universo hermenéutico no dejaba de ser

74 El texto clásico de Ricardo Salvatore explica esta relación entre policía-gobierno y desvinculación desde una perspectiva subalternista: Salvatore (2003); sobre oeconomía y policía: Casagrande (2019).

75 Un punto central es que la legitimidad del poder oeconómico cifrado en las virtudes del *pater* no era sometido a escrutinio, era extraordinario por no ser jurisdiccional, sino oeconómico. De una génesis y racionalidad diversa –la figura del *pater*, en lugar de la del juez. Por su parte, las facultades extraordinarias bajo la figura de la Dictadura romana se veían como parte de una jurisdicción, que era extraordinaria por delegada (y también odiosa). Las razones de la extraordinariedad y los usos en una y otra figura varían radicalmente. Sobre la dictadura a la luz de los comentaristas Baldo y Bártolo: Schmitt ([1921] 2015) 32 nota 58. Sobre lo extraordinario de la potestad oeconómica: Agüero (2009a).

76 La estructura del derecho constitucional importa el silencio de lo policial que no es menos constituyente del orden que las instituciones de la República. Recordemos brevemente a Sarmiento en sus *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*: «Ahora una

doméstico, debe advertirse que las instituciones requeridas para su actualización *total* en la política no eran asimilables.[77] Esta herencia se observa en una problematización de las facultades extraordinarias que merecen ser explicadas para la comprensión dogmática del texto constitucional, el cual no explicita las condiciones socio-históricas para el desarrollo de las formas de gubernamentalidad durante la primera mitad del siglo XIX. Esta obturación determina *un* tipo de historia que puede caracterizarse como una retrospección dogmática constitucional.

Esta institución doméstica presenta variadas incompatibilidades con respecto a la narrativa histórico-política desarrollada por el constitucionalismo. Entraña proponer que el modelo *oeconómico*, que componía un zócalo precomprensivo del orden, no fue suficientemente problematizado, y heredó una matriz selectiva de casos que negaba la relación constitucional entre sectores subalternos y la Policía. De allí, que la materia policial rara vez haya sido trabajada por el constitucionalismo argentino. Ello da cuenta de un sistema de control social que ha sabido dormir a las sombras de la alta política.

c) Constitucionalismo policial: silencio y cultura del orden

Lo que propone Agüero, entonces, es desmontar el trauma constitutivo del constitucionalismo, que se formula a través del silencio sobre la formación oeconómica del orden social, y máxime si la radicalización de la premisa deja entrever que sobre esta plataforma se montaría el constitucionalismo de libertades. La evidencia es la oclusión histórica del saber de gobierno paternal compartido por las élites sobre los sectores subalternos, y que sólo habilita la crítica política ante la extensión de poderes extraordinarios bajo la figura de la dictadura comisarial.

Con la denuncia de una forma de violencia se obtura otra que, por naturalizada, deviene el grado cero que fundamenta la historia de la libertad. En este punto la obra de Agüero coincide con la de Markus Dubber, a quien es dable leer como modelo de una historia constitucional alternativa al

Constitución no es la regla de conducta pública para todos los hombres. La Constitución de las masas populares son las leyes ordinarias, los jueces que las aplican y la policía de seguridad», Sarmiento ([1853] 2012) 36.

77 En este punto reside la crítica de Chiaramonte (2018).

clásico «storytelling» norteamericano.[78] Ambos proponen reconstruir una historia constitucional del *orden*, antes que una historia teleológica de los derechos ganados contra la tiranía y el despotismo. Para estos autores las voces que reenvían a su concepto de Constitución como «orden» son similares: «cimientos» y «foundations». Sobre este punto, cabe recordar el texto marginal del jurista alemán Kurt Emig, quien en su obra «Der Begriff der Verfassung im heutigen deutschen Recht» de 1935, con apoyatura en Schmitt, indicaba que «El orden del Estado es también el punto de partida del concepto de policía *(Polizeibegriff)*».[79] La dimensión del orden más que la libertad o la forma del Estado ideal ha operado siempre subliminalmente en el discurso del progreso del constitucionalismo clásico.

La policía o «the police power», cuyas raíces penetran y se nutren de la antigua *oeconomía*, aparece como el dispositivo constitucional del «buen orden». Ahora bien, sus funciones han sido materia secundaria, cuando no inexistente, en una historia constitucional de pactos y derechos dependiente del concepto deóntico de Constitución. Claro que la desatención a las fuentes condicionantes del orden que marcaban el ya advertido grado cero del orden social no ha dejado de provocar inconvenientes. Estos últimos entrañan la reconsideración de instituciones que, a la luz de la gramática constitucional, resultan altamente desagradables. Pero, tal vez, ese sea el objetivo de la investigación en derecho, que sólo se vuelve productiva en el hallazgo de estas instituciones irreductibles que modelan la relación del derecho y la violencia.[80]

Se está en presencia, entonces, de una historia constitucional alternativa que, determinada por otro concepto de «Constitución», no remite su historia a la alta política o a la gramática de las libertades, sino a las del orden que se construyó por lo bajo. Esta es una disputa al interior del campo jurídico y aquí aparece otra diferencia entre juristas e historiadores, que se traduce en un malestar continuo del derecho moderno: el silencio que domina en las facultades de derecho sobre el problema policial y contravencional, que obtura un estudio sobre la institución del «Orden», sobre el que se monta el aparato narrativo «constitucional».[81] La crítica conceptual de Agüero deviene, entonces, en una historia constitucional de los «cimientos», de la

78 Donnelly (2009).
79 Emig (1935) 470.
80 Chignola (2018).
81 Como señala Agamben (2013): «in the juridical theory, the police is a kind of black hole».

estructura del orden. Resulta, por lo tanto, incompatible con las previsiones de la historia política constitucional de Chiaramonte, ya que Agüero no mira a la alta política, sino a la baja policía.[82]

No obstante, el punto de encuentro entre ambos es el antecedente problemático de la historia constitucional tradicional del siglo XIX. Para Agüero la trayectoria reencuentra un conjunto de saberes tradicionales, los que sin necesidad de recurrir a una «Antigua Constitución» daban sentido a las prácticas de gobierno, que no eran ni pura anarquía ni espontaneidad. Más bien, se trataba de la imagen de la «casa», que intervino como una *estructura fantasmática* que habitaba unas prácticas forjadas al calor de la cultura católica. La reconstrucción «desde abajo» que, por contravencional, policial y ordenadora, no encaja en la gramática y las expectativas de la historia constitucional y política, despierta varias críticas cuyas razones se explican por las divisiones de objetos de estudio *conquistadas* por los presupuestos del constitucionalismo clásico. La paradoja disciplinar, en materia constitucional, pareciera residir en que los historiadores se han vuelto más jurídicos que los juristas, quienes en su fastidio se han tornado cada vez más antropólogos.

De manera que la historia constitucional desde la crítica jurídica se ha desplazado de un exclusivo interés por el universo de las ideas políticas que estarían supuestamente en la base de la Constitución. Su intención pretende insertar esa discursividad en una cultura constitucional del orden. Para comprender una cultura del orden, que, depende del concepto de Constitución, puede ser tan constitucional como la de las libertades, hay que desmontar el desfasaje y la consecuente tensión entre Constitución y derecho administrativo (materia donde terminará recalando de modo resignificado el concepto de policía).[83] Es, claramente, una cuestión de la ciencia del derecho, pero que no deja de iluminar la historia de lo político.

La incomodidad, entonces, es más jurídica que historiográfica, y actúa como el *Vorgriff* (la anticipación teórica) para organizar una historia alternativa a la clásica del constitucionalismo. Es que ambas materias, que sólo tardíamente adquirirían autonomía disciplinar, son irreductibles a una postulada base común.[84] Ello no obstante los esfuerzos retóricos de Alberdi que

82 La separación entre alta política y baja policía es retomada de L'Heuillet (2010).
83 Sordi (2020) 109–117.
84 Casagrande (2018).

prevenían que «los artículos de la constitución, decía Rossi, son como cabezas de capitales del derecho administrativo».[85] La metáfora es interesante, no por organicista, sino porque coloca al derecho administrativo como una herramienta sometida a la racionalidad constitucional: un brazo activo del gobierno racional-constitucional. Lo que esta fórmula elide es el derrotero por el cual la administración se desplegaría con una vida y racionalidad propia. Esa incompatibilidad constitutiva se debe a la genética tutorial de la administración que no se condice con la gramática liberal del constitucionalismo, aunque cuaja perfectamente con la estructura lógica tutorial del gobierno oeconómico.[86] La historia deviene así un herramental para desandar esa supuesta contradicción, que es tan constitutiva como vigente.[87]

Muchas veces, para salir de la máquina productora de sentido histórico-jurídico se debe de atender cuestiones consideradas menores o directamente antijurídicas. La sorpresa reside en reconocer el carácter fundacional de un poder que habita en el corazón del constitucionalismo, pero cuya práctica se presenta como radicalmente anti-constitucional. Esta historia constitucional requiere moverse en un orden de discursos diversos que abre un nuevo universo de objetos de investigación. La entrada por la cultura constitucional del orden (no de los derechos) permite encontrar una estructura discursiva y conceptual del orden católico, con dispositivos de gobierno que no se comprenden a la luz de un orden liberal.[88] La cuestión es clara y referencia al concepto de Constitución que tiene en miras el autor, del cual depende qué teoría jurídica sustenta y qué objeto puede recortar a través de esos presupuestos.

85 Alberdi ([1852] 2017) 130.

86 En este punto, Agüero sigue estrechamente a Clavero (1995).

87 En el derecho penal el problema es contravencional, en el derecho administrativo es el gobierno por medio de decretos de necesidad y urgencia. La reciente filosofía política se posiciona en esta tensión constitutiva de la modernidad: Rosanvallon (2015).

88 Sigue resultando estimulante observar de qué se trata esta historia del constitucionalismo «desde abajo». Las palabras de Foucault fueron preclaras: «los historiadores de las ideas atribuyen fácilmente a los filósofos y a los juristas del siglo XVIII el sueño de una sociedad perfecta; pero ha habido también un sueño militar de la sociedad; su referencia fundamental se halla no en el estado de naturaleza, sino en los engranajes cuidadosamente subordinados de una máquina, no en el contrato primitivo, sino en las coerciones permanentes, no en los derechos fundamentales, sino en la educación y formación indefinidamente progresivos, no en la voluntad general, sino en la docilidad automática», Foucault (1989) 173. Si se suplanta la metáfora alemana del Estado como máquina *(Der Staat als Maschine)* por la metáfora de la casa y el padre de la familia, se comprenderán algunas lógicas de funcionamiento del derecho público en la Argentina.

d) ¿Un paternalismo republicano? Una lectura de «Orden y Virtud»

El texto de Agüero es productivo en diversas lecturas. No en la simple pregunta por ese «orden» que posee un interés hermenéutico constitucional: *Verfassung*, *policía*, *Constitución*, *orden* y *progreso*. Más bien cabe preguntarse si la oeconomía como teoría y saber sedimentado en la «mentalidad» de gobierno rosista arroja una nueva luz en un texto clave en la historia de las ideas políticas como lo es el de Jorge Myers. Las sugerencias son variadas, y cabe hilarlas bajo la teoría oeconómica en tanto que saber práctico. Para ello, puede irse a la filosofía política. En el *Reino y la Gloria* de Giorgio Agamben hay una indicación central para pensar lo que Agüero denomina «Gobernanza paternal»:

> Lo que une estas relaciones «económicas» (de las que Aristóteles subraya la diversidad: ibid., 1259a–b) es un paradigma que podríamos definir «de gestión» y no epistémico: se trata, entonces, de una actividad que no está vinculada a un sistema de normas ni constituye una ciencia en sentido propio («El término 'cabeza de familia' *[despótes]* –escribe Aristóteles– no denota una ciencia *[epistéme]*, sino cierto modo de ser»: ibid., 1255b), pero implica decisiones y disposiciones que enfrentan problemas siempre específicos, que conciernen al orden funcional *(táxis)* de las diversas partes del *oikós*.[89]

La relación epistemológica de la *oeconomía* que, siguiendo a Agamben, se funda en la práctica misma, resulta, entonces, tan interesante como la potente metáfora de la «ciudad como una casa grande». Este nivel es esencial a fin de establecer las proyecciones del universo del «orden» en el pensamiento constitucional que podría seguir un oeconómo. Entre las advertencias que previene Myers en su texto, ya clásico, se encuentran algunas que reenvían a este nivel interpretativo. Dice en la nota 3 de la página 75:

> Como he enfatizado a lo largo de este estudio, a Rosas no se lo puede considerar bajo ningún punto de vista como un teórico político. Sus meditaciones sobre la esfera política, sobre la naturaleza de la autoridad y del poder, fueron las de un político práctico, no las de un pensador. Es más, su pensamiento no sólo carecía de toda elaboración teórica, sino que su desarrollo estuvo enteramente determinado por las necesidades que debió enfrentar cotidianamente en su lucha por mantener el poder.[90]

Lo que a primera vista pareciera constituir un «sentido práctico», leído bajo el paradigma «oeconómico», produce una torsión que refuerza el carácter «gestional» de un saber paternal, que habitaba el discurso y que producía prácti-

89 Citado en: Agüero (2018) nota 88.
90 Myers (2011) 75.

camente al orden rosista. Esta puerta de ingreso permite conocer más acerca del pensamiento «constitucional» del rosismo. Según advierte Myers, en el apartado –de título muy schmittiano– «Teorías de la constitución argentina», existiría una «concepción» burkeana de la problemática constitucional argentina»:

> Mediante este término, pretendo designar, no el ideario concreto del propio Edmund Burke, sino un conjunto de creencias y valores ampliamente difundidos y de interpretación poco rigurosa, que mostrarían un «parecido de familia» con el pensamiento burkeano. Las principales características que este término designaría son: […] 3) El postulado de que lo político y la política pertenecen más al ámbito de la práctica que al de la ciencia, que son naturalmente impermeables a los imperativos de la teoría, y no pueden enseñarse a través de mecanismos formales, sino que deben ser aprendidos por una experiencia vivida.[91]

Este aprendizaje por la experiencia remite no sólo a la interacción de Rosas con los «hombres de las clases más bajas» a los que se referencia en la «Nota confidencial de Santiago Vásquez» o en la famosa «Carta de la Hacienda Figueroa» de 1834,[92] sino también a ese «espacio de experiencia» constituido lingüísticamente, donde la tradición se presenta en toda su magnificencia. Este concepto de experiencia se separa, por lo tanto, de aquel presupuesto por la mirada naturalista del mundo, y que sí postula un pasado que *determina* la relación entre orden político y saber jurídico. La *oeconomía* funcionaba al interior de este registro tradicional que consentía comprender un orden sin Constitución (en sentido formal). Recuérdese, que la policía era incluso vista como una «Ley Fundamental». Sin embargo, también, sus efectos se vertían en los discursos sobre la necesidad, el momento y la forma de establecer una Constitución. Hacía falta una Constitución que surgiese de la experiencia. Allí se jugaba un doble registro del pasado: uno que advertía el fracaso rivadaviano presentado como forma pura teórica vs. la experiencia cotidiana; y otro que veía en esta última una modalidad de orden político-oeconómico que permitía un gobierno sin Constitución. En última instancia era algo más que un Burke adoptado como modelo teórico: habría una oeconomía que determinaba históricamente la praxis política.

El punto central, no obstante, sigue siendo el Gobierno Paternal. Una fuente privilegiada la aporta también Myers, en la «Proclama del Gobernador Juan Manuel de Rosas a las milicias de la Capital y de la Campaña» del

91 Myers (2011) 93.

92 Ambos documentos extraídos de la «Antología» de Myers (2011) 154–156 y 158–161, respectivamente.

9 de diciembre de 1829 podía leerse: «Una *autoridad paternal*, que erigida por la ley, gobierne de acuerdo a la voluntad del pueblo, éste ha sido, Ciudadanos, el objeto de vuestros fervorosos votos: objeto honorable y digno de vosotros».[93] La expresión resulta un palimpsesto de tradiciones que parece desafiar toda lógica –pero que es consistente con la historia–, donde se condensan saberes oeconómicos, republicanismos e interpretación de la voluntad del pueblo por el «caudillo». Esta inestabilidad del lenguaje republicano de la época es suficiente razón para aceptar la propuesta de Agüero y abrir la pregunta por un republicanismo paternalista. Entre estos estratos de sentido, el caudillismo sigue siendo un tema vigente.

4. Crítica y crisis del discurso constitucional histórico argentino

En este capítulo se presentó un estado de la cuestión de la discusión historiográfica actual en torno al caudillismo, que bordea la estructura básica del concepto de Constitución, ya sea en su derivación formal o material. Su relación dialógica con el discurso del constitucionalismo decimonónico, que estableció las bases para la historia constitucional argentina de juristas, precipitó en una crítica hacia los tópicos que organizaron la trama. Se pudo constatar que el concepto juridificado de Constitución y su apoyatura para la defensa del proyecto jurídico de la modernidad liberal fijaron unos puntos ciegos, en torno a los cuales giró la narrativa tradicional: anarquía, vacío, caos y capricho. Aquello que, desde el presente, puede ser calificado, peyorativamente, como una historiografía sin consciencia histórico-conceptual fue, no obstante, un material provechoso para la construcción de la identidad nacional, la educación institucional y la formación de sujetos de derecho.[94] De allí, que quepa volver a los orígenes del mismo para contemplar el rol que supo tener en la institución de un saber que, si bien encuentra menos oyentes en las ciencias sociales, persiste en la mentalidad general.

De este modo, el análisis del concepto de Constitución en la historiografía, con la influencia –muchas veces inadvertida– de la teoría jurídica que la informa, precipitó en la conciencia de una tradición que ha comenzado a

93 Myers (2011) 153.

94 Este gesto crítico no sólo es historiográfico, sino que en él se aúnan los estudios culturales y literarios, de donde resulta una puesta en crisis que atraviesa el constitucionalismo argentino, el que pareciera refugiarse en el sentido común extendido del campo jurídico. Rodríguez (2010).

ponerse en crisis. Esto a su vez, más allá de la crítica, impone la pregunta por la *función* del constitucionalismo como discurso de orden en la construcción de la Nación Argentina. Constitucionalismo que ya se pudo definir como movimiento educativo para la formación de las almas, utilizando la feliz expresión de Murilo de Carvalho.[95] La función docente halló su expresión a través de las intervenciones de las figuras centrales de este movimiento. Desde José Manuel Estrada hasta Aristóbulo del Valle, quienes compusieron un corpus doctrinal, a partir de sus enseñanzas en la cátedra de derecho constitucional, principalmente, de la Universidad de Buenos Aires entre 1860 y 1930. Enseñanza, entonces, en el pleno sentido de la palabra, dado el carácter oral de las comunicaciones, que luego de transcritas a partir de notas de alumnos, conformaron los famosos «Cursos de Derecho Constitucional», que dieron forma a la disciplina. Este corpus legado para la posteridad compendia un material invalorable para analizar los fantasmas, prejuicios y razones que habitan al derecho constitucional, incluso hasta el presente.

Este corpus manualístico dibujó la imagen del pasado nacional argentino para los juristas como practicantes liberales o futuros agentes del Estado. Para ello, se forjaron tópicos novedosos que actuaban en el trasfondo –negativo– sobre el cual se validaba la necesidad de una Constitución, en el sentido formal deóntico propio del siglo XIX. En efecto, si los valores de progreso, libertad y razón solo podían constatarse en un futuro gobernado por la Constitución, la legitimidad de esta última dependía de su función de límite y novedad que se refería a las formaciones políticas del pasado.[96] Esta dialéctica negativa se plasmaría antitéticamente en dos conceptos límite contrapuestos que fraguaban el discurso teórico constitucional en una relación futuro-pasado: Constitución-futuro vs. arbitrariedad-pasado. Si la Constitución se planteaba en términos de filosofía política universal, la arbitrariedad que daba sentido a este proyecto era local e histórica. La Constitución representaba, entonces, un límite sobre el pasado, pero también una advertencia –fundada en los temores de una generación– hacia la recurrencia de esas fuerzas «arbitrarias» que pugnaban por retornar. Consecuentemente, la abstracción del concepto moderno de arbitrariedad sería llenado del contenido histórico local. Una suerte de fantasma estructurante de la legitimidad política-constitucional cuya operatividad se expresaba y se expresa aún en las

95 Murilo de Carvalho (1997).
96 Schmitt ([1932] 2009) 69.

representaciones del pasado. Un pasado práctico condicionante de las decisiones futuras.

De este modo, la arbitrariedad más que la Constitución compone el núcleo central de la retórica del saber constitucional argentino. Vale, entonces, dejar por un momento el concepto de Constitución para intentar reconstruir su contra-concepto, que define la trama histórica enseñada por el constitucionalismo argentino. Para ello, se comenzará analizando el rol de la arbitrariedad en la formación de la sistemática jurídico-constitucional, basada en la legalidad (Segunda Parte: capítulos III y IV), para luego ingresar en las figuraciones literarias sobre la arbitrariedad que permitieron construir los *topoi* clásicos de la historia constitucional cuyas resonancias llegan hasta el presente del saber jurídico local (Tercera Parte: capítulos V y VI).

Segunda Parte

Arbitrariedad y Legalidad: Sistemática del derecho

Capítulo III
Una historia conceptual de la arbitrariedad. Aproximación a la sistemática jurídica (Siglos XVI–XX)

La arbitrariedad es un significante moderno que permite definir contra-conceptualmente (clausurando) la apertura política del concepto de Constitución. Ese concepto posee una condición de uso específica ya que sirve para rotular aquello que pasará a ser considerado como externo al derecho, volviéndolo violencia e injusticia. La dimensión pragmática de su empleo es correlativa de un núcleo semántico indefinido que explica, a su vez, su uso inflacionario en el campo dogmático jurídico. Es que, si bien el derecho procura la precisión determinante y la ausencia de vaguedad en sus formulaciones, por mor de la «seguridad jurídica», su gramática se compone de estos conceptos (límites) que cierran el universo jurídico al mismo tiempo que generan una readecuación del derecho frente a nuevas «amenazas». Este concepto, por lo tanto, permite ser llenado de tantos contenidos como sea necesario a fin de justificar la defensa de la Constitución. Esa función tópica posibilita evitar el desfasaje entre las razones de su institución política, que pueden verse envejecidas, cuando no olvidadas, y que ponen en crisis al sistema mismo.

En la gramática actual, el par lógico que instituye y refuerza la voz «arbitrariedad» se sintetiza en el «principio de legalidad» y este, a su vez, se presenta como el único modo de lograr la «seguridad jurídica». Ambos resultan ser los principios rectores del derecho moderno. En este punto central, la arbitrariedad se desempeña como un tópico de legitimación del sistema de derecho legicéntrico de la modernidad y, a la vez, es condición de posibilidad para su sostenimiento en el tiempo.[1] De manera que ingresar en la historia conceptual de la arbitrariedad desentrañando su génesis y lógica,

1 De este modo, la arbitrariedad se comporta como un contra-concepto asimétrico de Constitución. Asimétrico en tanto que en su depreciación precia al contra-concepto, volviéndolo necesario, positivo. Koselleck (2015) 211–218.

es un procedimiento adecuado para conocer más del acto instituyente de la modernidad constitucional, al tiempo que permite evidenciar la fisiología del discurso jurídico y su efecto sobre la construcción de un orden político y social, por parte del constitucionalismo argentino.

1. *Arbitrium*: concepto integrador del derecho en el mundo jurisdiccional

La dogmática jurídica entiende la arbitrariedad como aquel decisorio administrativo o judicial que se aparta del texto de la ley. Por lo tanto, su razón última es la defensa de la ley que se ve violentada por la interpretación extensiva, la cual es manifiestamente contraria al texto que guía la fisiología del funcionamiento institucional-estatal. Esta evidencia, que choca constantemente con la hermenéutica que integra el mandato legal *con* el caso, es la fuente de la existencia de recursos, quejas, y demás institutos procesales que buscan demostrar que la decisión es «injusta» *por* «ilegal». El recurso a esta voz sólo se comprende en tanto que manifestación de una teoría general que coloca al derecho como equivalente al concepto de ley, donde su legitimidad y filosofía se modelan entre lo racional legal weberiano y la teoría lógico-nomológica de Kelsen, ambos leídos desde la Argentina.

Ahora bien, vista desde la historia jurídica, la reducción del derecho a la ley es un acontecimiento reciente. De allí, que el sentido común que interpreta al derecho como ley del Estado se debe no sólo a la preeminencia del positivismo kelseniano, sino también a una práctica historiográfica que extendió la matriz precomprensiva del siglo XIX hacia siglos pretéritos mediante el uso del concepto redondo de Estado, el que estaba en las bases del lenguaje legalista en formación. La naturalización transhistórica de la legalidad / legislación como fuente exclusiva del orden político no sólo impuso al Estado –inexistente en otros tiempos– como lugar de imputación genético del derecho, sino que, con ello, procedió sin conciencia histórica conceptual en torno al pasado. De este modo, se equiparó la ausencia de «ley» a una razón anárquica, sin comprender que el orden político se regía por *otras* fuentes del derecho.[2]

En cuanto a la «arbitrariedad», si bien este significante cobró vida en la oposición entre lo jurídico-legal y su externalidad (capricho, desapego de la

2 Agüero (2007a).

ley, etc.), tras la operación de sentido que importó naturalizar a la ley como fuente primigenia del derecho, también se sepultó un instituto jurídico, que nada tenía de arbitrario, y que era fundante de la práctica jurisdiccional del pasado: el *Arbitrium*. Consecuentemente, que la voz «arbitrariedad» derive y obture el sentido positivo del «arbitrio» no es mera consecuencia de la desaprensión historiográfica, sino, más bien, de una política del derecho que fundó otra sistemática jurídica en torno al concepto de Ley/legislación.

La pregunta sobre si la ley era una fuente en el mundo tradicional del derecho (siglos XII–XVIII) puede despertar complejidades. Claramente, la ley existía, pero cabe señalar que, en la fisiología de *ese otro* derecho, su origen no era estatal (primer preconcepto que habita la arbitrariedad). Por otra parte, la ley misma se entendía a partir de una *potestad legislatoria* que derivaba de una función previa: la judicial. En el gran universo de fuentes jurídicas existía una imposibilidad de reducir el derecho a lo legal. La definición de derecho, que podía leerse en el Diccionario de la Real Academia Española de 1732, rezaba:

> Lo que dicta la naturaleza, mandó la Divinidad, definió nuestra Santa Madre la Iglesia, constituyeron las gentes, establece el Príncipe, supremo legislador en sus dominios, ú ordena la Ciudad o el Pueblo para su gobierno privado, o introduce la costumbre.[3]

En un universo aún regido por la naturaleza, la divinidad y la Santa Madre Iglesia, la función del derecho era hermenéutica del orden dado y, por tanto, indisponible. Frente a estos límites no debe sorprender que la potestad legislativa deviniera de una interpretación que poco tenía –aún– de voluntarista y mucho de equitativa y justiciera. La función del verbo «condere» en la expresión «condere legem» marcaba dicha posición organizada del derecho, donde la ley *(lex, constitutio, statutum, edictum)* representaba una mediación entre la «ruda equidad», definida por el legislador divino, y su «actualización» por el *Princeps*, que era el intermediario de un *ius* que estaba limitado de entrada.[4] Tanto la ley como el juzgamiento eran expresiones de la jurisdicción y tenían en mira a Dios: *auctor iustitiae*; de manera que el *ius* era una tarea humana que no podía desatender estos límites, y la materia de tratamiento importaba establecer lo bueno y equitativo: *aequitas*.

3 Real Academia Española (1732) 79.

4 Se sigue la maestría de Vallejo (1992) para esta interpretación.

Sólo con estas previsiones se comprende el lugar que ocupaba el Príncipe legislador, en la definición del derecho que nos brinda el Diccionario de Autoridades, el cual se hallaba limitado por toda una serie de otras fuentes del derecho que lo rodeaban: costumbre, *iuris communis opinio*, decretales y códices pretéritos, etc. Recuérdese, entonces, un pasaje central de Jesús Vallejo, quien analizó las múltiples jurisdicciones y las limitaciones de la *potestad normativa*, y utiliza y sintetiza la voz que aquí compete con su claridad habitual:

> Pluralidad de cauces, expresos o tácitos, reconocidos para el establecimiento del derecho vigente. Pluralidad de voluntades actuantes, ciertamente. Pero unidad de concepto: tales voluntades no actúan libres de condicionamientos; no se concibe que éstos no existan, y son realidades objetivas que se sitúan por encima de cualquier poder de disposición. Si desde luego no se niega la renovación del derecho vigente, cierto es también que se estima posible sólo si la norma carente de precedentes se considera reflejo de una *aequitas* en trance continuo de concreción. Así han de entenderse las afirmaciones jurisprudenciales que utilizan la expresión «de novo» u otras similares; nuevas normas, sí, *pero no de contenido arbitrario* [prosigue más adelante] una acción creadora de derecho no existe, es simplemente impensable.[5]

Es importante, entonces, observar que la tarea de integración se definía como la forma de *encontrar* el derecho correspondiente al caso. Era un acto hermenéutico posado sobre unas fuentes, por demás diversas, que componían la tradición jurídica, incluso en ámbitos, hoy supuestamente tan voluntaristas, como en la formación de la ley.

Es que la formación de la ley y el acto de juzgar, al ser elementos de la *iurisdictio*, se vinculaban a la gramática judicial, de la que la potestad *legislatoria* era una especie, y que tenía en miras la imagen del *iudex perfectus*, quien restablecía la equidad para conservar más que para modificar. Se trataba, tanto en el caso del juzgamiento como de la ley, de una visión que presuponía un orden natural de las cosas cuya variabilidad se limitaba por el estricto cumplimiento de la forma procesal y por un *consilium*, no menos estricto, que referenciaba a un *ius* indisponible.[6] Según Jesús Vallejo, se está ante un:

> sistema de referencias en el que el *ius* aludido por el glosador [era] un derecho ya previamente fijado y por tanto sólo en cierta medida disponible para el titular de jurisdicción, [donde] la legitimidad de la *potestas* que éste pudiera ejercer [estaba] ya

5 Vallejo (1992) 312–313.
6 Garriga (2004); Agüero (2007b).

predeterminada, o, al menos, enmarcada en unos límites cuya vulneración voluntaria le situaría automáticamente al margen del derecho.[7]

Esta advertencia posee consecuencias claras, a nivel teórico, que importan suspender las miradas que proporcionan las lentes del derecho moderno, puesto que no existía una división de poderes, clave en la conceptualización de la Constitución, sin por ello estarse ante un derecho «arbitrario», como más tarde lo presentaría la narrativa ilustrada del siglo XVIII.

Se trataba de un «sistema» distinto que marcaba lo interno y lo externo del derecho positivo no por la fuerza de la ley sino por el acto del *aequitas statuere* que se hallaba entre los pliegues de unas fuentes de carácter coral, y que requería de un «arbitrio», voz técnica jurídica, que permitiera al titular de la jurisdicción subsumir los casos en el derecho asegurando la justicia.[8] El «arbitrio» que, es dable hallar en un sentido técnico no aún moral, cumplía una función integrativa al interior de la polifonía de fuentes. Para Antonio Hespanha era éste una herramienta para la mediación social de los juristas en un mundo de espesa textualidad.[9]

Se está, entonces, ante una racionalidad que, amén de ajena al iusnaturalismo del derecho moderno, *no* por ello carecía de una sistemática para resolver casos y establecer estatutos. Según Meccarelli, el autor que más y mejor ha trabajado la cuestión, el *arbitrium* operaba en el nivel objetivo de la sistemática como una potestad derivada de la jurisdicción.[10] Es decir, se legitimaba por la posesión en el oficial juzgador de dicho «poder» y, al mismo tiempo, posibilitaba el ejercicio de «decir el derecho». Esta herramienta se comprende mejor si se incorpora el nivel subjetivo donde el arbitrio era la expresión de una «voluntad jurídica relevante»: aquí estaba la famosa *voluntas*. Esta voluntad no era la mera expresión de un «capricho» del juzgador. Más bien debía ser *iustificata*, de allí lo jurídicamente relevante. El ejercicio del arbitrio se vinculaba con la concretización del orden jurídico en el caso particular, que no podía desaprenderse del mandato del *ius*. Las fórmulas de los textos de los glosadores eran claras en apelar a una: «cons-

7 Vallejo (1992) 42.
8 Tau Anzoátegui (1992b) 9–35.
9 Hespanha (1990).
10 Los dos párrafos que siguen son un resumen de un texto fundamental de Massimo Meccarelli que, por honor a la brevedad, se evita reproducir textualmente. Meccarelli (1998) 552–565.

cientia pública iurum», «conscientia lege informata», «conscientia legata rationibus legum», etc.[11]

De esta manera, el arbitrio se conectaba con el establecimiento de la *aequitas*, que a través de la *ratio iuris* del juzgador personificaba la racionalidad del derecho, que teleológicamente establecía la verdad y la justicia. Esta idea de *Iustitia* deviene central, ya que correspondía a la distribución del derecho por medio de la disposición concreta de las partes en el caso, según lo mandaba el orden jurídico. Como el lector habrá anticipado, esta es una cuestión de hermenéutica cuyo control no era externo al juzgador, sino interno. El jurista era un «sapiens» que portaba y se limitaba por la *scientia iuris*, y formaba allí su *conscientia*. En este orden interno no había arbitrariedad, porque el mandato de la *ratio iuris* constreñía la voluntad libre. El concepto técnico de arbitrio era radicalmente diverso al pre-juicio lingüístico positivo-legal contemporáneo. Puede, entonces, ser definido como «un instrumento de comparación entre el derecho y la realidad; que pretendía subsumir la complejidad del primero en la pluralidad de la segunda».[12] A su vez, y aquí la nota fundamental, a diferencia de la «arbitrariedad», el *arbitrium* expresaba todo lo contrario a las notas de una voluntad libre. Era, más bien, un concepto «limitativo». Frenaba, con la apelación a una razón jurídica objetiva, los posibles excesos que pudiera haber en la praxis jurídica: «Voluntas sumissa fraeno rationis».[13]

Pensar el arbitrio dentro de la sistemática jurídica, que lejos está de la lógica monista de la ley que se impuso el derecho estatal moderno-ilustrado, ayuda a comprender que, en aquel mundo coral del derecho, las posibilidades de encontrar la sentencia justa para el caso imponían este tipo de herramentales que hoy, juzgados desde la razón contemporánea, resultan más criticables que comprensibles.[14] Este dato de inconmensurabilidad histórico-conceptual advierte sobre el trauma constitutivo que habita la razón jurídica contemporánea. Es así que la problemática temporal sobre la génesis y la lógica del sistema jurídico pre-moderno (siglos XII–XIV) indirectamente postula una pregunta central para el constitucionalismo en la Argentina:

11 Meccarelli (1998) 553.
12 Meccarelli (1998) 556.
13 Ibid.
14 Una mirada comprensiva del fenómeno puede encontrarse en el texto de González Alonso (2003); desde las categorías actuales que juzgan la experiencia: Bouzada Gil (2013).

¿existió esta práctica de «arbitrio» en las tierras descriptas como mera «arbitrariedad» y «anarquía»? La respuesta se encuentra sugerida en la literatura historiográfica, ya que siguiendo el planteo de Vallejo y de Garriga, la extensión de este saber en el tiempo es un dato indiscutible a la luz de los lenguajes que aparecen en las causas y leyes de la época –incluso en el constitucionalismo gaditano que fuera leído como el logro del liberalismo hispánico.[15] Además, se observa una razón práctica en la circulación de libros jurídicos (jurisprudencia, en el sentido clásico del término) que componían un rumor jurídico que, cita mediante y guías de instrucción, eran tenidos en cuenta por Alcaldes capitulares y Reales Audiencias, y más tarde por las autoridades locales de las provincias del Río de la Plata.[16]

Por otra lado, la explicación, también, la presentan las fuentes del archivo donde la fundamentación de las sentencias no era del todo habitual, pudiendo advertirse como habitus jurídico de un saber jurisdiccional hacia el interior del proceso reglado en las «causas» instruidas en el Río de la Plata.[17] Si bien existen explicaciones contemporáneas, que anuncian la ventaja de evitar fundamentar las sentencias en la instrucción dieciochesca,[18] también debe tenerse presente que al acontecer el acto de integración del derecho al caso en la consciencia de los oficiales, la explicación cabal de dicho proceso mental era por demás complejo, y debe estarse en su lugar al mero acto de disposición de la sentencia.[19] De allí, lo fundamental del control de consciencia, que cerraba el círculo de una moral práctica que se incluía en la composición de la imagen del *iudex perfectus* y se sometía a la religión, y se evitaba pecar por iniquidades en la administración de justicia.[20] El control, a su vez, también era judicial, con la posibilidad de requerir la revisión de la sentencia por parte del agraviado, y que llegara hasta al Príncipe, fuente de toda jurisdicción por una mítica *traslatio imperii* romana. La movilización del aparato de justicia postulaba un control del juez inferior, que aseguraba el cumplimiento del fin último del gobierno de las repúblicas y de la monarquía toda: la justicia.

15 Vallejo (1992); Garriga (2006).
16 Agüero (2014) 6–7.
17 Levaggi (1978).
18 La más conocida rezaba que dicha fundamentación abría la puerta a la discusión eterna de las partes, lo cual inmovilizaba el aparato de justicia.
19 Agüero (2013) 235–245.
20 Martiré (2005) 56–57.

La cultura jurídica católica imponía un modo de proceder que era fiel al *ordo* jurídico formado en un lento proceso, que involucra la necesidad de generar una mirada de larga duración para la comprensión contemporánea. Fisiología del aparato de justicia monárquico y sistemática integradora del casuismo que era consustancial a una cultura jurídica de antecedentes –del buen y antiguo derecho– que la hacían tradicional. Si bien se detallará a continuación el desarrollo de varias modificaciones, éstas no supusieron un cambio radical de una cultura jurídica por otra. Más bien, cabe recordar que «la tradición (que es transmisión) sólo puede concebirse elevando la mutabilidad, el cambio, a clave definitoria del concepto. La tradición muda constantemente, pero cambia permaneciendo, o sea, manteniendo sus elementos definitorios últimos».[21] El cambio de significante y significado –de arbitrio a arbitrariedad– se gestaría a través de una flexión interna del sistema de derecho tradicional, que invisibilizaría el sentido original de la voz como principio técnico del derecho al dejar un significante en busca de nuevas significaciones. Aunque también sólo coagularía como modo de comprensión del orden político constitucional recién bien entrado el siglo XIX, observándose en la primera mitad de esa centuria la continuidad del saber de justicia tradicional.[22]

Solamente por medio de diversas operaciones literarias podía conquistarse un proceso de borramiento del saber tradicional que permitiera al jurista decimonónico juzgar el pasado desde los propios principios y valores establecidos por el discurso ilustrado. Aquí, tres niveles se despliegan para entrever el cambio conceptual al interior de la gramática jurídica. En el primero importa conocer la mutación de las concepciones sobre el derecho en una lenta progresividad. El segundo tiene en vistas las prácticas de lenguaje que silenciarían la forma de «hacer justicia» y «gobierno», en una disputa que iría imponiendo una mirada crítica sobre el pasado. En tercer lugar, es dable

21 Garriga (2018) 12.

22 Ejemplo de dicha condición es el artículo 14° del Capítulo III de la Sección Cuarta del Reglamento Provisorio para la Administración del Estado de 1817, en el cual podía leerse: «No se entienden por esto derogadas las leyes, que permiten la imposición de las penas al arbitrio prudente de los Jueces, según la naturaleza y circunstancias de los delitos», Registro Oficial de la República Argentina (1879) 446. Singular construcción que evidencia el contraste entre el horizonte de expectativa legal y el espacio de experiencia judicial que resume, muy bien, el modo transicional.

atender la práctica de justicia, de la primera mitad del siglo XIX. Esto es, una praxis aún anclada en el *habitus* tradicional de gobierno, por medio de la justicia y la oeconomía. Estas resoluciones de conflicto tradicionales serían luego calificadas de «arbitrarias» por el discurso constitucional, más por un desajuste ideológico al nuevo paradigma jurídico que por transgresión del *ordo iuris* que lo informaba al momento de su ejercicio. Cabe estar a la mira de la modificación sistémica del derecho a fin de ceñir la semántica del nuevo significante que serviría para rotular una experiencia anacrónicamente.

