
El difícil constitucionalismo hispanoamericano

The Uneasy Latin-American Constitutionalism

RECIBIDO: 2013-03-06 / ACEPTADO: 2013-05-08

Joaquín GARCÍA-HUIDOBRO*

Grupo de Investigación en Filosofía Práctica
Universidad de los Andes. Santiago de Chile
jgh@miuandes.cl

Resumen: El constitucionalismo no es una creación propia hispanoamericana, sino una importación europea y norteamericana. Su implante ha sido particularmente difícil, como lo muestra el hecho de que, en dos siglos de vida independiente, esos países han conocido 200 textos constitucionales. En este trabajo se analizan algunas causas históricas de la inestabilidad constitucional de Latinoamérica. Asimismo, se muestra cómo, a pesar del divorcio que en muchos casos existe entre la constitución real y la aparente, y la generalizada falta de confianza en los textos constitucionales, el constitucionalismo ha producido algunos frutos importantes en esa región del mundo. Especial importancia se le atribuye al Derecho Procesal Constitucional, cuyas instituciones están vigentes y son respetadas incluso en países donde la legitimidad social de la ley fundamental es muy limitada.

Palabras clave: constitucionalismo; *Scheinkonstitutionalismus*; fidelidad constitucional; rupturas constitucionales; crisis constitucional.

Sumario. I. El desarrollo actual del constitucionalismo. II. Lo que la historia puede aportar al constitucionalismo. II.a. El escepticismo constitucional. II.b. La apariencia constitucional. II.c. Las rupturas constitucionales. III. El valor de las constituciones: el caso chileno. IV. Más allá del pesimismo.

Abstract: Constitutionalism is not a Latin American creation, but rather a European and American import. Its implantation throughout these region has been particularly difficult, as shown by the fact that in two centuries of independence, they produced over 200 constitutional texts. This paper gives an analysis of some historical causes of this constitutional instability in Latin America. It also shows how constitutionalism has brought about a number of significant results in the region nonetheless, despite the divorce which often exists between the real and the apparent constitution, and the general lack of confidence in Constitutions. A particular importance is ascribed to Constitutional Litigation Law, whose institutions are in force and are respected in countries where the social legitimacy of Constitutions is rather slight.

Key words: Constitutionalism; *Scheinkonstitutionalismus*; Constitutional Loyalty; Constitutional Breakdowns; Constitutional Crisis.

Summary: I. The current development of constitutionalism. II. What history can contribute to constitutionalism. II.a. Constitutional skepticism. II.b. Constitutional appearance. II.c. Constitutional breakouts. III. The value of constitutions: the Chilean case. IV. Beyond pessimism.

* El autor agradece las observaciones de Maries Köpcke, Lorenzo Peña, Caridad Velarde, Carlos I. Massini, Paul-Ludwig Weinacht, Daniel Mansuy, Hugo Herrera y, muy especialmente, de los dos revisores anónimos de este trabajo. Una primera versión, abreviada, del mismo fue publicada en "Der schwierige hispanoamerikanische Konstitutionalismus", *Rechtsgeschichte* 16 (2010) 40-46.

El constitucionalismo llegó a Hispanoamérica desde los Estados Unidos y Europa, pero, a diferencia de otras importaciones culturales, como la escritura o las universidades, ha tenido allí una vida particularmente azarosa. En este artículo pretendo mostrar (I) el auge que ha experimentado la teoría constitucional en Latinoamérica, haciendo ver, de paso, algunas debilidades de la misma, para luego (II) mostrar la importancia que tiene la atención a la historia a la hora de explicar la carencia de bases sólidas en el constitucionalismo de la Región. Aunque el panorama que emerge de esta descripción no es particularmente alentador, particularmente por la introducción en los últimos años de nuevas modalidades de ruptura constitucional, pretendo hacer ver (III) que el constitucionalismo constituye un aporte importante para la vida jurídica de estos países. Lo haré a la luz del caso chileno, que se tendrá especialmente presente a lo largo de todo este estudio. Unas conclusiones (IV) cierran el trabajo.

I. EL DESARROLLO ACTUAL DEL CONSTITUCIONALISMO

En las últimas décadas, el derecho constitucional ha experimentado un crecimiento notable en los países de habla hispana. El motor de este incremento probablemente fue la constitución española de 1978, que dio origen a una cuantiosa literatura en la Península¹. Con todo, en diversos países de Iberoamérica se produjo un movimiento análogo, sea porque, como en Chile (1980), Brasil (1988) o Perú (1993), se promulgaron nuevas constituciones, o porque, como en Argentina, se recibió la doctrina constitucional de otras naciones. Este auge se ha traducido en una incontable cantidad de libros, en revistas constitucionales especializadas, y en una multiplicación de los artículos sobre Derecho Constitucional que se publican en las revistas generales de Derecho. Esta eclosión constitucionalista no solo se produjo en el campo de la ciencia jurídica, sino también repercutió en la actividad forense. Son innumerables los estudios de abogados que mantienen especialistas en Derecho Constitucional, cosa impensable en casi todos los países hace medio siglo, y las cuestiones constitucionales que deben decidir los tribunales se han multiplicado.

¹ Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, F. (coord.), *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

Si tomamos, por ejemplo, el caso de Chile, constataremos que hasta la década de los ochenta del siglo pasado la actividad constitucional se reducía a los requerimientos de constitucionalidad de la ley que ocasionalmente se hacían a la Corte Suprema, normalmente con resultados decepcionantes. Es más, la propia Corte Suprema chilena había restringido unilateralmente su competencia y se limitaba tan solo a conocer de la inconstitucionalidad de fondo, pero se negaba sistemáticamente a atender a las infracciones de forma que pudieran presentar las leyes, arguyendo que eso significaría violar el principio de la separación de los poderes del Estado. El estatuto mismo de la Constitución era del todo diferente que en la actualidad. A ningún juez chileno se le habría ocurrido resolver un caso mediante la aplicación directa de los preceptos constitucionales: la norma propia de la judicatura era la ley, la Constitución era un documento político dirigido a los legisladores o, en casos muy excepcionales, a los jueces del supremo tribunal. Esta situación también se daba en otros países hispanoamericanos. Hoy, en cambio, la generalización de los recursos constitucionales lleva a que la invocación de esas normas supremas haya pasado a ser un elemento central de la vida jurídica del Continente², sin perjuicio de que probablemente en el resto de los países nunca se llegó a los extremos de pasividad constitucional propios de los tribunales chilenos.

Este auge del Derecho Constitucional ha ido acompañado de algunos fenómenos interesantes. El primero es la apertura de los autores y jueces latinoamericanos a la doctrina extranjera, incluida la de los países anglosajones. Con la excepción de Argentina, esa bibliografía permaneció desatendida por años; ahora, en cambio, es muy estudiada, si bien no siempre resulta aplicable, atendida la diferencia de los sistemas jurídicos. Además, entre las mismas naciones latinoamericanas de habla hispana existe hoy un rico intercambio intelectual, donde la más influyente parece ser Argentina, que tradicionalmente ha mantenido un estrecho contacto con el Viejo Mundo. Con todo, la fuente de la que, en último término, beben los constitucionalistas es la literatura española, que sirve de vía de comunicación para la recepción de ideas jurídicas que vienen de Europa, particularmente de Alemania.

² Cfr. MEDINACELI ROJAS, G., *La aplicación directa de las normas constitucionales: una mirada en los países miembros de la Comunidad Andina*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2010, Tesis (Maestría en Derecho. Mención en Derecho Constitucional).

Otra característica de este fenómeno de auge del constitucionalismo es el creciente protagonismo de los jueces, que comienzan a adquirir una preeminencia inédita. En algunos países, como Brasil, este papel ha crecido tanto que algunos advierten con temor que ya no hay *una* sino *innumerables* constituciones brasileñas, tantas como intérpretes. El fundamento doctrinario de este protagonismo judicial está dado por las teorías del neoconstitucionalismo.

El ya citado caso de Chile es muy ilustrativo al respecto. Sin perjuicio de la obsecuencia de algunos magistrados, la formación legalista de la mayoría de los jueces chilenos llevó a que, durante el gobierno militar (1973-1990) tendieran a ejecutar dócilmente las normas vigentes. Esta actitud, insisto, no se debía tanto a su obsecuencia política cuanto a la mentalidad en que estaban formados, que respondía a los cánones más estrictos del positivismo legalista. La crítica a la que fueron sometidos después del retorno a la democracia, abrió camino a un cambio completo de los paradigmas, que incluso ha llevado a que, por la vía de la interpretación, se terminen por sobrepasar ciertos principios, como la prescripción, que forman parte de la mejor tradición jurídica de Occidente³.

Si hubiera que caracterizar, entonces, la tendencia actual en Latinoamérica, habría que decir que se ha pasado de la primacía de la ley, vigente desde el siglo XIX hasta fines del siglo XX, a la primacía de la Constitución. En la práctica, este se ha traducido en el predominio de los principios sobre las reglas. Para algunos autores, críticos del neoconstitucionalismo, este tránsito no siempre ha significado una ganancia, pues el reemplazo de las reglas por principios puede abrir espacio a la arbitrariedad, particularmente cuando se los entiende de una manera tan creativa que deja al ciudadano desprovisto de la certeza mínima que exige un Estado de derecho⁴. No entraré aquí en esta discusión.

³ Así, por ejemplo, en el doloroso caso de los desaparecidos, una amplia jurisprudencia ha considerado que, como no se encuentra el cadáver, no cabe aplicar la prescripción porque estaríamos en presencia de un “secuestro permanente”. Esa solución, que se funda en un supuesto que todos reconocen que no es efectivo, implica, en los hechos, aplicar con carácter retroactivo la imprescriptibilidad a esos crímenes. Es verdad que hoy la prescripción penal es objeto de una interesante discusión, en cuanto que se pretende establecer la imprescriptibilidad de ciertos delitos particularmente graves. Pero, más allá de la posición que se pueda tener sobre esa idea, no resulta razonable aplicarla con efecto retroactivo a personas que, al momento de cometer determinados crímenes, no podían tener conciencia de esa imprescriptibilidad, o recurrir a ficciones que terminen por hacerla inaplicable.

⁴ Véase, por ejemplo, el interesante trabajo de HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, São Paulo, 2007.

En todo caso, hay que reconocer que, a pesar de los avances que ha experimentado el constitucionalismo en Latinoamérica, cabe advertir en él algunas deficiencias significativas. La primera es la falta de originalidad y la calidad muy desigual de los trabajos científicos. Quizá ésta sea la consecuencia necesaria de la masificación, pero en todo caso estamos lejos de la época en que las obras constitucionales del siglo XIX (Juan Bautista Alberdi⁵ y Jorge Huneeus, por ejemplo⁶) más allá del acuerdo que podamos tener con sus ideas, alcanzaban un mínimo que era muy alto, o de la época inmediatamente anterior, en que los juristas indianos proponían soluciones muy originales para los variados problemas que planteaba la vida en el Nuevo Mundo⁷.