2. Del *arbitrium* a la arbitrariedad: legalidad y exterioridad

Que el aparato de justicia tradicional de la monarquía católica funcionase bajo el modelo tradicional, y que no encontrara al arbitrio hasta bien entrado el siglo XVIII, no implica *per se* la inexistencia de cambios en las razones jurídicas, las fuentes y los principios rectores del derecho. Los cambios se reflejaron más en el campo de lo político, que en la praxis institucional de la justicia. Esta advertencia, que se observa en las discusiones y desavenencias entre historiadores jurídicos e historiadores políticos, no debe hacer tomar partido por uno o por otro, sino, más bien, integrar ambas perspectivas para comprender la formación de una razón constitucional que se articula *en* el cruce entre lo político y lo jurídico. La razón política, desenvuelta desde mediados del siglo XVII, modificaría la forma de control al establecer a la ley como límite externo contra la «arbitrariedad» del poder, lo cual más tarde sería recogido por el saber jurídico. El análisis, entonces, no debe mirar exclusivamente al pasaje del significante-significado de arbitrio hacia arbitrariedad. Hay que comenzar atendiendo brevemente el principio que modificó radicalmente el entendimiento de la fisiología del derecho: la legalidad.

a) Dogmática y ley: la formación legicéntrica

Desde la historia de la ciencia del derecho, es dable atender a diferentes razones literarias y contextuales para explicar la centralidad de la potestad legislativa en la escena jurídico-política de la Edad Moderna. Desde el campo jurídico, según Stolleis, el principio de legalidad se explica a partir de la centralización jurisdiccional operada en torno a la idea de soberanía. Ello así, puesto que el recurso a este concepto importaba reducir y unificar las múltiples jurisdicciones integrantes de las monarquías. Esta lectura impone

un carácter de reconstrucción inductivo. Ahora bien, para los «representantes de la ciencia política y los decididamente absolutistas el procedimiento fue más bien deductivo».[23] Esta segunda apreciación es la más extendida en la historiografía. Ambas interpretaciones, no obstante, se posicionan en que por detrás de la institución de los principios del iusnaturalismo moderno operó una razón religiosa-espacial, la cual se forjó a partir del siglo XVI, con mayor impacto en los espacios protestantes.

En dicho contexto se produjo una progresiva recepción de principios jurídicos tomados del Digesto, e interpelados desde lecturas heredadas del humanismo reformista, de donde se incorporaron conceptos tales como *Ragio di Stato, Souveraineté* y *Leges Fundamentales*.[24] Estos conceptos servirían para formular los elementos básicos de la gramática constitucional.

El resumen propuesto por Stolleis corre de la siguiente forma. La primera construcción –*Ragio di Stato*– daba lugar a una progresiva separación de la ligazón del *Princeps* a unos principios religiosos indisponibles. A partir de ello, se formó una literatura que miraba no sólo a lo moralmente correcto, sino también a la necesidad de asegurar la perdurabilidad y el control del Estado. Las implicancias contextuales de la disputa entre Estado e Iglesia, no obstante permanecer en el mandato de no violar el vínculo con Dios, determinarían una nueva *prudencia* para la formación de las leyes que atendían al derecho, pero ahora sumado a las estructuras políticas, climáticas y sociales para la sanción de las normas. No por nada, esta praxis fungiría como la base de unos *arcana imperii*, que luego se popularizarían con el saber *estatidístico* y que, hacia mediados del siglo XVIII, reconducirían la literatura jurídica hacia la descripción de una prudencia legislativa.[25] Esta nueva premisa ordenadora se refundió con el principio de soberanía que, en la obra del hugonote Jean Bodin, presentaba la posibilidad de dar la ley como la máxima expresión del poder, al relegar la costumbre de los pueblos y su voluntad a la del monarca.

23 Stolleis (2011) 118–119. Por debajo de esta inversión metodológica opera la paradoja básica de la Modernidad que establece a la ley (monopolio de la legislación) como presupuesto y como consecuencia del proceso de centralización que llevará a la formación del Estado moderno. No puede predicarse lo mismo en un universo de justicias donde, tras el interés de centralizar el gobierno del reformismo borbónico, aparecían restricciones dadas por las mismas instituciones predispuestas para la «limitación» de dicha potestad organizatoria: las audiencias. Garriga (2002).

24 Stolleis (2011) 122–123.

25 Stolleis (1998a) 31–68.

El punto máximo de la voluntad y autoridad del soberano cobraría potencia a partir de la obra de Hobbes, quién no atendía particularmente a los procedimientos de formación de la ley en base a la «verdad», sino a la «autoridad». No obstante, su influencia estaba lejos de ser sentida entre los juristas de la época.

Entre los siglos XVI y XVII, dos cuestiones se unirían al concepto de ley. La primera atinente al fundamento importó una progresiva abstracción del concepto de derecho natural que, moviéndose desde las razones tomistas a las enseñanzas ciceronianas-agustinas, hizo aparecer a la ley como *mens vel ratio recta* o una *summa ratio*. La segunda fue la reivindicación procesal, con una lectura de Papiniano, que entendía a la ley según un *commune praeceptum*, que, por común, condicionaba la eficacia de la ley en la integración procedimental de las «partes» representadas por estamentos y ciudades con sus privilegios.[26] Puede verse, entonces, cómo al interior del mismo sistema de las fuentes del derecho se iría acentuando el reconocimiento de la voluntad, nunca del todo independiente, del monarca como fuente privilegiada del derecho.[27] Sin embargo, las lecturas variarían de autor en autor dado el carácter pragmático del debate entre absolutistas y monarcómacos. Así, a la voluntad del Soberano se opusieron la mayoría de los autores, quienes reclamaban la necesidad de participación de los estamentos y la de respetar los pactos que estaban en la base de las *leyes fundamentales*. En este contexto el surgimiento de estas últimas se explica como una reacción, en la búsqueda por limitar la posibilidad de expresar una voluntad que se iba delineando, cada vez, con menos constricciones.[28]

Desde la *Dogmengeschichte* el cambio se hace más explícito, ya que se detiene en la construcción jurídica primordial para la práctica legislatoria. Mientras que la formulación clásica del Digesto 1.1.9 hacía derivar la potestad legislativa de la tradición jurisdiccional, a partir del siglo XVII, con los *Six livres de la république* (1576), se mudarían las razones de legitimación. Esto redundó en una independencia de potestades, que exhibían como el mayor ejercicio de soberanía el acto de dar la ley. En el caso tradicional Bártolo decía «facere statuta ser iurisdictio in genere sumpta» o más específicamente, lo

26 Grawert (1979) 879–889.

27 La misma actitud se toma en referencia a la «ley hispana». Ver Tau Anzoátegui (1992a) 37–43.

28 Stolleis (2011) 121.

indicaba Baldo: «statuta condere est iurisdictionis: quia quie statuit, ius dicit». La potestad legislatoria era un acto de jurisdicción. Para los glosadores el género actuaba aún como condicionante de la especie, mientras que en Bodin se invertía la semántica del poder al decir que: «la première marque du prince souverain, c'est la puissance de doner loy à tous en général, et à chacun en particulier».[29] Soberanía por jurisdicción. Síntoma central de la transformación del lenguaje jurídico que importaba, además, una reversión de las fuentes y de la sistemática del derecho. Por su parte, el procedimiento para determinar la «primera señal de la máxima autoridad» se explicitaba en el capítulo X del libro 1°. Allí, luego de considerar el poder de la costumbre y la función de juzgar indicaba que «dar la ley» equivalía a «soberanía».

El razonamiento se daba al interior de la problemática de las fuentes del derecho, a lo que se sumaba el carácter de supremacía. Es que si existían varios magistrados que podían dar edictos y estatutos, el hecho de hacer surgir esta potestad de una delegación del *Princeps* no los hacía supremos, ya que residía sólo en este último el punto máximo de superioridad, puesto que la recibía de Dios. A su vez, esta razón legislativa iría formando la idea de la voluntad del soberano, que descansaría en otra fórmula del Digesto (1.4.1): «Quod principi placuit, legis habet vigorem».

La extensión de esta formulación en la literatura de la época estaría constantemente tensionada entre la voluntad del soberano y las limitaciones de los derechos de los estamentos y el poder de la costumbre. Sin embargo, con el correr del tiempo y al entrar ya en los siglos XVII–XVIII la lógica del *auxilium et consilium*, donde los monarcas debían trabajar conjuntamente con las Cortes (o estados generales), quienes podían sugerir, controlar y quejarse ante las disposiciones de voluntad se cruzaron denuncias constantes. Ello coadyuvaría hacia el final de ciclo a una progresiva disolución de estas últimas. De este cuadro de situación surgió el poder de la ley y la necesidad «constitucional» del control político de su contenido. Empero, este procedimiento producía limitaciones que no eran ya sólo religiosas, sino también de origen histórico, a partir de unos privilegios concedidos en el pasado. Como se precisó previamente, de estos privilegios surgía la incapacidad de actuar toda vez que se pudieran vulnerar unas leyes adjetivadas como *fundamentales*.

La institución del poder de la ley pasó a ser el centro gravitacional del orden jurídico, incluso en la literatura práctica, en el que se impuso la

29 Mohnhaupt (1972) 189–190.

necesidad de seguir las leyes del monarca y enviar a segundo plano los dichos de los jurisprudentes.[30] Asimismo, a este poder de «dar la ley» se agregaba la interpretación de la misma, que progresivamente fue quitando del camino la lectura integradora de la jurisprudencia y la equidad. Un clásico ejemplo será la emergencia de un nuevo problema para el derecho legal: las «lagunas del derecho». Este vacío, impensado en la estructura del derecho antiguo, pasó a requerir una consulta al soberano para saber el sentido último de la norma. El silencio de la jurisprudencia y de los jueces –limitación de su *arbitrio iuris*–, que en Francia dará un instituto particular –el «Référé legislatif»–, es un indicador de un mundo que mutaba hacia la consideración de la ley como fuente exclusiva del derecho.

b) Voluntad y arbitrariedad: el capricho del déspota

La consecuencia de la concentración del poder, de dar la ley en manos del monarca, desestabilizaría progresivamente la idea de la integración del derecho por el *arbitrium* aplicado al caso. Dicha dimensión sistemática expresaba el cumplimiento de la voluntad del *Princeps*, que generaba las consecuencias lógicas de unificación territorial y concentración del poder que caracterizó a la Edad Moderna, claro que siempre con las resistencias propias que provenían de la práctica tradicional. Mientras que, en el trabajo sobre las fuentes de archivo, especialmente en la periferia del Río de la Plata, no se observa esta modificación de manera radical, ello no implica que la cuestión haya sido inocua para la construcción de la razón constitucional. Este cambio progresivo concluyó más tarde en una crítica hacia un ordenamiento de la vida social por un príncipe que ya no consideraba las razones de los pueblos.

La resistencia a los ejercicios de poder devendría en reclamos que no fueron incardinados por la falta de justicia, sino que comenzaban a criticar la falta de control –contrapesos– de esa voluntad que rompía con las fuentes que armaban de sentido al razonamiento jurídico. Correlativamente, y puesto que el acto de dar la ley descendía de la voluntad del «princeps legibus solutus», la crítica decantó en la voz «arbitrariedad» que pasó a fungir como expresión negativa de una voluntad única e impositiva de ordenación.[31] Un

30 Tau Anzoátegui (2016) 124–127.
31 Mohnhaupt (1972) 206.

ejemplo de este malestar que se extendería en el Río de la Plata ha sido citado por Chiaramonte con las palabras de Mariano Moreno, quién decía:

> ¿Pretendería el Rey, que continuásemos en nuestra antigua constitución? Le respondemos justamente, que no conocemos ninguna; y que las leyes arbitrarias dictadas por la codicia para esclavos y colonos, no pueden reglar la suerte de unos hombres que desean ser libres […].[32]

Allí, se precisa una declinación de la voz «arbitrariedad», la cual modificaba el sentido técnico jurídico del *arbitrium*, e incorporaba el valor de la voluntad «codiciosa» de un Rey que unilateralmente reglaba sin considerar la libertad de los pueblos. Esta falta de «participación» en la conformación de la voluntad y la tensión entre «leyes» y «arbitrariedad» fueron la nota que despuntaría, luego, en la gramática constitucional. Por otra parte, tras la asimetría en el trato de la voluntad real se comprende el modo en que la «antigua constitución» venía a ocupar el espacio significante de unas leyes fundamentales de carácter pactista e histórico. A diferencia de la península en las colonias no había Antigua Constitución, ni Leyes Fundamentales. Para el crítico se contaba tan sólo con unas «leyes arbitrarias». Para el argumento contraconceptual no puede dejar de atenderse a la contraposición entre «antigua constitución» con respecto a aquel último significante cuya resonancia puede ser leída en la oposición «leyes fundamentales» vs. «leyes arbitrarias».

Ahora bien, a fin de entender la pragmática que activó el movimiento interno del derecho, hay que atender a la formación de este nuevo contraconcepto que justificaba la necesidad de la Constitución reducida a ley escrita. Esta dimensión fue apareciendo en la manualística constitucional para formar el núcleo duro ético-moral, desde el cual juzgar la pertinencia del derecho hacia la segunda mitad del siglo XIX. La fuente privilegiada para analizar el cambio semántico del concepto de *Arbitrium* hacia *arbitrariedad* es la *Encyclopédie*. En la voz correspondiente a *Arbitraire* que dedicara François-Vincent Toussaint, un abogado devenido en hombre de letras, podía leerse:

> adj. pris dans un sens général, ce qui n'est pas défini ni limité par aucune loi ou constitution expresse, mais qu'on laisse uniquement au jugement & à la discrétion des particuliers. La punition d'un tel crime est *arbitraire*. Ce mot vient du Latin *arbitrium*, volonté. Les lois ou les mesures par lesquelles le Créateur agit, sont *arbitraires*; au moins toutes les lois physiques.[33]

32 Chiaramonte (2010) 337. La cita está fechada en noviembre de 1810.
33 Toussaint ([1751] 2001) 578.

Del texto se desprende que la voz compuso un concepto negativo con una limitación que provenía de la ley o de la Constitución. El punto estaba en el reenvío a la idea de la ley divina, la que devenía una arbitrariedad creadora, y que comenzaban a observar la gobernanza de los hombres a partir de leyes (físicas y matemáticas), que debían descubrirse por la razón. Finalmente, la cadena de significantes que acompañaban al concepto se instituyó a partir de esa formulación, y que resuena aún en el derecho contemporáneo con la misma potencia: arbitrariedad-discrecionalidad-voluntarismo. En la entrada correspondiente a *Despotisme*, de la edición de 1751, es dable hallar un uso que se adosará a la voz, sobre todo en el discurso constitucional:

> *(Droit polit.)* gouvernement tyrannique, arbitraire & absolu d'un seul homme: tel est le gouvernement de Turquie, du Mogol, du Japon, de Perse, & presque de toute l'Asie. […] Le principe des états despotiques est qu'un seul prince y gouverne tout selon ses volontés, n'ayant absolutement d'autre loi qui le domine, que celle de ses caprices: il résulte de la nature de ce pouvoir, qu'il passe tout entier dans les mains de la personne à qui il est confié.[34]

La formulación de gobierno tiránico, arbitrario y absoluto pasó a ser la figura elemental que establecía la necesidad de la división de poderes en tanto que proyecto de civilización. Ese gobierno sin ley se referenció con una voz poco jurídica, pero que se volvería, con el tiempo, fundacional del nuevo lenguaje constitucional: el *capricho*. Finalmente, se articulaba un sentido común a ser extendido, que sólo comprendía la razonabilidad como resultado de la ley natural opuesta a esa voluntad única y caprichosa. Así se presentaba la voluntad del «déspota arbitrario» como contra-concepto en relación a la formación de una legalidad proveniente ya sea de la voluntad general (en el giro filosófico) o de la historia de la Nación (en el uso liberal conservador a la Burke, romántico a la Savigny, y a la Lemminier en su epígono rioplatense: Alberdi).

La definición de «despotismo arbitrario», que emergía como consecuencia del capricho, era acompañada de una figuración particular, tradicional, y que pobló la literatura jurídica de la temprana Edad Moderna: el Asia. Un «asiatismo», entonces, cuyas figuras hacían las veces de explicación histórica –no geográfica– del contenido abstracto del concepto moral. Con esta serie de ejemplos se compuso un imaginario social sobre la arbitrariedad como concepto moral desplazando el sentido primigenio de carácter jurídico. Puede

34 Jaucourt ([1754] 2001) 887.

encontrarse allí una modificación sistemática jurídica, a través de la cual se pronunciaría la politización de los conceptos clave que precisarían el marco de acción del constitucionalismo. Aquí, ocurría un giro interesante, dado que mientras que se juridificaba el concepto de Constitución, se politizaban los conceptos adyacentes de arbitrariedad y despotismo.

Si bien más tarde se volverá sobre este tema, toda la voz *Despotie* presentaba un casuismo representativo de una forma de poder que, al no atenerse a la ley, debía limitarse. De esta manera, la red semántica que se organizó en torno al concepto de arbitrariedad serviría de base para la formación de un modo narrativo constitucional cuya estructura tópica se volcaría en la historia nacional-local para encontrar aquellos ejemplos con los cuales ilustrar los nuevos conceptos del constitucionalismo moderno.[35] El objetivo último era la obtención de una Constitución-ley escrita que limitase las voluntades arbitrarias de los déspotas, que resultaba, a su vez, de una ley natural que sólo la razón –o la educación– de los hombres y no el capricho podía otorgar.

El cambio conceptual se hacía visible, entonces, en el pasaje semántico-sintáctico de un concepto técnico hacia uno que juzgaba el modo de gobierno. Este cambio radical se incorporaba al discurso constitucional, entre otras fuentes, a partir de la obra de Benjamin Constant, ampliamente leída en el Río de la Plata durante el siglo XIX.[36] En *Des réactions politiques* de 1797, obra que había sido incluida en el *Curso de Política Constitucional* de la edición española de 1820, Constant dedicaba todo un capítulo al concepto de arbitrariedad, de donde surgía una síntesis de lo que luego será conocido como el principio de legalidad. Su fórmula de la arbitrariedad comenzaba indicando que esta acontece ante «la falta de reglas, de límites, de definiciones, de todo en fin que es preciso», y presentando un punto central compuesto por oposiciones:

> Aquellos son partidarios de la arbitrariedad que dicen «hay una distancia, que no se puede de ningún modo allanar, entre la teoría y la práctica»; porque siendo susceptible de la teoría todo lo que es preciso, es arbitrario por consecuencia aquello que no la admite.[37]

35 Las figuraciones diversas pueden encontrarse no sólo en la historia de personalidades, sino también de estructuras concebidas como estructuralmente despóticas. En el caso alemán será la figura del *Estado de policía* en la narrativa liberal del siglo XIX. Estado de policía que surge de una crítica a la formación paternalista del protestantismo en Kant: Mandt (1990) 684.

36 Tau Anzoátegui (2008a) 101.

37 Constant (1820) 337.

Citaba expresamente a Burke, quién era el máximo representante de esta posición, y proponía, entonces, una inversión que atendiese a la deducción lógica de la teoría desoyendo al sentido práctico. Teoría que expresaba los principios de institución de un orden político. Se observaba, también, una estructura racionalista de la acción de gobierno que decía de la arbitrariedad: «es peligrosa para el mismo relativamente a su acción, porque aunque precipitando su marcha le da algunas veces el aire de fuerza, es quitándole siempre a la misma acción la regularidad y el vigor».[38] La oposición entre inducción de la experiencia frente a la deducción de principios permitía la entrada de conceptos tales como «seguridad individual», «garantías»:

> todo lo que es arbitrario tiene una incompatibilidad con la existencia de un gobierno considerado con relación a su institución; es peligroso por otra parte en su acción misma, y no da garantía ninguna al mismo gobierno en cuanto a la seguridad de los individuos que le componen.[39]

Exactamente aquí, brotaba también la forma de pensar el acto de institución política. Para Constant «no son otra cosa que unos contratos» cuya naturaleza es poner «límites fijos»: «luego la arbitrariedad opuesta precisamente a lo que constituye un contrato, mina por su base toda institución política».[40] El motor de toda institución que asegurase y garantizase el desarrollo regular de las sociedades no era más que la Ley comprendida como una limitación de la arbitrariedad. De allí, que de lo que se trataba era de «inculcar la necesidad de principios positivos, de leyes claras y precisas, en una palabra, de instituciones de todo modo fijas que no dejen a la tiranía entrada ninguna».[41] Con ello, se iban delineando los elementos de la constitución de un orden *legal* que sólo se explicaba por contraposición a la arbitrariedad. La gramática constitucional se moverá al interior de estos presupuestos invirtiendo no sólo el sistema de fuentes del derecho, sino también los principios rectores del mismo: de la *iustitia* a la *seguridad jurídica* y la *legalidad*.[42]

38 Constant (1820) 350.
39 Constant (1820) 339.
40 Ibid.
41 Constant (1820) 348.
42 Meccarelli (1998) 557.

3. *Arbitrariedad*: entre sistemática y narrativa histórica

El pasaje desde una cultura jurídica *de justicia* hacia una *de seguridad, certeza y legalidad*, o como reza el libro de Marta Lorente *De una justicia de jueces a una justicia de leyes*, implicaba varias modificaciones que operaron tanto al interior del sistema de derecho y en el dispositivo literario de justificación. Cabe recordar que, entre la literatura proto-constitucional que se estaba formando lentamente, sobre todo, en la segunda mitad del siglo XIX y la práctica del derecho existían regímenes conceptuales diversos. Este desajuste entre las pervivencias prácticas y lingüísticas, que devuelve el archivo y los cambios de lenguaje que presenta el registro constitucionalista, son determinantes de varios inconvenientes. Esta razón de práctica historiográfica ha generado varios malentendidos. Sobre todo por la acción precomprensiva que aporta la manualística jurídica sobre el mundo del derecho tradicional –principalmente en el derecho penal–, la cual ha seguido tópicamente los prejuicios ilustrados que consideraban todo accionar del pasado como resultado de una voluntad arbitraria.[43] De allí la sorpresa o incapacidad de atender a unas fuentes judiciales que seguían atadas a un saber jurisprudencial, incluso hasta bien entrado el siglo XIX rioplatense, y que «hacían justicia» sin atender a un principio de legalidad que se iba instituyendo progresivamente.

Lo fundamental, entonces, es reconocer la función secundaria de la narrativa histórica, y que esta última se entiende a partir de su rol instrumental instituyente del orden jurídico. El análisis emprendido histórico-conceptual devuelve algunas pistas del proceso genético del derecho moderno que habitan las categorías historiográficas, que deben ser suspendidas para encontrar el núcleo organizador de otra cultura jurídica. Desde el plano conceptual se pudo informar cómo la introducción de la voz «arbitrariedad» importó una modificación de las dimensiones sintácticas, semánticas y pragmáticas mediante un eclipse del antiguo significante «arbitrium». Ello así, puesto que, al mismo tiempo que modificó sintácticamente el antiguo lema «arbitrio», volviéndolo «arbitrariedad», introdujo una red de significados que ya no fue exclusivamente técnico-jurídica *(ratio o aequitas)*, sino más bien moral (caprichos, violencia, voluntad absoluta). Este cambio sintáctico-semántico produjo la percepción de negatividad que portaría de allí en más el nuevo lema. Puede tomarse por caso la obra clásica de Beccaria, donde el lexema se

43 Agüero (2017).

acompañó de expresiones tales como «venalidad», «peligro», «impunidad».[44] La dimensión pragmática, además, fue correlativa y fundamental ya que, sólo posicionándose en este nivel se pudo comprender la razón de este cambio conceptual. La finalidad última no fue buscar un aggiornamiento de un concepto jurídico, sino componer un concepto límite para el juzgamiento y control judicial. Asimismo, el concepto de arbitrariedad se tornaría una nueva herramienta para juzgar una experiencia jurídica (pasada), con miras a un futuro institucional diverso. De allí, que la re-significación volvió moralmente negativo un concepto técnico central al ejercicio de la justicia del Antiguo Régimen. Consecuentemente, permitió que todo aquel que apelara al arbitrio –en la composición de sentencias– pudiera ser visto sin más como «arbitrario», y contrapuesto a los valores de legalidad y seguridad jurídica. De esta manera se obliteró la sistemática y lógica del *ius commune* al rotular el modo de administración de justicia como «arbitrario» e introducir nuevos valores ajenos a dicho sistema de pensamiento: seguridad jurídica, legalidad, limitación de poderes, certeza, etc.[45]

Puede a partir de aquí ingresarse en un segundo nivel de análisis, que define la ontología del derecho moderno, que se estructuró en torno a la legalidad, la generalidad y la certidumbre. La legalidad que, en última instancia, se representó como la Constitución escrita, envolvería, entonces, algo más radical que un mero cambio conceptual. Este cambio conceptual devino, más bien, un epifenómeno indicador de giro mayor: el quiebre de la cultura tradicional y la imposición de una concepción sistemática del derecho. El derecho moderno no se articulará ya sobre la prudencia y arbitrio de los magistrados, sino sobre la limitación de sus decisiones a través del ajuste a la ley escrita. La expresión «Government of laws and not of men», acuñada por John Adams y luego incorporada a la Constitución de Massachusetts de 1780, es síntoma y síntesis de este movimiento teórico. Este *topos* central del derecho moderno supuso la dislocación de un modo de actuar *en* el derecho. Se pasará, entonces, de una *limitación interna* de la praxis de los jueces, actualizada en la conciencia del juzgador, a una *limitación externa*, dada por la ley. A está última debía ajustar su decisorio para no caer en el nuevo vicio –arbitrariedad– instituido por el nuevo fiel de la balanza que servirá para juzgar al juzgador: el principio de legalidad.

44 Beccaria ([1764] 2015) 23.
45 Meccarelli (1998) 557.

El tercer nivel, entonces, es el resultante de combinar el cambio conceptual con la institución de una nueva sistemática legal que impuso el carácter autorreferencial del derecho reducido a ley. La función pragmática del concepto de arbitrariedad fue, y continúa siendo, de denuncia ante una acción que elide –al negar– el sistema jurídico-constitucional de base legal. Este significante se convirtió en un concepto límite, compuesto por un contenido establecido a partir de la oposición a la ley (todo aquello que no siga la ley es arbitrario). Aunque esta clave de lectura agonal no se sostendría por mucho tiempo. En última instancia, la arbitrariedad pasó a definirse, desde el proceso jurídico interno al campo del derecho, como *todo aquello* considerado extra-jurídico o no-jurídico. Esta relación de externalidad es fundamental, ya que delimita –por oposición– el contenido del sistema de derecho: la ley estatal deviene la única forma de expresión del derecho. Ley estatal que presenta toda acción fundada en *otra norma* –moral, práctica, religiosa– como extra-jurídica y, por ende: una posible forma de violencia. Violencia, laguna, que también se presenta amenazante del mismo sistema de derecho.[46] Este contenido genético del concepto de arbitrariedad, en la Argentina, se encuentra incluso en los orígenes de una acción ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que lleva el nombre de «recurso extraordinario por sentencia arbitraria». Se observa en las palabras de la Corte en el caso Rey vs. Rocha que se «da lugar a recurso ante la corte suprema en los casos extraordinarios de sentencias arbitrarias, desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan solo en la voluntad de los jueces».[47] La arbitrariedad se define por el rol diferencial entre Ley y voluntad.[48]

Ahora bien, el corolario de la instauración del sistema jurídico legal fue la imposibilidad de reconocer otros modos de producción jurídica, los cuales, para la comunidad epistémica educada bajo estos principios, no devienen alternativos, sino *arbitrarios*. Tras este giro, se refrenda la formación de un «monopolio estatal de la violencia legítima» compuesta por la expulsión de toda solución de conflictos no proveniente de la racionalidad legal-formal.[49] La apelación a la arbitrariedad, entonces, también funciona como defensa última del sistema de derecho, que permite precisar conjuntos de acciones en un plano de interioridad y exterioridad, legal e ilegal, jurídico y no-jurídico.

46 Menke (2015) 115–121.
47 Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1910) 384.
48 Agüero (2013) 249.
49 Allí también las teleologías de la sociología del derecho de Max Weber.

Estas razones dan cuenta de la base constituída para el despliegue de una narrativa historiográfica, que juzga la experiencia social-histórica desde el lenguaje instituido por el propio derecho decimonónico. El anacronismo que se advierte en la narrativa histórica de la dogmática del derecho sobre el Antiguo Régimen, por lo tanto, no es sólo producto de una mala historiografía, más bien compone la justificación ideológica radical que busca *reificar* un ideal, al mostrar otras racionalidades como desviaciones o atrasos. En definitiva, más allá de la incomprensión, la reducción del pasado a un gobierno puramente «arbitrario» (sin reglas ni límites fijos) figuró un imaginario, que actuó, y continúa funcionando, como condición de posibilidad para el despliegue de un nuevo modo de concebir lo jurídico, vinculado a la ley.

De todas las figuraciones ejemplares se destaca la del «déspota arbitrario» que encarnaría un tópico central en la historia constitucional. Rosas, caudillos, Rey de España, muchedumbres, costumbres, etc. serían ejemplos de la voluntad absoluta sin ley –barbarie–, que relegaba el gobierno a la anarquía y la guerra de todos contra todos: No existía una sociedad aún, puesto que esta sólo se formaría en ese contrato que suponía la eliminación del déspota a través de la instauración del contrato y la ley. Esta narración, que reenviaba hacia el origen mítico del derecho moderno, obturaba el acto de institución histórica del orden jurídico –sus guerras, imposiciones, etc.– y producía bajo el nuevo concepto de arbitrariedad un reenvío a una forma de violencia previa que, por su contraposición, invisibilizaba la violencia de la abstracción jurídica del derecho moderno.[50] De allí, el efecto de clausura que producía su apelación hacia el pasado era también hacia el exterior del derecho en el presente.

En teoría la arbitrariedad es el refuerzo de la autopoiesis del sistema jurídico que se cierra sobre sí. El motivo por el cual la arbitrariedad ha sido tantas veces invocada y pocas veces explicada se debe a su rol tópico de clausura y soporte del sistema de derecho moderno. Soporte y clausura en tanto que al implicar un registro emotivo cierra las contradicciones lógicas propias del sistema de derecho moderno, en cuanto a la dimensión voluntarista y racional que se presupone. Este análisis involucra una de las funciones de la historia ya que: «la historia de la conformación de un vocabulario político es menos la historia del hallazgo progresivo de nuevos contenidos semánticos que «la del desarrollo, mucho más traumático y conflictivo, de

50 Caroni (2013) 47–49.

aquellos puntos ciegos inherentes a él».[51] Queda observar el desarrollo de este contra-concepto a la luz de la historia de la legalidad en la discusión jurídica argentina. Allí, en el pasaje del imperio de la ley al principio de legalidad se pueden localizar esos conflictos, que surgen del punto ciego delimitado por la *arbitrariedad*.

51 Palti (2007) 131.

Capítulo IV
Legalidad y arbitrariedad. Aporía nomológica entre Constitución y Administración

1. Legalidad y arbitrariedad: contra-conceptos constitucionales

El concepto arbitrariedad posee una razón para su uso extendido –e *in* consciente– dentro del derecho, que se debe a la institución del «principio de legalidad» como modelo exclusivo de orden. Esta racionalidad contra-conceptual, asimétrica, que comienza a denotar negativamente al *arbitrio*, se produjo en dos momentos diversos, que exhiben, en primer término, la politicidad de la disputa entre grupos y posiciones en torno a la política constitucional y, en segundo lugar, el triunfo de la colocación legalista como sentido común extendido e indisputable del orden jurídico. Esta disputa, que se sitúa entre mediados del siglo XVIII y el último tercio del siglo XIX, se puede advertir en el texto de Constant ya evocado, el cual se dirigía a «combatir los partidarios de la arbitrariedad», quienes, no obstante, «se asustan con solo oír su nombre».[1] El enemigo era Burke, que concebía el derecho desde la experiencia concreta y no estaba –según la lectura de Constant– dispuesto a aceptar unos límites que sólo las reglas, las definiciones y los *principios* pueden imponer. La tensión entre experiencia histórica y principios abstractos formaban un cuestionamiento en Burke, que precisaba dos conceptos constitucionales diversos: «So that it was of absolute necessity the whole fabric should be at once pulled down, and the area cleared for the erection of a theoretic experimental edifice in its place?»[2] Los principios se volverían seguridad jurídica. Pero esta conclusión –histórica– de mentalidades merece ser desandada porque la relación era epistemológica y política.

La designación de un grupo como «partidarios» exhibe un campo de batalla intelectual, que se extendió en el debate constitucional y que demues-

1 Constant (1820) 337.
2 Citado por Clavero (1989b) 79.

tra que, aún durante el *largo* siglo XIX, la «arbitrariedad» era un concepto político articulado a la manera de una cruzada cultural por una razón jurídica. Sólo, más tarde, con la inscripción traumática del modelo de orden constitucional-legal –acompañada de la acción de una particular historiografía jurídica y política– se lograría desmembrar el carácter grupal, para encontrar en la «arbitrariedad» una voluntad particular que desconocía los principios *únicos* que guiaban la racionalidad del derecho. Ese proceso de individuación puede ser leído como el epifenómeno de un triunfo dogmático de la politicidad del grupo; el cual instauró la idea de arbitrariedad-*desviación*, recalada en un sujeto –juez o funcionario–, quien, desatendiendo un principio legitimado, actuaba por mera voluntad –capricho– en el dictado de una sentencia, en la acción política o administrativa.

La subjetivación de la «arbitrariedad» importa, entonces, un momento histórico de hegemonía cultural, que define un tiempo en el que deja de comportarse como razón instituyente para convertirse en argumento de defensa del orden. La sanción del actor considerado «arbitrario» procede de manera durkheimiana, en la consolidación de una consciencia colectiva cifrada en la gramática principista de la ley. Ello así, puesto que al imponerse como fin del sistema jurídico la desactivación de aquellos actores cuya «voluntad arbitraria individual» colisiona con la general –echa de principios–, el derecho se convierte en un modo efectivo de normalización sistémica. El corolario que surge es que al tiempo que sanciona la desviación (ya no grupal, sino subjetiva) refuerza al sistema jurídico que logró constituirse como *la* razón universal.[3]

Observar esta relación histórica implica también la posibilidad de desmontar historizando la forma en que se produjo un principio que rige el saber jurídico moderno. Por ello, en esta instancia, se intenta comprender el doble proceso por el cual se construyó un principio central del derecho y, al mismo tiempo, se ocluyó su carácter narrativo histórico-social, volviéndolo centro de la construcción constitucional y un inatacable dogma que estructura el saber. Sin embargo, como se verá hacia el final de este capítulo, la aporía emergente del constitucionalismo retorna sobre la «arbitrariedad», aunque esta vez de la ley. En efecto, la primera oposición entre voluntad, caprichos y forma de ley se dirigirá más tarde sobre el contenido de la ley,

3 Durkheim ([1893] 2001) 127.

que podrá ser sometida a un control de constitucionalidad judicial. Por lo que la hermenéutica ya no se limita a principios, límites e impuestos del sistema legal, más bien bordea una evaluación judicial. Evaluación judicial de lo constitucional que se compone no sólo de un saber técnico, sino que incluirá las figuras de la arbitrariedad que una historia de juristas devuelve como tradición latente, y que proyecta una «justicia constitucional» que para muchos juristas rompe con la legalidad. A partir de aquí, cabe entonces conocer más sobre la institución legal del constitucionalismo, la arbitrariedad y la justicia.

2. Naturaleza, filosofía, Constitución: génesis y lógica de la legalidad

La centralidad del «principio de legalidad» se comprende por la doble funcionalidad instituyente y dogmática al interior de la lengua constitucional moderna. La historia de su formación importa entender el pasaje desde su creación hacia su consolidación como principio desde el que decanta el sistema de derecho contemporáneo. La historia conceptual del instituto deja entrever que la «legalidad», antes de ser principio jurídico, fue el resultado de la efectiva institución simbólica de los presupuestos del derecho natural formado en los siglos XVII–XVIII. Axiomas que comenzaron a funcionar de base sobre la que se montó el liberalismo constitucional. Es decir, tras la ley como fuente primigenia del derecho funcionaba una naturalización de un discurso filosófico –también de carácter ficcional– que produjo un supuesto antropológico y un correlativo modo de gobierno para controlar esas tendencias «naturales» de los individuos.[4] En el campo jurídico dicho cambio de fundamentos últimos del orden político tuvo un impacto medular. Entonces, no sólo se modificó el sistema de pensamiento alrededor del derecho, también, metodológicamente, se pasó desde la inducción casuística hacia la deducción, a partir de unos principios que se consolidaron en el juego entre derecho y filosofía política. Asimismo, la cuestión de método acaparó el debate, a través de una crítica radical hacia la supuesta dispersión de fuentes y saberes del derecho que no permitían un uso racional del mismo.

¿Cuál fue el rol del pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII–XVIII para el despliegue de la razón constitucional moderna? Tal como lo ha mostrado Pietro Costa, dentro del proyecto de la modernidad el discurso filosófico iusnaturalista permitió dogmatizar, al legalizar las dimensiones

4 Tarello (2002) 55–59; Münkler / Strassenberger (2016) 187–221.

filosóficas presentadas como «naturales». Sólo a partir de esa reificación se podrían construir los principios, a partir de los cuales se deduciría el modelo de orden deseado.[5] De manera que la razón constitucional –circular– funcionaría a partir de este momento instituyente, que hace refracción en la frase de John Adams «sobre el gobierno de las leyes y no de los hombres», y que aparece como una certeza explicativa *per se*, pero cuya formación ideológica se encuentra más atrás en el tiempo.

Según Fritz Loos y Hans-Ludwig Schreiber, la formación del derecho natural moderno implicó un triple orden de presupuestos: una secularización del derecho, un cambio metodológico y una concretización del sistema normativo. La secularización se observa en el abandono de la reflexión fijada en una *lex aeterna* de carácter divino como motivo-guía del orden del universo y pasa, en su lugar, a buscarse la misma no ya en la idea de un Dios, sino como un reflejo de la «razón humana». Esta relación entre ley y razón humana importaba una extensión a un universo, que no discriminaba en términos de paganos o católicos, protestantes, etc., que era un claro resultado de las guerras de religión, aunque también condición de posibilidad para un cambio metodológico que poseería, a su vez, dos influencias. Por un lado, la negación de la metafísica medieval y la comprensión de lo racional a partir de los métodos matemáticos-causales, cuestión que habitualmente se ha descripto como una filosofía derivada de un paradigma *more geometrico.* Por otro, consecuente con este postulado, se pretendió aprehender la realidad de las relaciones en su manifestación concreta, con una razón que había dejado de estar inscripta en una dimensión abstracta, para pasar a representarse en los «deseos», «pasiones», «temores», «igualdad», «desconfianza», «libertad», etc. de los hombres. La conexión de ambos elementos funcionó en la base teórica para representar «la realidad empírica» bajo un método sintético-analítico.[6]

Este nuevo mecanismo representacional y analítico del derecho motivó una precomprensión de la totalidad «estatal», a través de una narrativa (pre-) supuestamente empírica, que se detuvo en los elementos componentes de la sociedad, tanto en sus relaciones como en sus poderes y potencialidades. Este desplazamiento hacia las partes trajo consigo la posibilidad de recuperar la tradición contractual formativa de la república y el Estado, y decantar en una

5 Costa (1974) 17–19.
6 Loos/Schreiber (1984) 258.

presuposición de los derechos individuales que lo componen. El proceso de individuación de la razón en el sujeto ha sido central para comprender el nuevo esquema del orden que generó «derechos», en lugar de un «derecho», lo que subvirtió la tradición; al pensar el derecho desde el actor –derechos naturales– y no ya desde la totalidad política.[7]

Las consecuencias fueron la legalización por la vía constitucional de una naturalidad filosóficamente presupuesta como esencial al hombre. Menke señala que la demanda de derecho de una persona contra la otra ya no tiene en mira la idea de justicia, sino más bien una sustancia «natural» y, en tanto tal, pre-jurídica que el derecho viene a *reconocer*. La relación entre filosofía política y Constitución con garantía de derechos convierte al derecho en ley, y este deviene pura forma, ya que su contenido está en el exterior: presentándose como un dato «natural» prejurídico, empírico. La fuente última, además del contrato, debe interpretar también a los autores clásicos del iusnaturalismo moderno, puesto que sin una narrativa los «derechos» se reproducirían al infinito. En su lugar, el interés único reconocido por la razón constitucional primigenia fue la vida, la libertad, la propiedad.[8]

Ahora bien, la dogmatización de los «derechos naturales» de los hombres presentados como verdad probada fue, a su vez, el resultado de una doble clausura. De un lado, el recurso a la filosofía que, avalada por la episteme de la época, pudo liberar al derecho constitucional del debate último sobre la razón lógico-política de la institución contractual, de la limitación de los poderes y de la ley como fundamento de su discursividad. Se produjo una operación de cerramiento del derecho sobre sí, lo cual entrañaba la aceptación acrítica de los presupuestos dogmáticos de la filosofía política moderna, que constituyó una nueva referencialidad de autoridades que no podían ser atacadas sin desmoronar el edificio liberal. Del otro, la oclusión del estudio de la razón política dio lugar a un desplazamiento. En efecto, se corrió el foco de interés desde la justicia hacia la dimensión normativa, con la pretensión de lograr una legislación que superase una supuesta dispersión, confusión y oscuridad de las fuentes del *ius commune*. Esta deriva técnico-sistemática decantó en la idea de la codificación del derecho y bregó por la formación de una ley técnicamente perfecta para el ordenamiento de los derechos. Esta pregunta por la mejor manera de «concretización» de unos

7 Villey (2003) 568–580.
8 Menke (2015) 56–57.

derechos presupuestos por la naturaleza desveló a los juristas.[9] La finalidad última, una vez legalizado lo natural como contenido, fue la formación de una regla clara de derecho que al descender de un principio general evitase toda laguna y arbitrariedad.