Por otra parte, se echa en falta una mayor atención a la historia y a las condiciones reales de aplicación de las doctrinas y normas constitucionales. Este carácter ahistórico y ajeno a consideraciones sociológicas (para qué decir de las de índole filosófica) contrasta fuertemente con parte de la doctrina constitucional europea⁸. Esta característica se explica tanto por la formación que los constitucionalistas han recibido en sus estudios universitarios como, en algunos países, por el traslado de los esquemas legalistas a buena parte de la teoría constitucional, por más que muchos jueces ya hayan abandonado este modo de proceder⁹.

⁵ *Obras completas*, La Tribuna Nacional, Buenos Aires, 1886, 8 tomos

⁶ *Obras de Don Jorge Huneeus*, Santiago, Imprenta Cervantes, 1890-1.

⁷ Un ejemplo entre muchos: muy poco después del Descubrimiento de América, el Papa y la Corona española reconocieron el carácter personal de los indios. Pero si a partir de este hecho se hubiera deducido que debían recibir igual tratamiento que cualquier europeo, la consecuencia necesaria habría sido su desprotección frente a los abusos de los conquistadores. Por eso, utilizando la analogía se concluyó que debían ser tratadas como personas particularmente necesitadas de ayuda, y se consideró que debía aplicárseles un régimen jurídico especial, a saber, el de los menesterosos o personas miserables de Castilla. Con este régimen, sin perder su condición de vasallos libres, pasaron a gozar de diversos privilegios patrimoniales, procesales y penales, al igual que las viudas, los menores y otros menesterosos de la Península. Los indios no eran menesterosos ni castellanos, pero el modo típico de razonar daba a los juristas del Renacimiento y, particularmente, del Barroco la flexibilidad suficiente como para elaborar soluciones de este estilo, que muestran una particular sutileza jurídica (cfr. DUVE, Th., "La condición jurídica del indio y su consideración como persona miserabilis en el Derecho indiano", en LOSANO, M. (comp.), *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*, Università degli Studi di Milano, Milano, 2004, pp. 3-33).

⁸ Un claro ejemplo de esta diferencia: BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Recht, Staat, Geschichte: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1991; ID., *Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1999.

⁹ Si se examinan algunos conocidos tratados de Derecho Constitucional chileno (Nogueira, Andrade, Silva Bascuñán, Evans), se podrá constatar que la presencia de la historia y la sociología

Cabe afirmar, además, que el desarrollo experimentado por la doctrina constitucional hispanoamericana de los últimos treinta años coincide con una crisis de fundamentación. En efecto, esos estudios no explican las condiciones de posibilidad de las experiencias constitucionales exitosas, ni las causas de la volatilidad de unas constituciones que, a partir de la venezolana de 1811, no han dejado de sucederse (los veinte Estados hispanoamericanos han conocido 200 constituciones en estos últimos dos siglos)¹⁰; ni muestran cuál es la imagen del hombre que está detrás de los textos; ni aclaran por qué las constituciones, por lo general, se han mostrado tan ineficaces para prevenir las rupturas del orden constitucional que han sido tan frecuentes en los 200 años de vida independiente de las naciones latinoamericanas, o por qué los cambios constitucionales se suceden con tan pasmosa frecuencia: Venezuela ha tenido 8 constituciones en los últimos 90 años, Bolivia 7, Brasil y Ecuador 5, además de un sinnúmero de reformas¹¹. Tampoco parece preocuparles excesivamente las notorias diferencias que existen entre los textos escritos y la constitución real de esos países. Por ahora, esa crisis no parece inquietar mucho a los constitucionalistas, pero que no por eso deja de ser importante, por lo que, en lo que sigue, esbozaré algunas ideas que tienen estrecha relación con esas carencias que me parece advertir en buena parte de los estudios constitucionales, particularmente en mi país, Chile.

II. LO QUE LA HISTORIA PUEDE APORTAR AL CONSTITUCIONALISMO

Si las dificultades de fundamentación de nuestra teoría constitucional tienen que ver, al menos en parte, con una falta de atención a la realidad histórica en la que esos textos pretenden aplicarse, parece importante, entonces, hacernos una pregunta: ¿qué podría aportarle una mirada histórica a una ciencia constitucional que tiende a prescindir de ella? El tema es muy amplio, pero he querido mostrar tres aspectos donde esa contribución resulta más clara.

es en ellos muy escasa. Su modo de razonar se acerca mucho más al propio de un manual de Derecho Civil que al que hallamos en autores como Dicey, Carl Schmitt, etc.

¹⁰ “La poca duración de las constituciones [...] impide el surgimiento de un sentimiento constitucional entre los ciudadanos” (HAKANSSON NIETO, C., *La forma de gobierno de la Constitución peruana*, Universidad de Piura, 2001, 108).

¹¹ Antes de 1920 Venezuela había tenido 15 constituciones, Bolivia 11, Brasil tan sólo 2 y Ecuador 13.

II.a. *El escepticismo constitucional*

El primer aporte que puede entregar una adecuada formación histórica tiene que ver con la actitud psicológica con la que se enfrenta el texto mismo constitucional. Hannah Arendt ha destacado su sorpresa cuando, al llegar a los Estados Unidos como exiliada, descubrió muy pronto que el papel de la Constitución en ese país era muy diverso del que ella había conocido en Europa. En particular, llamó su atención el hecho de que en Norteamérica existía una consideración cuasi religiosa del texto constitucional. Algo así aparecía como impensable para un europeo, pues los ciudadanos del Viejo Mundo acostumbraban a ver en ella poco más que un papel, por muy importante que fuera.