El cierre dogmático y el desplazamiento del interés –de lo político a lo técnico– tornaron la «legalidad» en principio. Lo interesante, entonces, es que el derecho moderno se volvería pura forma, ya que se tecnificaría obliterando la relación con lo justo, dedicándose a pensar la relación entre lo legal-ilegal mediante el plano definido por la ley. El «principio de legalidad» sería el resultado último de esta modificación sistémica que no sólo hace equiparable el derecho a la ley, sino que presupone como finalidad del derecho el análisis normativo-legal puro para evitar la arbitrariedad. Este sistema autopoiético tuvo su mayor representación en el positivismo jurídico que, además de desconocer el origen de los derechos y de la individualidad jurídica como parte formativa del Estado, se concentró de manera unívoca en la formulación de un derecho técnicamente adecuado.

Sin embargo, este movimiento del derecho hacia la formalización legal presentó varias complicaciones que conviene ir adelantando. En primer lugar, la participación democrática en la sanción de la ley podía contravenir los presupuestos considerados «naturales», de allí que surgieran teorías sobre las naturalezas humanas y los procesos civilizatorios para llegar a un «contenido» preciso, limitando las «tendencias». En segundo lugar, la explosión normativa, consabida la centralidad legicéntrica, implicaba, también, detectar cuál era la forma de la ley adecuada –decretos, resoluciones, edictos,

9 Según Jean-Louis Halpérin, todos los *philosophes* (Montesquieu, Voltaire, Rousseau) compartían una nomofilia, es decir, la idea de la existencia de leyes que regían la organización del universo. Sin embargo, su impacto en el derecho sería juzgada de forma diversa. Aquí se retomarían de Pufendorf ideas tales como las del contrato, la idea de propiedad, o responsabilidad, ya que no estaban del todo seguros de la posibilidad de imponer un derecho general que suplantara las costumbres locales –determinadas climáticamente, etc. Si bien en las bases lógicas del pensamiento social aparecía la idea de ley proveniente del iusnaturalismo alemán, de la química, etc. no necesariamente se aplicaba al derecho. Esta tensión al interior del legalismo es constitutiva de la disputa entre «derecho consuetudinario» –costumbres– y su posibilidad de modificación por parte de la Ley. En este campo, se establecieron también las bases para el desarrollo de las disciplinas jurídicas modernas desde la sociología del derecho hasta el derecho constitucional, con impacto en la idea de Constitución formal o material. En torno a la nomofilia de los *philosophes* y la relación con el derecho natural-ley: Halpérin (1992) 60–61.

leyes generales, etc. Ambas cuestiones decantarían en un rol superlativo de los magistrados en el control de «constitucionalidad», al volver a una suerte de moderno *arbitrio iuris* que no termina de responder a los postulados instituyentes del orden. Cabe observar la composición de esta aporía en la historia local.[10]

3. Hacia una legalidad argentina: filosofía jurídica y constitucionalismo

El impacto en el constitucionalismo argentino aparece retratado en dos motivos narrativos: la recepción de la filosofía política, y la institución de los derechos derivados de ella, donde se muestran las tensiones entre imperio de la ley/arbitrariedad. La primera cuestión a considerar, entonces, es la institución del derecho natural moderno como razón última de legitimación jurídica. Si bien existen varios iusnaturalismos y la forma de comprensión del mismo varía de autor en autor, también depende de los espacios geográficos, políticos y sobre todo religiosos, la extensión de los principios se concretizó en la recepción en bloque, y a pesar de las diferencias, de Locke, Montesquieu, Rousseau, etc. En la tópica del discurso constitucional argentino, estos últimos sumados a Tocqueville, Guizot, Constant y los federalistas americanos compusieron un nuevo sistema de autoridades. En ese sentido, el canon de autoridades se presenta ya formalizado en las obras tempranas de Florentino González, al decir, en referencia a la Constitución de los Estados Unidos:

> Estando hoy resueltas por la práctica, de un modo satisfactorio, muchas cuestiones políticas que han ocupado por siglos á los filósofos, desde Aristóteles y Platón hasta Montesquieu, Rousseau y Locke, no me he detenido a hacer reflexiones abstractas sobre ellas.[11]

La Constitución era la resolución política de un antecedente filosófico. En 1930, momento de cierre del ciclo formador del canon constitucional argentino, en el tomo I de su *Derecho Constitucional Argentino*, advertía Juan Antonio González Calderón:

10 Frente al control de constitucionalidad se establece el hibridismo de la tradición constitucional argentina, que, por una parte, reconoce antecedentes del sistema de los Estados Unidos de Norteamérica y por otra de la codificación francesa en la reducción del juez a la legalidad. Esta escansión de tradiciones resulta operativa en el campo de una legalidad sopesada judicialmente a la luz de la Constitución.

11 González (1909) 430.

> Montesquieu escribió su célebre libro en el año 1748. La influencia que sus doctrinas han tenido en el desarrollo de las democracias modernas ha sido considerable. Los autores de la Constitución americana de 1787 conocíanlas *[sic]* y las admiraban. «El Federalista» recogió sus máximas.[12]

La razón filosófica en la cual se inscribió el constitucionalismo en la Argentina estructuró el discurso de una doble manera. Por un lado, esa selección importó la inscripción en una tradición, al obliterar la importancia de otras escuelas –como la salamantina–, que habían tenido, en rigor, un efecto mucho más determinante que la de los citados autores franceses y norteamericanos en los procesos revolucionarios de América.[13] Esto último tendría sus efectos en la construcción del saber historiográfico, que suponía que esos autores, caros al constitucionalismo de segunda mitad del siglo XIX, habían sido los motores del movimiento ideológico revolucionario de mayo. En esa clave, cabe comprender la nunca resuelta tensión y descrédito entre el saber histórico constitucional y la historiografía política de las ideas latinoamericanas. Por otro, se reconoce una fuente filosófica que opera constantemente en un trasfondo de la materialización constitucional, pero cuyo rol precisamente es un reenvío de este último a saberes extrajurídicos que darán el contenido a la legalidad –que se convertirá en pura forma. El debate por la forma de ley que monopoliza el argumento por la división de poderes y el federalismo sólo puede funcionar sobre la base de una exclusión del contenido de los derechos que deben protegerse mediante los dispositivos técnico-constitucionales. Se incluye excluyendo la problemática de la génesis de los derechos para dedicar el tiempo al problema central de su protección. Desplazamiento y naturalización corren de la mano.

Ahora bien, esta operación no fue sólo un invento de la doctrina constitucional, sino una lectura de las fuentes que dejaban los archivos legislativos. En las fuentes históricas rioplatenses de comienzos del siglo XIX se observaba una razón instituyente del sujeto y los derechos naturales. Para ello, hay que estar a la mira del Decreto de seguridad individual del 23 de noviembre de 1811. Este documento junto con las disposiciones sobre libertad de imprenta devendrían cita obligada del discurso constitucional argentino, ya que como expresara Aristóbulo del Valle: «todas estas disposiciones, con

12 González Calderón (1930a) 431.

13 El ejemplo de otra tradición forcluida por la literatura constitucional, que fue luego recuperada puede hallarse en Halperín Donghi (2009).

ligera variación de detalle, las veremos repetidas en las constituciones posteriores y consagradas en la constitución que nos rige».[14] Descontextualización mediante, la tradición se construiría entre la diferencia y la repetición producida al interior de los límites establecidos por este momento genético, en el cual se sintetizaba la relación entre dogmática y orgánica, entre contenido y forma. El Decreto, cuyos fundamentos conviene citar en extenso, establecía que:

> Si la existencia civil de los ciudadanos se abandonase a los ataques de la *arbitrariedad*, la libertad de la imprenta publicada en 26 de Octubre del presente año, no sería mas que un lazo contra los incautos y un medio indirecto para consolidar las bases del despotismo. Todo ciudadano tiene un derecho sagrado a la protección de su vida, de su honor, de su libertad y de sus propiedades. La posesión de este derecho, centro de la libertad civil y principio de todas las instituciones sociales, es lo que se llama *seguridad individual.* Una vez que se haya violado esta posesión, ya no hay seguridad, se adormecen los sentimientos nobles del hombre libre y sucede la quietud funesta al egoísmo. Solo la confianza pública es capaz de curar esta enfermedad política, la más peligrosa de los Estados, y solo una garantía afianzada en una ley fundamental es capaz de restablecerla. Convencido el Gobierno de la verdad de estos principios, y queriendo dar a los pueblos americanos otra prueba positiva y real de la libertad que preside a sus resoluciones y de las ventajas que les prepara su independencia civil, si saben sostenerla gloriosamente y con honor contra los esfuerzos de la tiranía, ha venido en sancionar la *Seguridad Individual* […].[15]

Aquí la «seguridad individual» era una síntesis de unas condiciones «sagradas» que merecían protección, aunque reproducían los valores básicos del iusnaturalismo moderno. Lo sagrado se movía en una zona de indecibilidad entre fundamento católico y principio natural, de allí que las lecturas podían servir a los católicos liberales –Estrada– o a los positivistas –Joaquín V. González, entre otros. Es posible postular que en el presente siguen confundidos, de allí su productividad. La sacralidad implicaba indisponibilidad, pero la fuente se confundía entre divinidad y/o naturaleza o mejor expresado: era indisponible esa expresión de la divinidad *en y por* la inscripción observable en la naturaleza. En términos de pragmática contextual esta fuente resultó fundamental para reconocer cómo, en este momento primigenio, la sacralidad del contenido debía ser explicitada de manera «educativa»: «Vida, honor, libertad y propiedad». Sin embargo, la torsión en la razón jurídica operaba a través de un desplazamiento entre los modos de la justicia y la ley. Es el pasaje desde una mirada donde «el derecho» se fundaba en un gobierno para

14 Valle (1911) 196.
15 Registro Oficial de la República Argentina (1879) 128–129.

la «quietud pública» de la comunidad política –de jueces y justicia– hacia una razón de «seguridad individual» que debía ser protegida.[16]

Cabe advertir, asimismo, que el derecho sagrado, sobre el cual se transmitían los valores del iusnaturalismo, era la «seguridad individual» de los padres de familia, y esta sólo podía ser protegida con la «Ley Fundamental».[17] Aquí el concepto de Ley Fundamental en su modo singular no era gratuito. Importaba otro significado que lejos estaba de la tradición histórica y más cerca del reclamo de reconocimiento escrito, en tanto que un codificado de derechos indisponibles para el gobierno.[18] Un horizonte de expectativas que trasuntaba en la «forma de ley» como el único remedio a la arbitrariedad y el despotismo, que eran formulaciones contra-conceptuales que encabezaban el Decreto. El Gobierno que decretaba estaba «convencido de la verdad de estos principios», y de este modo, la deducción de saberes desde presupuestos de verdad se hacía posible naturalizando un *locus* filosófico.

La formulación del derecho-ley, como forma pura, puede encontrar algunos *rastros* en este antiguo decreto, que no son aún los parámetros del presente (art. 18 CN). Esto se verifica en el artículo primero: «Ningún ciudadano puede ser penado, ni espatriado *[sic]* sin que preceda forma de proceso y sentencia legal». La fórmula se encontraba aún en la tradición hispánica que importaba el respeto del proceso: garantía jurisdiccional. El resto de los elementos van a desarrollarse lentamente, muchas veces por medio de lecturas retrospectivas de Beccaria, para condensarse más tarde en los principios de legalidad penal.[19] Aunque, en esta instancia, cabe advertir que hasta el *nullum crimen sine lege* pasarían varios años de tensiones entre discursos y prácticas de justicia. Sólo una lectura anacrónica, como la de del Valle, podía ver legalidades en lugar de garantías jurisdiccionales de donde se desprende la teleología de Mayo en la narrativa constitucional.

Lo cierto es que este proceso de subjetivación jurídica operada a través de unos supuestos derechos naturales, que se garantizaban con la «seguridad

16 Casagrande (2015a).

17 Claramente, bajo la voz ciudadano se escondía el gobierno doméstico extendido, y refería también a quienes estaban fuera del espacio protector constitucional. Ver Clavero (2016) 17–81.

18 No es un acuerdo entre partes, sino una declaración que incluye una totalidad representada. La mejor versión de este debate sigue siendo la explicación de los federalistas a los motivos por los cuales la Constitución americana no contenía una declaración de derechos.

19 Clavero (1997) 199–200.

individual» como derecho sagrado, irían inscribiendo una nueva razón constitucional que vería más tarde en la ley –constitucional, primero, y luego penal– el límite a la arbitrariedad. Era una manera de legalizar un supuesto natural, pero sobre todo de establecer nuevas relaciones entre las fuentes del derecho y su hermenéutica –que destituirían al *arbitrio*–; para, finalmente, reintroducirlo como una conducta moral-política reprochable, por opuesta a la ley. En oposición a la *arbitrariedad*, que operaba como semblante de una forma de gobierno, aparecería la ley y la «seguridad» –individual y jurídica– de los derechos y valores del nuevo sistema jurídico.

4. Legalización del derecho y ley natural: seguridad de individuo, razón de ley

Esta episteme permitió el asentamiento de lo que, en la actualidad, se llama principio de legalidad, el cual se hallaba en el significante «ley» proveniente de las ciencias naturales, también apoyadas en leyes eternas –del movimiento, etc.[20] De manera que la ley se volvería expresión de la razón y de la previsión y su contraparte –el antiguo arbitrio, devenido «arbitrariedad»– un impulso, un capricho o un deseo irracional. Esto es importante porque a la hora de pensar la ley, incluso los filósofos franceses, tenían en miras procedimientos fisiológico-geométricos y matemáticos, que querían volcar sobre la organización política en una mixtura que hoy se lee sin esa «nomofilia» que habitaba las ciencias, y que sólo lateralmente era jurídica.[21] La seguridad-Ley Natural componía un campo semántico contra la arbitrariedad (no sólo del *arbitrium*, sino de lo cambiante de las leyes humanas) y buscó «someter» a esta última a la racionalidad de los derechos pre-dispuestos, aunque también descriptos científicamente.[22]

La apelación a una «ley natural» como fuente del derecho constitucional fue el resultado de un quiebre epistemológico radical que poseyó dos momentos. El siglo XVII, por una parte, formaría un sistema de orden que, al desconocer un mandato de justicia en el contenido de la ley, vería

20 Daston / Stolleis (2008) 1–12.

21 Halpérin (1992) 60.

22 El debate entre costumbre-ley, que en palabras de Voltaire era una «Barbarie des Coutumes» se dirigía contra los juristas formados en el derecho romano clásico. Este debate implicaba una oposición entre ciencia y doxa que impregnará al derecho en su cientificidad desde el siglo XVIII.

en la voluntad una razón suficiente para su sanción: «Auctoritas non veritas facit legem». Por más que se siguiera citando a Dios –origen último del orden–, el «desencanto» con respecto a la religión como fuente de justicia legal dio pie, a partir del siglo XVIII, al nacimiento de un argumento anti-absolutista, que intentó limitar ese poder de disposición soberano referenciando a unas «leyes naturales» indisponibles.

Se presentía un cambio, entonces, entre la Ley Fundamental pactista de origen histórico y el reenvío a otra indisponibilidad constitucional, que ya no era histórica, sino natural. El uso de la voz «leyes naturales» fue un arma política ya que, al gozar de un vector de legitimación en el prestigio dado por las matemáticas, la física y la geometría, se volverían «semánticamente irresistibles, apareciendo tal como garantía de seguridad y superioridad. Invocar la «ley de la naturaleza» parecía no tolerar ninguna contradicción. Cualquiera que la contradijera se pondría a sí mismo automáticamente en la posición de un rebelde blasfemo contra Dios y la Naturaleza».[23] Es por ello, que tanto en las Declaraciones de Derechos Norteamericanas y Francesa el fundamento de «natural» era un principio autoinmune por el reenvío a una razón que epistemológicamente dominaba como «verdad», y que provenía de un largo decantado del siglo XVII: «All men are by nature equally free» –Virginia Bill of Rights (1776)– y «les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme» –*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789).[24]

Consecuentemente, la legitimación por la ley natural cerraba el debate por los derechos y volvía la pregunta jurídica sobre cómo asegurar lo indiscutido de forma científica. Esto provenía también de las mismas declaraciones que ubicaban al Estado o a la República como meros garantes de los derechos reconocidos: «Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme» (Art. 2).[25] Es de este modo que, una vez dogmatizados los derechos por efecto de la clausura del debate filosófico-jurídico, la tarea político-jurídica del constitucionalismo

23 Stolleis (2008) 51. El mismo aviso sobre la funcionalidad de la declaración de «naturalidad» del derecho surge, también, en la perspectiva crítica de Franz Neumann. Allí se indica que incluso para un mismo pensador aparece una metamorfosis de lo que debe ser revolucionado por los derechos naturales incontestables, y lo que debe permanecer contenido una vez logrado esa finalidad. De manera que los derechos naturales son tan revolucionarios como conservadores. Neumann (1964) 27.

24 Daston/Stolleis (2008) 12; Clavero (2016) 20–24.

25 Grimm (1991) 68–69.

importaba un despliegue técnico alentado por la precisión y la certeza que sólo la ley –desalojada de metafísica– podría brindar. Aquí operaba una razón teórica contextual, ya que por la creencia en una *unitas scientiarum* el jurista anhelaba proceder homológicamente con respecto a a las ciencias naturales, al procurar un sistema de derecho legal-normativo deducible a la manera racionalista.[26]

La consideración de la «ley natural» golpeó la tradición a nivel de los postulados pre-jurídicos (lo natural de los derechos), pero también, y aquí lo fundamental, reformuló en la metodología jurídica de procedimiento sobre las fuentes y la conformación racional, *more geométrico* del sistema: lo legal como aseguramiento.

La legalidad del principio se apoyaría sobre un doble movimiento que consideró certera a la ley –de la naturaleza– y a la doctrina de los autores (la jurisprudencia) extendida por el *arbitrium* como una incerteza. La expresión metafórica y crítica figuraba a la doctrina como un universo de letras que era muy difícil de navegar. La autoridad dogmática que componía el mundo del «ius» judicial comenzó a reconocerse más incierto que el de la «Lex», y para fundamentar este nuevo *modo* se volvía a las fuentes romanas. Ahora bien, no era cualquier «ley», sino que para crear la certeza o el «ius certum» se compuso una contradicción entre el derecho consuetudinario «lex non scripta» y la forma escrita «lex scripta» mediante la que se limitaba el campo interpretativo judicial.[27] Asimismo, el principio de certeza en la formulación de la ley –que era la materia última de la legalidad– importaba una forma especial de su uso. Dice, al respecto, Mohnhaupt: «el argumento de autoridad se reveló como arbitrario en los siglos XVII y XVIII. El nuevo concepto de ciencia requería de una prueba lógica, incluso en el campo de la jurisprudencia».[28] La deducción de principios debía aplicarse a un contenido no disputable y la ley era la fuente que aseguraba ello. El principio se comprende, sobre todo, en este segundo aspecto que daba forma a la seguridad jurídica que mucho tenía de leyes y metodologías naturalistas.

La escritura era condición de certeza, junto a la deducción, a la matematización y a la sistematicidad que serían la base del proceso de codificación, sin lo cual no puede entenderse el nuevo estrato de sentido que se sumaría al

26 Mohnhaupt (2008) 73.
27 Mohnhaupt (2008) 81.
28 Mohnhaupt (2008) 80; Stolleis (2011) 131–134.

concepto clásico de Constitución. Este dejaría de referenciarse a unas leyes fundamentales pactistas de contenido histórico entre soberano y estamentos, al obliterar así también otro estrato de sentido médico referido al *Zustand* corporativo, entendido como el *ser-estar* de una comunidad política. De ahora en más la Constitución era un texto escrito, con garantía de derechos que daba lugar al principio de separación de poderes con una eminencia legislativa más que judicial. Este significado llegó a las costas del Río de la Plata durante el siglo XIX, con la figura del legislador –fuente de razón– como herencia de la filosofía política francesa.[29]

Sin embargo, la lucha por la ley, como mecanismo de certeza y «seguridad jurídica» bajo postulados geométricos-matemáticos, no lograría clausurar la función última de la voluntad. La figura del legislador y las implicancias de esos textos emitidos por un soberano –incardinado en un pueblo-nación con «voluntad general»– serían el último desplazamiento de sentido, que terminaría con la pregunta por el poder constituyente. Ese recorte entre arbitrariedad y poder legislador pasó a ocupar la materia constitucional incluso hasta el presente.

Ahora bien, más allá de estas condiciones epistémicas para el lanzamiento de un principio, hoy ubicuo, cabe estar también al tanto de la historia de las palabras, las cuales exhiben una variación importante en el universo de los *Leitbegriff* del constitucionalismo argentino. Ello así porque si bien los efectos de estos presupuestos gnoseológicos recalarán –naturalizados y deshistorizados– en el presente del principio, el pasaje de la tensión entre legalidad vs. arbitrariedad a la problemática de la arbitrariedad de la ley importa también redescubrir instancias problemáticas que develaron a la doctrina constitucional en momentos diversos. El cambio de significantes que acontece entre el «imperio de la ley», que compuso la gramática del constitucionalismo decimonónico, y el «principio de legalidad», que se formalizó a mediados de los años '50 del siglo XX, es mucho más que una mera actualización lingüística. Por debajo de ella se redefinían tensiones sistémicas del derecho que, por diversas razones, vale la pena evidenciar.

29 La relación entre revolución, Constitución y codificación debe tenerse en este orden por temporalidad y lógica, con la institución del sujeto como objetivo de derechos y garantías, pero con diferencias sustanciales entre el universo judicial del jurado del *Common Law* (norteamericano) y con la instancia de ley-codificada en el paradigma recibido vía francesa. Sobre este punto: Clavero (1989b).

5. El «imperio de la ley»: civilizando las pasiones

El «principio de legalidad», que asiste a la doctrina constitucional contemporánea para la descripción de la reserva legal de la Constitución de 1853–1860 y sus reformas –en particular la de 1994–, es un acto de nominación retrospectiva que hace ver a los constituyentes originarios y a los constitucionalistas como adalides de un principio que aún no estaba del todo cerrado en su imaginario. Es decir, si la idea del primado de la ley estaba presente en la mentalidad jurídica liberal desde la segunda mitad del siglo XIX, el significante brillaba por su ausencia.[30] Esta dimensión lingüística no era menor. La compulsa de los cursos de derecho constitucional entre 1860–1930 expresa un profundo apego a la ley, aunque todavía no establece algo así como un «principio de legalidad». Si algo se entreveía en la pluma de los autores era un citado «imperio de la ley», que fungía en el punto medio entre mandato natural de civilización y gobierno de la Constitución, entendida esta última como texto escrito. En este caso, se reproducía a nivel local la tensión estructural, que ya se hallaba en la *Encyclopédie*, entre arbitrariedad y ley.

En el *Curso de Derecho Constitucional*, *federal y administrativo* de José Manuel Estrada (1877–1880), se condensaba un sentido de época que establecía que la ley «asegura la libertad civil, por cuanto hace imposibles todos los actos arbitrarios que los funcionarios públicos pudieran cometer contra los particulares».[31] Esta primera función de aseguramiento, que sigue operativa hasta el presente, debía comprenderse a partir de la indisponibilidad de unos derechos –preexistentes– por parte del gobierno: «entiendo por libertad civil aquella condición nacida de las leyes positivas y que tiene por objeto asegurar los derechos individuales que no nacen de la ley».[32] La relación externalidad-internalidad del derecho se figuraba de ese modo en el constitucionalismo local. Pero esta no era la única función de la ley. La necesidad de esta última se definía genéricamente en contraposición a la figura de la «arbitrariedad-peligro». Decía Estrada más adelante:

> Nadie puede poner en duda que la libertad civil corre gravísimo peligro donde quiera que la arbitrariedad se convierte en regla de acción de la potestad pública.

30 Gelli (2004) 208.
31 Estrada (1895) 175.
32 Estrada (1895) 176.

> ¿Qué importa que una sociedad reconozca en teoría el derecho que todo hombre tiene de conservarse, el de su seguridad personal, el de su propiedad, si al cabo, la subsistencia de todos ellos depende del capricho, ó de las arbitrariedades de los que están encargados de gobernar?[33]

La pregunta retórica proporcionaba un fondo común sobre el cual desplegar una doble respuesta sobre la función de la ley. En primer término señalaba Estrada: «cuando la ley, esta entidad superior á las veleidades de las pasiones, impera sobre los que mandan y sobre los que obedecen, la paz de las sociedades se asienta sobre la eterna armonía de los derechos».[34] Esta respuesta inicial implicaba una relación subjetiva entre hombre y ley. El «imperio de la ley» se descubría, antes que nada, como una relación de consciencia que miraba no ya a las relaciones políticas de mando, sino a la subjetividad deseada. Si bien la ley imperaba produciendo una función de autocontrol y autodisciplina, que luego se incorporaría al concepto de civilización, también anticipaba las homologías estructurales entre espacio-costumbre y hombre-razón.

La ley no podía ser cualquiera. Sólo cabía dentro de esa cualidad, aquella que «reconociera» la seguridad individual como condensado de derechos –vida, libertad y propiedad. Esta era una entidad superior que se oponía a las pasiones del hombre caído en el pecado, pero que no descendía ya de una *ruda aequitas* hallable en múltiples textos religiosos, sino en una combinación entre religión y racionalismo, típico del pensamiento liberal-católico. Por lo que, en la declaración misma de una ley que reconocía «derechos naturales» se introducía al sujeto que no conocía su verdadero lugar en la «armonía de los derechos», y que debía ser emancipado tanto para la convivencia social como también para perfeccionarse en términos religiosos.[35] Este supuesto antropológico era la base de un doble proceso: uno de separación entre derechos civiles y políticos, y otro de la justificación de un proceso civilizatorio, que imponía un necesario autocontrol por sometimiento al «imperio de la ley». El rol del concepto de ley natural era una legitimación que sólo podía ser reconocida porque era *natural*, pese a que también habilitaba del lado de la *ley* una imposición soberana que corrigiera las desviaciones que hacían irreconocible su respeto por parte del hombre *caído*. Tanto este hombre caído como la naturaleza, en realidad, no estaban más

33 Estrada (1895) 177.
34 Estrada (1895) 178.
35 Segovia (2002) 103.

que en el imaginario necesario para hacer valer la ley. Es decir, las imágenes de la naturaleza no deben verse sólo episódicamente, sino lógicamente como exterioridad que se suma a la manera de un contra-concepto al núcleo que justifica la soberanía. De allí que lo natural se incorpore al derecho o, mejor dicho, que sólo pueda existir en contraposición al mismo.[36]

En segundo lugar, Estrada describía la función de garantía que importaba la ley para los individuos en sociedad. Aquí se traslucía la contraposición de «libertad individualista absoluta» y «libertad social restringida»:

> Consiste la relación de los hombres con la sociedad y de la sociedad con los hombres, en una serie de acciones y reacciones continuas. Si todas ellas están medidas por principios regulares, la armonía entre el derecho y la autoridad existe necesariamente. Es verdad que bajo el *imperio de la ley* la actividad individual es restringida; pero también es cierto que cuando ella solamente impera, el radio, más ó menos circunscripto, trazado á las acciones de los individuos, viene á ser invulnerable, y que dentro de él, el hombre se siente inmune.[37]

La fórmula aparecía en su manifestación concreta entre física y geometría y regulaba acciones y reacciones al restringir libertades para asegurar «un radio» circunscripto de acción. La ley permitía la mentada regularidad y armonía, que recordaba a las ciencias naturales. Sin embargo, lo interesante sigue siendo que, ahora, el imperio trascendía la relación interna –psicológica– entre el hombre y la ley con el objetivo de encontrar la relación entre sociedad e individuo. El «pacto *societatis*» sólo era posible por la restricción articulada en forma de ley que garantizaba la inmunidad en el desarrollo del individuo (en el plano civil). Y es importante remarcar la dimensión civil, porque la política según Estrada era un medio para el fin del progreso individual. Sin embargo, la ley tenía una tarea más que cumplir:

> La libertad no puede ser llevada á sus condiciones regulares, las sociedades no pueden establecerse con un orden moral y con suficiente vigor para amparar los derechos civiles, sino bajo *el imperio exclusivo y augusto de la ley*, una para todos, constantemente superior a todas las veleidades, á todos los caprichos y á todas las fantasías de los que en cualquier momento de la historia están investidos con la autoridad delegada por la Nación![38]

El momento político de la ley emergía tras la figura de la espada, que estaba necesariamente inscripta en el modelo de legalidad como garantía de orden

36 Agamben (2017) 62–63.
37 Estrada (1895) 178.
38 Estrada (1895) 179.

para los individuos frente a los caprichos del gobierno. La univocidad de la misma poseía, a su vez, un sentido de seguridad que, en términos sincrónicos, envolvía a la generalidad en tanto garantía, aunque también, en términos diacrónicos, a la regularidad como refreno ante los cambios habituales de rumbo por parte de las autoridades de la Nación. Este último punto reducía la ley a un sistema de regularidad eterna que la legislación humana debía imitar. Esa ley exclusiva y augusta era la Constitución, la cual se movía en una zona de composición entre derechos naturales que sólo podían reconocerse, y cuyo imperativo funcionaba en tres niveles relacionales: del sujeto con la ley, del sujeto con la sociedad –que naturaliza la ley–, y en el vínculo entre representantes y representados –con instancia de ley como reaseguro contra la tiranía y arbitrariedad.

Lo fundamental reside en que en esos cruces se recortaba un sujeto, que era actor, y objetivo del discurso constitucional. Un sujeto de derecho que no era político, sino civil, hombre y productivo, que dejaba a la esfera tutelar doméstica la regulación de la mujer y los niños, y a todo aquel hombre considerado no productivo *per se*, que era destinado a servir a otros o quienes por tener vida divergentes no cuadraban en el deseo civilizado (por ejemplo: los indios no colonizados).[39] Si bien el imperio de la ley se formulaba en el plano teórico racional, no faltaban los elementos normalizadores que, en clave de civilización, presentarían un horizonte de expectativas en el pasaje de *una* república posible a *la* república verdadera. Consiguientemente, la abstracción del principio legitimó la función educativa que aseguraba, por debajo de declaraciones abstractas, un gobierno de los hombres para lograr el anhelado «imperio de la ley».

Dentro de los cursos de Estrada que se dictaron entre 1877 y 1880 –cuya oralidad y exaltación se presentará como el *ethos* del ius-publicista– y la formación escrituraria de la tratadística –que incluye varios cursos y manuales– se observa un desvanecimiento del lema «imperio de la ley». Sería recién en 1930 en la *Historia de la Organización Constitucional* de Juan A. González Calderón cuando emergería un significante bastante particular a los ojos contemporáneos, que se encontraba a medio camino entre los *topoi* del «imperio de la ley» y el «principio de legalidad»: «imperio de legalidad». Esta construcción debe ser leída históricamente, dado que la inestabilidad sintáctica entre imperio y legalidad muestra que aún no se había formado un sentido

39 Clavero (2016) 38.

común lingüístico para designar el poder de la ley y el valor primordial de la Constitución como instrumento legal ordenador. Asimismo, del lado del significado puede apreciarse que el campo semántico que cubría el significante seguía anclado en la tensión estructural entre «arbitrariedad-pasión vs. legalidad-racionalidad». Así, el constructo fue utilizado en dos momentos de la obra para definir problemas históricos bajo la teleología de la Constitución. Decía González Calderón en el apartado sobre «Confederación y Dictadura»:

> Pero considerando Rozas que nada era más inoportuno que la Constitución, en las circunstancias porque atravesaba el país, adujo el argumento que siempre tuvo en sus labios para cohonestar la su repugnancia al *imperio de la legalidad*: «no ha llegado aún el momento oportuno, porque el país no está preparado para darse una Constitución»![40]

Si esa era la mirada crítica sobre el rosismo, entonces su caída se representaba por medio de la inversión de los términos. Consecuentemente, la convocatoria a una asamblea constituyente luego de Caseros se presentaba de la siguiente manera:

> El *imperio de la legalidad* reemplazaría poco a poco al imperio de la fuerza, y el país sería encarrilado sin sacudimientos bruscos en las vías de su progreso material y moral.[41]

En esta segunda frase se luce la dimensión teleológica moderna del concepto de Constitución, que no sólo se oponía al imperio de la fuerza que, según se verá más adelante, era la razón narrativa descriptiva del caudillismo, sino que era una condición necesaria del progreso. El significante, entonces, refería a una duplicidad de constelaciones. Por un lado, disminuía el pasado a un *vacío de normatividad*, de pura fuerza, e instituía a la «legalidad» como única forma de asegurar el progreso social. Por otro lado, el horizonte de expectativas observaba a la ley como fórmula de sostenimiento regular, a la manera de una física jurídica. La fórmula de «encarrilamiento» y el uso de «vías» serían una constante en el discurso constitucional, que respondían a un tópico que representaba la imagen del progreso con el tren de vapor que llevaba la sociedad hacia un destino futuro.[42] Se establecía en este punto una tensión entre «modos» de gobierno y las ideas decimonónicas del atraso-progreso y barbarie-civilización.

40 González Calderón (1930b) 192–193.
41 González Calderón (1930b) 212.
42 Vale recordar la síntesis pictórica de este motivo en la obra de John Gast, *American Progress* (1872).

La referencia a Rosas no era menor ya que compondría el epítome del discurso sobre la «anarquía» / «tiranía» / «arbitrariedad». Lo interesante es que al realizarse una crítica a su figura se traficaba la institución de un modelo de orden, que reenviaba el pasado normativo del orden político hacia la nada, el desierto, el vacío. La lectura contemporánea ha evidenciado que la relación de Rosas con el «imperio de la ley» –lema que aparecía extractado en la Gaceta Mercantil Nº 2321– importaba un concepto de orden: «obediencia a las leyes». Esta no se hallaba predispuesta a la forma iusnaturalista, sino conformada por la autoridad –frente a una naturaleza considerada corrupta.[43] Esta relación estaba vinculada al romanticismo anti-utilitarista que comprendía la legalidad de un modo diverso a la que la teleología de la ley que González Calderón proponía. Apunta al efecto Myers:

> En las discusiones vigorosas que jalonaron ese período tan breve, la defensa de los postulados de la Escuela Histórica parecería ofrecer una justificación teórica para la oposición pragmática de Rosas a la promulgación de una constitución escrita, fuera ésta para la provincia de Buenos Aires o para la Confederación Argentina, a la vez que permitiría subrayar que una oposición semejante no podía asemejarse bajo ningún punto de vista a una despreocupación o –más grave aún– a un desprecio por la ley.[44]

El movimiento conceptual de González Calderón es un índice del momento de la institución de la ley como fuente privilegiada del derecho –con todos los presupuestos iusnaturalistas. Momento de sutura del acto instituyente, que naturalizó la nominación de todo aquello preconstitucional como un universo de fuerzas puras, sin orden. Un caos del que emergería el proyecto jurídico de la modernidad argentina y que celebraba la legalidad en tanto que garantía de derechos y fórmula de progreso, que –aplicado al gobierno de la sociedad– permitiría superar el atraso *heredado*. La tópica se desplazaba al registro temporal deviniendo a la ley agencia de cambio.

6. «Principio de Legalidad»: Constitución y administración

El «imperio de la ley» componía el contra-concepto de arbitrariedad, sin embargo, esta construcción simbólica sería más tardíamente reemplazada por otro significante que servía a la doctrina constitucional para describir el contenido del artículo 19º de la Constitución Nacional: el «principio de

43 Myers (2011) 76.
44 Myers (2011) 84.

legalidad». La aparición de este significante disminuyó la potencia del «imperio de la ley», que referenciaba más a la historia constitucional que a la sistemática jurídica, ya que a partir de la década del '40 dicho principio comenzó a predicarse en el Derecho Administrativo, en el Derecho Penal y en *un* Derecho Constitucional que se pensaba sistemáticamente. Esto es, el nuevo significante expresaba la asentada hegemonía de la ley como fuente de derecho, que se reflejaría en un pensamiento positivista sobre la norma jurídica y que vinculaba su validez a la Constitución escrita.

Sin embargo, el cambio de significante se debía a un nuevo problema que surgía al interior del campo del derecho y que ya no se vinculaba sólo con la pretensión de eliminar la voluntad arbitraria de los gobernantes históricos. A partir de la entrada triunfal del positivismo kelseniano, la mutación lingüística deseaba responder a la pregunta por la *cualidad* que debía poseer la ley para ordenar de manera no-arbitraria. Este redimensionamiento de la cuestión mostraba la hegemonía de un sistema legicéntrico que, empero, comenzaba a exhibir un desajuste político-institucional entre potestad reglamentaria y ley parlamentaria. Por lo tanto, la idea que estaba detrás de este nuevo concepto era la intuición acerca de que no todas las leyes eran iguales, aunque los juristas se esforzasen por hacerlas descender de una pirámide deductiva. En términos históricos la variación del sintagma se debió a la operatividad de un proceso de codificación de la ley que sometía la justicia al parlamento, pero que poseía un excedente indómito en el accionar, cada vez más extensivo, del campo de la administración.

La modificación tópica en el lenguaje constitucional argentino del «imperio de la ley» al «principio de legalidad» posee, entonces, al menos tres niveles explicativos y una temporalidad que se recorta entre la década del '40 y que se consolida hacia la década del '90 del siglo XX. El primer nivel proviene de considerar el contexto histórico-político que sirvió de soporte para el ensanchamiento de los saberes y lenguajes del derecho público. En este nivel, puede indicarse, al menos hipotéticamente, que la modificación del lenguaje constitucional fue la resultante de una readaptación jurídica a un modo de gobierno cada vez más administrativo, que se desplegó por la vía de una reglamentarización de la vida cotidiana bajo el primado de un estado burocrático-autoritario.[45] El proceso ampliado de extensión de las reglamentaciones para

45 O'Donnell (2009).

gobernar lo social-político incidía necesariamente en los dispositivos de construcción del saber jurídico, aunque la progresiva administrativización devino algo más que un reflejo del contexto. Fue, por sobre todas las cosas, el factor productor de legitimidad de la nueva legalidad administrativa.

Esto permite ingresar en la historia de la ciencia del derecho público argentino para reconocer el progresivo aislamiento y autonomización del campo del derecho administrativo del derecho constitucional, episodio que ya tenía un largo desarrollo en Europa.[46] Cuestión que, a su vez, se bifurca en la historia de las cátedras y de los principios rectores de las disciplinas.[47] Efectivamente, el ya citado sueño de Alberdi que veía en el derecho administrativo una mera extensión de unos puntos marcados por la Constitución se reveló completamente ineficiente para controlar un derecho que se construía *contra* una Constitución diseñada entre derechos y codificaciones para el individuo. Fue, entonces, que el excedente normativo de reglamentos, decretos, etc. desbordó a la codificación al desplegar poderes de policía cada vez más extensos.[48] Consecuentemente, el ejercicio retórico-político no puede dejar de insertarse en una historia dogmática que, por técnica, no es menos política. El tono de este ejercicio jurídico-dogmático estuvo marcado por la centralidad que cobró el positivismo normativo-jurídico alemán en el período bajo análisis.[49] El giro hacia la filosofía neokantiana modificó el pensamiento teórico del derecho y de la filosofía jurídica, al impactar de lleno en la teoría normativa del derecho penal, el otro gran espacio teórico que iba desplazándose desde la teoría criminológica italiana para positivizarse mediante la teoría de la norma de Binding.[50] Ambos campos dogmáticos e institucionales produjeron sus efectos sobre la redefinición y el uso de la expresión «imperio de la ley», en su pasaje a la problemática del «principio de legalidad», la cual hizo virar la inteligencia constitucional hacia una formulación pretendidamente más técnica, que se gestó, precisamente, en el intersticio que se formula entre legalidad administrativa y la garantía penal.[51]

46 Para el caso europeo: Lorente Sariñena (2009).
47 Díaz Couselo (1979); Tanzi (2011).
48 Casagrande (2018).
49 Tau Anzoátegui (2008b).
50 En el campo penal fue fundamental la recepción de Binding por Sebastián Soler.
51 Clavero (1997) 220–227.