Los países hispanoamericanos heredaron el escepticismo europeo frente al texto constitucional. La razón que explica esa diferencia de actitudes entre el norte y el sur del Continente americano es, como sucede con frecuencia, histórica. En los Estados Unidos, la aprobación de su primer y único texto constitucional (1787) coincide con el proceso de fundación del Estado. En ese sentido es explicable que dicho texto sea objeto de una especial veneración, pues acompaña a todo el ritual que es propio de la naciente República. Ella se origina en un momento muy particular, cuando acababa de concluir exitosamente, en 1783, la guerra de independencia y el patriotismo dominaba los espíritus, sumado a la *fairness* característica de esas gentes, que las mueve a respetar cuidadosamente las reglas del juego. En Hispanoamérica, en cambio, aparte de no existir algo semejante a la *fairness*, la Constitución que fuera vino, en cada caso, a regular la vida de unas naciones que ya existían desde hacía siglos (Colombia, Perú, Chile, etc.). Como dice Bernardino Bravo,

“Estos nuevos Estados de ultramar, constituidos al igual que los viejos Estados europeos de la época bajo una forma jurisdiccional, se incorporaron sin problemas a la monarquía múltiple española. Esa monarquía estaba constituida por una pluralidad de Estados, distintos entre sí, pero unidos permanentemente bajo un monarca común”¹².

¿Es imposible, entonces, que las naciones que no tienen la experiencia norteamericana puedan llegar a experimentar una veneración por la Constitución semejante al país del Norte? Sí y no. En Europa, por ejemplo, hay países que se

¹² BRAVO, B., *Constitución y reconstitución. Historia del Estado en Iberoamérica (siglos XVI al XXI)*, Abeledo Perrot-LegalPublishing, Santiago, 2010.

caracterizaron en su historia por cierta distancia crítica respecto a la Constitución pero que hoy la tratan con un enorme respeto. El caso típico es el de Alemania, donde la Ley Fundamental de Bonn (1949), que en un principio carecía de grandes pretensiones, como su propio nombre lo indica, es objeto de un respeto muy particular. El concepto mismo de “fidelidad constitucional” (*Verfassungstreue*) que se exige de los funcionarios públicos (en un país donde hasta los profesores y docentes de escuela tienen ese carácter) resulta ajeno e incluso sorprendente para la tradición hispanoamericana¹³. En este continente, si bien se pide a las autoridades que no transgredan los límites de la Constitución, jamás se expresa esa exigencia con un vocabulario semejante, que en el mundo hispanoparlante solo se usa para caracterizar las relaciones familiares más íntimas u otras vinculaciones muy particulares. Pero el caso alemán, en cierto sentido, tiene alguna semejanza con el norteamericano, ya que la Ley de Bonn coincide con una refundación del Estado y su orden político tras la catástrofe de la Guerra Mundial y su derrota militar. De esta manera, se dio origen a un “patriotismo constitucional” (en expresión de Dolf Sternberger: *Verfassungspatriotismus*) muy singular¹⁴.

En menor medida, también en España existe un respeto por la Constitución que no corresponde a la actitud que históricamente los españoles han mostrado ante ella. Todavía en 1974, podía decir un autor: “España no ha tenido, si se prescinde de la apasionada y muchas veces irracional valoración de la Constitución de Cádiz por parte de los primeros liberales, un “sentimiento constitucional” intenso”¹⁵.

Pero aquí también hay que tener en cuenta las circunstancias únicas del postfranquismo, y el enorme acuerdo de las fuerzas políticas en torno al texto que debía proporcionar las bases para una transición pacífica a la democracia.

Lo ejemplos señalados muestran, entonces, que el aprecio por las constituciones no siempre constituye una característica innata de ciertas mentalidades, sino que también puede ser un hábito adquirido. Si pudo surgir en España, no es del todo impensable que también crezca en alguna de las jóvenes naciones hispanoamericanas.

¹³ Cfr. SCHRADER, H.H., *Rechtsbegriff und Rechtsentwicklung der Verfassungstreue im öffentlichen Dienst*, Duncker und Humblot, Berlin, 1985.

¹⁴ MAICHEL, A., *Das Konzept des Verfassungspatriotismus - Dolf Sternberger: Dolf Sternbergers Antwort auf die Suche nach einem Identitätskonzept für die Deutsche Nation*, Grin-Verlag, München, 2003.

¹⁵ FERNÁNDEZ CARVAJAL, R., “España ante el Derecho Constitucional”, en ID., *El lugar de la ciencia política*, Editum, Murcia, 1981, p. 379.

IIb. *La apariencia constitucional*

El escepticismo constitucional latinoamericano tiene manifestaciones sorprendentes para quienes lo observan con ojos europeos o norteamericanos. Para descubrirlas, sin embargo, es necesario atender nuevamente a la historia. Pensemos, por ejemplo, en el caso de Chile, que es un país que alcanzó una relativamente pronta estabilidad tras la Independencia (1818). Esa estabilidad se dio con la llamada república conservadora (1830-1861), que puso fin a diversos experimentos constitucionales y se plasmó en la Constitución de 1833. Este texto recogió, sobre bases republicanas, la herencia política de la monarquía, fortaleciendo la figura del Presidente de la República que, en los hechos, pasó a ser un monarca temporal y electivo. Varias son las figuras más relevantes de todo ese período, pero difícilmente se podrá negar la influencia de Diego Portales (1793-1837), el ministro que pretendió imponer el ideal de un gobierno fuerte e impersonal. Uno pensaría que un régimen tal se caracterizaría por su respeto a la Constitución y las leyes. Sin embargo, en su famosa carta a Antonio Garfías, Portales no tiene pudor alguno para escribir cosas como las que siguen:

“Con los hombres de ley no puede uno entenderse; y así ¿para qué ¡ca-rajo! sirven las constituciones y papeles, si son incapaces de poner remedio a un mal que se sabe existe, que se va a producir y que no puede conjurarse de antemano, tomando las medidas que pueden cortarlo? *Pues es preciso que el delito sea infraganti.*

En Chile la ley no sirve para otra cosa que no sea para producir la anarquía, la ausencia de sanciones, el libertinaje, el pleito eterno, el compadrazgo y la amistad. Si yo, por ejemplo, apreso a un individuo que sé que está urdiendo una conspiración, violo la ley. ¡Maldita ley, entonces, si no deja al brazo del Gobierno proceder libremente en el momento oportuno! Para proceder, llegado el caso del delito *infraganti*, se agotan las pruebas y las contra pruebas, se reciben testigos, que muchas veces no saben lo que van a declarar, se complica la causa y el juez queda perplejo. Este respeto por el delincuente, o presunto delincuente, acabará con el país en poco tiempo. El gobierno parece dispuesto a perpetuar una orientación de esta especie, enseñando una consideración a la ley que me parece sencillamente indigna.

Los jóvenes aprenden que el delincuente merece más consideración que el hombre probo; por eso los abogados que he conocido son cabezas dispuestas a la conmiseración en un grado que los hace ridículos. De mí sé decirle que

con ley o sin ella, esa señora que llaman la Constitución, hay que violarla cuando las circunstancias son extremas. Y ¡qué importa que lo sea, cuando en un año la parvulita lo ha sido tantas veces por su perfecta inutilidad”¹⁶.

Difícil sería imaginar a John Adams o Thomas Jefferson diciendo cosas semejantes ni aún en el más privado de sus intercambios epistolares. Se podría decir, en su descargo, que se trata de un hombre de acción, carente de pretensiones intelectuales, y que, además, está escribiendo una carta personal. Pero, aunque eso sea verdad, sus afirmaciones no dejan de resultar sorprendentes.

¿Cómo entender que un supuesto defensor del orden pueda tener tal desprecio por la Constitución? Una explicación posible es atribuir esas palabras tan sólo al cinismo de Portales. En este caso, su interés no consistiría en salvar al país de la anarquía, que por entonces envolvía al resto de las naciones hispanoamericanas, por la vía de establecer el imperio de la ley, sino tan solo asegurar el predominio de un grupo social (los conservadores) sobre otro (los liberales), utilizando la legalidad como un instrumento más de dominación.

Sin embargo, también cabe pensar que el orden político entonces vigente en Chile no se apoyaba en la misma y, por tanto, no resultaba particularmente grave violar la letra de un texto constitucional cuya substancia no se hallaba en los papeles sino en la realidad social e histórica. ¿Qué era, entonces, la Constitución? Los autores han dado respuestas muy diversas. Aquí me interesa destacar la que entregan quienes hablan del *Scheinkonstitutionalismus*¹⁷, distinguiendo entre una constitución real y otra que es mera apariencia. Así las cosas, la Constitución real es muy distinta de la que aparece en los papeles. La primera es la que rige, la segunda es solo decorativa, un homenaje que el autoritarismo rinde al valor de la democracia liberal¹⁸. ¿Sucedió eso en el caso chileno? Resulta difícil creer que la Constitución de Chile haya sido, o sea, una

¹⁶ *Epistolario Diego Portales* vol. II (1833-1837) [edición a cargo de C. Fariña Vicuña], Santiago de Chile 2007, 589-590. Siguiendo el texto de la primera edición de las cartas, pongo “indigna” al final del segundo párrafo, en vez de “indígena”, que parece ser un error de la edición de Fariña.

¹⁷ BRAVO, B., “Entre dos constituciones, histórica y escrita. *Scheinkonstitutionalismus* en España, Portugal e Hispanoamérica”, *Quaderni Fiorentini*, 27 (1998), pp. 151-167. Ya Loewenstein decía que “Iberoamérica continúa siendo, tanto antes como ahora, el terreno tradicional en el que se asienta la constitución nominal” (LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, 220 [trad. A. Gallego]), aunque reconocía algunas excepciones (Uruguay, Costa Rica, etc.).

¹⁸ Así lo dice WEBER, M. a propósito de Rusia: “Rußlands Übergang zum Scheinkonstitutionalismus”, en WEBER, M., *Gesammelte politische Schriften*. Hrsg. von Johannes Winkelmann. 5. Auflage, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1988 (1. Auflage 1921), 84.

mera máscara para guardar ciertas apariencias, pues en muchos aspectos fue pacíficamente aplicada a lo largo de décadas. Entonces, ¿cómo entendieron los conservadores chilenos de la década del 30 del siglo XIX el papel de la Constitución? Nuevamente es Diego Portales quien, con su habitual claridad, nos da la respuesta. En su famosa carta a José M. Cea (marzo de 1822), afirma que la democracia está muy bien, pero una vez que estos pueblos hayan alcanzado la cultura suficiente:

“La Democracia, que tanto pregonan los ilusos, es un absurdo en los países como los americanos, llenos de vicios y donde los ciudadanos carecen de toda virtud, como es necesario para establecer una verdadera República. La Monarquía no es tampoco el ideal americano: salimos de una terrible para volver a otra y ¿qué ganamos? La República es el sistema que hay que adoptar; ¿pero sabe cómo yo la entiendo para estos países? Un Gobierno fuerte, centralizador, cuyos hombres sean verdaderos modelos de virtud y patriotismo, y así enderezar a los ciudadanos por el camino del orden y de las virtudes. Cuando se hayan moralizado, venga el Gobierno completamente liberal, libre y lleno de ideales, donde tengan parte todos los ciudadanos. Esto es lo que yo pienso y todo hombre de mediano criterio pensará igual”¹⁹.

Naturalmente, no resulta aceptable reducir el entero pensamiento conservador chileno sobre las constituciones y la democracia a la figura de uno de sus políticos, el “terrible hombre de los hechos”, como se lo ha llamado²⁰, ni pretender que ese movimiento tiene una uniformidad de la que, en realidad, carece. De todas formas, se trata de una cuestión importante, cuya respuesta última aún no se ha dado.

En otros casos, no se trata de que la Constitución sea violada, sino de que sus reformas son tan constantes que resulta difícil pensar que allí exista realmente una Constitución, en el sentido de una norma suprema que está más allá de las disputas políticas ordinarias. El caso paradigmático es el de Brasil, cuya Constitución de 1988 ha experimentado, en promedio, más de una reforma por semestre. Se trata de una norma tan extensa, y que incluye tan diversas materias, que gran parte de las iniciativas políticas que se impulsan suponen una reforma constitucional como condición para llevarse a

¹⁹ Epistolario Diego Portales, 8.

²⁰ BRAVO, B., *Constitución y reconstitución*, 169.

cabo. El cambio constitucional se transforma así en un medio ordinario del quehacer político.

Tenemos, entonces, que es posible que el marcado escepticismo constitucional que reina en los países latinoamericanos no sea más que la otra cara de la convicción de que las constituciones no se hallan en el papel, sino en otro lugar, a saber, en el orden efectivamente vigente en esas sociedades. Si es así, el término “Constitución” habría que emplearlo en su sentido más original, tal como aún hoy hablamos de la buena o mala “constitución física” de una persona²¹.

II.c. *Las rupturas constitucionales*

Otro aspecto que es digno de considerar en la vida política y jurídica latinoamericana es el de las tipologías que revisten las rupturas constitucionales. De partida, se da la paradoja de que muchos cambios políticos muy relevantes se realizan sin cambiar al mismo tiempo la Constitución. Es el caso contrario al de los constantes cambios de Brasil, que se acaba de mostrar. Aquí el ejemplo típico es el de Argentina, donde a partir del derrocamiento de Perón se sucedieron regímenes políticos muy diferentes sin que la Constitución fuera alterada. De hecho, lo que se hizo en 1957 tras el fin del régimen peronista, fue volver al texto de la Constitución original, de 1853, con una adición relativa a los derechos sociales. Esto puede suceder cuando el orden político es roto de modo “lateral”, es decir, por un golpe de Estado que llevan a cabo los militares, que entran a la política desde fuera, con la pretensión de resolver alguna crisis²².

Otras veces, en cambio, el orden se rompe “desde abajo”, por la vía revolucionaria. Cuando nos hallamos en presencia de una revolución, como la mexicana, el cambio constitucional parece inevitable. Ya Lenin advertía que no se puede hacer una tortilla sin quebrar huevos. Tal fue el caso de México en 1917. Sin embargo, en Latinoamérica las cosas pueden ser diferentes a como las imaginaba Lenin, pues cabe la posibilidad de que los revolucionarios no

²¹ Cfr. MOHNHAUPT, H., “Verfassung I”, en KOSELLEK R. (Redaktor), *Geschichtliche Grundbegriffe: Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Klett-Cotta, Stuttgart, 1990, 831-862.

²² Cfr. REYES ALVAREZ, J., *Ars Regnandi Regierungsstabilität und Herrschaftskrisen in Iberoamerika. Am Beispiel von Argentinien und Chile*, Peter Lang, Frankfurt a. M., 2003.

se tomen la molestia de cambiar unos textos constitucionales que nunca han tenido efectiva vigencia y, por tanto, no constituyen un obstáculo para la transformación radical de la sociedad. Así, la triunfante revolución en Cuba sólo en 1975 dictó una Constitución, y la Nicaragua sandinista mantuvo el texto constitucional de 1974. Vemos que, en uno y otro caso, los textos permanecen no obstante haberse alterado el régimen por completo, lo que muestra que estamos en presencia de constituciones puramente aparentes.

Con todo, no sólo hallamos rupturas laterales y desde abajo. En los últimos años, se ha producido en Latinoamérica una situación bastante peculiar, que consiste en la lesión constitucional que se lleva a cabo “desde arriba”. Esto significa que ciertos gobernantes que han accedido al poder por medios legítimos, una vez en él, consiguen alterar el sistema desde dentro, vaciando a la Constitución de su contenido original. Guardando las distancias, es el modelo que siguió Adolf Hitler en Alemania para violentar el contenido de la Constitución de Weimar. También Salvador Allende, con sus “resquicios legales” pretendió utilizar el ordenamiento burgués para llegar al socialismo.

La lesión del ordenamiento constitucional “desde arriba” es un fenómeno muy distinto de los que vimos antes. No es el *Scheinkonstitutionalismus*, ni el tradicional golpe militar, ni tampoco la revolución que destruye todo. No se lleva a cabo en un momento ni de manera brusca, sino por un conjunto de medidas que se ejecutan gradualmente. Para tales efectos se aprovechan mayorías parlamentarias circunstanciales, o se consiguen esas mayorías por medios particularmente discutibles, como el cohecho o la amenaza. Tarea de los historiadores será determinar exactamente cómo se produjeron estos cambios, qué antecedentes tienen y cómo ciertas experiencias “exitosas”, como la de Hugo Chávez en Venezuela (1999-2013), movieron a que también otros gobernantes siguieran su ejemplo (Rafael Correa en Ecuador, Evo Morales en Bolivia, e incluso, aunque en menor medida, Cristina Fernández de Kirchner en Argentina)²³. Un rasgo típico de estos procedimientos es el cambio del texto fundamental con el fin de facilitar la reelección presidencial más allá de los límites establecidos por el sistema jurídico.