El constitucionalista se enfrentó a una teoría de la norma que fue despolitizando el derecho a fin de hacerlo coincidir con el ciclo autoritario que vivió la Argentina y la región en la segunda mitad del siglo XX. De allí, que el constitucionalismo decimonónico y su *ethos* declamatorio, propio de su genética oral, abrió su paso a la «teoría constitucional», que estaba afectada por un lenguaje compuesto de un nuevo bagaje simbólico: estado de derecho, principio de legalidad, principio de razonabilidad, teoría de los partidos, legitimidad legal-racional, seguridad jurídica, etc.

Este nuevo lenguaje constitucional habita el derecho contemporáneo, pero su progresiva actualización debe hallarse en una lectura de largo aliento que inicia en la obra de Segundo V. Linares Quintana, y culmina en la doctrina constitucional producida con motivo de la reforma de 1994. A ello debe sumarse la doctrina administrativa, especialmente, la producida desde la década del '80 que integró la tópica de la legalidad como uno «de los grandes principios del derecho público».[52] Ahora bien, un ejemplo de este lenguaje puede encontrarse en una de las obras que formaron la mentalidad jurídica en el proceso educativo universitario reciente: el *Manual de la Constitución Reformada* de Germán Bidart Campos. En el apartado correspondiente a «Los principios de legalidad y de razonabilidad», señalaba el autor:

> El principio de legalidad responde al concepto de *despersonalización* o impersonalidad del poder, y al de *Legitimidad racional*. No se trata de que el poder no sea ejercido por hombres –lo cual es inevitable– sino de que esos hombres que ejercen el poder lo hagan ajustándose al orden jurídico establecido en las normas legales. […] La *finalidad* del principio de legalidad es afianzar la *seguridad individual* de los gobernados. […] Este aspecto toma en cuenta, por eso, el valor *previsibilidad*.[53]

Hasta aquí un solapamiento de significados bajo otros significantes, la razón de ley sometería a la voluntad de poder humana y estructuraría el paradigma de la previsibilidad y de la seguridad jurídica.[54] La despersonalización, también deseada por el «imperio de la ley», reenviaba al, no menos efectivo y educativo, arbitrio pasional. Sin embargo, no era una mera sustitución de significantes. En el párrafo siguiente, advertía el autor:

52 Entre otros, se destacan Agustín Gordillo, Juan Carlos Cassagne y Rodolfo Barra.

53 Bidart Campos (1996) 514.

54 Incluso la voz seguridad jurídica proviene de la matriz alemana de la *Rechtssicherheit* que informará la preciada búsqueda de la certeza del derecho *(ius certum)* en el lenguaje moderno del derecho constitucional y administrativo. Sobre la estructura conceptual alemana: Mohnhaupt (2021).

> La cláusula que exige «*ley*» para mandar o para prohibir no debe tomarse con tal rigor formal que sólo reconozca como única fuente de las obligaciones aludidas en el art. 19 a la «*ley*» *del congreso*. Podemos ser obligados por cualquier norma jurídica inferior a la ley que constitucionalmente se apoye en la ley o esté habilitada para la constitución o por la ley (así, las sentencias).[55]

Sin embargo, seguidamente la legalidad comenzaba a encontrar dificultades que no eran exclusivamente las del arbitrio pasional del gobierno. Entre la gran cantidad de normas podían existir mandatos impersonales que sometieran y conculcaran esa zona de reserva de libertad que instituyó el mismo discurso constitucional como espacio de «seguridad individual».[56] El autor se preguntaba «¿basta que la ley mande o prohíba, para que sin más lo mandado o lo impedido sea *constitucional*?» La respuesta derivaría en el principio de razonabilidad, porque aparentemente con la legalidad ya no alcanzaba:

> De ninguna manera: la constitución está pensando, cuando enuncia la fórmula del principio de legalidad, en una ley *constitucional*. No basta la formalidad de la ley: es menester que el *contenido* de esa ley responda a ciertas *pautas de valor* suficientes. Por eso es menester dar *contenido material de justicia* al principio de legalidad […].[57]

Aquí asomaba, no obstante, el problema principal: ¿quiénes eran los encargados de establecer que la legalidad fuese justa, por valor y contenido?

> El *derecho judicial* se ha encargado de incorporar a nuestro derecho constitucional material este contenido que cubre la insuficiencia del principio formal de legalidad. La jurisprudencia nos muestra el ejercicio del *control de razonabilidad* de leyes y actos estatales, y los descalifica como *arbitrarios* cuando hieren las pautas de justicia ínsitas en la constitución.[58]

La deriva hacia el principio de razonabilidad terminaba instaurando un modelo judicial que permitía catalogar ahora también a la legalidad de justa o arbitraria. El giro fue totalmente radical. De justicia de jueces al de leyes, mediante el principio de legalidad, y de vuelta a los jueces, por el principio de razonabilidad. El control judicial que se debía mover bajo el paradigma legalista continental estatuía, al mismo tiempo, un *rule of law* de garantía

55 Bidart Campos (1996) 515.

56 Recuérdese que este principio construido por la doctrina deriva del art. 28 de la Constitución Nacional, el cual, a su vez, procede del proyecto de Constitución de Alberdi, «aunque el publicista estableció límites al Congreso en la reglamentación legal de las seguridades personales, de los derechos de los extranjeros y de las que denominó garantías públicas de orden y progreso», Gelli (2004) 247.

57 Gelli (2004) 515.

58 Gelli (2004) 516.

judicial de derechos. El palimpsesto de tradiciones no es inocuo en inconsecuencias jurídicas. Aquí la voluntad arbitraria vs. la ley ha desaparecido, y el juego interno pasó a mirar al sistema jurídico y sus fuentes: ley constitucional vs. ley parlamentaria, decretos, etc. La formulación que dedicase Gelli a esta cuestión muestra la redimensión contra-conceptual entre arbitrariedad y razonabilidad:

> En efecto, si lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, es decir contrario a lo carente de sustento –o que deriva sólo de la voluntad de quien produce el acto– una ley, reglamento o sentencia son razonables cuando están motivados en los hechos y circunstancias que los impulsaron fundados en el derecho vigente.[59]

La relación entre «razonabilidad» vs. «voluntad / forma-de-ley» establece a la primera como una evaluación, ya no sólo formal, que compulsa la relación entre unas «circunstancias» –que parecieran emerger cuasi naturalmente– y las medidas para conculcar dichas «emergencias», sin alejarse demasiado de un camino predispuesto constitucionalmente. Esa formulación sólo es posible una vez que se haya aceptado irremediablemente que existen derechos, formas y «naturalezas» prejurídicas e indisponibles y que el constitucionalismo sólo *reconoce* para luego respetar. Nuevamente, opera aquí una exterioridad que determina la integración jurídica por la reificación de una filosofía política que despolitiza al derecho y a sus *sub-jectos*.[60] Un ejercicio de integración que, en el movimiento pendular entre exterioridad-interioridad, parece establecer al juez en soberano.[61]

El ocaso progresivo del significante «imperio de la ley» en el derecho constitucional tecnificado puede explicarse más allá de la moda lingüística. Más bien, resulta un epifenómeno del giro sistémico que ha cobrado este último. Sin embargo, para que el sistema de derecho funcionase era condición necesaria la institución eficiente de un sentido común jurídico-político. ¿Cómo evaluar lo anti-constitucional de las leyes por medio del principio de razonabilidad? En lugar de luchar por redefinir la arbitrariedad obliterando la práctica del *arbitrium iuris*, bastaría ahora con apelar a las figuraciones-imaginaciones histórico-sociales naturalizadas, que acompañaron a la institución del proyecto jurídico liberal. De este modo, en lugar de apelarse a una exterioridad que violentaba la forma misma del derecho, la arbitrariedad ha

59 Gelli (2004) 249.
60 Menke (2015) 7–13.
61 Sobre este punto: Troper (2008) 127–148.

pasado a ser detectada como una falla al interior del sistema de ley. Esto deviene bastante sugestivo, puesto que ya no se expulsa la arbitrariedad a un universo extrajurídico, sino que el derecho advierte que en su interior mora la capacidad de violencia, al reenviar al juez la protección última de lo legal por la vía de la justicia. Una aporía insalvable y que demuestra la política del derecho tras el debate por la magistratura.[62]

Tras esta mutación constitucional se dibuja una tensión no explicitada, pero que justifica, en última instancia, el giro jurisdiccional del constitucionalismo argentino: la proliferación de un gobierno del reglamento y la desaparición de la «seguridad jurídica» ante el descontrol legisferante administrativo, por un lado, y el gobierno de la justicia ante un control de constitucionalidad (razonabilidad, inconstitucionalidad sobreviniente, etc.) que impone una hermenéutica capaz que *mostrar* la falibilidad del legislador, por otro. La ley, que otrora fuera la fuente de certeza y previsibilidad, pareciera no ser suficiente como garantía del sujeto constitucional. El desborde de reglamentaciones, edictos, resoluciones, etc. han requerido un imperativo ético y de justicia, aunque no es mejora moral, sino salvaguarda sistémica. La ironía histórica es evidente. Mientras que el momento genético del constitucionalismo se vinculaba a un «imperio de la ley» alternativo al gobierno de jueces, el «principio de razonabilidad» recuperó el control de *unas* leyes que, por innumerables, se volvieron peligrosas para la seguridad jurídica, que reinstaló al efecto el rol supremo del juez en materia constitucional.[63]

7. Del «imperio» al «principio»: la gubernamentalidad constitucional

Una lectura dogmática-interna del derecho podría presentar el cambio conceptual como resultante de un proceso de tecnificación o como consecuencia

62 En las últimas décadas se ha mostrado una crisis de este paradigma que motiva una defensa del positivismo. Sobre este tema: Rosler (2019). Tengo para mí que dicha razón crítica hacia el positivismo, que es una condición de posibilidad de escritura de este mismo texto, proviene, en parte, de un sentido común extendido acerca de los límites del positivismo en términos de ética que compone un rumor extendido en las facultades de derecho a partir de la recepción de la teoría del «injusto legal» de Radbruch. Un documento de época que explica esta cuestión. En efecto, en una conferencia de 1961, Alf Ross expone el origen de este malentendido: Ross (2008).

63 De aquí un temor que no es novedoso, puesto que se encontraba ya en los escritos de los «anti-federalistas», ante una oligarquía de magistrados que determinan el sentido del orden constitucional. Coleman (2020).

de una especialización motivada por las ideas y mentalidades, y conformar una télesis cara a explicaciones del avance progresivo de la ciencia. Sin embargo, la historia conceptual quiere siempre hallar una razón contextual para explicar la funcionalidad del cambio y saber qué cosas se estaban haciendo con esas palabras. De manera que cabe preguntar ¿qué relación existe entre conceptualidad jurídica y forma gubernamental en esta larga secuencia que opone dos instancias que parecieran solaparse, aunque no sin contradicción?

El pasaje del «imperio de la ley» al «principio de legalidad» esconde algo más que la mera suplantación de significantes. Desde la historia política se evidencia el doble proceso de instauración de una racionalidad, mediante la cual el «imperio» fundó y el «principio» conservó un imaginario social liberal. El modo imperativo de poder que se guardaba para la acción de la ley en la normalización de la sociedad argentina de finales del siglo XIX y principios del XX –entre liberalismo y positivismo– requería de una acción instituyente, que se valdría de narrativa histórica y de ciencias naturales como modelo de legitimación.[64] La «ley» para el gobierno de las pasiones poseyó, no obstante, un desplazamiento vinculado al efectivo establecimiento de una racionalidad liberal por vía educativa e institucional. Sin embargo, el modelo concluyó en una crisis interna que comenzó a emerger a partir de los años '30 del siglo XX.

Con la crítica y la crisis emergía un «principio de legalidad» que puede comprenderse como un intento de clausurar el hiato abierto entre una «ley» general que garantizaba el desarrollo autonómico de la sociedad y las demandas de una economía acelerada. De este modo, se quería regular administrativamente una crisis social producida, precisamente, por el fracaso del sueño autorregulativo predicado por la economía política liberal. Este último principio estuvo encargado no ya de la imposición de un orden simbólico respaldado por la coerción, sino del sostenimiento de un sistema de derecho que comenzaba a mostrar grietas.[65] Lo interesante del «principio de legalidad» es que al borrar el «imperio» logró presentarse como defensa sistémica para el individuo, al establecer una economía del control social que indujo la aceptación ciudadana –mediando la figura defensiva del *pro bonum earum*–, al tiempo que legitimó toda una red de disposiciones legales –admi-

64 Zimmermann (1995).

65 En términos de Benjamin ([1921] 1991) 188 sería ésta la diferencia entre una violencia fundadora –*rechtsetzende Gewalt*– y una conservadora –*rechtserhaltende Gewalt*.

nistrativas-policiales– que facilitaron el mantenimiento del orden y la disciplina social entre Estado y Mercado.

Sin embargo, sería *naíf* pensar el lenguaje del derecho constitucional como un epifenómeno inocuo, pues si los conceptos no son sólo indicadores, sino también factores del cambio social, puede sugerirse que la vinculación estrecha del «principio de legalidad» al derecho administrativo y penal no fue gratuita. Efectivamente, entre los pliegues de esas disciplinas se hallaba el dispositivo clave del gobierno político de la modernidad tardía: el *poder de policía*. El esfuerzo constante de contener este poder dentro de los marcos del constitucionalismo por parte de los administrativistas devino un fuerte llamado de atención, puesto que la teoría jurídica nomológica terminaba confirmando las posibilidades de un gobierno que contravenía unos orígenes que paradójicamente se exaltaban. En este sentido, tanto el poder de policía –en general– como el de la institución policial –cuya opacidad teórica es inversamente proporcional a su extensiva práctica– terminaron controlando el excedente indisciplinado del poder instituyente del discurso liberal-clásico.

Si se sigue a Walter Benjamin y a la filosofía política contemporánea, también se advierte que el derecho policial poseyó la doble función fundadora y conservadora. Es decir, conservaba el orden establecido, al tiempo que fundaba e innovaba. Y a la inversa también: con el edicto, el decreto, instauraba un nuevo orden que simultáneamente se encargaba de conservar.[66] Por tanto, tras la amigable fórmula teórica –elevada a «principio de legalidad»– se escondía la problemática del gobierno administrativo, del concepto de fuerza-de-Ley y del malestar constitucional ante el exceso gubernativo de la administración.[67]

A partir de lo expuesto surge una hipótesis de lectura que puede servir para comprender el pasaje de «imperio de la ley» al «principio de legalidad». La doctrina constitucional de fines de siglo XIX hasta la década del '30 del siglo XX pensaba el concepto de «seguridad» en términos individuales. La palabra seguía al individuo y su esfera de acción protegida para el despliegue de sus capacidades civiles. Era un uso liberal del concepto que estructuraba la secuencia: *derechos indisponibles–garantía de ley–seguridad individual*. La explosión de sentidos que el concepto de «seguridad» ofrece desde mediados de la década del '40 –desde la progresiva seguridad social, hasta la reciente

66 Benjamin ([1921] 1991) 189.
67 Agamben (2019).

seguridad anti-terrorista– es índice de un cambio en la forma gubernamentalidad. Una excusa que, tras la formulación de nuevos objetivos, implicó a la *Policía* como agente del orden.[68] La justificación de protocolos de seguridad, de decretos y demás instrumentos con «fuerza-de-ley» que acompañaron a un modo nuevo de gobierno, presentó *una* legalidad diluyente de lo constitucional. En el medio, el «imperio de la ley» quedó reservado para la retórica política al tiempo que el derecho constitucional con el «principio de legalidad» se presentó progresivamente como despolitizado, y olvidó así su momento instituyente.

Ahora bien, en el pasaje del liberalismo al positivismo legal se produjo un trauma epistemológico que, al desconocer la razón política del primero decantaría sin más en un puro acontecer nomológico. Frente a este desarrollo positivista del derecho público en la Argentina existía una garantía estructural y un límite a su avance: *la historia*. Sólo a condición de la existencia de un discurso protector del paradigma liberal la ciencia jurídica podía positivarse sin perder su condición ética-moral. En el caso del discurso constitucional, la historia constitucional funcionaría como el dispositivo de reconocimiento jurídico para rotular una acción de «justa» o «arbitraria». Cuestión que se radicalizaría a partir del nuevo giro dado por el mentado «principio de razonabilidad».

En efecto, surge una pregunta central a la praxis jurídica ¿cómo detectar, entonces, que una ley es justa o injusta? La razonabilidad al asentarse en un saber previo, muchas veces inconsciente, pero que habita la mentalidad jurídica, recurrió a unos esquemas de reconocimiento de la arbitrariedad de carácter histórico. El derecho constitucional en sus giros técnicos siguió requiriendo de su historia y su narrativa, puesto que, aunque poco atendida, funciona como motor y eje para la práctica del derecho. Recuérdese, tan sólo a modo de ejemplo, los argumentos de Bidart Campos sobre los «contenidos pétreos de la constitución», que devino una razón histórica para la perpetuación y reificación de lo dado. Otro argumento histórico-filosófico rezaba, por ejemplo, que los derechos son previos al Estado y este sólo los reconoce. Esta trama invierte la historia conceptual del Estado y genera un saber de sujetos contractuales que poco tiene que ver con el rol disciplinar de la estatalidad.

68 Frankenberg (2010).

Vale, entonces, detenerse en dicho marco precomprensivo que la historia aportó al saber constitucional, dado que allí se hallan algunos indisponibles fundadores de la mentalidad constitucional que terminarán impactando en los prejuicios de la justicia constitucional. Nuevamente, historia y Constitución se aúnan a fin de conformar el sistema de derecho moderno. Para ello, es bueno enfocar ahora la lente en la peripecia vivida por la cultura tradicional del derecho colonial en el Río de la Plata y su progresiva disolución frente a la cultura constitucional argentina.

Tercera Parte

Imaginarios: Historia Constitucional argentina

Capítulo V
La Nación, la Ley y la Historia. Fuentes del derecho constitucional argentino

1. La arbitrariedad en el derecho: hipótesis de lectura constitucional

El cambio semántico-sintáctico del arbitrio a la arbitrariedad hizo su eco en el lenguaje castellano. Los diccionarios introducen la modificación y tras las nuevas palabras, que aparecen a la sombra de otros olvidos, se fue configurando el lenguaje del constitucionalismo. Un ejemplo puede verse en la comparación entre el uso de la voz arbitrio en el *Diccionario de la lengua castellana* de la Academia de 1726. Allí, el verbo «arbitrar» seguía refiriendo a la matriz jurisprudencial:

> En lo forense es juzgar y determinar el pléito, diferencia o contienda por algún medio proporcionado a las partes, y que corte las diferencias para en adelante. Lat. *Agere arbitrum, vel disceptatorem causarum. Arbitrari*. Hug. Cels. Repert. De las leyes de Cast. En la palabra Arbitro.[1]

El adverbio continuaba encarnado en la tradición jurídica que trataba de aclarar el diccionario. «Arbitrariamente» correspondía a:

> Libre y facultativamente, conforme al dictámen, juicio y arbitrio que uno forma, sin precision á las formalidades del derecho. Es voz usada frequentemente en lo forense; y así se dice que Fulano compuso y determinó arbitrariamente las diferencias de las partes. Es del Latino *Arbitrarie.* Lat. *Arbitrii more. Ex arbitrii formula*. Recop. Lib. 8. Tit. 13. L. 18. Demás de las otras penas en derecho establecidas hayan de ser y sean punidos *arbitrariamente* en sus personas y bienes.[2]

La erosión de la limitación jurídica en la conformación del saber mixturaba la voluntad y la justicia. Una vía excepcional para la composición «sin formalidades del derecho». El adjetivo se encontraba a medio camino entre el modo de gobierno de la ciudad y el reino «con una forma de justicia arbitraria unidos los

1 Real Academia Española (1726) 372.
2 Ibid.

pensamientos» y un carácter más cercano al sentido contemporáneo de la voz «arbitrario» refería:

> Significa tambien absoluto, independiente, despótico, libre y sin la menor sujeción: y así se dice Dominio arbitrario, resolución arbitraria. Lat. *Plenum & liberum arbitrium*.[3]

La condición de absoluto se unía a lo despótico, esto es, a aquello que no poseía sujeción externa. Cabe recordar, no obstante, que en el campo jurídico el arbitrio implicaba el saber que se desenvolvía al interior de la mente del juzgador, siempre guiado y limitado por la *scientia iuris* como un modelo de orden indisponible. Resulta interesante, sin embargo, que la voz «arbitrariedad» no figurase en los diccionarios del siglo XVIII. Recién ingresaría autónomamente en el año de 1822 en un *Suplemento de las voces omitidas* en el *Diccionario de la Academia*. Se leía en la hoja complementaria:

> Arbitrariedad. s. f. Proceder ó dictamen según el propio capricho, y contra las reglas de la razón.[4]

Mientras que el cuerpo del *Diccionario* de 1822 continuaba reproduciendo el esquema tradicional, que veía en el arbitrio la sentencia de un juez árbitro o el acto de arbitrar un decisorio, e introducía de manera anexa la voz que estructuraba el discurso de la legalidad. En la definición –que con modificaciones llegaría hasta el presente– aparecía la red conceptual que ya había despuntado en la ilustración francesa, representada por la *Encyclopédie:* la oposición entre capricho vs. reglas. Estas reglas con el tiempo devendrían Ley-Razón-Justicia y el capricho se uniría con la voz voluntad y despotismo. Es interesante que incluso hasta la edición de 1992 del *Diccionario de la Real Academia* la red de significantes referidas a la práctica forense se mantuviera sin sustanciales modificaciones. Por su parte, la «arbitrariedad» en su declinación política de capricho nacido de una voluntad sin límites ni frenos se independizaría de su contenido jurídico.

Se está ante un compuesto que apela a diferentes estratos de sentidos procedente de tiempos diversos que fueron sedimentando en torno a la voz constitutiva del discurso moderno. Sin embargo, la tardía entrada en valencia de la «arbitrariedad» alerta sobre un nuevo fenómeno, que sistemáticamente ya no mira a la fisiología de la justicia, sino a la limitación de la

3 Ibid.

4 [Real] Academia Española (1822) 867.

voluntad política. Se estaba frente a una forma diversa de pensar el orden y esto se correspondía a un cambio al interior del discurso del derecho, que se volvería más político que jurídico. Un proceso de politización de lo jurídico que sólo se entiende por la *alteración* lógica que introduce la filosofía política en un lenguaje tradicionalmente jurídico.

Ahora bien, en la historia del derecho rioplatense hubo dos formas de representar la *alteración* que compuso el universo de las fuentes jurídicas tal cual se conocen en el presente. Una de ellas observa el fenómeno desde la tradición jurídica civil y criminal del derecho indiano, que resulta determinante para pensar la codificación, la ley, la costumbre, la doctrina y, asimismo, algunos modelos interpretativos del fenómeno, que van desde la categoría de «sistema» hasta la llamada «modernización» del derecho. La otra, ha estado menos vinculada a la historia jurídica y más a la historia política. Ello así, puesto que invoca la genealogía de una razón constitucional que instauró un nuevo lenguaje, a partir de la tensión entre tradición hispánica e ilustración francesa.[5] Esto se puede localizar con primacía en los documentos escritos, pactos y tratados seleccionados como «antecedentes» de la Constitución de 1853–1860. A partir de esos pliegues el concepto de arbitrariedad tomará la forma que hoy se reconoce, y que instauró un imaginario particular en la precomprensión del derecho público argentino.

2. *Epiqueya* y Arbitrio: la aplicación del derecho entre «casuismo y sistema»

Existe un núcleo central para reconocer la relación entre ley y arbitrio / arbitrariedad en el universo jurídico del derecho colonial y que más tarde verterá, aunque invertidamente, en la razón legal del constitucionalismo: la aplicación del derecho. Es en torno a esta dimensión que importa saber qué es el derecho en tanto que saber autoritativo con efectos pragmáticos sobre la vida de los hombres y la comunidad política, y cómo deben interpretarse sus límites o extensiones. Esta operación evidencia el efecto de alteración lógico entre el derecho tradicional y el derecho sistemático que cobró una hegemonía progresiva a partir de los siglos XVIII–XIX. En ambos casos, la tensión se recorta en la posibilidad de desconocer (al interpretar) la ley mediante su ajuste al caso o, como bien lo expone Tau Anzoátegui, «una ley acomodada a

5 Goldman (2008).

las circunstancias». Este desconocimiento de la ley fue criticado en pro de una aplicación literal de la misma, que pretendía hegemonizar su uso sin distinciones, dispensas o ajustes circunstanciales. Visiblemente, esta tensión que recorre la historia del pensamiento filosófico en el campo del derecho tendría una manifestación particular en tres niveles reconstruidos con maestría en el último capítulo del célebre *Casuismo y Sistema*: a) la imagen del jurista indiano, b) los dispositivos de disimulo legal vs. el primado de la ley, y c) la equidad-arbitrio vs. la ley. El problema central reenvía una vez más al tema de las fuentes del derecho y su ejecución en materia de gobierno y justicia, al evitar la mirada legalista del presente y buscar, en su lugar, la comprensión de una relación diversa, la cual, desde el legalismo anacrónico del siglo XIX, había sido descripta como un «vacío», un abuso o negligencia.

Una de las múltiples fuentes, recuperada por Tau Anzoátegui, puede iluminar la forma en que se juzgaba la naturaleza del gobierno político en el Río de la Plata durante el siglo XVII. Se trata de un escrito proveído por el Fray Martín Ignacio de Loyola de 1605, quien informaba sobre el gobierno de Hernandarias de Saavedra con estas palabras:

> Si ablandara el modo de proceder con los vecinos y otros pasajeros, tiene admirables partes, porque él es hombre de guerra y que alcanza cualquier cosa muy bien, lo que le descompone mucho es que como ha visto en este puerto tanta corrupción y que no han bastado jueces de la audiencia ni cédulas reales para su remedio, deseaba allanar y remediar todas las cosas cumpliendo con todo rigor las cédulas de vuestra Majestad casi sin admitir la epiqueya que con ella se debían moderar las leyes humanas positivas en casos particulares… [si Hernandarias] ablandase su condición y no fuese tan riguroso en la observancia de las cédulas reales sería muy buen gobernador.[6]

Como surgía abiertamente del juzgamiento del gobierno, existía una mirada sobre la persona que debía «ablandar» su rigurosidad. La prudencia surgía como el remedio necesario para gobernantes y jueces, ya que a partir de allí se producía una «moderación» de las leyes según los casos particulares. La «epiqueya» –equidad– era el mecanismo claro de integración del derecho que seguía al caso. En lugar de una ortopedia legalista se perseguía un gobierno que, fundado en el caso y las circunstancias, estableciera la justicia. Esto importaba el despliegue de varios dispositivos para «encontrar» el derecho justo, los que iban desde el atemperamiento con el recurso a la doctrina de los autores –fuentes del derecho– hasta el disimulo o el «no uso» de la ley.

6 Tau Anzoátegui (1992b) 520–521.

Sin embargo, si la equidad de raíz griega, romana y canónica servía para el establecimiento de la justicia de manera indisputable, el arbitrio iuris resultaba ya en el siglo XVII algo controversial. El principal problema estaba vinculado estrechamente con el derecho criminal. Este punto debe ser subrayado puesto que la materia de la «seguridad» jurídica se vincularía con la potestad del castigo y la privación de esos derechos indisponibles, que serían la nota típica del derecho sistemático-legal del siglo XVIII–XIX. Remontarse, entonces, a esta historia del derecho indiano exhibe una progresiva mutación interna del concepto que culminó con el pasaje contra-conceptual del derecho reducido a ley como opuesto al arbitrio sinónimo de capricho. Señala Tau Anzoátegui que, en este campo particular, ya en la obra clásica de Castillo de Bovadilla aparecía una censura al uso cada vez más frecuente de la figura del arbitrio para evadir la ley generando una falta de «certidumbre» que, no obstante, aún no podía reducirse sin más a seguridad jurídica. Según advierte la función principal del «arbitrio judicial concedía al juez amplias facultades para adecuar las penas a los casos concretos que debía resolver».[7] Decía Castillo:

> El día de hoy es mucho de doler y de exclamar, lo mucho que se usa el albedrío de los jueces, contra, o fuera de la disposición de las leyes: porque aunque es verdad que los negocios son más que las leyes, y son de cosas particulares, que no pueden decidirse debajo de ciertas leyes, en especial en las causas criminales, en que las probanzas de los hechos, por ser diversos, son por la mayor parte arbitrarias, y en estos casos se debe juzgar por lo decidido en otros semejantes; no se guarda en esto el Derecho, ni la razón escrita, y casi unos negocios, y otros, y en unos, y otros Tribunales se juzgan por albedrío.[8]

El texto es rico en detalles, pero no debe considerarse las leyes aún como la ley decantada de una voluntad general ni de un poder legislativo. Más bien, se expresaba de manera clara las limitaciones de «las leyes», que debían integrarse en el caso. El problema del albedrío –significante jurídico extraído del *arbitrium*– era la falta de rigor en el control interno de la formación del saber que seguía al caso. Es así, que la ley que debía adaptarse por mor de la casuística era también guía, que exhibía un límite dentro de un amplio grado de soluciones jurídicas.

7 Tau Anzoátegui (1992b) 535.
8 Tau Anzoátegui (1992b) 536.

El concepto de arbitrio, no obstante, seguía vinculado semánticamente al registro judicial. Recuerda Tau Anzoátegui, con cita incluso de un texto ilustrado como el *Teatro crítico universal* de Feijoo, que

> la voz arbitrio es equívoca, y no significa disposición pendiente del afecto, sino pautada por la razón, y el juicio. Esta significación es conforme a su origen; pues el verbo latino *arbitrar*, de donde se deriva esta voz, significa acto de entendimiento, y no de voluntad.[9]

Ahora bien, a partir de la segunda mitad del siglo XVIII el concepto de ley sistemático y correspondiente a la razón voluntarista del príncipe irrumpiría en el registro gramatical del derecho, claro que sin desandar completamente la tradición práctica del espacio indiano.[10] En torno a este giro, ya descripto en los capítulos precedentes, pueden sumarse unas notas que por geografía, tradición cultural y tópica de estudio resultan destacadas antes de ingresar en la alteración constitucional de la Argentina. El giro principal se corresponde a un ataque al arbitrio, que ya venía desprestigiándose desde el siglo XVII, que postulaba en su lugar la búsqueda de una disciplina judicial regida por leyes de emanación voluntarista –aunque no absoluta– del monarca. De este modo, se pretendía sistemáticamente para evadir comentarios, glosas y todo el *laberinto* hermenéutico de los juristas.[11] El registro doctrinal repuesto por Tau Anzoátegui, nuevamente, resulta inapelable, valiendo citar algún extracto seleccionado por el autor. Meléndez Valdés decía en sus *Discursos forenses* de 1791 que la finalidad de las Audiencias era: «establecer la justicia y el orden legal sobre principios sólidos, inmutables, luminosos y empezar un sistema de obrar inalterable en que hable la ley sola, y nunca el ciego arbitrio ni la voz privada del juez».[12] La idea de la ley vista según un principio sólido, sistemático e inalterable suponía la de certidumbre como pieza central de un orden cuyo registro miraba hacia un horizonte de expectativas reformista en lugar de hacia una tradición de opiniones. En las antípodas aparecía el arbitrio que hablaba por boca de un magistrado que desconocía la ley. Esta antítesis iría erosionando, desde el interior de los discursos jurídicos forenses, el buen nombre de la antigua práctica del arbitrio. Se condensaban así las características que ya jugaban a nivel epistémico por debajo de la idea de la Constitución como

9 Tau Anzoátegui (1992b) 539.
10 Casagrande (2015b).
11 Tau Anzoátegui (1992b) 543.
12 Tau Anzoátegui (1992b) 546.

Ley Fundamental ordenadora. Sin embargo, la relación entre discursos reformistas y prácticas forenses evidenciaba un desfase lógico entre los discursos y las prácticas institucionales.

Efectivamente, esta dimensión de la justicia criminal fue evaluada documentalmente por Alejandro Agüero en su obra *Castigar y perdonar cuando conviene a la República,* en la cual el registro de causas instruidas en Córdoba del Tucumán está repleto de un ejercicio constante del *arbitrio iuris*, para morigerar o endurecer las penas por jueces menores, sin que por ello existiese una «ilegalidad» como se pretende ver desde una mirada decimonónica. Esto no era un desajuste que remitía a una forma ilegítima o para-judicial del ejercicio del derecho, más bien obedecía a las prácticas sedimentadas de una cultura jurisdiccional que, anclada desde varios siglos en el espacio rioplatense, no eran tan fáciles de conmover, incluso por la determinación de una práctica que seguía guiada por autores de una tradición clásica en materia de arbitrio.

Sin embargo, detrás del desajuste existían también razones políticas. Ya bien entrado el siglo XVIII, en particular desde la puesta en funcionamiento de la Real Audiencia de Buenos Aires, las críticas a los legos trataban sobre el mecanismo para limitar el arbitrio judicial a través de un control letrado. Era al interior de una disputa del campo político-judicial que comenzaría a evidenciarse una preocupación por el excesivo uso de este instrumento hermenéutico. Sobre todo, ante unos magistrados que por la distancia habían logrado evadir un debido control jurisdiccional de la apelación, la que era garantía de justicia. Esto implicaba una desconfianza creciente entre magistrados superiores e inferiores, máxime en los dilatados territorios del espacio indiano. El intento de limitación del arbitrio, entonces, también concedía a los efectos de una política de disciplinamiento del orden jurisdiccional que deseaba refrenar los ejercicios legos, ya fuera mediante ordenamientos para la instrucción de las causas o, como lo advirtiera la Real Audiencia de Buenos Aires hacia 1787, a través la revisión de las decisiones en un intento por «Erradicar los rústicos juzgamientos».[13]

Detrás del cambio de fuentes del derecho, de la primacía de la ley por sobre la costumbre y el arbitrio fundado en autores, el tema seguía siendo una dimensión de control político expresado por la vía de ejercicio institucional:

13 Casagrande (2012).

la justicia. Esta razón política previene sobre la necesidad de suspender la mirada teleológica que aporta la historia dogmática que ve en el «perfeccionamiento» del sistema una iluminación sin elementos políticos. La razón dominante era una inversión de lo judicial por lo legal, de la institución de un nuevo actor político contra los juristas, de erradicar la dogmática a fin de fomentar la autorregulación del sujeto de derecho privado en la sociedad civil. La ley, la libertad y la crítica que abrían camino a su institución pueden ser vistos en tanto fábulas que escondían tras las sombras que proyectaban sobre el mundo antiguo la nueva institución del orden. Sin embargo, aún no se está en tiempos constitucionales, al menos en el Río de la Plata.

3. El *efecto* Montesquieu: *politización* de la arbitrariedad

La alteración sistémica ha despertado la indagación histórica. Agüero lo expresa claramente:

> A la luz de los criterios jurídicos actuales el arbitrio judicial es visto como un elemento disfuncional, una especie de peligrosa desviación hacia el «absolutismo judicial»; sin embargo, mirado bajo el prisma de su época se presenta como una característica no sólo perfectamente funcional al orden represivo, sino también impuesta por la propia configuración del ordenamiento y las instituciones del antiguo régimen.[14]

La crítica es historiográfica, contra la visión de Tomás y Valiente en torno al derecho penal de la monarquía absoluta. Sin embargo, para una historia conceptual del constitucionalismo resulta de sumo interés conocer el mecanismo de instauración de un nuevo orden de discursos, que enalteció un prisma a través del cual se veía en el casuismo, la equidad y el arbitrio un vacío jurídico que sería rotulado de despótico y anárquico.

Ahora bien, la relación entre casuismo y sistema que se altera al interior de la jurisprudencia del derecho indiano resulta un indicador de la política del derecho vehiculada por el dispositivo legalista. Expresa, asimismo, la necesidad de reconocer aquellos otros doctrinarios cuyos discursos devinieron las fuentes de saber del constitucionalismo en la segunda mitad del siglo XIX. Ciertamente, ya se anticipó que las fuentes del constitucionalismo no eran las clásicas indianas, sino que se seguía a Montesquieu, los federalistas y demás autores dieciochescos. No cabe, entonces, descartar la crisis al

14 Agüero (2008) 267.

interior del derecho indiano, pero sirve adelantar que esta conmoción interna fungió como un humus fértil para el fermento de un cambio radical –al menos a nivel retórico– que provenía no sólo del valor de las fuentes, sino de la incorporación de una nueva literatura.

El universo en crisis y crítica era el mismo: la jurisdicción criminal-penal. La arbitrariedad tenía allí el espacio de inscripción. El universo seguía siendo judicial, no había aún una práctica administrativa que catalogar de arbitraria. Si bien en el presente es vocablo favorito de administrativistas, un derecho de la administración y una administración en el sentido contemporáneo era impensable. Según los constitucionalistas, la arbitrariedad respondía a la imagen de un juez que podía establecer penas caprichosas, las que podían alterar la seguridad de vida, honor, libertad y propiedad. La deriva, entonces, que tomará la formulación anti-arbitraria imponía dos institutos nuevos que estructurarían el saber del constitucionalismo: la teoría de la pena y la división de poderes. Aquí se define el pasaje de la idea de justicia a la de la seguridad.[15]

Los textos que componen el núcleo básico sobre las penas y la división de poderes tienen una obra en común, y una posición enunciativa que barniza el modo del decir constitucional. Del lado de la enunciación constitucional esta compondría un tono diverso al de la prudencia jurisprudencial clásica. Aparecía, entonces, la «virulencia de la crítica» que, según Tau Anzoátegui, marcaba la entonación de la «ideología anti-jurisprudencial, propia del pensamiento ilustrado y revolucionario, en el cual se percibe un subido matiz político».[16] Lo agonal implicaba un ataque que se dirigía a la doctrina de los autores y al «arbitrio de los jueces», y que propugnaba en su lugar: «la elaboración de cuerpos legales, comprensivos y claros que, dando certeza al Derecho, librasen a la sociedad de la opresión de los juristas».[17] La forma del discurso era correlativa a la institución de un nuevo sujeto de acción jurídica que, por la vía de un derecho civil codificado, se auto-regularía sin necesidad de recurrir a la casta de juristas. Sin embargo, el proceso de emergencia de la burguesía poseía un doble sentido. Por un lado, politizaba la praxis de unos sujetos con capacidad auto-regulativa en oposición a los juristas y, por otro, los despolitizaba reenviándolos a la esfera de la «socie-

15 Hespanha (1993) 203–273.
16 Tau Anzoátegui (2016) 124.
17 Ibid.

dad», escindida de la política. Entonces, era una acción jurídico-política más que político-social. La envestida anti-jurisprudencial y judicial se radicalizaba, precisamente, en el punto de las penas aplicables, que eran el espacio de expresión institucional del arbitrio. De ahora en más serían presentadas a la manera de una mera voluntad caprichosa sin guía ni concierto jurídico.