²³ Aunque hay ciertas semejanzas en la forma de operar, la meta que persiguió el régimen de Salvador Allende fue llegar al mismo socialismo de Cuba y los países de más allá de la Cortina de Hierro, en cambio en el caso de los presidentes Chávez, Morales y Correa la meta permanece mucho menos definida.

Un aspecto especialmente interesante de considerar es la influencia de una determinada circunstancia histórica como condición de posibilidad de estas prácticas irregulares. ¿Cómo explicar que, en el transcurso de muy pocos años, el ejemplo del régimen de Chávez se haya multiplicado, y sean varios los gobiernos que rompen o al menos hacen mutar la Constitución “desde arriba”, sin que ella pierda su vigencia desde el punto de vista formal? Esto nos lleva a la peculiar situación que se produjo en Latinoamérica en la década de los ochenta del siglo XX, cuando acabó el último de los gobiernos militares, el chileno, pocos meses después de la caída del Muro de Berlín. Antes habían terminado los gobiernos militares de Uruguay y Argentina (en este caso tras la derrota de las Malvinas).

En ese momento, se difundió una convicción generalizada en orden a que ya no iban a repetirse las intervenciones castrenses que habían marcado la vida política latinoamericana por más de 150 años. Al rechazo que siempre habían tenido algunos grupos políticos por los regímenes militares, se sumó el problema de las violaciones a los derechos humanos en el marco de la lucha antisubversiva²⁴. Todo esto llevó a un generalizado “¡nunca más!”, que privó de sustento a cualquier posibilidad de un golpe de Estado en los países latinoamericanos más influyentes²⁵.

Este nuevo clima político, que en un principio debía traer consecuencias muy positivas para la estabilidad democrática de la región, tuvo, sin embargo, un efecto inesperado. En efecto, los gobernantes populistas se encontraron con la vía libre para llevar a cabo su intento de transformación ilegítima de los regímenes políticos. Por esta vía han llegado a acrecentar su poder hasta niveles que, en épocas precedentes, eran exclusivos de los gobiernos de facto. Hasta ese entonces, sobre cualquier gobernante latinoamericano pesaba la amenaza de que, si se extralimitaba, sus opositores iban a acercarse a los cuarteles a pedir ayuda a los militares, tanto de izquierda como, con mayor frecuencia, de derecha. Naturalmente era un mecanismo muy peligroso, ya

²⁴ Sobre este tema: *Nunca más. Informe de la CONADEP* [Comisión nacional sobre la desaparición de personas] (Argentina, 1984); *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación* (Chile, 1991).

²⁵ Los historiadores tendrán que determinar con mayor detalle las causas de ese inédito clima político. En todo caso, cabe pensar que la derrota de los socialismos reales hizo desaparecer cualquier justificación para regímenes militares que, como el chileno, el argentino y el uruguayo, se apoyaban en la necesidad de enfrentar la amenaza que representaban los movimientos de inspiración marxista, particularmente aquellos que habían elegido la lucha armada.

que la determinación de qué actos significaban una trasgresión de los límites aceptables podía llegar a ser particularmente caprichosa. Sin embargo, esta amenaza actuaba como un cierto freno ante los populismos de distinto signo político.

Aunque innumerables veces se abusó del recurso al derrocamiento, la idea de que el pueblo o alguien a su nombre puede deshacerse de los malos gobiernos es muy antigua en el mundo hispano, pues se remonta al siglo VII con la fórmula de san Isidoro de Sevilla “Rex eris si recte facias, si non facias, non eris”²⁶, que se tradujo, en la tradición hispánica, en el grito “Viva el rey, muera el mal gobierno”, que se oyó muchas veces tanto en los reinos de la Península como en América²⁷. Desaparecido el peligro de los golpes de Estado, solo en algunos países (Brasil, Uruguay, Chile) hubo una recuperación efectiva de la democracia. En otros, por el contrario, la tentación del populismo se empezó a presentar con gran facilidad.

En la base de estas conductas irregulares existe una falencia institucional: muchos países latinoamericanos carecen de instrumentos jurídicos y políticos efectivos para defender el orden establecido frente a los que buscan abusar de él. Pero esas anomalías muestran también el peso que tiene el tradicional desprecio por los textos escritos, que parece ser la característica más típica de buena parte de la historia constitucional latinoamericana. La pregunta que surge, entonces, es si, a pesar de eso, el constitucionalismo puede tener valor en esa parte del mundo o si ha resultado un fracaso. Es lo que quiero tratar brevemente a continuación.

III. EL VALOR DE LAS CONSTITUCIONES: EL CASO CHILENO

Como se ha visto, no ha sido fácil la asimilación del ideario constitucional en Latinoamérica. De ahí, sin embargo, no hay por qué sacar conclusiones pesimistas. En efecto, incluso en aquellos casos, como el de Brasil, en que se multiplica el número de reformas, hay partes de la Constitución que tienen una vigencia real y permanente. Estas disposiciones influyen en la vida jurídica

²⁶ *Etimologiarum* 9, 3, 4.

²⁷ “Este grito encierra un hondo significado institucional. Distingue la constitución, que no se pone en duda, y el gobernante, contra el cual se reclama” (BRAVO, B., *Constitución y reconstitución*, 30).

diaria de las instituciones y los ciudadanos, y son un elemento fundamental para la solución de los conflictos. Me refiero a los aspectos procesales de la norma fundamental.