Ahora bien, la obra que decantará como fuente nuclear de las doctrinas constitucionales será *Del espíritu de las leyes* de Charles-Louis de Secondat, barón de Montesquieu, en particular por la referencia a los libros VI y XII. Este texto, con una serie de reenvíos que se analizarán seguidamente, componía el pie de apoyo para la institución de la legalidad, que luego devendría forma constitucional y escritura textual de las garantías. En particular interesan dos elementos que se relacionan con la exaltación política del discurso constitucional. El primero, es la relación entre la estructura narrativa utilizada para analizar la severidad de las penas. Según Mark Waddicor, a la hora de describir la severidad de las penas

> Montesquieu eligió términos emotivos más que descriptivos. Así, en conexión con despotismo, él utilizó palabras tales como «terreur» (en lugar de «crainte»), «malheureux», «exorbitant», «outragé», «cruel», «justice atroce», «douleur», «les maux de la nature humaine»; mientras que, en relación a los gobiernos moderados, utilizó términos que connotan aprobación: «mœurs», «liberté», «douceur», «pitié», y, por supuesto, «modérés».[18]

El segundo elemento a destacar en relación al arbitrio y las penas es que, en la reflexión sobre éstas, aparecía no sólo una evaluación –emotiva– del juzgamiento, sino que esta razón judicial se mostraba como un epifenómeno de una problemática más profunda: la forma de gobierno y la libertad del ciudadano. En el Capítulo III del Libro VI, titulado «En qué gobiernos y en qué casos se debe juzgar según un texto preciso de la ley», podía leerse:

> Cuanto más se aproxima el gobierno a la república, más fija deviene la manera de juzgar; y era un vicio de la república de Lacedemonia el que los *eforos* juzgasen arbitrariamente, sin que hubiera leyes para dirigirlos. En Roma, los primeros jueces juzgaron como los eforos; se advirtieron los inconvenientes que esto producía, y se confeccionaron leyes precisas.
>
> En los Estados despóticos, no hay leyes; el juez es él mismo, la regla. En los Estados monárquicos, hay una ley; allí donde ella es explícita, el juez la sigue; allí donde no lo es, busca su espíritu. En el gobierno republicano, forma parte de la

18 Waddicor (1970) 139.

> naturaleza de la constitución que los jueces sigan la letra de la ley. No hay ciudadano contra quien pueda interpretarse una ley cuando se trata de sus bienes, su honor o su vida.[19]

Los párrafos son una exquisita síntesis de tres tensiones que se entrecruzan. La relación entre ley y arbitrariedad alcanza un punto máximo de registro contra-conceptual, y en consecuencia deviene esta última un juzgamiento «sin leyes». Esta nueva significación ya se adelantó en la mirada sobre la forma de justicia sin apego a la ley como un «vacío jurídico», capricho o violencia. La caracterización de ese modo de hacer justicia evidenciaría los rasgos del Estado despótico, que se conectaría con la palabra arbitrario componiendo un campo semántico común. Finalmente, todo redundaba en la garantía de seguridad –que en Montesquieu se aproximaba a la libertad– en una fórmula anti-hermenéutica, que rezaba que en la república el juez debía seguir a la ley y toda «interpretación» debía ser suspendida si se trataba de vida, honor y propiedad. Aquí la Constitución se presentaba como una forma de ser, pero ya despuntaba una idea de deber ser solapada.

Esta misma hipótesis se encontraría, más adelante, en el Libro XII, capítulo IV, titulado «De cómo la naturaleza de las penas y su proporción favorecen la libertad»:

> Cuando las leyes criminales deciden cada pena según la naturaleza particular del crimen, se trata de un triunfo de la libertad. Cesa lo arbitrario y la pena no se origina en el capricho del legislador sino en la naturaleza de la cosa; y el hombre no hace violencia al hombre.[20]

Aquí un último eslabón del razonamiento frente a lo arbitrario, que, ahora sí, extendía su alcance hasta tocar al «legislador», quien de no proseguir el método del Barón de Montesquieu recaía en un capricho que importaba un acto de violencia.

Según puede verse hasta aquí, el discurso *del Espíritu de las leyes* compuso un antecedente no sólo de la *Encyclopédie* –cuyo quinto tomo se dedica al autor–, sino que disolvía el *arbitrio iuris* en la pura arbitrariedad como una exaltación de las penurias de lo ilegal para el gobierno de una república. El registro no era descriptivo, era emotivo y la arbitrariedad quedaría de ahí en más prendada al capricho, al despotismo y a la violencia, que serán ejemplificadas con experiencias *orientales* –pocas veces documentadas. Una nueva

19 Montesquieu ([1748] 2007) 112.
20 Montesquieu ([1748] 2007) 242.

tópica organizaba el discurso y resemantizaba antiguas voces en su pasaje a los lenguajes de la modernidad. En este pasaje perdía su sentido estrictamente jurídico para ganar un modo político por referencia a la organización de la comunidad política. Asimismo, desde el plano retórico, al estar impregnado de la emotividad retórica que impuso el Barón de Montesquieu, devendría un tópico con gran capacidad de denuncia. Un sentido más próximo al de la contemporaneidad, y que sería clave para el constitucionalismo y su narrativa histórica. Sin embargo, antes de proseguir con la difusión tópica cabe hacer una pregunta: ¿cómo llegó esta voz al discurso constitucional de la joven Argentina? Hallada una génesis cabe, ahora, realizar una filología para encontrar el nuevo sentido común de glosas y exclamaciones iuspublicísticas.

4. El arbitrio, Montesquieu y los federalistas: *lost in translation*

La politización del concepto de arbitrio llegaría al punto máximo al moverse del registro judicial al principio de la separación de poderes. Ese desplazamiento se compondría a través una doble lectura que habita la literatura –cursos, tratados, manuales– de derecho constitucional utilizados para la enseñanza de la disciplina en el período que va desde 1860 hasta 1930. La composición del nuevo espacio de escritura tendría dos agentes principales para la introducción y modificación de la tópica del arbitrio: Montesquieu y Madison.

La fuente primigenia que sirvió para vehicular la politización del concepto fue el libro XI *–De las leyes relativas a la Constitución que determinan la libertad política–*, y en particular, un párrafo estructural del discurso que se encuentra en el capítulo VI *–De la Constitución de Inglaterra–*, del ya citado *Del Espíritu de las leyes*. Allí, en el apartado explicativo de la división de poderes, advertía el Barón de Montesquieu:

> Cuando, en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistratura, el poder legislativo se reúne con el poder ejecutivo no hay libertad; porque se puede temer que el mismo monarca o el mismo senado dicten leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente.
>
> Tampoco hay libertad si el poder de juzgar no está separado del poder de legislar y del de ejecutar. Si estuviera unido al poder legislativo el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería legislador. Si estuviera unido al poder ejecutivo el juez podría tener la fuerza de un opresor.[21]

21 Montesquieu ([1748] 2007) 205–206.

Al momento de la escritura, el autor se hallaba aún envuelto por el antiguo significado de la voz, puesto que el arbitrio aparecía como un rasgo jurisdiccional que habilitaba un –ahora indeseable– decisorio judicial sin limitación legal externa. La necesidad de una ley externa que limitase la libertad del juez comenzaba a socavar lentamente la praxis de justicia con una tópica que desacreditaba al arbitrio por atentatorio de la seguridad y libertad. Sin embargo, la mayor fuerza oposicional no se vinculaba a la relación entre juez-legislador, sino a la combinación de ejecución y jurisdicción que tenía, para Montesquieu, la «fuerza de un opresor». La «fuerza» se ejemplificaba con un recurso histórico-comparativo de tintes *orientales*: «Entre los turcos, donde los tres poderes están reunidos en la persona del sultán, reina un terrible despotismo».[22] Si bien más tarde se volverá sobre esta figuración retórica, cabe resaltar la progresiva sinonimia entre arbitrariedad y despotismo.

En 1748 no sólo el concepto de arbitrio se encontraba a medio camino entre el reconocimiento práctico-judicial y el modo de gobierno despótico, también el concepto de «Constitución» se refería a otro significado, distinto del contemporáneo.[23] En la descripción de la «Constitución de Inglaterra», entonces, se examinaba el status de la organización política sin poder reducirla aún a un texto fijo –o pacto constituyente– que limitaba el poder. En ese sentido, afirmaba Estrada despreciando a Montesquieu:

> Es tenido Montesquieu por el pensador que ha esclarecido más cumplidamente la doctrina de Aristóteles; pero la verdad es que Montesquieu se ha limitado a convertir en doctrina los elementos abstractos eliminados de la observación empírica del sistema gubernativo de Inglaterra; y aún hay que advertir que exagera las consecuencias que de sus propias observaciones se desprenden, y que atribuye a los caracteres externos de la organización política de Inglaterra mayor importancia de la que en realidad debía.[24]

Para un publicista de mediados del siglo XIX la observación-descripción poseía una valencia menor que la dimensión teórica. Sin embargo, ya surgía una separación lógica entre descripción constitucional y principios de gobierno deductivos que tenían un origen en el diverso uso del concepto de Constitución. Esta modificación de los lenguajes y los saberes de la disci-

22 Montesquieu ([1748] 2007) 206.
23 Sordi (2020) 66.
24 Estrada (1895) 212.

plina eran analizados por una mirada evolutiva de las instituciones por Nicolás Matienzo, que atemperando la crítica de Estrada afirmaba:

> Pero Montesquieu, no obstante la perspicacia de su talento, no advirtió que las formas constitucionales inglesas que él acababa de examinar no permanecían inmóviles, sino que estaban evolucionando; y que así como habían llegado al estado en que él las encontró mediante sucesivas transformaciones, así también, iban a continuar modificándose.[25]

En las palabras de Matienzo, aparecía una razón histórica sin la cual se hacía impensable el derecho constitucional argentino. Faltaba aún la «evolución», que provendría del momento Sieyès, la Constitución norteamericana de 1787 –que motivaba la escritura como elemento de la Constitución-texto– y, finalmente, la Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, donde ya había decantado la fórmula abstracta y deontológica: «Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene constitución». En cuanto a la voz arbitrariedad la Constitución norteamericana y sus comentarios habilitarían una traducción de Montesquieu, que ya no podía leerse, sino bajo el efecto evolutivo que habían poseído las instituciones del derecho constitucional. Se componía así una tradición que imponía un saber tamizado por la vía de los *Federalist Papers*. Esta lectura dejaba atrás el detalle jurisdiccional de la lectura de Montesquieu, e incorporaba el sentido moderno del constitucionalismo norteamericano. El traductor era James Madison.

En *The Federalist*, 47 con el título «The meaning of the maxim, which requires a separation of the departments of power, examined and ascertained» escribía Madison: «The oracle who is always consulted and cited on this subject is the celebrated Montesquieu […] The British Constitution was to Montesquieu what Homer has been to the didactic writers on epic poetry».[26] Allí, comenzaba una tradición de lectura que por ver en la Constitución norteamericana de 1787 la fuente de la Constitución argentina, sería tomado como el elemento nuclear para comprender los roles de los poderes en relación con la ley.

En la Argentina la cita del texto de Madison estaría a cargo de la primera obra utilizada para la enseñanza de la materia en la Universidad de Buenos Aires. La traslación conceptual del arbitrio comenzó a partir de la obra del

25 Matienzo (1926) 303.
26 Hamilton et al. ([1787–1788] 2008) 239–240.

Colombiano Florentino González cuyas *Lecciones de derecho constitucional* de 1869 fueron recibidas sin mayores inconvenientes en un contexto proclive a la mirada norteamericana.[27] Si bien la lectura retrospectiva de Joaquín V. González calificó a esta obra de una «adaptación semiglosada de Grimke», no puede negarse el fuerte impacto de este libro en las aulas de la Universidad de Buenos Aires.[28] En la Lección XX –«De las leyes»–, el autor transcribía directamente el número 47 de los *Federalist Papers* incorporando una alteración central que introdujo Madison a Montesquieu. En los párrafos centrales referidos al problema del arbitrio decía:

> Si el poder de juzgar estuviera unido con el legislativo, la vida y la libertad de los súbditos se verían expuestas a una acción arbitraria; porque el juez sería entonces *legislador*. Reunido al ejecutivo, el *juez* podría proceder con toda la violencia de un opresor.[29]

La traducción de Madison incluía un nuevo calificativo al proceder del ejecutivo-juez: la violencia. En la edición original francesa de *L'Esprit des Lois*, la calificación rezaba: «Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur». Madison transformaría la palabra «force» en «violence». Más allá de un nuevo sentido que se añadía a la lectura de la arbitrariedad, esa pequeña traslación da una pauta para saber cómo se leía Montesquieu, incluso cuando se lo citaba. La mayor parte de los comentaristas, a través de la violencia traductora de Madison, reenviarían la arbitrariedad como resultado de la ineficiente separación de poderes. La lectura de Montesquieu vía Madison importaba, entonces, un antecedente interesante para observar la influencia de determinadas lecturas en la conformación de la tradición constitucional.

Montes de Oca, en el capítulo sobre «División de Poderes» del segundo tomo de su *Derecho Constitucional*, citaba expresamente a Montesquieu en la traducción española de 1821 utilizando la fórmula «facultades de un opresor», seguidamente, indicaba que este pasaje había inspirado a Madison para quien: «la acumulación de todos los poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, en las mismas manos, bien sea de uno, de pocos o de muchos, hereditarios, de propio nombramiento o electivos, puede con exactitud juzgarse como la

27 Sobre el contexto de recepción y los materiales constitucionales provenientes de Estados Unidos: Zimmermann (2014).

28 Cucchi (2019).

29 González (1909) 222.

definición misma de la tiranía».[30] Se sumaba así otro significante que rodeaba al concepto.

Para Juan Antonio González Calderón la lectura correcta la aportaba Madison. En el primer tomo de su *Tratado de Derecho Constitucional*, apartado e) «La separación de los poderes», leía el pasaje de Montesquieu de la traducción española *del Espíritu de las leyes* de 1906, con la frase «la fuerza de un opresor»; más tarde, en el tomo tercero nro. 1524 –Naturaleza e importancia del poder judicial federal– volvía sobre este pasaje con el constructo «violencia de un opresor».[31] Lo interesante de este cambio es que paso seguido se refería, ahora, a Hamilton como la fuente para comprender la importancia del poder judicial independiente en un esquema constitucional que servía de modelo:

> Al contrario de la suposición de los que han presentado el plan de la Convención a este respecto como nuevo y sin precedente, él no es más que una copia de las constituciones de Nueva Hampshire, Massachusetts, Pennsylvania, Delaware, Maryland, Virginia, Carolina del Norte y Georgia; y la preferencia que ha dado a estos modelos es altamente recomendable.[32]

La cita de Hamilton es del todo pertinente. La voz Constitución, aquí, ya dejaba de referirse a la forma de gobierno en tanto que status del cuerpo político, ya se estaba plenamente en el concepto contemporáneo en el que se asimilaba, sin exclusiones, al texto escrito.

La Ley Fundamental, equivalente a la voz Constitución, con un contenido dogmático establecido –declaración de derechos y división de poderes– se convierte en un género legislativo propio. Una fuente del derecho novedosa que alcanzaba su punto máximo como forma de seguridad ante la arbitrariedad, la cual se había transformado en un modo de «violencia». Entonces, se configuraba un campo semántico novedoso, que al definirse contra-conceptualmente con respecto a la Constitución –ley–, volvía la demanda de justicia, propia del derecho tradicional, una cáscara vacía. El desplazamiento del arbitrio al campo onstitucional moderno serviría para interpretarlo a la luz de los valores del orden político dieciochesco. Asimismo, el ingreso pleno en el campo político reajustaría el significante a partir de un contenido denunciatorio que involucraría al despotismo, capricho, inseguridad, tiranía

30 Montes de Oca (1917) 6–7.
31 González Calderón (1930a), Tomo I, 430; idem (1930a), Tomo III, 415.
32 Ibid.

y opresión. La arbitrariedad se volvía, en contraposición con el sistema de legalidad, un significante que expresaba la forma de violencia político-jurídica por antonomasia. La violencia-arbitrariedad como elemento de una historia política pre-jurídica se convirtió en una fuerza oposicional que validaba la institución de un orden determinado, con ventajas que se justificaban, a su vez, por una narrativa histórica. Sobre este esquema cada cultura constitucional determinó figuraciones específicas. De manera que la historia se volvía fuente del derecho en tanto que hermenéutica y, paralelamente, legitimación activa.

5. La ley, la tradición y la historia: las fuentes del derecho constitucional

La consecuencia oposicional entre arbitrio y ley derivó rápidamente en un reacomodamiento de las fuentes del derecho que, a partir del nuevo concepto prescriptivo de Constitución –documento escrito–, con declaración de derechos y separación de poderes, aseguraba la libertad y la propiedad de los ciudadanos y habitantes. La introducción a la materia imponía, entonces, conocer cuáles eran estos documentos autoritativos para el ejercicio constitucional, tanto como objeto sobre el que discurría el análisis, pero también como material hermenéutico de actualización de las garantías. ¿En qué consistía esta nueva disciplina y cómo debía interpretarse ante el vacío doctrinal de la novedad?

La «glosa» grimkeana de Florentino González no acertaba aún en precisar el sistema de fuentes del derecho constitucional. Este texto resulta interesante porque analizaba desde la filosofía política –o un principio de derecho político– las razones de ser de las garantías y el aseguramiento de las libertades de un gobierno limitado por la separación de los poderes. El campo abierto a la exploración de los autores clásicos de la materia y la teleología de las garantías de derechos mediante los *Bills* ingleses no acertaban aún en colocar a la Constitución escrita como fuente de interpretación. Tal vez, porque la intención de componer una interpretación comparada basada en principios no entraba de lleno a un texto constitucional argentino de novel factura, lo cual implicaba una reescritura total de los precedentes del texto norteamericano.

Sería José Manuel Estrada, quién precisaría el problema de las fuentes del derecho constitucional y dar comienzo a una tradición organizativa de los

documentos autoritativos del saber. En su *Curso* extraído de las lecciones de 1877, 1878 y 1880, definía al derecho constitucional y sus fuentes desde la primera lección. Allí, introducía una modificación naturalista del concepto de derecho, ubicándolo como una disciplina que estudiaba las leyes humanas del mismo modo que la física y la fisiología lo hacían con las leyes naturales. Un naturalismo que veía en la razón legal una dimensión de organización que, no obstante provenir de lo divino, reducía la ley a la «ordenación racional» –tomista– brindada por aquellos «que cuidan a la comunidad». La ley humana poseía, no obstante, la excepción de la capacidad de quebranto. Más allá de la genealogía legal-naturalista, el objeto del derecho constitucional resultaba más amplio. De esta forma, lo describía como «la rama de las ciencias jurídicas que establece la organización del gobierno y sus relaciones con los particulares que le obedecen». En definitiva, si el objeto era la relación mando-obediencia que determinaba la lógica del gobierno, el derecho constitucional resultaba ser una forma de filosofía política –no tanto de grupos o corporaciones, sino de «particulares» y gobierno. Sin embargo, ese objeto de gobierno amplio, reeditado bajo nuevas lecturas que comenzaban con Blackstone, Locke, Montesquieu y los federalistas, requería de una precisión que guiase un contenido que poco tenía de jurídico, y por eso era enseñado por un publicista que tampoco era abogado. Allí ingresaba la ley del gobierno desde y para los individuos-*subjectos*. Decía Estrada sobre las fuentes: «en primer lugar, la ley escrita; en segundo lugar, la tradición; en tercer lugar, la historia; y, en cuarto lugar, los principios que envuelven dos elementos: primero, el derecho comparado, y segundo, las teorías generales de la ciencia».[33]

La ley se refería a un nuevo concepto de Constitución, que a diferencia de lo acontecido en la soberanía monárquica –mirando a Inglaterra– poseía un *instrumento* particular:

> Estas constituciones, ordinariamente denominadas *cartas*; difieren de las constituciones en el sentido americano y contemporáneo de la palabra. Nosotros entendemos por constitución, un instrumento en el cual la nación, depositaria permanente de la soberanía, establece su gobierno, limita las facultades que le confiere, definen las reglas generales de su conducta, y determina cuáles son los derechos y las relaciones de los individuos que deben estar para siempre exentos de la presión de la autoridad.[34]

33 Estrada (1895) 4.
34 Estrada (1895) 5.

Valía, entonces, para separarse de la carga inestable del concepto de Constitución decir que, bajo la «palabra», se imponía un sentido «americano y contemporáneo». Claras muestras de la imposición del sentido de la Constitución como «instrumento» con el deber ser de limitar el poder para la garantía de libertad de los individuos. El concepto *juridificado* de Constitución se cristalizaba y dotaba de un corpus de lectura primordial. Sin embargo, lejos de estar ante un acto libre de disposición del pueblo, que determinaba un momento constituyente radical de ruptura con el pasado y que disparaba el instrumento hacia un horizonte de expectativas –Francia, Estado Unidos–, aparecía otra fuente a su lado, para limitarla. Dicho de otro modo, para guiar esa fuerza inventiva-programática de la Constitución: la *tradición*.[35]

El párrafo que dedicaba Estrada a esta fuente era determinante de la comprensión histórico-social evolutiva del constitucionalismo: «Entiendo por tradición las teorías conservadas de una a otra generación, como reglas universalmente aceptadas del régimen político. Entiendo por costumbres legales aquellos hábitos que la práctica constante de la vida ha inveterado en una sociedad». Proseguía: «Si las constituciones no son otra cosa más que formas de las sociedades, es evidente la necesidad de que ellas sean un producto vital, y no una combinación sujetiva *[sic]* y arbitraria de los legisladores».[36] Para sorpresa del lector contemporáneo, la lectura liberal católica producía una inversión lógica de preeminencia entre las fuentes jurídicas. No obstante colocar al texto constitucional como fuente primigenia emergía un nuevo sentido, a través del cual el privilegio de la tradición, con respecto a la voluntad constituyente, que fungía de antecedente y baremo para la evaluación constitucional de la norma-fuente.

Es así, que en la Nación –depositaria de la soberanía– se resumía la fuerza vital que precedía al acto constituyente, con un mandato que los constituyentes y legisladores no podían desatender so pena de caer en la *Arbitrariedad*. La tensión entre *Constitución-Arbitrariedad* se definía ante el temor de la revolución. Al analizar el republicanismo de la Constitución, contenido en la fórmula «nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina» y, que apela nuevamente al vitalismo de la Nación que rechazaba las revoluciones europeas, decía Estrada:

35 Garriga (2011) 127–128.
36 Estrada (1895) 6.

> ¿Qué otra cosa son sino un engendro sangriento de fetos eternamente abortados? Y la razón es muy sencilla: esos movimientos revolucionarios, obra de rencores, producto de un orgullo insano y desenfrenado, atentan contra todas las entidades jurídicas que tienen una existencia arraigada en las tradiciones y en las costumbres; y para vigorizar la que quieren sobreponer a todo lo que ha sido consagrado por la acción del tiempo, y el ministerio de la ley y por el desenvolvimiento vital de la sociedad, inventan esta teoría: la soberanía del pueblo; invisten de omnipotencia a las muchedumbres, y como es menester arrollar todo lo que al desenvolvimiento de esta soberanía ilimitada de las masas se opone, todo lo atropellan.[37]

Para esta versión católica del constitucionalismo, no había una invocación de unas leyes fundamentales de carácter pactista. Tampoco existía la potencia irrestricta de un constituyente filosófico que quebrase la tradición para inaugurar un nuevo universo constitucional, ni España, ni Francia, ni tampoco, como se adelantó, la Inglaterra de las Cartas. El registro se correspondía con otro momento del fenómeno constitucional, que se generaba en el campo definido por la idea de Nación del romanticismo. La fuente Constitución era una ley histórica del desarrollo de la Nación que sobre-determinaba la razón de la ley constitucional. Era esta una manera de limitar la voluntad general filosófica de producción momentánea que se correlacionaba con la idea de voluntad popular, y que requirió de elementos que la razón proveía y que se hallaban en las tradiciones y las costumbres.

La historia aparecía más tarde, pero ya no como un sustrato puro que determinaba la esencia del derecho constitucional, sino como una herramienta hermenéutica:

> Cualesquiera que sean las tradiciones y hábitos de una sociedad, una ley puede tener un carácter distinto del que se desprende de ellos, según el momento histórico en que la ley ha sido dada; y un mismo texto de ley adoptado en distinto país y en distinto período histórico, puede envolver de esta manera un sentido completamente diverso. Tener en cuenta esta observación, es de sumo interés cuando se trata de interpretar textos que no son perfectamente claros, ó de aplicar á un país la jurisprudencia establecida en otro, arrancando de leyes textuales idénticas.[38]

El objetivo era triple. Por un lado, imponer un contraste con la Constitución de los Estados Unidos, clara muestra de una innovación con respecto a la obra de Florentino González; por otro, controlar el proceso hermenéutico que, desde la década de 1860, había intentado imponer el *ordo iuris* de la jurisprudencia norteamericana y de su doctrina sin solución de continuidad

37 Estrada (1895) 197.
38 Estrada (1895) 6.

a los problemas locales.[39] Finalmente, efectuar una lectura de la Constitución bajo el prisma católico. La historia contextualizaba las razones de ser de la norma constitucional y el ejemplo era la intervención Federal prevista en el artículo 6° de la Constitución Nacional. La diferencia era el mal que el instituto quería expurgar: mientras que en los Estados Unidos se temía la restauración de un partido «monarquista» que convirtiera la república en monarquía, decía sobre el caso argentino:

> El país había caído de la monarquía al despotismo, y cada Provincia argentina estaba regida por un gobierno personal. Se trataba de radicar las instituciones republicanas […] construir sus gobiernos y defenderlos contra la ambición de los hombres, contra la arrogancia de los caudillos, habituados a gobernar según su capricho.[40]

Los imaginarios de la arbitrariedad frente a los que se levantaba la Constitución iban apareciendo, entonces, como herramienta sistemática de interpretación. Sin embargo, para «disipar las ceguedades que arrastran las naciones al exclusivismo doctrinario, al ensimismamiento patriótico […] de las *razas privilegiadas*, que atormenta la humanidad desde Aristóteles hasta Bismarck» se debía estudiar las instituciones extranjeras y antiguas. Un *Derecho comparado* aún no desarrollado de manera sistemática que, no obstante, quería atemperar un patriotismo que derivaba de la exaltación de teorías sociales que invadían la comprensión de la Nación: teorías raciales, positivistas, psicologistas, las que iban estructurando el pensamiento nacional de *Fin de Siècle*.

Las obras que siguieron a la de Estrada no circunscribían bien el núcleo de fuentes del derecho constitucional. Tanto en el *Curso de Derecho Constitucional* de Lucio V. López como en las clases de Lancelotti se definía una relación más laxa entre el Derecho Constitucional y la filosofía política. Allí, se

39 Aquí se cifraba un debate propio de las fuentes de la Constitución y su hermenéutica –a través del comentario– que ya aparecía en el debate por la Constitución de 1853 entre Alberdi y Sarmiento. Afirmaba Alberdi ([1853] 2012) 273 al respecto: «Las fuentes naturales de comento *[sic]* son: la historia del país, sus antecedentes políticos, los motivos y discusiones del legislador, los trabajos preparatorios de los publicistas, las doctrinas aplicadas a la ciencia pública, la legislación comparada o la autoridad de los textos extranjeros y sus comentadores.» La crítica hacia Sarmiento se cifraba en su trasplante de teorías norteamericanas sin observar los antecedentes propios que hacían a la tradición constitucional del país. Dicho malestar hermenéutico proseguirá hasta bien entrado el siglo XX, cuando se proclamará la «Argentinidad de la Constitución» en rechazo a la influencia norteamericana que había formado el pensamiento constitucional argentino, Polotto (2009).

40 Estrada (1895) 7.

perseguía en las leyes la cristalización de una forma de gobierno, cuestión que comenzaba a confundir historia y legalidad-evolutiva, y que decantaría en la historia de la Nación.[41] Con el preámbulo, en las *Lecciones de Derecho Constitucional* de Aristóbulo del Valle, se operó una radicalización de la función de la historia al nivel de las fuentes. Ello se debía a la influencia de la contemporánea y novedosa historiografía de Mitre y de Vicente López, a quienes reenvíaba para comprender la Revolución de Mayo, por entender que ambos «han escrito esa página de nuestra historia con alta elocuencia».[42] Decía del Valle: «La primera fuente del Derecho Constitucional es la ley, la Constitución misma, que será el asunto principal de nuestros estudios […]», seguidamente, producía un gesto historicista que evidenciaba una gramática heredera del romanticismo:

> La constitución política es la forma lapidaria del sentimiento y de la idea de un pueblo sobre la organización de su gobierno en un momento dado; tras esa fórmula está la vida misma de la nación, y no es posible darse cuenta acabada de las instituciones de un pueblo, si se prescinde de su historia, de sus antecedentes. De aquí, pues, que sea necesario estudiar, al mismo tiempo que la letra y el texto de la constitución, su raíz, su punto de partida, su origen, aún cuando muchas veces tengamos que ir lejos para encontrarlo. *La historia nacional está incorporada a nuestra Constitución*.[43]

La historia no era ya un elemento hermenéutico –distinto de la tradición– era más bien el *fiat* que daba nacimiento al texto. Sin historia no había Constitución posible y el actor de esta historia era la *Nación*. Si bien el sujeto de derecho era el asegurado en sus libertades, las temporalizaciones de la Nación-Naciones que determinaban los modos de libertad comenzaban a jugar fuertemente con una comparación que miraba los grados de civilización. En este punto, sostenía del Valle:

> Pero tendremos que ir más lejos: la Constitución contiene principios que no han surgido de la vida argentina, ni de su evolución, que no viene del coloniaje, ni de los días revolucionarios, sino de los primeros tiempos de la sociedad civil en los países que nos han precedido en civilización […] tendremos que llevar a épocas remotas nuestras investigaciones, tocando la historia propia y la historia extraña.[44]

41 López (1891); Lancelotti/Galli (1898).
42 Valle (1911) 111.
43 Valle (1911) 5.
44 Valle (1911) 5–6.

El concepto de civilización contemporizaba las diversas historias comparadas con un sentido teleológico que tenía a las Naciones de Europa y Estados Unidos como precedentes. Y esto no era extraño, puesto que la idea de Nación incluía la idea de la evolución y civilización en función de «puntos de partida» diversos, los cuales combinados podían explicar las diferencias constitucionales.[45]

La relación entre derechos subjetivos inalienables, historia y Nación tuvo su acabado teórico en la obra de Joaquín V. González, que se convertiría en cita de referencia e influencia fundante del constitucionalismo del siglo XX. En su *Manual de la Constitución Argentina* de 1897 establecía un orden de fuentes, que involucraba a la historia nacional como fundamento de la Constitución, y definía una exigencia para la narrativa histórica con la «idea orgánica de la Nación». En torno a las fuentes explicitaba González que «es tiempo de que la Nación Argentina se despoje un tanto de relumbrantes teorías y no bien definidos modelos de conducta política, para volver a lo que es vida, fuerza e inmortalidad, o sea su propia naturaleza, su propia historia y sus propias instituciones».[46] Continuaba de manera genealógica el ingreso a las fuentes del saber constitucional diciendo:

> Este libro da excepcional importancia al elemento histórico y al comentario propio: lo primero, ligando a la Nación del presente con sus verdaderos orígenes étnicos y políticos, porque ninguna doctrina ha de sostener la conveniencia de que un pueblo se aparte a sabiendas de su propia genealogía, para lanzarse desatinadamente a buscar parentescos exóticos, no formados ni consolidados por los siglos; lo segundo, porque nuestra misión es hacer que se cimente cada vez más hondo el orden constitucional que hemos fundado a costa de tantos dolores y sangre, y para esto no hemos de apartarnos de las fuentes inmediatas y directas de la Constitución […].[47]

Las fuentes hermenéuticas eran entonces:

> 1°. Fundamento en la doctrina científica o histórica a que pertenece el precepto; 2°. Explicación en los antecedentes nacionales con sus hechos y fundamentos auténticos; 3°. Propósito práctico que se tuvo en vista al consignar cada disposición; 4°. Concordancia y correlación entre las diversas cláusulas para aclararse y sostenerse entre sí; 5°. Interpretación por las leyes o sentencias de los poderes constitucionales, según los casos producidos en la práctica.[48]

45 Palti (2009).
46 González (1897) 7.
47 González (1897) 8.
48 González (1897) 8–9.

La función del *Manual* tenía en miras una nacionalización cultural que se centraba en la historia argentina, la formación de sujetos deseados y la unificación de la diversidad en una totalidad superadora. De allí, que el concepto central fuese la Nación.

La Nación, entonces, merecía una definición y en el Capítulo II dedicado a las «Nociones fundamentales» aparecía como una de las «unidades orgánicas». Allí, señalaba González, luego de explicar un sentido «primitivo» del concepto que:

> Las ideas modernas han cambiado la índole de las doctrinas y de los sucesos que tales transformaciones verificaban. Hoy las naciones son comunidades de hombres, o sociedades, destinadas a vivir bajo un mismo régimen, o que han decidido vivir así por su libre y espontánea voluntad, manifestada de dos maneras: ó por la formación de un sistema según el cual se presentan en el mundo como personalidades de uno u otro modo organizadas, o por medio de un gobierno variable o permanente, creado por leyes sucesivas, o por esa ley uniforme que se llama una constitución. Por lo tanto, el carácter fundamental es que la nación existe como un hecho histórico, antes que se haya dado existencia al régimen de su vida común o a la forma de su gobierno. La constitución por medio de la cual se organiza el gobierno, no da existencia a la nación, no es la nación, sino que por ella «la nación, preexistente, prescribe el modo como ella quiere que sus asuntos gubernativos sean dirigidos; ella es hecha por la nación para servir de guía al gobierno; este no puede cambiarla, pero la nación sí».[49]

El texto presentaba una mediación entre, lo que Oscar Terán ha llamado, el «nacionalismo constitucional» de Alberdi, que invitaba a los inmigrantes «europeos» a unirse expresando su voluntad a la gesta del progreso argentino, y la tendencia de fin de siglo, que se había movido hacia un «nacionalismo cultural», que reaccionaba por el efecto indeseado del aluvión migratorio de italianos y españoles, quienes merecían ser educados –nacionalizados– en el hecho histórico de la Nación.[50] Ese contexto se incorporaba al texto con una aparente paradoja, puesto que, al mismo tiempo que existía la «decisión», su voluntad constituyente estaba limitada por un «hecho histórico» preexistente a la formación del gobierno.

¿A qué se debía este giro en la relación entre voluntad general y determinación histórica? Una posible clave de comprensión puede hallarse en la fuente que tenía González ante sus ojos y que sin romper plenamente con el concepto antiguo de Nación –historicista-romántico– incorporaba la dialéc-

49 González (1897) 76.
50 Terán (2015) 104.

tica entre voluntad-determinación. La cita de autoridad para refrendar la «idea moderna» de Nación provenía del *Tratado de Derecho Político* del krausista Adolfo Posada.[51] Allí Posada, luego de advertir que había tantos usos de la voz Nación como intereses nacionalistas existían, culminaba diciendo:

> La nación, que aspira a ser y lo es unidad geográfica y etnográfica, que supone un alma, un plebiscito incesante, es *una* forma, entre otras, de agrupación social política, sociedad de sociedades, total o completa, producto de la historia, permanentemente establecida en territorio propio, y formada merced a la unidad raza, fusión de razas distintas o predominio de una, a la existencia de un idioma único o dominante, a la comunidad de intereses, y que se expresa mediante la conciencia colectiva en la idea de patria, en la aspiración o sostén de la autonomía y en la afirmación de su personalidad jurídica.[52]

El extracto poseía los condimentos de la conferencia de Renan «Qu'est-ce qu'une nation?», a la que se trataba como «una hermosísima conferencia», y remitía a sus lectores al texto original.[53] La referencia es fundamental para comprender que el concepto al que se refería González implicaba una razón subjetiva –el plebiscito incesante, la libre y espontánea voluntad–, pero también las determinaciones objetivas que impactaban en esa «sociedad de sociedades» de carácter orgánico. Según Elías Palti

> los componentes objetivos y subjetivos de la nación reenviarían así uno a otro permanentemente. […] No es, en última instancia, el supuesto «voluntarismo iluminista» de Renán, sino esta circularidad, esta oscilación entre sujeto y objeto, entre presente y pasado, lo que termina por introducir una brecha en el discurso genealógico de la nación.[54]

Las consecuencias que se derivan de este concepto de Nación se expresaron en la política constitucional. Por un lado, se incluía una posibilidad de cambio por la vía de la reforma constitucional, que se refería a un elemento subjetivo que insertaba la dimensión política en la historia. Ello dinamitaba un determinismo proveniente del romanticismo genealógico evolutivo, para introducir la posibilidad de la libertad –cara al constitucionalismo. De este modo, se podía incorporar un constituyente que proyectase hacia el futuro la Constitución. Sin embargo, esto no importaba a la enunciación de una pura

51 Sobre las influencias del krausismo en la obra de Joaquín V. González: Ramaglia (2007); Herrero (2017).
52 Posada (1893) 87.
53 Posada (1893) 86.
54 Palti (2009) 98–99.

razón iluminista a la Sieyès. El elemento objetivo –raza, tradición y costumbrem– sobre el que se desplegaba la hermenéutica histórico-constitucional dibujaba un límite que no se podía transponer. Las palabras de Palti sobre Renan, resuenan en la consideración del pensamiento constitucional de fin de siglo: «Renan debe adoptar lo que podemos llamar una primera medida protectora: recluir la acción creativa del sujeto en los marcos de los moldes preexistentes (los que, si bien son sumamente plásticos, no son por ello menos determinantes y constrictivos)».[55] De esta forma operaba un desplazamiento desde la indisponibilidad religiosa hacia una nueva indisponibilidad, que se cifraba en la historia de la Nación como criterio de legitimidad para los modos de gobierno.[56]

Si la historia, tradición y costumbres nacionales representaban un elemento preformativo de las voluntades, su conocimiento superaba la función hermenéutica de los juristas. Estas, a su vez, debían estar fuertemente inculcadas en la población, sobre todo frente al aluvión migratorio, que amenazaba con producir una disrupción político-constitucional. De esta manera, la reflexión sobre la «cuestión nacional» era también una preocupación constitucional. En ese espacio se colocaba la pregunta retórica de Joaquín V. González: «¿Es acaso necesario demostrar la conveniencia que, para el imperio positivo de la libertad consagrada como patrimonio y promesa eterna de la Nación Argentina, resulta de la enseñanza más avanzada de los principios y fórmulas de su gobierno?»[57] El producto de la operación implicaba también una aceleración a fin de «llegar más pronto á imprimir a esta sociedad nueva, y constantemente renovada el sello de nacionalidad y propio carácter que necesita fortalecer y desarrollar». Aunque también miraba al pasado, porque era hacer realidad las

> promesas que formularon nuestros constituyentes, y de la tierra vastísima y generosa cuya libre adquisición por el extranjero se declaró como un derecho inviolable […] y para hacer más efectivos los derechos y garantías concedidos a los extranjeros en nuestro país; y ellos mismos hallarán justicia y ventaja en esta conducta.[58]

55 Palti (2006) 75.

56 En este paradigma epistemológico pueden comprenderse también construcciones doctrinarias contemporáneas como la de «los contenidos pétreos de la constitución» anteriormente referida.

57 González (1897) 6.

58 González (1897) 7.

La libertad presuponía, entonces, un proceso disciplinario donde la escuela era un espacio de producción de subjetividades.

Finalmente, esta política del derecho constitucional definía un particular interés por la construcción de imaginarios que derivaría en un uso del pasado que no pretendía ser más exhaustivo que lo necesario para imprimir el sello de la nacionalidad. De esta forma, el objetivo último de «alfabetización constitucional» exigía de la construcción de una red tópica que retroproyectada en la historia determinara lo deseable para los nuevos sujetos de derecho. Esta condición pragmática requería de la narrativa de la Nación. Como advierte Elías Palti en *La Nación como problema*, se quería «rellenar las fisuras internas y velar los antagonismos que la dividieron históricamente ('el olvido, y yo diría el error histórico' aseguraba Renan, 'son factores esenciales para la creación de una nación, y por ello el progreso de los estudios históricos es con frecuencia peligroso para la nacionalidad')».[59] De este modo, si bien en el momento de escritura de la historia constitucional que alumbraba el texto de la Constitución poseía todos los elementos propios del tipo historiográfico de la época, una vez establecido, su recurrencia al interior del campo iría dividiendo progresivamente el saber profesional del jurídico. De manera que, para la conformación de la tradición constitucional, los textos canónicos presentados desde la propedéutica jurídica establecieron los «sentidos comunes» de juristas, aislados de la crítica historiográfica. De allí, la dificultad para compulsar la historia constitucional con historiografía política sin que esta última haga peligrar el proyecto jurídico.

6. Nación y Constitución: temporalización de la arbitrariedad

La institución de la legalidad histórica de la Nación como determinante del texto constitucional importó una sujeción del carácter voluntarista a una razón histórica que no podía ser salteada por un constituyente filosófico-ilimitado. Esto fue común al liberalismo constitucional en toda Europa. Según Fioravanti:

> La crítica liberal a la revolución encuentra en el concepto de «nación» el antídoto necesario contra el voluntarismo y el contractualismo revolucionario. En la base de las instituciones políticas ya no está el pueblo, entendido jacobinamente como la

59 Palti (2006) 97–98.

> universalidad de los ciudadanos vivos, como concreta generación de individuos no vinculada a ninguna norma que no provenga de su propia voluntad soberana; sino más bien la nación, que se define esencialmente *sobre la base histórica, como sucesión concatenada de generaciones* […].[60]

Pero más allá de la función pragmática, la inclusión de una legalidad histórica implicaba, también, una nueva temporalización de los conceptos jurídicos. De este modo, la legalidad, ahora pensada en términos de fuente de derecho, pasó a definirse como herramienta de futuro proveniente de una «ley del progreso universal» de carácter histórico. Frente a esta, la construcción «arbitrariedad-despotismo», además de verse desplazada del sistema jurídico al universo del gobierno, fue reenviada al pasado, y descripta como forma bárbara de gobernar, correspondiente a un grado de incivilidad que había sido y debía ser superado. La temporalización, entonces, que semantizaba negativamente al concepto de «cosa del pasado» se produjo no tanto por una razón jurídica-voluntarista, sino por el auxilio de una historia de la Nación de tipo evolutiva, que servía de espacio común al saber constitucional. Sobre esta base historicista se configuró, por un lado, una relación local que envió al arbitrio a un «espacio de experiencia» –definido como atrasado– y, por otro lado, estableció a la legalidad y su principio de certeza como herramental de la idea de progreso –«horizonte de expectativas». De manera que, al aplanar la complejidad del pasado bajo una nebulosa forma tiránica de gobierno, proyectaba, en el futuro, el desenvolvimiento irremediable de una «mano libre» asegurada por la ley.