La importancia del Derecho Procesal Constitucional ha llegado a ser tan grande, y su efectividad es tan real, que difícilmente se pueda hablar de *Scheinkonstitutionalismus*, al menos no de manera general. Otro tanto sucede con disposiciones como, para citar otra vez ejemplos tomados de Chile, la autonomía del Banco Central. En este caso, hoy nadie discute su necesidad. El papel de un Banco Central así entendido es responsable, en gran medida, de la estabilidad económica de la que, desde hace décadas, goza ese país.

Otro elemento importante en la práctica constitucional chilena es el papel que desempeña el Tribunal Constitucional, que después de la reforma del Presidente Ricardo Lagos en 2005 pasó a adquirir un protagonismo inédito en la historia chilena. Si a esto se suma la importancia práctica de los mecanismos procesales de rango constitucional (especialmente el llamado “recurso de protección”, que es un amparo ampliado a un buen número de derechos fundamentales), podemos constatar que una Constitución que en su origen fue muy discutida²⁸, y aún hoy es objeto de polémica, bien puede tener una amplia vigencia e influir decisivamente en la vida diaria de los ciudadanos y las instituciones. Dicho con otras palabras, casos como el de Brasil y Chile nos muestran que una Constitución puede carecer de un gran prestigio y, sin embargo, mantener una efectiva vigencia. No debe extrañarnos un hecho semejante: la suerte del constitucionalismo se vincula a la suerte de la democracia y la forma democrática de organizar la vida social no es especialmente romántica. Así, mientras los regímenes autocráticos son pródigos en sorpresas y emociones, la democracia representativa es más predecible, está llena de largas negociaciones y vive de la transacción, en la que ninguna de las partes queda completamente satisfecha.

Esa cierta monotonía, lejos de ser un defecto, constituye uno de sus méritos más importantes. Durante muchos siglos, la vida política latinoamericana fue un asunto particularmente excitante, en el que uno se jugaba la propiedad, la libertad e incluso la vida. En cambio, al llegar al Bicentenario de las prime-

²⁸ Fue aprobada por un plebiscito en 1980, durante el régimen militar. En ella se estableció el calendario que llevaría a la normalidad democrática, que fue el que, en definitiva se siguió, cuando las fuerzas opositoras se dieron cuenta de que lo más realista era cambiar el régimen empleando las herramientas que la propia Constitución entregaba.

ras Juntas de Gobierno²⁹, algunos países hispanoamericanos (Brasil, Uruguay, Perú, Chile, etc.), habían conseguido que las cosas fueran diferentes, es decir, que su vida política careciera de grandes sorpresas, salvo alguna protesta estudiantil o sindical. Y muchos ciudadanos del resto de los países del continente, es decir, de aquellos donde las cuestiones políticas ocupan casi exclusivamente las mentes de las personas, los miran con envidia. El desafío que se presenta hoy, es el de volver a entusiasmar a los ciudadanos con la vida política en sociedades que están dejando de ser particularmente conflictivas, es decir, en sociedades donde la política no parece ser demasiado importante. Pero la receta para hacerlo no está en la Constitución y la tarea de llevar a cabo esa tarea excede con mucho las posibilidades del Derecho Constitucional.

IV. MÁS ALLÁ DEL PESIMISMO

Lo visto en las páginas precedentes nos permite sacar algunas conclusiones importantes:

1. La Constitución española de 1978 tuvo una gran influencia en Hispanoamérica no solo porque sirvió de inspiración a diversos textos constitucionales, sino también porque la doctrina que se originó con ella fue recibida y proporcionó el marco teórico con los que los estudiosos latinoamericanos explicaron sus propios textos constitucionales. La subsiguiente eclosión constitucional influyó también en la práctica jurídica, donde la tradicional primacía de la ley ha sido reemplazada por la primacía de la Constitución.

2. Cabe, con todo, constatar algunas deficiencias en el constitucionalismo latinoamericano, particularmente la falta un fundamento histórico y sociológico en la mayoría de sus construcciones teóricas. Esta limitación permite hablar de una crisis en su fundamentación, por más que con frecuencia pase inadvertida. Ella hace que la doctrina constitucional no logre explicar un hecho tan relevante como la endémica inestabilidad constitucional de los países latinoamericanos, que se traduce en una sucesión de textos constitucionales, en la constante reforma de los mismos y, en algunos casos, en su falta de vigencia real.

²⁹ La primera tuvo lugar en Chuquisaca (en la actual Bolivia), en 1809, en el Virreinato del Río de la Plata.

3. Si se atiende a la historia, se constata un marcado escepticismo de gobernantes y ciudadanos acerca del valor de los textos constitucionales, y un frecuente divorcio entre Constitución real y aparente. Además, en los últimos años se constata el surgimiento de una nueva forma de lesión constitucional, distinta de los tradicionales golpes de Estado. Ella se lleva a cabo por parte de los mismos gobernantes que, una vez que acceden al poder, comienzan a vaciar de contenido el régimen constitucional. Como ya no pesa sobre ellos la amenaza de las intervenciones castrenses, al parecer definitivamente desacreditadas, los gobiernos populistas encuentran vía libre para desarrollar ese tipo de prácticas contrarias a Derecho.

4. Con todo, aunque la experiencia histórica pueda mover al desaliento o al menos al escepticismo acerca del efectivo valor de los textos constitucionales, no puede decirse que el constitucionalismo haya sido inútil en Latinoamérica. En efecto, un buen número de países tienen constituciones realmente vigentes, que, aunque no despierten una especial adhesión, son aplicadas y están en la base de la vida jurídica y sirven para dirimir los conflictos que se dan en esas sociedades. Especialmente importante es el Derecho procesal constitucional, que hoy constituye una vía muy efectiva y ampliamente utilizada para defender los derechos de las personas.