La figuración histórica de la arbitrariedad, equivalente de gobierno despótico de unas llanuras sin «sociabilidad», quedaba en un pasado español, medieval, luego rosista, que amenazaba la modernidad francesa de donde provenían tópicos como: «ideas liberales, espíritu europeo, formas constitucionales, *imperio de la ley*».[61] Surgían allí dos elementos –temporalizados– que, filosofía de la historia mediante, se presentaban como agonales y transversales a los discursos constitucionales de fines del siglo XIX y principios del siglo XX. En lo jurídico-político se observaría la arbitrariedad como un resumen que excedía y condensaba todos los tópicos clásicos de la obra sarmientina «civilización y barbarie»: pasado medieval y modernidad, campo y ciudad. La tópica contra-conceptual, entonces, concluía reenviando al pasado la

60 Fioravanti (2016) 99.
61 Terán (2015) 72.

práctica del *arbitrium* devenido gobierno despótico, al cual se opondría el «imperio de la ley». La radicalización de la oposición conceptual importó una tensión no sólo en la ubicación del concepto, sino entre las estructuras iterativas o lineales de la historia. Según Palti, refiriéndose a la relación con los tópicos ciudad-campaña,

> mientras que en el primero reina el orden y la legislación racional, en el otro se instala la anarquía y la arbitrariedad […] en fin, a un paradigma dinámico y lineal se le opone otro circular y estático. Únicamente en el primero es posible el progreso, en el segundo sólo se reproduce indefinidamente el ciclo biológico natural en el estancamiento material y la barbarie.[62]

El par tópico orden-anarquía y sus herramientas legislación-arbitrariedad no eran simples figuraciones retóricas. Desde la historia jurídica puede predicarse que dichos lenguajes políticos espejaban un nuevo modo de pensar el derecho.

La consecuencia de la temporalización de estos conceptos importaba una oposición nueva en cuyos pliegues se determinaba la «certidumbre» que permitía el progreso, que nutría, a su vez, al concepto de «seguridad jurídica». La inscripción del derecho constitucional en la legalidad jurídica e histórica provocaba un quiebre en el sistema de fuente del derecho; sin embargo, también, impulsaba un progresivo solapamiento de lenguajes jurídico-políticos modernos como tipos ideales a partir de los cuales juzgar las experiencias pasadas.

Allí, los usos de nuevas voces o los cambios semánticos al interior de significantes preexistentes legitimaban un presente, que cobraba vida en tanto que faz superadora de un pasado anárquico. Sin embargo, también el saber constitucional-histórico quería imprimir en la mentalidad social un dispositivo de reconocimiento de aquellas «formas de gobierno» que amenazaban con «retornar». El elemento prefiguracional habilitaba en el conocimiento del pasado una acción política de defensa de la modernidad frente a las tendencias que atrasaban y que podían reaparecer en el futuro. De este modo, el discurso constitucional se imponía como rostro jánico: miraba hacia el pasado para comprender un presente superador, aunque que estaba constreñido por el eterno retorno de las formas tiránicas en un futuro no muy lejano. Esta prefiguración temporal imprimía un perfil profundamente conservador en el discurso que debía proteger lo «conseguido» con la Constitución.

62 Palti (2009) 57.

La mirada dicotómica entre tiempo circular-estancamiento y fuga hacia el futuro-progreso, complejizado por la amenaza de eterno retorno de la anarquía que sobrevolaba alterando la historicidad experimental, daban forma a un concepto novedoso, pero que se explicaría figurativamente: la arbitrariedad. El registro temporal requería, entonces, el conocimiento de la historia para predecir la recurrencia. Se entiende aquí que el anacronismo no era, simplemente, el resultado de una mala historiografía, más bien devenía síntoma de un acto instituyente que arrasaba con las racionalidades pre-existentes.

Es necesario, entonces, estar a la conformación del imaginario sobre el pasado que habitó la formación constitucional y que servía para la nacionalización por la vía de la educación y para el sostén de un sistema político que se hallaba amenazado por un fantasma generacional. Este último se fundaba en el temor a las posibles consecuencias del despliegue de unas disposiciones despóticas del pueblo argentino. Educación, historia y lenguajes jurídicos se unirían bajo una fuente transversal: la literatura.

Capítulo VI
Figuras de la arbitrariedad. Un imaginario histórico-literario para la razón constitucional

1. Constituyente filosófico, aporía romántica y fuga literaria

El discurso constitucional adquiría un tono particular por su forma oral, aunque también por su referencia política y emotiva recibida de las nuevas fuentes organizativas de su saber. Entre ellas, se destacaba a la historia, la que se incorporaba sin ambages al universo jurídico como herramienta hermenéutica privilegiada. Esto último importa atender dos cuestiones interconectadas, que responden a ese *objeto* textual disponible para la interpretación y al *modo* en que se realizaba la selección material del nuevo universo de textos y se producía su lectura –jurídica–, por parte del constitucionalismo seminal. La selección de la textualidad estaba determinada por condiciones materiales de disponibilidad, traducciones y ediciones, pero, sobre todo, por la técnica de lectura que tenía un objetivo claro de imponer *una* teoría de la Constitución.[1] De allí, que cabe comenzar por este último punto al cual se sumará, luego, la razón material.

El universo simbólico del constitucionalismo fundacional se compondría en función de unos precisos intereses. Las razones analíticas son dobles e interrelacionadas. Por un lado, la lectura situada debe reconocer que tras el tramado retórico de la figuración que atrapaba contra-conceptualmente a la Constitución y a la arbitrariedad, se hallaba un interés político por suspender el concepto filosófico constituyente –a la Sieyès– que imponía al pueblo como actor ilimitado del destino político y producía, en su lugar, un constituyente histórico que se alojaba en las fuentes del derecho como tradición e historia de la Nación. Este objetivo contemporáneo a los autores se fundaba en un temor ante un reclamo político que importaba una aceleración del esquema progresista republicano –de la república posible a la verdadera–, el

1 Llamosas (2021).

que se alojaba en unas «masas» que, tras inmigración y politización, debían ser contenidas. Este temor-diagnóstico justificaba el refreno, por la hermenéutica jurídica, de aquellas demandas que, con el tiempo y mediante la acción de un proceso disciplinar –educación pública–, se disiparían. Surgía allí un efecto de contención temporal que aseguraría el desarrollo adecuado de la Nación inscripta en una clave genealógica, evitando una aceleración filosófica que, para retomar a Estrada, abortase el natural despliegue de ese actor constituyente. De ello se deriva, por otro lado, que la clave de lectura requiere contraponer el pasado histórico al *pasado práctico*. Siguiendo a Hayden White, a diferencia de lo que predican los historiadores que profesan «comprender el pasado en sus propios términos, y resistir cualquier inclinación a extraer inferencias de tipo utilitario», el constitucionalismo se trata de «profesionales de otras disciplinas [que] evocan, recuerdan o intentan utilizar «el pasado» como un «espacio de experiencia» que sirva de base para producir juicios y tomar decisiones en la vida cotidiana».[2]

El triple efecto de sentido constitucional-histórico pretendía entonces, en primer lugar, suspender la radical politización del constituyente filosófico limitándolo por medio de la historia de la Nación; en segundo lugar, formar a los ciudadanos en la razón lógica que imponía el nuevo lenguaje disciplinar, donde legalidad, Constitución, individuo, autonomía, derechos subjetivos civiles debían contraponerse a una nebulosa experiencia de no-derecho –es decir, de pura violencia– centrada bajo el sintagma «arbitrariedad»; y, finalmente, se quería refundar la sistemática del derecho con una razón legal que limitara el gobierno de jueces y jurisprudentes. Las dimensiones políticas, subjetivo-disciplinares, y sistemáticas del derecho funcionaban bajo una necesidad refundacional que debía otorgar verosimilitud al clamor por el cambio epistemológico del derecho que se volcaba, a su vez, sobre los nuevos sujetos deseados. La nueva política del derecho debía servirse de una narrativa que presentase un esquema bifronte que marcaría, por una parte, la ruptura con el pasado, que determinaba la demanda de un *aggiornamiento* del derecho y, por otra parte, mostrase su tópica como fruto maduro de un desarrollo teleológico habitado por la continuidad de la Nación.

Desde el plano material, existía una vacancia de *una* historia que debía servir para la traslación de conceptos jurídicos al espacio rioplatense; es decir, de un discurso extra-jurídico que legitimara la incorporación de unos len-

2 White (2017) 25 y 44.

guajes renovados con una razón de progreso que superase la tradición jurídica hispánica. Por tanto, además de una reyerta por el «republicanismo» derivado de esas fuentes novedosas –Tocqueville, Montesquieu y Adam Smith– surgía una necesidad de anclaje socio-histórico en la experiencia local que permitiera explicar la realidad argentina a través de un nuevo registro tópico.[3] Sin embargo, esa historiografía que servía para instaurar el lenguaje del derecho constitucional brillaba por su ausencia o, más bien, estaba siendo escrita contemporáneamente a la formación de este campo disciplinar. Este vacío era heredero de la aporía romántica de la generación del '37. En torno al saber romántico, Elías Palti ha señalado:

> Su producción se desplegaría a partir de esa tensión que emanaba de la simultánea necesidad e imposibilidad de dar expresión a un curso histórico que no parecía ceñirse a ningún orden racional, que desafiaría las leyes que presiden el desarrollo de las sociedades, según estos mismos autores las concebían. La producción del romanticismo rioplatense presentará así una asimetría notable. Mientras que su obra literaria y doctrinaria señala una cima en América Latina, su obra historiográfica resultará sumamente débil y tardía comparada incluso con la de otros países de la región, como Brasil y Chile.[4]

Entonces, la textualidad disponible era más literaria que histórica, de allí que se refiriese a un pasado mítico. La literatura resumía los elementos para la comprensión del ser Nacional y aportaba a la historia constitucional determinadas *figuraciones* para producir *una* politización del derecho. Esta tensión entre literatura e historia no constituía una *excepcionalidad* argentina. Siguiendo, nuevamente, a Hayden White puede pensarse que la profesionalización del campo historiográfico durante el siglo XIX se efectuó en tensión con la literatura realista, que sólo por el rechazo del campo historiográfico derivaría tardíamente en un saber no científico. Pero para esta reconfiguración faltaba tiempo. El herramental de construcción del «pasado práctico» constitucional funcionaría bajo la tópica literaria del romanticismo, existiendo una coincidencia entre el Facundo de Sarmiento –visto como un *Bildungsroman*– que pretendía educar a los hombres, que, a su vez, se replicaba con una narrativa histórica que, desprendida de su tópica, se utilizaba para validar el nuevo esquema de derecho. La representación hegemónica sobre el pasado procedía del desarrollo paralelo e interdisciplinar dialógico entre derecho e historia,

3 Sobre esta encrucijada de autores en la tradición local ver el clásico de Botana (2013).
4 Palti (2009) 28.

que se fundaba, a su vez, en una razón literaria, la cual, como un sentido común, otorgaba verosimilitud al discurso constitucional-histórico.[5]

Evidentemente, reencontrar esta historia narrada requiere de un análisis que se mueva entre lo jurídico, histórico y teoría literaria, que atienda a que de esta manera se incorporaba lo extra-jurídico como legitimación y clausura del sistema de derecho. La representación literaria constitucional funcionaba esquemáticamente en dos niveles. En un primer nivel, según Fermín Rodríguez, la narrativa naturalista literaria veía en el pasado «un estado de suspensión de la ley que los letrados liberales van a definir como despotismo: el desierto como vacío jurídico. El caos en el orden de la naturaleza es equivalente al caos en el orden político, instalado en el corazón de la ley».[6] De este modo, la formulación de un «vacío jurídico» importaba una clausura traumática con el pasado hispánico y las formas de saber de un derecho de raíz jurisdiccional que, si desde el plano político se traduciría como despotismo, en el jurídico habitaba a la voz «arbitrariedad».

Sin embargo, la defensa de la Constitución se fundaba en el peligro ante una estructura iterativa del pasado que amenazaba con volver, y demostrar que con la sanción de la norma fundamental no alcanzaba. Este segundo nivel no miraba sólo al pasado, sino al proyecto, a sabiendas que existía un núcleo de indistinción

> entre civilización y barbarie, [que] no es tanto un pasado primitivo o estado de naturaleza exterior a la cultura como el núcleo traumático que una «civilización» debe mantener a raya para poder constituirse como tal. Todo comienza con un desvío, una excepción de la ley, una violencia en el reverso de la civilización que ronda el saber y el gobierno de los seres y las cosas.[7]

Esa indistinción servía también a fin de detectar esas fuerzas inherentes al ser autóctono, que justificaban el ejercicio constitucional para evitar la vuelta

5 Según advierte Hayden White: «hay que notar que la historiografía profesional fue organizada en las universidades (a principios del siglo XIX) para servir los intereses del Estado-nación y para ayudar en la tarea de crear identidades nacionales, y que fue usada, en modos evidentemente 'prácticos', para la formación de educadores, políticos, administradores imperiales e ideólogos, tanto políticos como religiosos», White (2017) 44. Con su distancia temporal la formación de la historia constitucional refundía dichos intereses formativos de administradores y de ciudadanos. De allí, que la disgregación de funciones del pasado práctico aquí presentada se puede entender como el desprendimiento del gran paraguas de los «intereses del Estado-nación».

6 Rodríguez (2010) 65.

7 Rodríguez (2010) 64–65.

del tirano y que advertía al jurista sobre proyectos de tiranía, que lejos de desaparecer se predestinaban en el futuro.

Finalmente, cabe resaltar un punto ateniente a la construcción del campo científico que servía como palestra de irradiación del sentido común histórico-constitucional. Tanto las condiciones materiales de producción como el formato tópico dialéctico de la imaginería literaria formaban una razón interna que precisaría el lenguaje constitucional (imperio de la ley vs. arbitrariedad), pero que también redundaban en la constitución del *ethos* del constitucionalista. Su ejercicio letrado suprimiría la distancia clásica entre «el derecho y las buenas letras», que respondía «a una profunda y rancia antipatía existente entre, de una parte, la ambición creativa de las empresas literarias y, de otra, la vocación de los juristas para el ejercicio continuado de la memoria, esa pertinaz predisposición a la recapitulación incesante de cosas ya sabidas».[8] Esa indistinción y cruce de saberes que operaba al interior del nuevo discurso implicó una desconfianza, que se extendería en el tiempo contra la falta de «seriedad» de los constitucionalistas, por parte de los juristas del derecho privado clásico. A ello, no obstante, debe contraponerse la aceptación de las nuevas generaciones que recurrían a los cursos aprendiendo el «sistema de derecho» a partir de la Constitución. El carácter novedoso de la materia hacía a su rápida extensión en las aulas de la facultad, cuestión que podía ser vista como resultado de un interés despertado por las aporías políticas del siglo XIX –según lo ha descripto la historiografía–,[9] o, como lo señalaba, con mayor plausibilidad y no sin cierta malicia, Joaquín V. González:

> Debido, sin duda, a ese carácter predicante y político impreso a la enseñanza del derecho constitucional, [que] el gremio estudiantil llegó a creer que era materia de fácil expedición, con los proverbiales recursos a la inventiva, la improvisación y la audacia en los exámenes ante mesas complacientes […].[10]

De este modo, la génesis del saber constitucional se debía a la intersección entre derecho (político), historia y literatura, en un campo novedoso por su forma y que sólo en el futuro se desarrollaría en disciplinas inconexas, particulares. Resta, entonces, analizar cómo, en la génesis de la institucionalización disciplinar, operó la historia-literaria, con imaginarios y figuraciones que tenían a la «arbitrariedad» como el punto límite (violento) que la Cons-

8 Hespanha (1997) 53–54.
9 Zimmermann (2010).
10 En prólogo de Joaquín V. González a González Calderón (1930a) X.

titución venía a expulsar –en el pasado y en el futuro. Recuérdese, en todo caso, que la efectiva institución del orden descansaba en ese reenvío histórico que habitaría al saber histórico constitucional como prejuicio para informar su valía de representante de un orden justo, el cual sólo más tarde funcionaría de manera legal «purificada».

2. La arbitrariedad y la Constitución: figuraciones y trama literaria

La relación del campo jurídico con el literario, para la composición de la historia que fundamentaba el sistema constitucional, es un marco de referencia que debe profundizarse a fin de observar sus consecuencias al nivel de los conceptos. En este nivel, caben algunas aclaraciones. El tópico de la ley constitucional como límite a la arbitrariedad poseyó históricamente diversas connotaciones en el discurso jurídico-constitucional. Si en el presente la voz «arbitrario» remite a un acto que desatiende la ley –es decir, contra el «principio de legalidad», «imperio de la ley», etc.–, ello se debe a la consolidación histórica de un saber legicéntrico. Ahora bien, en el origen del constitucionalismo argentino este paradigma aún estaba en proceso de institucionalización. Esa consciencia histórica de un presente constituido desde el vacío semántico de la voz arbitrariedad, que motivaba su rotulación como desviación de un principio, evidenciaba la eficacia simbólica en la instauración del proyecto jurídico de la Modernidad. Sin embargo, con el objeto de evitar un anacronismo, su funcionalidad debe suspenderse para reconocer que, en el momento instituyente de ese orden jurídico legal –que hoy habita la mente del jurista– la referencia funcionaba de manera inversa. En efecto, la ley-Constitución se validaba como contraposición a lo «conocido» que era, para la narrativa histórica, la arbitrariedad como vacío legal. Esto implica una subversión radical en el modo de tramado argumental, puesto que la atención genética del principio se posaba sobre la arbitrariedad como un estado de cosas que debía ser superado por la legalidad y, en tanto que superación, se describía como una experiencia histórica negativa que animaba el cambio. Si la ley habitaba en las ideas de progreso y civilización, como proceso aún inacabado, la arbitrariedad era restituible por el recurso histórico al pasado.[11]

11 De allí las ucronías que veían vapores, navegaciones, comercio y civilización si no se hubiera interpuesto el gobierno despótico-arbitrario (la tiranía), en el proyecto evolutivo hacia la legalidad constitucional.

De esta forma se comprende que la legitimidad de la ley se fundase en una representación sobre su ausencia en un reino de arbitrariedades. Es, por este motivo, que las bondades de la ley sólo se hacían eficientes a partir de la narrativa sobre la atrocidad del pasado.

Las figuraciones sobre la arbitrariedad y el campo semántico que correspondía a dicho concepto surgían con igual o, incluso, más potencia que la defensa de la ley. A su vez, ambas figuras (imágenes) se relacionaban de manera dialéctica. La historia literaria se vuelve productiva a partir de la categoría de «figuración», que sirve como herramienta heurística ante lo *inconceptualizable* de la voz arbitrariedad, sobre la que se montaba la necesidad histórica de la legalidad. Para hacer frente al «vacío», que resultaba del carácter novedoso y abstracto de los conceptos jurídicos modernos, se quiso otorgar un contenido representacional para hacerlos aprehensibles. Un contenido que al mismo tiempo que producía figuras/imágenes como significado, se servía de ellas para tramar la narrativa. Esta urdimbre, a su vez, producía un íter temporal novelado-histórico, que ubicaba negativamente a las figuras de la arbitrariedad en el pasado para, a partir de allí, observar a la Constitución (paradigma de la legalidad) como el momento de consumación del espíritu de libertad. El *derrotero*, es decir, un *Camino* construido por la trama literaria, colocaba los conceptos en tensión en *locus* diversos de una historia lineal. Tal como lo expresa Hayden White: «La concepción estética de la relación sitúa el significado preponderantemente en el acto retrospectivo de apropiación de un acontecimiento previo, por medio del procedimiento de considerarlo una figura relativa a un evento posterior».[12] Al interior del discurso constitucional de mediados del siglo XIX, la legalidad (Constitución) fungía como el punto de llegada a partir del cual se significaba, a su vez, un pasado figurado de anárquico-arbitrario. La arbitrariedad era un «acontecimiento» que se consumaba –a partir de su erradicación– en la nueva organización político-jurídica.

La representación literaria de la realidad, que atrapaba al concepto de arbitrariedad en el pasado y a la legalidad-Constitución como una consumación que invertía su presencia en el modo de gobierno, poseyó algunas consecuencias a tener en miras.[13] En primer lugar, antes de buscar el discur-

12 White (2010) 38.

13 Como señala Hayden White: «La figura posterior consuma a la anterior repitiendo los elementos presentes, pero con una diferencia», White (2010) 38.

so que daba sentido a las prácticas políticas pre-constitucionales,[14] el interés principal implica, ahora, analizar la urdimbre que construyó las figuras retóricas que coagularon en el imaginario del pasado: en este caso, la contraposición entre arbitrariedad y legalidad. Esto lleva a pensar la estructura de la figuración en la que

> los objetos históricos pueden ser aprehendidos en su historicidad sólo en la medida en que pueden ser comprendidos como elementos de totalidades que, tanto en su dimensión sincrónica como en la diacrónica, se vinculan tal y como las figuras lingüísticas se vinculan con sus consumaciones.[15]

De esta manera, si la totalidad era la Nación argentina, su desarrollo comprende también al discurso literario, que construyó esos objetos de arbitrariedad-legalidad en una tensión melodramática, bajo un esquema lineal-diacrónico, donde la consumación de la ley aparecía como el final tranquilizador que desanudaba la tensión. Esto último requería de un *telos* que sólo estaba presente en la composición literaria, y que, en definitiva, formaba una visión de la «realidad» a partir de una trama argumental para la colocación de los referentes: personajes, héroes y villanos –incluidos los autores de la narración. Para el lector promedio de la literatura realista del siglo XIX, el efecto de verosimilitud se hallaba no sólo en el contenido, sino también en el tramado. Este esquema, derivado de las condiciones de producción histórica de la narrativa constitucional, invita a explorar los sentidos pre-jurídicos de los significantes arbitrariedad-legalidad en aquella originaria trama literaria que, tomando elementos de la ilustración francesa, llegó al Río de la Plata en la primera mitad del siglo XIX.

3. El *momento Sarmiento*: estructura literaria de la arbitrariedad argentina

En la persona de Sarmiento se conjugó la dimensión literaria, política y constitucional del siglo XIX argentino. En un momento en el que la autonomía de los campos era todavía imposible de pensar, la cuestión constitucional se definía en los marcos de una hibridez de género que abrevaba en usos novelados de la historia con miras a una acción política. La pregunta por el género se manifestaba, con particular intensidad, en *Facundo o Civili-*

14 Este es el trabajo de crítica y desmontaje que la historiografía viene realizando: ver cap. 2.
15 White (2010) 50.

zación y barbarie en las pampas, donde se cruzaba el relato histórico ficcional con la construcción estética de una realidad. El género novela resultaba, para Sarmiento, la forma por excelencia a través de la que se podía «representar la *experiencia* de un mundo escindido». Según Ricardo Piglia,

> lo que Sarmiento lee en el género es esa representación figurada (y no sólo discursiva) del sentido. Producir la experiencia de la significación; cerrar la interpretación en una imagen antes que en una idea. La experiencia novelística de la realidad escindida es el nudo de la forma literaria del *Facundo*.[16]

Es por este motivo, por tratar de producir una imagen que representase una tensión dramática que ordenara el desarrollo narrativo, que poco interesaba el referente histórico concreto (la fuente o el archivo).[17] El gesto concluye en la producción de una *imagen* que organiza, desde su propia significación, la experiencia literaria, y que rápidamente se trasladaría al campo jurídico sin mediaciones. Emergía allí una representación histórica que fundaba y justificaba el cambio sistémico. La composición de la imagen se instauró al interior del texto con algunas operaciones que deben ser tenidas en cuenta.

La primera operación, tiene en miras la función tropológica que permite tramar, a través de contraposiciones, el «desarrollo» de la novela-histórica. José Sazbón ha explicado que la semiótica sarmientina operaba al interior del discurso novelístico «a partir de tajantes contrastes y fuertes relaciones opositivas». Si bien estos contrastes se observan, principalmente, en la descripción de los signos que proveen las vestimentas –la moda– sirven también para la explicación de conceptos modernos que se incorporaban en su gramática. La estrategia desplegada para la figuración se componía a partir de un «régimen de oposiciones que organiza los grandes cuadros de la vida social y política argentina (ciudad y campaña, edad media y modernidad, civilización y barbarie, etc.), [que] se decanta en un registro menos ostensible pero igualmente eficaz».[18]

16 Piglia (2018) 24.

17 En la carta-prólogo a Valentín Alsina, Sarmiento indica que mucho de los defectos de la obra se debían al haberse hallado «sin el auxilio de documentos a la mano»; sin embargo, en párrafo seguido indicaba que las notas que realizara el crítico quedarán para el futuro, puesto que Sarmiento se hallaba «temeroso de que por retocar obra tan informe, desapareciese su fisonomía primitiva y la lozana y voluntariosa audacia de la mal disciplinada concepción», Alsina (2018) 39.

18 Sazbón (2002) 245–246.

Los pares tópicos, que han sido reproducidos por la historiografía de las ideas como los vectores que crearon el discurso decimonónico, se hallaban, a su vez, en una relación diversa con respecto a la trama de la novela.[19] Mientras que los elementos del par civilización-barbarie funcionaban como «archi-actores», es decir, Héroes meta-sujetos o, en palabras de Sarmiento, «fuerzas que han luchado con diversos nombres durante treinta años», las imágenes que corporeizaban esa tensión básica operaban en diversos niveles.[20] De modo, que las expresiones figurativas de los «meta-sujetos» sirvieron para estructurar-cohesionar un conjunto de géneros dispares que aparecen en la novela: por una parte, un relato épico que opuso «las ciudades» a «las campañas», que declinó, por otra parte, en una narrativa histórica cuyos actores eran los «caudillos» vs. «jefes civiles», y culminaba con las figuras biográficas de: «Quiroga-Rosas» y «Sarmiento».[21] Montada sobre esa estructura, ya fuera por el deseo de cambio que motivaba la crítica política o por la «resonancia estético-emocional» heredera del romanticismo, que implicaba un deleite por «los contrastes violentos», la narración se concentró en la imagen invertida de la «civilización».[22] Para Elías Palti «*sólo hay historia en aquello que es su negación absoluta, la historia de Quiroga, de Rosas, en fin de la barbarie*. Falta, en cambio, la historia que constituiría su ámbito propio, la de las ciudades».[23]

Al interior de esta manera de tramar aparecía el par oposicional que aquí interesa: arbitrariedad-Constitución. En la lucha entre la «ciudad» y las «campañas» surgían dos modalidades de expresión de la organización política: «la una civilizada, *constitucional*, europea; la otra bárbara, *arbitraria*, americana».[24] Fiel a la dialéctica negativa que dominaba las otras figuraciones contrapuestas, Sarmiento se dedicó a figurar la forma de gobierno «arbitrario», dimensión que, como ya se ha señalado, justificaba a la «Constitución». El uso de la voz, a su vez, se ubicaría en el registro histórico. En el momento de explicación del modo de gobierno de los «caudillos» se aleja de los giros

19 Terán (2015) 72.
20 Sarmiento ([1845] 2018), «Facundo», citado en: Sazbón (2002) 290.
21 Sazbón (2002) 290.
22 Barrenechea (1960) 312.
23 Sarmiento ([1845] 2018) 146. También citado en: Palti (2009) 68. Sin cursivas en el original.
24 Citado en: Palti (2009) 66. Sin cursivas en el original.

épicos o biográficos, aunque los tocase lateralmente. Esto es fundamental, puesto que serían trasladados sin mediaciones a la narrativa histórico-constitucional de los constitucionalistas. Así, la historia de la justicia se presentaría a la manera de descripción, de observación estricta. La primera aparición de la voz «arbitrariedad» puede hallarse en el capítulo 3. «Asociación. La Pulpería», en un pasaje expresivo del sistema de poder de la campaña:

> Por supuesto, que la justicia que administra es de todo punto arbitraria: su conciencia o sus pasiones lo guían, y sus sentencias son inapelables. A veces, suele haber jueces de éstos que lo son de por vida y que dejan una memoria respetada. Pero la coincidencia de estos medios ejecutivos y lo arbitrario de las penas forman ideas en el pueblo sobre el poder de la *autoridad* que más tarde viene a producir sus efectos. El juez se hace obedecer por su reputación de audacia temible, su autoridad, su juicio sin formas, su sentencia, un *yo lo mando* y sus castigos, inventados por él mismo. De este desorden, quizá por mucho tiempo inevitable, resulta que el caudillo que en las revueltas llega a elevarse, posee sin contradicción, y sin que sus secuaces duden de ello, el poder amplio y terrible que sólo se encuentra hoy en los pueblos asiáticos.[25]

En este párrafo el sentido del arbitrio-iuris era resignificado a través de un reenvío al universo de la violencia. La operación de sentido resultaba de la negación de la tradición jurisdiccional lega de las justicias de la hermandad (devenidas «jueces de paz»), con una reinterpretación explicativa por la vía del determinismo espacial-climático. La extensión que atentaba contra la civilización provocaba instituciones de justicia que se fundaban en la fuerza, la que, a su vez, era el espejo del control político-judicial de una sociedad bárbara. De forma que, en esta lectura, la arbitrariedad se figuraba bajo un gobierno pasional, audaz y temible, ejecutivo y sin figura de juicio: un poder de vida y de muerte que surgía del vacío de ley –de la violencia– inscripto en el «yo lo mando».[26]

A la vez, el *asiatismo*, como analogía-referente que aparecía al cerrar el párrafo, jugaba un rol fundamental para «dar figura a una idea y a un fantasma, la idea y el fantasma del despotismo».[27] Como lo ha demostrado Altamirano el despotismo-orientalista cumplía «una función argumentativa,

25 Sarmiento ([1845] 2018) 90.

26 El poder de vida y muerte en tanto expresión arbitraria del sujeto es el reverso instituyente del principio de legalidad. El «imperio de la ley», como gobierno de las leyes no de los hombres, es el contra-concepto que se funda en su «negación absoluta».

27 Altamirano (1994) 11.

a medias teórica y a medias retórica, que tiene en la analogía una fórmula básica». La relación analógica se formulaba en la representación de las caravanas de camellos, de las estéticas de los personajes con cejas y barbas cerradas, a tiendas desplegadas en el espacio indómito de la pampa, etc. La función retórica era, ciertamente, emotiva –como se adelantó al tratar a Montesquieu– y la secuencia de conceptos abstractos –arbitrariedad, tiranía, despotismo– se expresaban en el «tejido argumentativo y narrativo del texto».[28] Es indudable que Sarmiento, con el *asiatismo*, producía un ejemplo que permitía vehicular un nuevo vocabulario. Este nuevo lenguaje no sólo tenía una función política, sino que revertía en el modo de gobierno, con implicancias jurídicas.[29] Sin embargo, más allá de la relación entre el despotismo-la tiranía con el terror-miedo, se jugaba un factor que Altamirano enuncia, aunque que no desarrolla: «La arbitrariedad es inherente a la naturaleza de ese tipo de gobierno».[30]

El concepto que aquí se persigue constituye un punto ciego de la reposición de sentido que procura Altamirano, y puede verse allí la «mano invisible» de la *Encyclopédie* y de Montesquieu, fuentes que Sarmiento no cita, si bien habitan el sentido común de época.[31] La arbitrariedad, cabe recordar, era aquello que no estaba limitado por ley o Constitución alguna, y que, según la *Encyclopédie*, generaba una *voluntad* ilimitada. El reenvío al gobierno despótico se observaba allí. A renglón seguido podía leerse:

> El caudillo argentino es un Mahoma que pudiera, a su antojo, cambiar la religión dominante y forjar una nueva. Tiene todos los poderes: su injusticia es una desgracia para su víctima, pero no un abuso de su parte; porque él puede ser injusto; más todavía: él ha de ser injusto necesariamente; siempre lo ha sido.[32]

Sarmiento procedía de manera sistemática. El poder arbitrario del juez de campaña operaba como una sinécdoque que, a partir de la forma judicial

28 Altamirano (1994) 14.

29 Este ejercicio importa una traducción de la fórmula de la *Encyclopédie*, y que se menciona en el capítulo III: «gouvernement tyrannique, arbitraire & absolu d'un seul homme: tel est le gouvernement de Turquie, du Mogol, du Japon, de Perse, & presque de toute l'Asie». Asiatismo y despotismo-arbitrariedad se conjugaban en la lectura de los *philosophes*.

30 Altamirano (1994) 18.

31 No obstante que Sarmiento advierte, al comienzo del capítulo I del Facundo, que «muchos filósofos han creído, también, que las llanuras preparaban las vías al despotismo», Sarmiento ([1845] 2018) 59.

32 Sarmiento ([1845] 2018) 90.

concebida como un microcosmos figurativo, se expandía luego hacia el macrocosmos del gobierno general de los caudillos. Entre los jueces de campaña y «el caudillo» se levantaba una figura intermedia, que concluía la descripción del sistema de justicia: «Lo que digo del juez es aplicable al comandante de campaña». Su eficacia, a su vez, requería de la selección «de los hombres que más temor inspiran».[33] La composición sarmientina de *una* historia o «sociología» institucional poseía una razón común. El despotismo podía figurarse según la imagen de un «sistema» de arbitrariedades, ejecutado por medio de una justicia «arbitraria» –sin ley–, y que movía el engranaje para el funcionamiento de una particular máquina institucional.[34] La arbitrariedad relucía como práctica, el despotismo como sistema.[35] De allí surgía la oposición entre Facundo Quiroga y Rosas, mientras que el primero («por instinto, iniciación y tendencia») «juega con un joven, como el gato juega con la tímida rata; juega si lo mata o no lo mata»,[36] en Rosas la arbitrariedad se metamorfosearía «en arte, en sistema y en política regular».[37] La perversión rosista consistía en transformar la tendencia espacio-natural en idea de organización política.

Frente a esta inversión –de lo natural en lo institucional– Sarmiento producía un gesto crítico, que se expresaba con el uso de la voz *autoridad*, en itálica. El sarcasmo de la sentencia se cifraba en la transposición de dos niveles de significado que se incluían en el significante. Por un lado, el sentido jurídico que referenciaba la «potestad y jurisdicción para hacer o mandar alguna cosa»; por otro, el sentido social-político, donde la autoridad era representada como resultado de la «excelencia, representación, estimación adquirida, o por la rectitud de la vida y eminencia de la virtud, o por lo respetable de la nobleza y de la edad, o por lo grande de la sabiduría,

33 Sarmiento ([1845] 2018) 91.

34 La metáfora mecánica también surgía de las palabras de Sarmiento: «hago la historia del gobierno bárbaro, y necesito hacer conocer sus resortes», Sarmiento ([1845] 2018) 128–129.

35 Podía referirse a Rosas como «el hábil político que en Buenos Aires ha elevado a sistema estos procedimientos, los ha refinado y hecho producir efectos maravillosos», Sarmiento ([1845] 2018) 130.

36 Sarmiento ([1845] 2018) 129, citado en: Altamirano (1994) 18. En el capítulo 7, Sarmiento hace un uso integrador de la arbitrariedad en Facundo: «posee la Rioja como árbitro y dueño absoluto: no hay más voz que la suya, más interés que el suyo», Sarmiento ([1845] 2018) 133.

37 Sarmiento ([1845] 2018) 43.

poderío, honor y otros títulos que hacen a uno digno de singular atención».[38] Sarmiento reducía la autoridad a la «audacia temible» que se expresaba con unos «medios ejecutivos» que aplicaban penas «arbitrarias», ambos deducidos de las pasiones del juez (pura *volonté*). La autoridad, entonces, abandonaba la dignidad para fundarse en «el poder amplio y terrible» del caudillo y su maquinaria institucional. El respeto, propio de la autoridad, se invertía en un temor propio de la violencia. Según Hannah Arendt, en sus estudios sobre la autoridad: «su característica es el indiscutible reconocimiento por parte de aquellos a quienes se les pide obedecer; no precisa ni de la coacción, ni de la persuasión».[39] La pura coacción –violencia– producía la ironía de Sarmiento, al entrever que «el mayor enemigo de la autoridad es, por eso, el desprecio, y el más seguro medio de minarla es la risa».[40] La verdadera dimensión de la autoridad se oponía al gobierno de hombres caprichosos, ya fuera en la modalidad «paternal» de un dominus o en la sistemática del caudillo.

La autoridad descansaba en el saber, lo cual implicaba conocer aquellas fuentes que «autorizaban» el ejercicio del gobierno para asegurar el progreso de la república. Allí, emergía una nueva oposición: el derecho predicado en Córdoba vs. el derecho de Buenos Aires. Mientras que en la primera habitaban doctores «comentadores y casuistas», en la segunda se observaba la deducción y la racionalidad. Las palabras de Sarmiento rezaban:

> No sé si en América se presenta un fenómeno igual a éste, es decir, los dos partidos, retrógrado y revolucionario, conservador y progresista, representados altamente cada uno por una ciudad civilizada de diverso modo, alimentándose cada una de ideas extraídas de fuentes distintas: Córdoba, de la España, los Concilios, los Comentadores, el Digesto; Buenos Aires, de Bentham, Rousseau, Montesquieu y la literatura francesa entera.[41]

Surge de este párrafo que no sólo debía suprimirse el gobierno de hombres mandones y arbitrarios, también resultaba fundamental revolucionar el saber jurídico. El abandono de la España medieval –los mandamientos de Dios– para colocarse en la senda de Europa –la ley natural– sólo podía realizarse con una nueva educación jurídica. La incorporación de Tocqueville, Guizot, Constant y

38 Real Academia Española (1726) 490.
39 Arendt ([1970] 2006) 62.
40 Ibid.
41 Sarmiento ([1845] 2018) 144.

la economía política de Say y Smith reformulaban un sistema de fuentes del que debían extraerse las «ideas». Los nuevos lenguajes jurídicos se fundaban en las premisas del iusnaturalismo, de cuyo interior surgiría el constitucionalismo, lo cual implicaba aquello que Tau Anzoátegui ha denominado «una ideología antijurisprudencial»: «siendo blancos preferidos la doctrina de los autores y el arbitrio de los jueces».[42] Efectivamente, a la figuración de la arbitrariedad como la sistemática del caudillo-juez «mandón», seguía la crítica radical al sistema jurídico de jueces, pero basado en un saber teológico:

> de tal modo se suplantaba un ordenamiento controvertido y oscuro, dominado por la doctrina de los autores y manipulado por el arbitrio de los jueces. Autores y jueces debían quedar separados de la creación jurídica y sometidos a la ley.[43]

La relación del *Facundo* con el derecho constitucional se estrechaba en este punto particular. Producía una imaginería que permitía la indignación que desplazaba el *arbitrio iuris*, fundaba la explicación en una sociología-histórica naturalista, que al negar la experiencia sistemática del derecho hispánico criticaba unas fuentes consideradas «medievales». No resulta extraño, entonces que, en 1855, Sarmiento se inscribiese como docente de la «cátedra gratuita agregada a la Universidad de Derecho Constitucional». Si bien no se sabe si el curso fue dictado, quién mejor que el autor de Facundo para explicar la importancia de esta novedad científica.[44]

4. *Mandones arbitrarios*: los caudillos y las masas en la enseñanza constitucional

Chiaramonte y Buchbinder, en un artículo clásico sobre la materia, han advertido que la historia constitucional y sus imaginarios tenían íntima conexión con «razones profesionales». Ciertamente, si las explicaciones sobre los orígenes de la Nación, las provincias y sus interacciones tenían siempre en mira las problemáticas contemporáneas que se planteaban a políticos y juristas –principalmente en el uso de la intervención federal–, lo mismo puede predicarse sobre la función de la narrativa histórica para la institución simbólica y defensa del orden constitucional en su integralidad.[45] En ese

42 Tau Anzoátegui (2016) 123.
43 Tau Anzoátegui (2016) 124.
44 Tanzi (2011) 87.
45 Chiaramonte/Buchbinder (1992).

sentido, los primeros cursos de derecho constitucional reproducirán figuraciones de la arbitrariedad que respondían a la estética sarmientina. En este punto, el repaso por algunas obras del constitucionalismo genético devuelve esa trasposición entre literatura, historia y Constitución. Un ejemplo sirve para ingresar en el discurso constitucional sobre la arbitrariedad en la Argentina. En *Las lecciones de Derecho Constitucional* de Montes de Oca (publicadas en 1917) se describía el estado de situación previo a 1853 del siguiente modo:

> La vida, la propiedad, el honor de los habitantes del territorio estaban constantemente expuestos a la voluntad arbitraria o al capricho sin trabas de mandones locales; no había autoridad general de influjo bastante sobre estos *régulos*, como los denomina Sarmiento. Las relaciones eran peligrosas, las comunicaciones eran difíciles, el tránsito estaba también expuesto a peligros, debido muchas veces a la política de los gobernadores, y en semejantes condiciones el país no podía desenvolverse ni atraer a su territorio la inmigración extranjera, que era el medio más poderoso de su desarrollo y de su progreso.[46]

En este párrafo aparecían condensadas las coordenadas de la «prehistoria» constitucional. El reverso que legitimaba el orden de 1853. Los derechos indisponibles por naturales no tenían protección (sistema de derechos). El reino de la arbitrariedad y el capricho retrasaba el desarrollo y el progreso (gobierno y temporalidad). Sin embargo, lo que se destacaba era la fuente de donde se desprendía el saber: Sarmiento. En efecto, se establecía una razón explicativa en la ausencia de autoridad, la cual había sido llenada por la fuerza de unos «mandones locales» o «régulos», en el sentido tradicional del término, correspondiente a «el dominante o señor de algún estado pequeño».[47] La imaginería se correspondía con la representación sarmientina de manera plena y el nuevo vocabulario jurídico rioplatense se creaba a la sombra de una representación del pasado naturalista y literaria. Sin embargo, cabe ir desglosando esta construcción para ver cómo se transmitían los saberes en las aulas de derecho constitucional.

a) La escritura del vacío constitucional: un mundo sin instituciones

La influencia de Sarmiento fue central no sólo en la descripción del gobierno despótico fundado en la arbitrariedad, sino también para instaurar la idea de desierto. Si las influencias de Humboldt, las descripciones geográficas natu-

46 Montes de Oca (1917) 32.
47 Real Academia Española (1780) 791.

ralistas y los legados asiáticos de Montesquieu se combinaron en lo que Fermín Rodríguez llamó «la escritura del vacío», otras fuentes político-jurídicas soportaban también dicha representación literaria. En efecto, el prejuicio sarmientino estaba acompañado, en el plano político-constitucional, de una narrativa estructurante de la prehistoria constitucional: el informe de la Comisión de Negocios Constitucionales del 14 de julio de 1826. Esta fuente constitucional surgida de la Constituyente de 1824–1826 es recordada por explicitar las necesidades de un gobierno unitario. Sin embargo, es dable observar el modo en que los motivos expuestos en el documento rápidamente dejarían de ser tomados como un performativo anclado en la discusión de época, para convertirse en una fuente cuasi fidedigna de saber histórico objetivo. Véase la operación de sentido.

El 14 de julio de 1826 se presentó un informe de la Comisión suscripto por Valentín Gómez, Manuel Antonio de Castro, Francisco Remigio Castellanos, Santiago Vázquez y Eduardo Pérez Bulnes. Allí, luego de una larga disquisición sobre la mejor forma de gobierno cargaban las tintas contra las provincias y el federalismo. En un párrafo afirmaban:

> No faltan quienes pretendan sostener que en los últimos seis años de separación e independencia, se han predispuestos las provincias al gobierno federal; pero desgraciadamente es todo lo contrario: este fatal período ha sido una lección práctica y terrible para los buenos ciudadanos que aman a su patria, y que desean salvarla de los males que hoy la afligen, y de las calamidades que en adelante la amenazan. Seis años han corrido: las provincias han tenido en sus manos los elementos y el poder de organizarse; pero a excepción de pocas, las mas nada han abanzado, y muchas han atrazado à este respecto. Algunas hay que no tienen instituciones, buenas ó malas, y que no escuchan mas ley que el capricho del que gobierna *[sic]*.[48]

Ese párrafo aparecería varias veces en el curso de la enseñanza del derecho constitucional argentino, con modificaciones que evidencian el pasaje de declaración de interés a verdad histórica.

El primer uso de este párrafo se encuentra en el «Apéndice» de los *Apuntes de Derecho Constitucional. Antecedentes nacionales y extranjeros* por M. A. Lancelotti y Luis A. Galli, publicados en 1898. Allí, en el apartado g. «Discusión del proyecto de Decreto», retomaban los argumentos de la Comisión de 1826. Ahora bien, la transcripción no era textual, sino resumida por los autores, llamando la atención que antes de transcribir el párrafo que comen-

48 Ravignani (1937) 216.

zaba con «Seis años han corrido», declaraban sin ambages: «La experiencia lo demostraba».[49] El detalle es menor. Pero entre el tono objetivo de verdad demostrada y la fuente original donde se decía «Aquí la Comisión apela al testimonio práctico, al convencimiento íntimo, a la consciencia de los señores representantes» había un abismo.[50] Es en estas modulaciones de posiciones enunciativas, donde la narrativa sobre el pasado iba naturalizando el imaginario de un vacío sin instituciones. Más adelante, en el capítulo XIII de *Nociones de Derecho Constitucional. Notas de las Conferencias del Dr. A. del Valle*, de 1911 se reproducía el texto de Lancelotti y Galli, de manera exacta, aunque ya no como apéndice, sino como lo acontecido efectivamente en 1826. Allí, aparecía nuevamente la fórmula «La experiencia lo demostraba» rompiendo con toda posibilidad de colocar al enunciado en un juego de lenguaje cuya dimensión pragmática podía justificar el tono hiperbólico de la fuente consultada.[51] Se iba componiendo de este modo la verdad histórica sobre la situación institucional: un vacío sin instituciones, que servía de plataforma para el gobierno de la arbitrariedad.[52]

Ahora bien, si sobre la experiencia previa al rosismo existía un vacío institucional fundado en la objetivación de fuentes históricas, sobre Rosas en sí, el efecto de borradura de la política y sus instituciones en el período se producía radicalmente. Aristóbulo del Valle comenzaba su capítulo XIV con la siguiente síntesis:

> La dictadura sangrienta de Rosas encierra una profunda enseñanza histórica; pero no ofrece materia para nuestros estudios, porque el despotismo no es una institución, sino la supresión de todos los principios y reglas del gobierno social. Debemos

49 Lancelotti/Galli (1898) 225.

50 Ravignani (1937) 216.

51 Valle (1911) 432.

52 Nota aparte merece la referencia al federalismo, la que aparecía en otros espacios de los Cursos de derecho constitucional. Lejos de componer una contradicción, se trata de una operación sistemática del derecho y de legitimidad histórica. Mientras que la defensa de la Constitución importaba una salida del vacío; por otra parte, la legitimación de la dimensión interna del texto, es decir, la organización política federal permitía, a los autores, reencontrar unos antecedentes hispánicos, que habrían pervivido habitando en el ser nacional. De forma que mientras que el efecto de borradura de las prácticas políticas preconstitucionales eran condición necesaria para la legitimidad de la instauración de la Constitución, cumplido el objetivo podía ingresarse en la historia espiritual para legitimar su contenido. Esta relación merecería un trabajo que excede a este ensayo.

> pues salvar esa triste época sin detenernos en ella, para reanudarlos con los primeros actos de la reorganización nacional.[53]

El fenómeno al que aquí se asistía es diverso a la citada operación de sentido sobre la ausencia institucional previa a la constituyente de 1824–1826. En esta instancia, se trataba de la negación misma de otorgar sentido a una experiencia: una desestimación radical de una otredad *(Verwerfung)*. Aquí residía una aporía fundamental del constitucionalismo liberal. Por un lado, expulsaba al rosismo del orden simbólico. Nada válido para el saber histórico-político liberal podía sacarse de aquella experiencia; aunque, al mismo tiempo, para comprender la necesidad de la Constitución no podía, sino referenciarse a Rosas y el caudillismo. ¿Cómo funcionaba, entonces, el caudillismo en el orden de este discurso? La desestimación provocaba un quiebre, una ruptura radical con el pasado, que se enviaba a lo innominado. El *ordo* liberal se presentaba como una creación ex-nihilo en referencia a un desierto, a una nada de violencia y arbitrariedades. Sin embargo, resulta interesante resaltar que la devaluación comprensiva no inhabilitaba el uso del *rosismo-caudillismo* al nivel de lo imaginario: de allí «la profunda enseñanza histórica». El caudillismo incomprendido, violento y fuera de ley servía de soporte imaginario para la institución del orden constitucional. De este modo, la figura de Rosas y el caudillismo componía algo más que el olvido que funda una Nación, como lo pensaba Renán. Al nivel del discurso, funcionaba como una escena primordial que recordaba un pasado de sangre, que podía evocarse, pero no podía entenderse. La función imaginaria, que daba carnadura histórica a la abstracción del concepto de arbitrariedad, cumplía un rol trascendental como estructurado-estructurante del discurso constitucional. Este era el agujero fundante, al cual, a la manera de una obsesión, no podían dejar de referirse los constitucionalistas.

b) *Caudillescos mandones*: una figuración fundamental

El precipitado explicativo de la arbitrariedad –proveniente de unas alegadas condiciones geográfico-espaciales, herederas del naturalismo humboldtiano-sarmientino, de la ausencia instituciones (como estructura de vacío), que surgía de unas intencionadas fuentes jurídicas, leídas como dato crudo de

53 Valle (1911) 476.

la realidad, y, finalmente, de la caracterización de la forma de gobierno despótica de Montesquieu / Madison– requería de una encarnación local. Nada mejor, con este fin, que los «caudillos». La imagen del caudillo sintetizaba los elementos provenientes de diferentes disciplinas para instaurar una imagen contradictoria con la forma constitucional de gobierno. En el caso del constitucionalismo argentino esta figura era habitualmente acompañada del significante «arbitrario», con el objeto de definir un imaginario cargado de emotividad afín al sentido de la arbitrariedad. Recuérdese el límite impuesto por la desestimación simbólica del constitucionalismo. De esta manera, se componía un imaginario histórico y uno proyectivo, que mirando al pasado alertase a los futuros hombres de ley sobre la repetición en la historia. Una verdad *historia magistra vitae* constitucional.

La trama histórica, en efecto, sintetizaba el pasado pre-constitucional como el gobierno despótico, el caos innominado, la violencia pura, la anarquía, con un imaginario de sangre, de arrogancia, ambición y capricho de los caudillos, que encarnaba esa lógica de pasado-futuro, de construcción y defensa que hacía a la lógica funcional del constitucionalismo. La oposición monarquía, despotismo vs. república se cifraba en el carácter agonal del teatro político argentino. Sin embargo, la arbitrariedad aún no aparecía en la formulación. En *Derecho Constitucional* de 1907, Agustín de Vedia remitía a un comentario del constituyente Regis Martínez (diputado por la Rioja), quién al analizar el artículo 45° (o 41° en el proyecto constitucional) pretendía que pudiesen juzgarse por delitos a los gobernadores de provincia. Allí, surgía la «gran pasión» del orador:

> Si el congreso quería hacer desaparecer, dijo, esos bárbaros gobiernos irresponsables que han talado la República en veintidós años de absolutismo […] y recibir por ello mil bendiciones de los pueblos, era preciso que ese juicio no quedase reducido a un mero fantasma teórico, como sería el enjuiciamiento de los gobernadores ante sus mismas legislaturas. Éstas no habían sido ni podían ser por largo tiempo (con cortas excepciones) sino cuerpos compuestos de hombres en su mayoría asalariados del Poder Ejecutivo, de otros muy especialmente afectos a la persona del gobernador […]. No debía pensarse en poner freno a los abusos del poder, a los avances de caudillejos arbitrarios, creados en la escuela de la barbarie y despotismo […].[54]

Desde 1852 se venía afianzando la fórmula «caudillejos arbitrarios», que daba un sentido particular al sintagma barbarie y despotismo. La proximidad

54 Vedia (1907) 173–174.

entre los significantes, una verdadera metonimia, iba calificando al nuevo concepto al tiempo que proyectaba la imagen sobre el «absolutismo» criollo.

Montes de Oca incluía la arbitrariedad en una composición de la historia argentina del siglo XIX que se apoyaba, nuevamente, en Sarmiento como fuente. Decía en sus *Lecciones de Derecho Constitucional*:

> Habíamos pasado la época de las contiendas civiles, la época de la borrasca en 1853. Creado el despotismo el pueblo se había dormido en el seno de la prosperidad momentánea que hizo nacer; despertó en 1852, después de la batalla de Caseros, y todos los hombres que habitaban la República se propusieron asegurar de una manera eficiente la libertad argentina, para que no pudiera más tarde ser dejada de lado por el capricho arbitrario de los mandones, y prescribieron cláusulas que respondían a nuestros antecedentes desgraciados, para impedir que en el futuro se reprodujeran las escenas de sangre, que hacen recordar todavía de un modo pavoroso la tiranía de Rozas.[55]

El cuadro descripto es rico en múltiples facetas. Dejando de lado la oposición entre «la época de la borrasca» y el tiempo constitucional, emergía una construcción que, con sus modulaciones, atravesaría el lenguaje constitucional argentino: «capricho arbitrario».[56] Arbitrariedad y capricho eran los equivalentes oposicionales al principio de legalidad.[57] Sin embargo, resulta en este caso más interesante la relación imaginaria que compuso el fantasma que soportaba a la Constitución, que era un límite al retorno del pasado. De allí impedir la reproducción de la experiencia en el futuro, sin embargo ¿qué era aquello que se esforzaba por volver? «Las escenas de sangre». Más allá del uso hiperbólico de la sangre para referirse al contexto rosista, es oportuno reparar en el rol de la «escena», citada por la fuente. Esa llamativa conciencia que se desplegó a la manera de un recordatorio hacía a una política de rememoración del límite imaginario radical, que validaba la necesidad docente del constitucionalismo.

55 Montes de Oca (1917) 46.

56 Ver, por ejemplo: Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1972) 318 (voluntad arbitraria o capricho de los funcionarios) y Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2021) 3476 (El principio de razonabilidad repele toda arbitrariedad de las autoridades estatales y exige que sus conductas en lo que se hace y en lo que se deja de hacer).

57 Así lo dejaba ver Juan Antonio González Calderón, quién decía en apretada síntesis: «Rozas no se resignaba a abandonar la dictadura porque no era capaz de sujetarse al imperio de la ley, porque quería dirigir la Nación según sus caprichos y sus conveniencias exclusivas», González Calderón (1930b) 189. Se construía una nueva oposición bajo el imaginario del caudillismo: el imperio de la ley vs. el capricho de *Rozas*.

En efecto, esa escena del pasado reaparecía calificando las posibles acciones de los funcionarios en el futuro. Afirmaban Lancelotti y Galli en torno a las responsabilidades de los funcionarios públicos:

> Si el funcionario público, después de haber ejercido las funciones a que ha sido llamado por el voto de sus conciudadanos, pudiera retirarse tranquilamente á su hogar, sin importarle cuales sean los efectos producidos por los actos realizados, seguiría las propias inspiraciones de su conciencia, y dejando de lado los intereses de la colectividad social á que pertenece, obedecería únicamente á las tendencias de su espíritu, trataría de acrecentar sus facultades propias, y se entronizaría en el país el despotismo, la tiranía, la arbitrariedad.[58]

Se presenta aquí el presupuesto antropológico negativo que legitimaba la vigencia de la Constitución y la limitación de la duración de los cargos, aunque también el campo educacional que implicaba la enseñanza constitucional, a fin de evitar el *re-entronizamiento* del despotismo, la tiranía y la arbitrariedad. La mirada sobre el pasado sobredeterminaba la búsqueda de nuevos tiranos, que semejantes a Rosas serían nominados consecutivamente tiranos, déspotas, a su imagen y semejanza. Este rol de límite de la ley ante las pasiones podía hallarse en las palabras de José Manuel Estrada, para asegurar el valor máximo de la Constitución: La libertad. En su *Curso de derecho constitucional, federal y administrativo*, decía:

> Nadie puede poner en duda que la libertad civil corre gravísimo peligro donde quiera que la arbitrariedad se convierte en regla de acción de la potestad pública. ¿Qué importa que una sociedad reconozca en teoría el derecho que todo hombre tiene de conservarse, el de su seguridad personal, el de su propiedad, si al cabo, la subsistencia de todos ellos depende del capricho, ó de las arbitrariedades de los que están encargados de gobernar? […] cuando los gobernantes están entregados á esos impulsos sin el freno de una ley superior efectiva en el caso de trasgredirla, ningún derecho está a salvo. […] La libertad desaparece de las sociedades arbitrariamente gobernadas.[59]

El futuro de la Constitución imponía la defensa de las pasiones, del retorno al pasado y de las tendencias negativas del ser humano convertido en tirano, pero también incluía un límite más allá de las veleidades individuales: al pueblo convertido en muchedumbre.

58 Lancelotti / Galli (1898) 178.
59 Estrada (1895) 177.

c) La Nación ante el pueblo: las muchedumbres y la arbitrariedad

El imaginario sobre la arbitrariedad encarnado en Rosas y los caudillos era acompañado de otro actor, que daba sentido a la estructura de la escena primordial: la masa y las muchedumbres. La herencia tocquevilliana de la desconfianza hacia la democracia se traducía en la historia constitucional nacional por la relación del caudillo con las masas. Este imaginario sostenía la ya mencionada primacía del constituyente histórico-nacional frente al filosófico-social y la garantía de derechos civiles, aunque no así de los políticos, los cuales sólo podrían advenir como resultado de la educación de las masas. Este gesto político se fundamentaba en el rol de las llamadas muchedumbres en el «despotismo» del caudillismo.

El origen de esta figuración de las masas, y su complejidad para la filosofía política que soportaba al constitucionalismo, había sido tempranamente marcado por el joven Alberdi, quien, en su *Discurso* de 1837, decía: «El Sr. Rosas, considerado filosóficamente no es un déspota que duerme sobre bayonetas mercenarias. Es un representante que descansa sobre la buena fe, el corazón de su pueblo».[60] La cuestión central, entonces, era cómo erosionar la figura de un gobernante con legitimidad popular, procedente de la historia de un pueblo, sin ser vistos como practicantes de un interés individual que negaba aquel del colectivo nacional. Para Elías Palti, esta aporía estructural de una razón encarnada en la historia que determinaba la legitimidad del gobernante, demandó de los opositores una serie de operacionalizaciones conceptuales para que, sin negar la soberanía del pueblo, la hicieran pasible de crítica al reclamar instancias superiores de razón que debían imponerse sobre la «voluntad general».[61] Esta aporía sería resuelta por la historia constitucional con la figuración de la muchedumbre, como el co-actor de la arbitrariedad despótica. Nacía una contrariedad con el pueblo social considerado incivilizado y huérfano de una educación, que le hubiera permitido encontrar a un verdadero representante en lugar de celebrar a un tirano.

Amén de los ejemplos ya citados de José Manuel Estrada, otros autores se referían al caudillismo como una ilusión que gobernaba las mentes de las masas incultas. Lancelotti y Galli encontraban los orígenes de la relación

60 Alberdi ([1837] 1996) 77.
61 Palti (2009) 38–45.

entre el caudillo a las masas ya en el contexto de la Constituyente de 1826. Allí afirmaban:

> Encendióse la guerra civil porque los caudillos, ante la violación de la Ley fundamental de 23 de enero de 1825 hecha por el Congreso constituyente al crear un Poder Ejecutivo Nacional, no quisieron aceptar ni obedecer la presidencia del señor Rivadavia. El interés común de la patria, en guerra con el Brasil, se pospone á las pasiones rastreras y mezquinas de esos hombres, que, bajo el nombre de caudillos, sublevan las masas, trabándose en una lucha bárbara y sangrienta.[62]

Definido el origen, la composición literaria seguía figurando la relación a la manera de un sueño, una fantasía que conectaba las ilusiones de las muchedumbres con los encantamientos del caudillo. Montes de Oca citaba *in extenso* a Tocqueville, a su vez transcripto por Sarmiento, y señalaba:

> Tocqueville, citado por Sarmiento, ha escrito estas palabras elocuentes que pueden aplicarse extrictamente a la sociedad argentina. «Nunca se repetirá demasiado, nada hay más fecundo en maravillas, que el arte de ser libre, pero nada hay más duro que el aprendizaje de la libertad. No sucede así con el despotismo. El despotismo se presenta frecuentemente como el reparador de los males sufridos, el apoyo del buen derecho, el sostén de los oprimidos y el fundador del orden. Los pueblos duermen en el seno de la prosperidad momentánea que hace nacer, y cuando despiertan se encuentran miserables […]».[63]

La libertad era una conquista, un despertar, un arte que debía ser enseñado, aunque rara vez se encontraría en el pueblo. En torno a esa desconfianza se justificaba la exclusión política. Sin ambages se preguntaba José Manuel Estrada:

> ¿qué han sido las encarnaciones genuinas de las masas populares, de los indios mezclados con la sociedad blanca, de los mestizos y de las muchedumbres sin educación, sin las iluminaciones que sólo se reciben en las esferas superiores de la sociedad? Ya los legisladores de 1815 conocían á Artigas; poco tardaron otros legisladores en conocer á Quiroga; y la última encarnación de la voluntad de las masas en la República Argentina, llevó el execrable nombre de Juan Manuel de Rosas. En presencia de los temores que la mala preparación de las masas populares excitaba, no es extraño que aún decretando el principio de la igualdad política, se tratara de eludirla en sus consecuencias y aplicación.[64]

El reflejo local de esta caracterización del despotismo soportado por el pueblo fue presentado por la obra que cierra el ciclo de grandes textos consti-

62 Lancelotti / Galli (1898) 123.
63 Montes de Oca (1917) 46.
64 Estrada (1895) 134–135.

tucionales: *Derecho Constitucional Argentino* de Juan A. González Calderón. Allí, expresaba:

> Con la exaltación del caudillo de la campaña al gobierno supremo, acentuábase la influencia de *la plebe* en la política; era un nuevo factor, que desde los sucesos del año 20, reclamaba que se le reconociese como parte interesada en el gobierno de la Provincia y en las luchas cívicas. La plebe fue el basamento de la dictadura, que le dio con su adhesión incondicional, en la campaña y en la ciudad, toda la consistencia de que aquélla tuvo necesidad para perpetuarse hasta 1852.[65]

Esta relación política se recordaba con una escena donde las turbas exaltaban al caudillo:

> La ciudad dio al respecto la nota más sobresaliente del entusiasmo con «las funciones federales» que hubo en las calles, en los teatros y en los templos [¡!] donde se colocó en promiscuidad escandalosa la efigie del dictador con las imágenes sagradas! Las turbas arrastraron su carruaje y luego se uncieron a un carro triunfal que paseó por las calles con gran retrato de su ídolo; como les ha gustado siempre hacer para demostrar obediencia servil […].[66]

Con esta escena cercana a la literatura romántica que formaba el telón de fondo se concluía la estructura imaginaria de la arbitrariedad: caudillo-plebe. Voluntad de voluntades «borrascosas» que culminaba entronizando al despotismo. Un exceso de violencias sin control, del que sólo podía extraerse la evasión de su eterno retorno.

5. «Escenas de sangre»: un imaginario para el constitucionalismo argentino

El concepto de arbitrariedad traducido del lenguaje ilustrado francés y norteamericano encontraba una expresión local, que lo cargaba de un sentido emotivo. Contribuía a ello, amén del gesto de Montesquieu, la oralidad de los iuspublicistas cuyas palabras eran apuntadas para la composición de sus *Cursos*. La gran ironía era que la certeza jurídica ansiada por el derecho moderno conducía a una lógica de reenvíos, en la que, a primera vista, la arbitrariedad se definía como aquel acto contrario a la ley y viceversa. La remisión consagraba como punto de apoyo no tanto un saber en torno a la ley, sino sobre la arbitrariedad, la que pasó a funcionar a la manera de

65 González Calderón (1930a) 194.
66 González Calderón (1930a) 195.

soporte último del sistema constitucional. Este rol de punto fijo imaginario para el despliegue del sistema de ley se asoció a un trauma fundacional: el caudillismo de la primera mitad del siglo XIX. Calificado de Despotismo arbitrario su razón expresaba una violencia radical, irracional y anárquica. De allí su valor histórico de acontecimiento y su desestimación como contenido de una historia institucional.

De esta manera, el significante «arbitrariedad» fue llenado de un contenido local y operó un verdadero desplazamiento lingüístico, que permitió reajustar la experiencia local al universal ilustrado, que dio lugar a una historia del absolutismo, el despotismo y la arbitrariedad en las pampas. La inscripción local en la gran cadena del ser liberal mundial se lograba con una figuración efectiva, a través de la cual se compuso una escena primordial pre-constitucional. Un caos del que surgiría la República Argentina.

Esta escena primordial cumplía un doble rol. Por un lado, desde el punto de vista sistémico, suturaba el punto ciego de la institución del orden constitucional decimonónico. Es decir, definía un modo de calificación de la experiencia instituyente de lo extra-jurídico y lo jurídico, y que brindó a la gramática del derecho la posibilidad de enfocarse en la organización legal. Ahora bien, lo que de ninguna forma debe sobreestimarse es que la clausura fue realizada por la incorporación de una imaginería local para significar un concepto abstracto. Esa escena primordial de sangre, que «consiste en 'imágenes' en el sentido más amplio del término», no remitía a otros significantes, a otras explicaciones. Como advierte Castoriadis: «no están ahí por otra cosa, son 'vividas' por ellas mismas». De allí, que, con el reenvío a lo imaginario, se lograba cerrar la interminable cadena de contraposiciones entre arbitrariedad y ley.[67] De esta manera, la figuración del despotismo de los caudillos cortaba la rumia lógica del derecho, tornando a la arbitrariedad un significante primordial del constitucionalismo argentino.

Por otra parte, desde la política del constitucionalismo, la arbitrariedad-caudillismo se volvía un «estructurante originario», un «significado-significante central», cuya función era ser:

67 Castoriadis (2007) 229. En efecto, también observa que a través del laberinto de la simbolización de lo imaginario se llega «a unas significaciones que no están ahí para representar otra cosa, que son como las articulaciones últimas que la sociedad en cuestión impuso al mundo, a sí misma y a sus necesidades, los esquemas organizadores que son condición de representabilidad de todo lo que esta sociedad puede darse», Castoriadis (2007) 230.

> fuente de lo que se da cada vez como sentido indiscutible e indiscutido, soporte de las articulaciones y de las distinciones de lo que importa y de lo que no importa, origen del exceso de ser de los objetos de inversión práctica, afectiva e intelectual, individuales y colectivos.[68]

El carácter indiscutible e indiscutido lo convertía en un tópico soporte del discurso, con capacidad de clausura de toda discusión, y que hacía de esta escena primordial un esquema de precomprensión del orden político-jurídico. Es que como lo ha señalado Hugo Vezzetti ciertas «escenas»:

> Condensan una trama histórica, se ofrecen como un núcleo duro y persistente sobre el que vuelve el trabajo de rememoración. De allí el potencial *mitológico* de esas escenas, susceptibles de ser hilvanadas en narraciones más o menos fijas y difíciles de conmover en la medida en que se sostienen en una trama de creencias. Es claro que no se trata de escenas incorporadas por la vía de la vivencia personal: hay memoria de lo que no se vivió, incluso de lo que no sucedió, en la medida en que su fuerza es inseparable de las narraciones que les han dado vida.[69]

La historia constitucional nacía en contraposición a una historia de la arbitrariedad, hecha de escenas terroríficas. Se lograba, con ello, no sólo una autolegitimación del proyecto liberal decimonónico, sino también se montaba hacia el futuro un esquema precomprensivo, que no tardaría en anclar en la consciencia de la comunidad jurídica. Esta relación entre narratividad histórica y proyecto político estaba a la base de la historia de la escritura del derecho constitucional en la Argentina. Por lo que, hacia el futuro todo intento de reforma podía ser rotulado como el retorno de la arbitrariedad, y de parte de los reformistas los proyectos de reforma se acompañaban siempre de una impugnación a la narrativa liberal clásica. La disputa estaba armada de resignificaciones de escenas primordiales, de nuevos conceptos de Constitución y de nuevas teorías jurídicas.

Ahora bien, las escenas dieron forma a una mirada que precisaba el significado del derrotero constitucional argentino desde mediados del siglo XIX hasta el presente, como una lucha entre las vías de la Nación vs. las vías de la arbitrariedad. Nuevos caudillos, nuevas tiranías, etc. invadieron las narraciones míticas, y resultaron altamente efectivas al interior del orden simbólico de la comunidad epistémica del derecho. Si en las últimas décadas, este sentido común histórico se ha visto impugnado por la historia política, ello no ha

68 Castoriadis (2007) 234. «Este elemento no es otra cosa que lo imaginario de la sociedad o de la época considerada», ibid.

69 Vezzetti (2012) 16.

llevado a grandes modificaciones en el funcionamiento del saber jurídico, más bien produjo una distancia entre ambos campos del saber –el jurídico y el historiográfico. Mientras que la historia funge como objeto de apertura interrogativa en este último, la clausura sistémica –a través de un reenvío a la externalidad de lo legal– pareciera ser su función en el primero. Entonces, ¿sería posible hallar un punto de encuentro entre ambos espacios? ¿Cuál de estos discursos permea con mayor eficiencia en la cultura constitucional de la sociedad local? En definitiva, ¿pueden conmoverse los imaginarios producidos y reproducidos por el constitucionalismo local a partir del siglo XIX? Esta cuestión no es una disputa epistémica de campos de estudio que reparten roles. Su incomunicación define una política del derecho, ya que la clausura de una historia para juristas constituye el soporte imaginario que sirve para juzgar la constitucionalidad de las leyes, mediante una actualización de las estructuras mitológicas originarias.

Finalmente, ante la insistencia de un lenguaje constitucional globalizado, no debe olvidarse de temporalizar y localizar la experiencia genética del constitucionalismo en cada espacio territorial. Ello así, toda vez que el orden del discurso que se compuso al calor de la formación (imaginación) de las Naciones precipitó en tantas tradiciones como Estados. Tradiciones cuya imaginería es difícil de nivelar, sino a costa de una ilusoria composición de significantes universales desprovistos de historia. Es que los nudos locales, compuestos de imaginarios particulares, funcionan como condición de lectura del proceso de reajuste hermenéutico, tanto de los nuevos conceptos del constitucionalismo como de las experiencias sociales del presente. ¿Puede acaso pensarse un constitucionalismo global que omita los imaginarios traumáticos locales, los cuales, a partir del siglo XIX, dieron sentido a las voces que conforman la lengua constitucional? En última instancia, ¿qué imaginarios son «vivenciados» por los juristas de cada Estado-nación ante la apelación emotiva de la arbitrariedad?

Conclusiones. Constitucionalismo e imaginación histórica

El final de este ensayo permite un intento de definición de la lógica del discurso constitucional, el que se exploró a través de la formación del saber del constitucionalismo liberal argentino. Este grado de abstracción sólo puede ser expresado luego de la reconstrucción inductiva a través de las fuentes, que devuelve la historia del derecho. La mirada sobre estos materiales sugiere que el dispositivo lógico del constitucionalismo se coloca en una zona de umbral entre la teoría jurídica, que incorpora los conceptos propios de la filosofía política, y la historia constitucional, que funge como soporte imaginario de su conceptualidad. Esa determinación mutua no puede desarticularse sin romper con el soporte político que sostiene el orden constitucional. Lo imaginario, que aquí se definió como las escenas primordiales que sustentan los fantasmas de la arbitrariedad, actúa para localizar en una tradición especial el lenguaje abstracto de la teoría constitucional, y facilitar, así, la enseñanza, la diseminación y la legitimidad histórica de la teoría seleccionada.

Para el caso del constitucionalismo decimonónico el fenómeno constitucional y pre-constitucional se dibuja en un espacio que determina los rasgos de una Nación. Resulta interesante, entonces, comprender que sin un imaginario el elemento teórico-político encontraría unos agujeros profundos en sus conceptos fundamentales, hecho que arrastraría a un malestar crítico, y a una inestabilidad interna del campo discursivo. Es decir, sin un anclaje de escenas alarmantes la remisión contra-conceptual (Constitución-arbitrariedad) caería en una circularidad insoportable. Este juego de clausura teórica por acción figurativa dinamiza al dispositivo instituyente.

Parece quedar en claro que la narrativa histórica depende del concepto de Constitución que se tenga. Es una sobredeterminación teórica que establece cortes, contra-conceptos y temporalizaciones, que son los materiales propios de una historia constitucional. De manera que, visto como un proceso de legitimación histórica, la narrativa historiográfica puede componer tantas escenas primordiales como conceptos existan de Constitución (sociológicos, jurídicos, políticos, etc.). El soporte último, no obstante, subyace en la selección de un conjunto de producciones culturales, que van desde la literatura

hasta la pintura, y que definen una imaginación sobre «el pueblo», la nación, el pasado, lo común, etc. Esto último, en términos teóricos, no es más que la sutura figurativa de la distancia entre el poder constituyente y las instituciones establecidas.

Ahora bien, esta operación de sentido se hace mucho más palpable en los momentos genéticos donde la historia nacional (ese constituyente decimonónico argentino) y las instituciones político-jurídicas actuaban correlativa y coordinadamente. Cabe reparar en la acción conjunta, que se expresaba en la formación narratológica del derecho constitucional y su historia, para decantar en su función pedagógica. Alentada por la formación de las almas, y al calor de un paradigma civilizatorio-constitucional que, sin romper con la matriz colonial, se teñía de futuro, la historia constitucional delineaba un horizonte de expectativas, propio de la idea de progreso, en el que el pasado se volvía una experiencia sin forma, en todo sangrienta, y cuyo único sentido práctico era el no-retorno. Lo pre-constitucional funcionaba como una fijación tanto temporal como fantasmática para el sostén de instituciones y subjetividades en proceso de construcción.

A más de cien años de esa acción modélica, en el sentido plástico-gestional de subjetividades, la división historiográfica entre una historia de juristas cerrada en su comunidad epistémica y la historia de historiadores no sólo expresa una profesionalización de campos, también denota la crisis que atraviesa la inculcación de una cultura constitucional. Esta división, que se profundiza cotidianamente, corre paralela a una preocupación constante en la enseñanza del derecho, y que es el progresivo descreimiento en las instituciones construidas por la tradición decimonónica. Por un lado, ello halla su explicación en la crisis de la cultura jurídica general, la cual ha procedido a vaciar de contenido el sentido histórico-social de las instituciones y fomentar un puro formalismo lógico de ideas vacuas.[1] Por otro, desde el plano político-jurídico se atiende a una verdadera *destitución* al nivel de los imaginarios compartidos, que sostienen a la Constitución y actúan *una* cultura constitucional. Destitución en el sentido más radical, tal como fuera planteado por Castoriadis:

> El movimiento del imaginario social que se retira de las instituciones y de las significaciones imaginarias sociales existentes, al menos en parte, y las desinviste, las destituye, quitándoles lo esencial de su validez efectiva o de su legitimidad, sin por ello

1 Menke (2015) 106–111.

> proceder a la creación de otras instituciones que tomarían su lugar o de otras significaciones imaginarias sociales.[2]

Proceso de desinvestidura radical que permanece en una repetición inconmovible, y que desgasta la legitimidad constitucional por el olvido de su presencia actual. Repetición a la vez posible en la remoción cada vez más extendida de las materias históricas, que abandonan al puro *presentismo* de la erudición lógica. De manera que no sólo se trata de la innovación conceptual por la vía de la apropiación de un lenguaje globalizante del derecho, resta también recomponer imaginarios que den sentido al lenguaje constitucional.

Para cerrar estas páginas cabe volver al texto de 1983 de Jorge Reinaldo Vanossi, que marcase las antinomias de la introducción. Allí, puede leerse, no sin cierta nostalgia, esa función de los imaginarios de la Constitución:

> En nuestra especial circunstancia histórica, la Constitución es visualizada por la comunidad argentina como la representación normativa del tránsito hacia la democracia. Constitución y Democracia aparecen así como términos equivalentes de un problema que se traduce en el retorno a la búsqueda del consenso y de una legitimidad basada en él. […] Regreso al mundo de los valores compartidos y de las creencias comunes que, por pocas que sean, siempre asumirán el valor espiritual de una cultura en común.[3]

A cuarenta años de la factura de esas palabras, el texto parece haberse desgastado, convirtiéndose en una maculatura. Sin embargo, la nostalgia habla de una retórica constitucional que no había aún perdido la fe en su tradición. Desde el presente, en este páramo de la cultura jurídica, la historia del derecho tiene mucho que aportar. Pensar la movilidad de los imaginarios requiere seguir en esta historia cultural del constitucionalismo que, más allá de los semblantes profesorales, procure renovar esa densidad de conceptos caídos en un peligroso vacío de sentido. El aporte es de la historia, la tarea será del *constitucionalismo*.

2 Castoriadis (2020) 16.
3 Vanossi (1983) 29.

Fuentes y bibliografía

1. Fuentes impresas

Alberdi, Juan Bautista ([1837] 1996), Fragmento preliminar al estudio del derecho (1837), en: Terán, Oscar (ed.), Escritos de Juan Bautista Alberdi, El redactor de la Ley, Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 59–90

Alberdi, Juan Bautista ([1852] 2017), Bases y puntos de partida para la organización de la República Argentina, Buenos Aires: pioteca del Congreso de La Nación

Alberdi, Juan Bautista ([1853] 2012), Estudios sobre la Constitución, en: Alberdi / Sarmiento (2012) 269–346

Alberdi, Juan Bautista, Domingo F. Sarmiento (2012), Constitución y política, Buenos Aires: Hydra

Beccaria, Cesare ([1764] 2015), Tratado de los delitos y de las penas, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid (edición original en forma anónima: Livorno 1764)

Constant, Benjamin (1820), Curso de política constitucional, tomo II, Madrid: Imprenta de la Compañía

Diderot Denis, Jean le Rond d'Alembert (eds.) ([1751–1772] 2001), Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, etc., en: Morrissey, Robert, Glenn Roe (eds.), ARTFL Encyclopédie Project (Spring 2021 Edition), Chicago: University of Chicago, https://encyclopedie.uchicago.edu/

Estrada, José Manuel (1895), Curso de derecho constitucional, federal y administrativo, Buenos Aires: Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco

Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1910), Buenos Aires: Otero & Co. Editores, Tomo 112

Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1972), Buenos Aires: Soldini y Cía, Tomo 283

Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2021), Buenos Aires: Poder Judicial de La Nación, Tomo 344 III

González, Florentino (1909), Lecciones de Derecho Constitucional, Buenos Aires: Librería de la Viuda de Ch. Bouret

González, Joaquín V. (1897), Manual de la Constitución Argentina. Escrita para servir de texto de Instrucción Cívica en los establecimientos de instrucción secundaria, Buenos Aires: Ángel Estrada y Ca.

González Calderón, Juan A. (1930a), Derecho Constitucional Argentino: Historia, Teoría y jurisprudencia de la Constitución, Tomo I–III, Ciudad: ed. J. Lajouane & Cía

González Calderón, Juan A. (1930b), Historia de la Organización Constitucional, Buenos Aires: J. Lajouane & Cía. Editores

Hamilton, Alexander et. al. ([1787–1788] 2008), The Federalist Papers, New York: Oxford University Press

Jaucourt, Louis de ([1754] 2001), Despotisme, en: Diderot / d'Alembert (eds.), vol. 4, 886–889

Lancelotti, M. A., Luis A. Galli (1898), Apuntes de derecho constitucional. Antecedentes nacionales y extranjeros, Buenos Aires: La Buenos Aires

López, Lucio Vicente (1891), Curso de Derecho Constitucional. Extracto de las conferencias dadas en la Universidad de Buenos Aires por el Dr. Lucio V. López, Buenos Aires: Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco

Matienzo, Nicolás (1926), Lecciones de Derecho Constitucional, Buenos Aires: Imp. G. Hernández y Galo Sáez

Montes de Oca, Manuel (1917), Lecciones de Derecho Constitucional. Tomadas de las conferencias del Doctor M. A. Montes de Oca, por Alcides V. Calandrelli, Buenos Aires: La Buenos Aires

Montesquieu, Charles Louis de Secondat Barón de ([1748] 2007), Del espíritu de las leyes, Buenos Aires: Losada (edición original en francés: Genève 1748)

Posada, Adolfo (1893), Tratado de Derecho Político, Madrid: Librería de Victoriano Suárez

Ravignani, Emilio (1937), Asambleas Constituyentes Argentinas, vol. III, Buenos Aires: Talleres S. A. Casa Jacobo Peuser, LTDA

Real Academia Española (1726), Diccionario de la lengua castellana, en que se explica el verdadero sentido de las voces, su naturaleza y calidad, con las phrases y modos de hablar, los proverbios o refranes y otras cosas convenientes al uso de la lengua, Tomo I, Madrid: Imprenta de la Real Academia Española, por la Viuda de Francisco del Hierro

Real Academia Española (1732), Diccionario de la lengua castellana, en que se explica el verdadero sentido de las voces, su naturaleza y calidad, con las phrases y modos de hablar, los proverbios o refranes y otras cosas convenientes al uso de la lengua, Tomo III, Madrid: Imprenta de la Real Academia Española, por la Viuda de Francisco del Hierro

Real Academia Española (1780), Diccionario de la lengua castellana reducido a un tomo para su más fácil uso, Madrid

[Real] Academia Española (1822), Diccionario de la Lengua Castellana, 6ª edición, Madrid: Imprenta Nacional

Registro Oficial de la República Argentina (1879), Buenos Aires: Imprenta Especial de Obras

Sarmiento, Domingo F. ([1853] 2012), Comentarios a la Constitución de la Confederación Argentina (1853), en: Alberdi / Sarmiento (2012) 31–267

Sarmiento, Domingo F. ([1845] 2018), Facundo, Buenos Aires: Penguin Clásicos (edición original en Santiago 1854)

Toussaint, François-Vincent ([1751] 2001), Arbitraire, en: Diderot / d'Alembert (eds.), vol. 1, 578

Valle, Aristóbulo del (1911), Nociones de Derecho Constitucional. Notas tomadas de las conferencias del Dr. A. del Valle, por Máximo Castro y Alcídes V. Calandrelli, Buenos Aires: La Buenos Aires

Vedia, Agustín de (1907), Constitución Argentina, Buenos Aires: Imprenta y Casa Editora de Coni Hermanos

2. Bibliografía

Agamben, Giorgio (2013), For a Theory of Destituent Power, Public lecture in Athens, 16.11.2013, https://antidotezine.com/2014/02/09/for-a-theory-of-destituent-power/

Agamben, Giorgio (2017), Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida, Buenos Aires

Agamben, Giorgio (2019), Estado de excepción, Buenos Aires

Agüero, Alejandro (2007a), Historia del derecho y Categorías jurídicas. Un ejercicio de crítica conceptual, en: Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid 16, 135–144

Agüero, Alejandro (2007b), Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional, en: Lorente Sariñena, Marta (coord.), De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia España de 1870, Madrid, 19–54

Agüero, Alejandro (2008), Castigar y perdonar cuando conviene a la República. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII, Madrid

Agüero, Alejandro (2009a), Herramientas conceptuales de los juristas del derecho común en el dominio de la administración, en: Lorente Sariñena (ed.), 19–44

Agüero, Alejandro (2009b), Las penas impuestas por el Divino y Supremo Juez. Religión y justicia secular en Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII, en: Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas 46, 203–230

Agüero, Alejandro (2013), Law and Criminal Justice in the Spanish Colonial Order: the Problematic Enforcement of the Legality Principle in the Early National Law in Argentina, en: Georges Martyn, Anthony Musson et al. (eds.),

From the Judge's Arbitrio to the Legality Principle. Legislation as a Source of Law in Criminal Trials, Berlin, 229–251

Agüero, Alejandro (2014), El testimonio procesal y la administración de justicia penal en la periferia de la Monarquía Católica, siglos XVII y XVIII, en: Revista Fontes 1, 3–14, https://doi.org/10.34024/fontes.2014.v1.9186

Agüero, Alejandro (2017), El uso del pasado en la enseñanza del derecho penal en Argentina. La imagen del antiguo régimen como tradición latente, en: Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja 18, 169–219

Agüero, Alejandro (2018), Republicanismo, Antigua Constitución o *gobernanza doméstica*. El gobierno paternal durante la Santa Confederación Argentina (1830–1852), en: Nuevo Mundo Mundos Nuevos, http://journals.openedition.org/nuevomundo/72795

Agüero, Alejandro (2019), Sobre el concepto de Antigua Constitución y su aplicación a la historia política rioplatense de la primera mitad del siglo XIX. Respuesta al Prof. Chiaramonte, en: Nuevo Mundo Mundos Nuevos, http://journals.openedition.org/nuevomundo/75933

Algazi, Gadi (1997), Otto Brunner: Konkrete Ordnung und Sprache der Zeit, en: Schöttler, Peter (ed.), Geschichtsschreibung als Legitimationswissenschaft, 1918–1945, Frankfurt am Main, 166–203

Alsina, Valentín (2018), Carta-Prólogo de la Edición de 1851, en: Sarmiento ([1845] 2018), 39–42

Altamirano, Carlos (1994), El orientalismo y la idea de despotismo en el Facundo, en: Boletin del Instituto de Historia Argentina y Americana «Dr. Emilio Ravingnani» 9,1, 7–19

Arendt, Hannah ([1970] 2006), Sobre la violencia, Madrid (primera edición en inglés en 1970)

Barrenechea, Ana María (1960), Estética y significación histórica de las campañas pastoras en el Facundo, en: Nueva Revista de Filología Hispánica 15,1, 309–324, https://doi.org/10.24201/nrfh.v15i1/2.422

Beaud, Olivier (2009), L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'Etat, en: Jus Politicum. Revue de droit politique 3, 1–29, https://www.juspoliticum.com/articles/l'histoire-du-concept-de-constitution-en-france.-de-la-constitution-politique-a-la-constitution-comme-statut-juridique-de-l'etat-140

Benjamin, Walter ([1921] 1991), Zur Kritik der Gewalt, en: idem, Gesammelte Schriften, vol. 2.1, Frankfurt am Main, 179–204 (primera edición en alemán en 1921)

Bernardi, Bruno (2006), La Fabrique des Concepts. Recherches sur l'invention conceptuelle chez Rousseau, Paris

Bidart Campos, Germán (1996), Manual de la Constitución reformada, Buenos Aires

Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1984), Konkretes Ordnungsdenken, en: Ritter, Joachim, Karlfried Gründer (eds.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, vol. 6, Basel, 1312–1315

Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1991), Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt am Main

Botana, Natalio (2013), La tradición republicana: Alberdi, Sarmiento y las ideas políticas de su tiempo, Buenos Aires

Bourdieu, Pierre, Loïc Wacquant (2005), Una invitación a la sociología reflexiva, Buenos Aires

Bouzada Gil, María Teresa (2013), El arbitrio judicial en el delito de malos tratamientos de palabra, en: Sánchez-Arcilla Bernal, José (coord.), El Arbitrio judicial en el Antiguo Régimen (España e Indias, siglos XVI–XVIII), Madrid

Brunner, Otto ([1956] 2010), La «casa grande» y la «Oeconomica» de la vieja Europa, en: Prismas. Revista de Historia Intelectual 14, 117–136 (primera edición en alemán en 1956)

Brunner, Otto ([1962] 2015), Consideraciones acerca de los conceptos de dominación y legitimidad, en: Conceptos Históricos 1,1, 136–159 (primera edición en alemán en 1962)

Brunner, Otto (1970), Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter, Darmstadt

Brunner, Otto, Werner Conze, Reinhart Koselleck (eds.) (1979–1997), Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, 8 vols., Stuttgart

Caldwell, Peter (1997), Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitucional Law. The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism, Durham / London, https://doi.org/10.1515/9780822397656

Cardim, Pedro (2019), Cultura Jurídica e dinâmica política na Época Moderna. O ohlar de Bartolomé Clavero, en: Vallejo, Jesús, Sebastián Martín (coords.), En Antidora. Homenaje a Bartolomé Clavero, Cizur Menor (Navarra), 45–63

Caroni, Pio (2013), Lecciones de historia de la codificación, Madrid

Casagrande, Agustín (2012), Erradicando los rústicos juzgamientos. La Real Audiencia y las «justicias menores» de Buenos Aires durante 1785–1787, en: Sudhistoria 5, 15–40

Casagrande, Agustín (2015a), Por una historia conceptual de la Seguridad. Los Alcaldes de Barrio de la Ciudad de Buenos Aires (1770–1820), en: Conceptos históricos 1, 40–71

Casagrande, Agustín (2015b), Literatura Práctica en el siglo XVIII: El orden procesal en la historia de la justicia Rioplatense, en: Revista de Historia del Derecho 49, 1–32

Casagrande, Agustín (2018), Para una historia del derecho público en la Argentina (siglos XIX–XX), en: Academia. Revista sobre la enseñanza del derecho de Buenos Aires 16, núm. 31, 37–66

Casagrande, Agustín (2019), Gobierno de Justicia, Poder de Policía, Valencia

Castoriadis, Cornelius (2007), La institución imaginaria de la sociedad, Buenos Aires

Castoriadis, Cornelius (2020), Sujeto y verdad en el mundo histórico social, Buenos Aires

Chiaramonte, José Carlos (1997), Ciudades, Provincias, Estados: Orígenes de la Nación Argentina (1800–1846), Buenos Aires

Chiaramonte, José Carlos (2010), La Antigua Constitución luego de las independencias, 1808–1852, en: Desarrollo Económico 50, núm. 199, 331–361

Chiaramonte, José Carlos (2016), Raíces históricas del federalismo latinoamericano, Buenos Aires

Chiaramonte, José Carlos (2018), Facultades extraordinarias y antigua constitución en los Estados rioplatenses del siglo XIX. Respuesta a Alejandro Agüero, en: Nuevo Mundo Mundos Nuevos, http://journals.openedition.org/nuevomundo/74801

Chiaramonte, José Carlos, Pablo Buchbinder (1992), Provincias, caudillos, nación y la historiografía constitucionalista argentina, 1853–1930, en: Anuario del IEHS, vol. VII, 93–120

Chignola, Sandro (2003), Historia de los conceptos, historia constitucional, filosofía política. Sobre el problema del léxico político moderno, en: Res Pública 11–12, 27–67

Chignola, Sandro (2015), Diferencia y Repetición. Otto Brunner, Reinhart Koselleck, la historia conceptual, en: Conceptos Históricos 1, 18–38

Chignola, Sandro (2018), Etwas Morsches im Recht. Sobre Violência e Direito, en: Profanações 5,1, 4–23, https://doi.org/10.24302/prof.v5i1.1817

Clavero, Bartolomé (1974), La historia del Derecho ante la historia social, en: Historia, Instituciones, Documentos 1, 239–262, https://doi.org/10.12795/hid.1974.i01.08

Clavero, Bartolomé (1981a), Historia y antropología. De la división convencional de las ciencias sociales, en: Llull 4, 21–34

Clavero, Bartolomé (1981b), Institución Política y Derecho: Acerca del concepto historiográfico de Estado Moderno, en: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) 19, 43–57

Clavero, Bartolomé (1986a), Tantas Personas como Estados. Por una antropología política de la historia europea, Madrid

Clavero, Bartolomé (1986b), De la religión en el derecho historia mediante (A propósito de Harold J. Berman, *Law and Revolution – The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1983), en: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 15, 531–549

Clavero, Bartolomé (1989a), Del estado presente a la familia pasada. (A propósito de estudios acerca de la *Familiglia Aristocrática* así como también de la *Familia Meditarránea*), en: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 18, 583–605

Clavero, Bartolomé (1989b), Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio, en: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 18, 79–145

Clavero, Bartolomé (1991), Antídora. Antropología católica de la economía moderna, Milano

Clavero, Bartolomé (1993–1994), Beati dictum. Derecho de linaje, economía de familia y cultura de orden, en: Anuario de Historia del Derecho Español, 63–64, 7–148

Clavero, Bartolomé (1995), Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville (a propósito de *Une et indivisible* de Mannoni, *Sovrano tutore* de Mannori y un curso mío), en: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 24, 419–468

Clavero, Bartolomé (1997), Imperio de la ley y *Rule of Law*: tópica y léxico constitucionales, en: idem, Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales, Madrid, 181–236

Clavero, Bartolomé (2016), Constitucionalismo colonial. Oeconomía de Europa, Constitución de Cádiz y más acá, Madrid

Clavero, Bartolomé et al. (eds.) (1990), Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales, Milano

Coleman, Aaron (2020), Anti-Federalists and the Roots of Judicial Oligarchy, en: Law & Liberty, https://lawliberty.org/anti-federalists-and-the-roots-of-judicial-oligarchy/#.XyqswhiP9PQ.gmail

Costa, Pietro (1974), Il Progetto Giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalism classico, vol. I: Da Hobbes a Bentham, Milano

Cucchi, Laura (2019), Las lecciones de derecho constitucional de Florentino González, en: Revista de Historia Constitucional 20, 999–1020, https://doi.org/10.17811/hc.v0i20.571

Daston, Lorraine, Michael Stolleis (2008), Introduction: Nature, Law and Natural Law in Early Modern Europe, en: idem (eds.), 1–12

Daston, Lorraine, Michael Stolleis (eds.) (2008), Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe. Jurisprudence, Theology, Moral and Natural Philosophy, London

Díaz Couselo, José María (1979), Panorama histórico del Derecho Administrativo argentino (1866–1950), en: Revista del Instituto de Historia del Derecho 25, 171–198

Donnelly, Tom (2009), Popular Constitutionalism, Civic Education and the Stories We Tell Our Children, en: The Yale Law Journal 118,5, 948–1001

Durkheim, Émile ([1893] 2001), La división del trabajo social, Madrid (primera edición en francés en 1893)

Duso, Giuseppe (1998), La historia conceptual como filosofía política, en: Res Pública 1, 35–71

Duso, Giuseppe (2015), La representación política. Génesis y crisis de un concepto, Buenos Aires

Duso, Giuseppe (2018), El Ganzes Haus de Brunner y la práctica de la historia conceptual, en: Conceptos Históricos 4, núm. 5, 72–98

Emig, Kurt (1935), Der Begriff der Verfassung im heutigen deutschen Recht, en: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 95,3, 463–482

Fioravanti, Maurizio (2016), Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones, Madrid

Foucault, Michel (1989), Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión, Mexico

Frankenberg, Günther (2010), Staatstechnik. Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmezustand, Frankfurt am Main

Frigo, Daniela (1991), Disciplina Rei Familiariae: a *Economia* como Modelo Administrativo de *Ancien Régime*, en: Penélope. Fazer e desfazer a história 6, 47–62

Galeano, Diego (2007), Mens sana in corpore sano. José M. Ramos Mejía y la Medicalización de la Sociedad Argentina, en: Salud Colectiva 3,2, 133–146, https://doi.org/10.18294/sc.2007.133

Galli, Carlo (2018), Genealogía de la política: Carl Schmitt y la crisis del pensamiento político moderno, Buenos Aires

Garriga, Carlos (2002), Los límites del reformismo borbónico. A propósito de la administración de la justicia en Indias, en: Barrios Pintado, Feliciano (coord.), Derecho y administración pública en las Indias hispánicas: actas del XII congreso internacional de historia del derecho indiano, Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, vol. I, Castilla-La Mancha, 781–822

Garriga, Carlos (2004), Orden Jurídico y poder político en el antiguo régimen, en: Istor Revista de historia internacional 16, 1–21

Garriga, Carlos (2006), Sobre el gobierno de la justicia en Indias (siglos XVI–XVII), en: Revista de Historia del Derecho 34, 67–160

Garriga, Carlos (2011), Cabeza moderna, cuerpo gótico. La Constitución de Cádiz y el orden jurídico, en: Anuario de Historia del Derecho Español 81, 99–162

Garriga, Carlos (2018), Prólogo, en: Agüero, Alejandro et al. (coords.), Jurisdicciones, Soberanías, Administraciones, Córdoba, 9–18

Gelli, María Angélica (2004), Constitución de la Nación Argentina: Comentada y Concordada, Buenos Aires

Goldman, Noemí (ed.) (2008), Lenguaje y revolución. Conceptos políticos clave en el Río de la Plata, 1780–1850, Buenos Aires

González Alonso, Benjamín (2003), Jueces, justicia y arbitrio judicial (algunas reflexiones sobre la posición de los jueces ante el derecho de la castilla moderna), en: Bennassar, Bartolomé et al., Vivir el siglo de oro. Poder, Cultura e historia en la época moderna. Estudios en homenaje al Profesor Ángel Rodríguez Sánchez, Salamanca, 223–242

Grawert, Rolf (1979), Gesetz, en: Brunner et al. (eds.), vol. 2, 863–922

Grimm, Dieter (1990), Verfassung II, en: Brunner et al. (eds.), vol. 6, 863–898

Grimm, Dieter (1991), Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt am Main

Grimm, Dieter (2013), The State Monopoly of Force, en: Heitmeyer, Wilhelm, John Hagan (eds.), International Handbook of Violence Research, Dordrecht, 1043–1056, https://doi.org/10.1007/978-0-306-48039-3_53

Grossi, Paolo (ed.) (1986), Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro, Milano

Grothe, Ewald (2005), Zwischen Geschichte und Recht. Deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung 1900–1970, Berlin, https://doi.org/10.1524/9783486595291

Halpérin, Jean-Louis (1992), L'Impossible Code Civil, París, https://doi.org/10.3917/puf.halpe.1992.01

Halperín Donghi, Tulio (2009), Tradición política española e ideología revolucionaria de Mayo, Buenos Aires

Herrero, Alejandro (2017), Tres temas en Joaquín V. González: el gobierno, las revoluciones, y los problemas nacionales, 1886–1894, en: Signos Universitarios 53, 57–68

Hespanha, António M. (1981), L'histoire juridique et les aspects político-juridiques du droit (Portugal, 1900–1950), en: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 10, 423–447

Hespanha, António M. (1982), História das instituições. Épocas medieval e modernas, Coimbra

Hespanha, António M. (1984), Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime, Lisboa

Hespanha, António M., (1986), A historiografía jurídico-institucional e a «morte do Estado», en: Anuario de Filosofía del Derecho 3, 191–227

Hespanha, António M. (1989), Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII), Madrid

Hespanha, António M. (1990), Una historia de Textos, en: Tomás y Valiente, Francisco et al., Sexo barroco y otras transgresiones premodernas, Madrid, 187–196

Hespanha, António M. (1993), La Gracia del Derecho: Economía de la Cultura en la Edad Moderna, Madrid

Hespanha, António M. (1996), Una nueva historia política e institucional, en: Revista mexicana de ciencias políticas y sociales 41, núm. 166, 9–45, https://doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.1996.166.49493

Hespanha, António M. (1997), La senda amorosa del derecho, en: Petit, Carlos (ed.), Pasiones del jurista: Amor, memoria, melancolía, imaginación, Madrid, 23–56

Hespanha, António M. (2002), Cultura Jurídica Europea. Síntesis de un milenio, Madrid

Hespanha, António M. (2004), Legal History and Legal Education, en: Rechtsgeschichte 4, 41–56, https://doi.org/10.12946/rg04/041-056

Koschorke, Albrecht et al. (2007), Der fiktive Staat. Konstruktionen des politischen Körpers in der Geschichte Europas, Frankfurt am Main

Koselleck, Reinhart (2014), Vom Sinn und Unsinn der Geschichte, Berlin

Koselleck, Reinhart (2015), Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten, Frankfurt am Main

L'Heuillet, Hélene (2010), Baja política, alta policía. Un enfoque histórico y filosófico de la policía, Buenos Aires

Lepsius, Oliver (1994), Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung. Methodenentwicklungen in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft im Nationalsozialismus, München

Levaggi, Abelardo (1978), La fundamentación de las sentencias en el derecho indiano, en: Revista de Historia del Derecho 6, 45–73

Loos, Fritz, Hans-Ludwig Schreiber (1984), Recht, Gerechtigkeit, en: Brunner et al. (eds.), vol. 5, 231–311

Lorente Sariñena, Marta (2009), Un día en la vida del centauro liberal (libertad de los modernos vs. jurisdicción administrativa en la restauración francesa, 1814–1830), en: Historia y Política 22, 15–44

Lorente Sariñena, Marta (2021), Leyes fundamentales y representación regnícola en el ocaso de la monarquía española (Castilla, ca. 1664/1665 – España, 1808/1812). Una reflexión en torno al constitucionalismo pre-moderno, en: Revista de Historia del Derecho 61, 1–52

Lorente Sariñena, Marta (ed.) (2008), La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes, Madrid

Llamosas, Esteban (2021), Fundar un constitucionalismo para cimentar la república: la enseñanza del derecho constitucional en la Universidad de Córdoba en la segunda mitad del siglo XIX, en: Revista de Historia del Derecho 61, 53–79

Mandt, Hella (1990), Tyrannis, Despotie, en: Brunner et al. (eds.), vol. 6, 651–706

Mannori, Luca (1990), Per una «preistoria» della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune, en: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 19, 323–504

Martínez, Fernando, Alejandro Agüero (2008), Ein Gespräch mit Bartolomé Clavero, 10. März 2008, en: Forum Historiae Iuris, http://www.forhistiur.de/zitat/0803clavero.htm

Martiré, Eduardo (2005), Las Audiencias y la Administración de Justicia en las Indias, Madrid

Meccarelli, Massimo (1998), Arbitrium iudicis und officialis im ius commune: Ein Instrument für die Vermittlung zwischen einem allgemeinen Recht und der örtlichen Realität (XIV.–XVI. Jahrhundert), en: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung 115, 552–565, https://doi.org/10.7767/zrgga.1998.115.1.552

Mehring, Reinhard (2009), Carl Schmitt. Aufstieg und Fall, München

Menke, Christoph (2015), Kritik der Rechte, Berlin

Menke, Cristoph, Arnd Pollmann (2012), Philosophie der Menschenrechte zur Einführung, Hamburg

Mohnhaupt, Heinz (1972), Potestas legislatoria und Gesetzesbegriff im Ancien Régime, en: Ius commune. Zeitschrift für europäische Rechtsgeschichte 4, 188–239

Mohnhaupt, Heinz (1990), Verfassung I, en: Brunner et al. (eds.), vol. 6, 831–862

Mohnhaupt, Heinz (1994), Zur Geschichte des Rechtsstaats in Deutschland. Begriff und Funktion eines schwierigen Verfassungsprinzips, en: Acta Facultatis Politico-iuridicae 34, 39–60

Mohnhaupt, Heinz (2000a), Historische Vergleichung im Bereich von Staat und Recht, Frankfurt am Main

Mohnhaupt, Heinz (2000b), Von den «leges fundamentales» zur modernen Verfassung in Europa. Zum begriffs- und dogmengeschichtlichen Befund (16.–18. Jahrhundert), en: idem (2000a), 35–72

Mohnhaupt, Heinz (2008), Lex certa and ius certum: The Search for Legal Certainty and Security, en: Daston / Stolleis (eds.), 73–88

Mohnhaupt, Heinz (2011), Das Verhältnis zwischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft als Rechtsquellenproblem (18. bis 20. Jahrhundert), en: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 40, 19–52

Mohnhaupt, Heinz (2021), Rechtssicherheit, en: Collin, Peter (Hg.), Handbuch zur Geschichte der Konfliktlösung in Europa, vol. 4: Konfliktlösung im 19. und 20. Jahrhundert, Berlin, 65–74, https://doi.org/10.1007/978-3-662-56076-1_4

Müller, Ernst, Falko Schmieder (2016), Begriffsgeschichte und historische Semantik. Ein kritisches Kompendium, Berlin

Münkler, Herfried, Grit Strassenberger (2016), Politische Theorie und Ideengeschichte. Eine Einführung, München

Murilo de Carvalho, José (1997), La formación de las almas. El imaginario de la República en el Brasil, Bernal

Myers, Jorge (2011), Orden y Virtud. El discurso republicano en el régimen rosista, Bernal

Neumann, Franz (1964), The Democratic and the Authoritarian State. Essays in Political and Legal Theory, London

O'Donnell, Guillermo (2009), El Estado Burocrático Autoritario, Buenos Aires

Palti, Elías (2006), La nación como problema. Los historiadores y la «cuestión nacional», Buenos Aires

Palti, Elías (2007), El tiempo de la política. El siglo XIX reconsiderado, Buenos Aires

Palti, Elías (2009), El momento romántico. Nación, historia y lenguajes políticos en la Argentina del siglo XIX, Buenos Aires

Piglia, Ricardo (2018), Sarmiento, Escritor, en: Sarmiento, Domingo F., Facundo, Buenos Aires, 13–34

Poloto, María Rosario (2009), La argentinidad de la constitución. Nuevos enfoques para el estudio de nuestra carta magna a principios del siglo XX (1901–1930), en: Revista de Historia del Derecho 37, 1–11

Portillo Valdés, José María (2016), Historia mínima del constitucionalismo en América Latina, México

Ramaglia, Dante (2007), Proyección del Krausismo Argentino: su influencia en la acción reformista de Joaquín V. González, en: Pensares y Quehaceres 4,3, 109–125

Rodríguez, Fermín (2010), Un desierto para la nación. La escritura del vacío, Buenos Aires

Rosanvallon, Pierre (2015), El buen gobierno, Buenos Aires

Rosler, Andrés (2019), La Ley es La Ley, Buenos Aires, https://doi.org/10.2307/jj.15478389

Ross, Alf (2008), El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural, en: Academia. Revista sobre Enseñanza del derecho 6, núm. 12, 199–220

Salvatore, Andrea (2018), A counter-mine that explodes silently: Romano and Schmitt on the unity of the legal order, en: Ethics & Global Politics 11,2, 50–59, https://doi.org/10.1080/16544951.2018.1498698

Salvatore, Ricardo (2003), Wandering Paysanos. State, Order and Subaltern Experience in Buenos Aires during the Rosas Era, Durham, https://doi.org/10.1515/9780822384731

Sanjurjo de Driollet, Inés (2011), La pionera obra de Otto Brunner a través de sus comentaristas, en: Revista de Historia del Derecho 42, 155–170

Santos, Boaventura Sousa (1977), The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasagarda, en: Law and Society Review 12,1, 5–126, https://doi.org/10.2307/3053321

Sazbón, José (2002), Historia y representación, Bernal

Schiera, Pierangelo (1987), Il laboratorio borghese. Scienza e política nella Germania dell'Ottocento, Bologna

Schiera, Pierangelo (2012), El constitucionalismo como discurso politico, Madrid

Schmitt, Carl ([1921] 2015), Die Diktatur: Von den Anfängen des modernen Souveranitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf, 8. Aufl. Berlin (primera edición München / Leizig 1921), https://doi.org/10.3790/978-3-428-54692-3

Schmitt, Carl ([1922] 2009), Teología política. Traducciones de Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez; epílogo de José Luis Villacañas, Madrid

Schmitt, Carl ([1922] 2015), Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 10. Aufl. Berlin, https://doi.org/10.3790/978-3-428-54702-9

Schmitt, Carl ([1928] 1996), Teoría de la Constitución [Título original: Verfassungslehre (1928)]. Traducido al español por Francisco Ayala, Madrid

Schmitt, Carl ([1928] 2010), Verfassungslehre, 10. Aufl. Berlin, https://doi.org/10.3790/978-3-428-47603-9

Schmitt, Carl ([1932] 2009), Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien, Berlin, https://doi.org/10.3790/978-3-428-53116-5

Schmitt, Carl ([1934] 1996), Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica [Título original: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens (1934)], estudio preliminar, traducción y notas de Monserrat Herrero, Madrid

Schmitt, Carl (1935), Was bedeutet der Streit um den »Rechtsstaat«?, en: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 95,2, 189–201

Scholz, Johannes-Michael (1986), L'obstacle épistémologique premier de l'historien du droit, en: Grossi, Paolo (ed.), Storia sociale e dimensione giuridica: istrumenti d'indagine e ipotesi di lavoro, Milan, 275–312

Scholz, Johannes-Michael (1988), La historia del derecho como sociología de la cultura, en: Anuario de Historia del Derecho Español 58, 499–508

Schröder, Jan (2012), Recht als Wissenschaft. Geschichte der Juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1933), München

Schwab, Dieter (1979), Familie, en: Brunner et al. (eds.), vol. 2, 253–301

Segovia, Juan Fernando (2002), Estrada y el liberalismo católico, en: Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada 8, 99–129

Sordi, Bernardo (2020), Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica, Bologna

Sordi, Bernardo (ed.) (2013), Storia e Diritto. Esperienze a confronto, Milano

Stolleis, Michael (1992), Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, vol. 2: Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914, München, https://doi.org/10.17104/9783406704291

Stolleis, Michael (1998a), Stato e ragion di stato nella prima età moderna, Bologna

Stolleis, Michael (1998b), The Law under the Swastika: Studies on Legal History in Nazi Germany, Chicago, https://doi.org/10.7208/chicago/9780226075327.001.0001

Stolleis, Michael (1999), Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, vol. 3: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914–1945, München, https://doi.org/10.17104/9783406704307

Stolleis, Michael (2008), The Legitimation of Law through God, Tradition, Will, Nature and Constitution, en: Daston / Stolleis (eds.), 45–55

Stolleis, Michael (2009), La Historia del Derecho como obra de arte, Granada

Stolleis, Michael (2011), Condere leges et interpretari. Gesetzgebungsmacht und Staatsbildung in der frühen Neuzeit, en: idem, Ausgewählte Aufsätze und Beiträge, herausgegeben von Stefan Ruppert und Miloš Vec, vol. I, Frankfurt am Main, 109–134

Stolleis, Michael (2017), Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte. Materialien, Methodik, Fragestellungen, München

Tanzi, Héctor (2011), La enseñanza del Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de Buenos Aires, en: Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho 9, núm. 17, 85–112

Tarello, Giovanni (2002), Cultura jurídica y política del derecho, Granada

Tau Anzoátegui, Víctor (1992a), Casuismo y Sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano, Buenos Aires

Tau Anzoátegui, Víctor (1992b), La Ley en la América Hispana. Del Descubrimiento a la Emancipación, Buenos Aires

Tau Anzoátegui, Víctor (2008a), La Codificación en la Argentina 1810–1870. Mentalidad Social e Ideas Jurídicas, Buenos Aires

Tau Anzoátegui, Víctor (2008b), Peculiaridad del pensamiento jurídico argentino, en: idem (coord.), Antología del pensamiento jurídico argentino (1901–1945), vol. I, Buenos Aires, 11–35

Tau Anzoátegui, Víctor (2016), El jurista en el Nuevo Mundo. Pensamiento. Doctrina. Mentalidad (Global Perspectives on Legal History 7), Frankfurt am Main

Terán, Oscar (2015), Historia de las ideas en la Argentina. Diez lecciones iniciales 1810–1980, Buenos Aires

Thompson, Martyn (1986), The History of Fundamental Law in Political Thought from the French Wars of Religion to the American Revolution, en: The American Historical Review 91,5, 1103–1128, https://doi.org/10.1086/ahr/91.5.1103

Tomás y Valiente, Francisco (1995), Génesis de la Constitución de 1812. I. De muchas Leyes fundamentales a una sola Constitución, en: Anuario de Historia del Derecho Español 65, 13–125

Troper, Michel (1992), Sur l'usage des concepts juridiques en histoire, en: Annales 47,6, 1171–1183

Troper, Michel (2008), Ensayos de teoría constitucional, Mexico

Vallejo, Jesús (1992), Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250–1350), Madrid

Vallejo, Jesús (2014), Maneras y motivos en historia del derecho, Madrid

Vanossi, Jorge Reinaldo (1983), El pensamiento vivo de la Constitución, Buenos Aires

Vezzetti, Hugo (2012), Pasado y Presente. Guerra, dictadura y sociedad en la argentina, Buenos Aires

Villey, Michel (2003), La formation de la pensée juridique moderne, París

Waddicor, Mark (1970), Montesquieu and the Philosophy of Natural Law, The Hague, https://doi.org/10.1007/978-94-010-3238-4

White, Hayden (2010), La historia literaria de Auerbach. Causalidad figural e historicismo modernista, en: idem, Ficción histórica, historia ficcional y realidad histórica, Buenos Aires, 33–52 (primera edición en inglés en 1996)

White, Hayden (2017), El pasado práctico, Buenos Aires

Zamora, Romina (2013), Amor, amistad y derecho en la pioteca de padres de familia de Francisco Magallón y Magallón: Una defensa tardía de la oeconomía, en: Revista de Historia del Derecho 46, 108–135

Zamora, Romina (2017), Casa poblada y Buen gobierno. *Oeconomía* católica y servicio personal en San Miguel de Tucumán, siglo XVIII, Buenos Aires

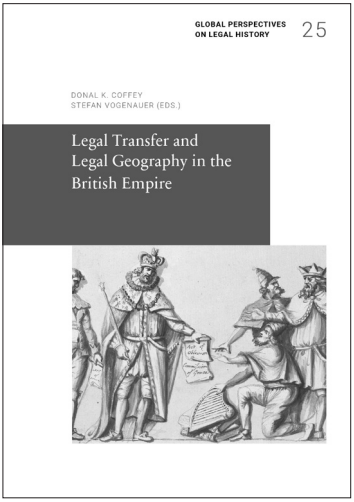
Zimmermann, Eduardo (1995), Los liberales reformistas. La cuestión social en la Argentina (1890–1916), Buenos Aires

Zimmermann, Eduardo (2010), Abogados, científicos y estadistas. Debates sobre la enseñanza jurídica en la Argentina del primer centenario, en: Ciencia Hoy 119, 36–42

Zimmermann, Eduardo (2014), Translations of the «American Model» in Nineteenth Century Argentina: Constitutional Culture as a Global Legal Entanglement, en: Duve, Thomas (ed.), Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches (Global Perspectives on Legal History 1), Frankfurt am Main, 385–425

About the Author

Agustín E. Casagrande is Professor of Legal Sociology in the Law Faculty of UNLP and Professor of the History of Western Law in the School of Humanities of UNSAM. He holds a Doctorate in Social Sciences from UNLP and was a post-doctoral fellow at the Excellence Cluster »Normative Ordnungen« at Goethe-Universität Frankfurt (2018–2019). Among his latest publications are: Gobierno de justicia, poder de policía. La construcción oeconómica del orden social en Buenos Aires (1776–1829), Valencia 2019; The concept of *Estado de Derecho* in the History of Argentinean Constitutionalism (1860–2015), in: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 47 (2018), 169–206; Estadística en el Río de la Plata a principios del siglo XIX. Conceptual limits to state power, in: Alejandro Agüero (ed.), Tradición Jurídica y discursividad política en la formación de una cultura estatal. Trayectorias rioplatenses, siglo XIX, Buenos Aires 2019, 37–59; Forensic Practices and the »History of Justice« in the 17th and 18th Centuries: A View from a Spanish American Periphery, in: Thomas Duve / Otto Danwerth (eds.), Knowledge of the *Pragmatici*. Legal and Moral Theological Literature and the Formation of Early Modern Ibero-America, Leiden 2020, 350–378.



Donal K. Coffey, Stefan Vogenauer (eds.)

Legal Transfer and
Legal Geography in the
British Empire

Global Perspectives on Legal History 25

Frankfurt am Main: Max Planck Institute
for Legal History and Legal Theory 2024.
352 p., € 24,33 D
ISBN 978-3-944773-48-3
eISBN 978-3-944773-49-0
Open Access Online Edition:
http://dx.doi.org/10.12946/gplh25

The legal history of the British Empire is still in its infancy. This book attempts to fill some of the gaps by focusing on legal transfer and legal geography. Its chapters are based on papers given at the stream "Legal Transfer in the Common Law World" for the Third Legal Histories of Empires Conference, held at the National University of Ireland, Maynooth, in 2022. They take us to present-day Australia, Canada and the United States, as well as to the Caribbean, East Asia and East and South Africa.

Global Perspectives on Legal History is a book series edited and published by the Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, Frankfurt am Main, Germany. As its title suggests, the series is designed to advance the scholarly research of legal historians worldwide who seek to transcend the established boundaries of national legal scholarship that typically sets the focus on a single, dominant modus of normativity and law.
The series aims to privilege studies dedicated to reconstructing the historical evolution of normativity from a global perspective.
It includes monographs, editions of sources, and collaborative works. All titles in the series are available both as premium print-on-demand and in the open-access format.

Released volumes

25 | Donal K. Coffey, Stefan Vogenauer (eds.)

Legal Transfer and Legal Geography in the British Empire

24 | Máximo Sozzo, Jorge Núñez (eds.)

Los viajes de las ideas sobre la cuestión criminal hacia/desde Argentina.
Traducción, lucha e innovación (1880–1955)

23 | Anna Clara Lehmann Martins

The Fabric of the Ordinary.
The Council of Trent and the Governance of the Catholic Church in the Empire of Brazil (1840–1889)

22 | Adriane Sanctis de Brito

Seeking Capture, Resisting Seizure.
An International Legal History of the Anglo-Brazilian Treaty for the Suppression of the Slave Trade (1826–1845)

21 | Peter Collin, Agustín Casagrande (eds.)

Law and Diversity: European and Latin American Experiences from a Legal Historical Perspective.
Vol. 1: Fundamental Issues

20 | Stephen B. Aranha

Towards a Democratic Franchise.
Suffrage Reform in the Twentieth-Century Bahamas

19 | Nicola Camilleri

Staatsangehörigkeit und Rassismus.
Rechtsdiskurse und Verwaltungspraxis in den Kolonien Eritrea
und Deutsch-Ostafrika (1882–1919)

18 | Pamela Alejandra Cacciavillani

Celebrar lo imposible.
El Código Civil en el régimen jurídico de la propiedad: Córdoba entre
fines del siglo XIX y comienzos del XX

17 | Mariana Armond Dias Paes

Esclavos y tierras entre posesión y títulos.
La construcción social del derecho de propiedad en Brasil (siglo XIX)

16 | Gunnar Folke Schuppert

A Global History of Ideas in the Language of Law

15 | Luisa Stella de Oliveira Countinho Silva

Nem teúdas, nem manteúdas: História das Mulheres e Direito
na capitania da Paraíba (Brasil, 1661–1822)

14 | Mario G. Losano

Le tre costituzioni pacifiste.
Il rifiuto della guerra nelle costituzioni di Giappone, Italia e Germania

13 | Pilar Mejía, Otto Danwerth, Benedetta Albani (eds.)

Normatividades e instituciones eclesiásticas en el
Nuevo Reino de Granada, siglos XVI–XIX

12 | Otto Danwerth, Benedetta Albani, Thomas Duve (eds.)

Normatividades e instituciones eclesiásticas en el
virreinato del Perú, siglos XVI–XIX

11 | Massimo Brutti, Alessandro Somma (eds.)

Diritto: storia e comparazione.
Nuovi propositi per un binomio antico

10 | Gunnar Folke Schuppert

The World of Rules.
A Somewhat Different Measurement of the World

9 | Guido Pfeifer, Nadine Grotkamp (eds.)

Außergerichtliche Konfliktlösung in der Antike.
Beispiele aus drei Jahrtausenden

8 | Elisabetta Fiocchi Malaspina

L'eterno ritorno del *Droit des gens* di Emer de Vattel (secc. XVIII–XIX).
L'impatto sulla cultura giuridica in prospettiva globale

7 | Víctor Tau Anzoátegui

El Jurista en el Nuevo Mundo.
Pensamiento. Doctrina. Mentalidad

6 | Massimo Meccarelli, María Julia Solla Sastre (eds.)

Spatial and Temporal Dimensions for Legal History.
Research Experiences and Itineraries

5 | Benedetta Albani, Otto Danwerth, Thomas Duve (eds.)

Normatividades e instituciones eclesiásticas en la Nueva España, siglos XVI–XIX

4 | Osvaldo Rodolfo Moutin

Legislar en la América hispánica en la temprana edad moderna.
Procesos y características de la producción de los Decretos del Tercer Concilio Provincial Mexicano (1585)

3 | Thomas Duve, Heikki Pihlajamäki (eds.)

New Horizons in Spanish Colonial Law.
Contributions to Transnational Early Modern Legal History

2 | María Rosario Polotto, Thorsten Keiser, Thomas Duve (eds.)

Derecho privado y modernización.
América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX

1 | Thomas Duve (ed.)

Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches

More information on the series and forthcoming volumes: http://global.lhlt.mpg.de

MAX PLANCK INSTITUTE
FOR LEGAL HISTORY AND LEGAL THEORY

Constitutional language emerged out of the interaction of legal theory, political philosophy, and historical narratives. By analyzing the concepts of constitution and arbitrariness, this book explores the logic behind this discourse, examining the transformation of law from *arbitrium* to the "legicentric" ideal, the history of literary imaginaries constructed in 19th-century Argentina, and the conceptual history underlying recent political and legal historiography, which criticize the traditional narrative of constitutionalism.

http://global.lhlt.mpg.de

ISBN 978-3-944773-50-6