

POR

JUAN FERNANDO SEGOVIA (\*)

1. El historiador del derecho y el jurista atentos de la realidad jurídica y político-cultural de Hispanoamérica (1), pueden regocijarse de los estudios sobre constitucionalismo; sin embargo, tengo en especial consideración aquellos que, fuera del estilo dogmático y apologético imperante, rompen con el género conformista y constituyen un intento de comprensión de nuestras apariencias institucionales, de explicación de los fracasos del Estado o, más directamente, de la decepción de los proyectos independentistas por construir una organización institucional moderna. Bartolomé Clavero, por recordar uno entre tantos otros, con intuición y angustia, se ha referido a “trasplantes y rechazos constitucionales”, que harían explícita “la evidencia de un fracaso”, al mismo tiempo que constituyen el “testimonio de un empecinamiento” (2).

---

(\*) Publicado en *Rechtsgeschichte*, N.º 16 (2010), editada por el *Instituto Max-Planck de Historia del Derecho Europeo*, en un dossier de debate acerca del tema “*Constitución y Derecho Constitucional en Iberoamérica a la luz del Bicentenario*”. Agradecemos a nuestro colaborador el profesor de la Universidad de Mendoza e investigador del CONICET la autorización para publicar el texto (N. de la R.).

(1) Quiero agradecer el diálogo y la colaboración permanente del Dr. Miguel Ayuso, profesor de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, con quien comparto estas reflexiones, pues juntos hemos trabajado este tema en el Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II. En este sentido, sería justo afirmar que el Dr. Ayuso es coautor de estas reflexiones.

(2) Bartolomé CLAVERO, “Ley del Código: trasplantes y rechazos constitucionales por España y por América”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, N.º 23 (1994), págs. 81-194.

Es decir, como historiador del derecho no puedo dejar de advertir que el estudio del constitucionalismo hispanoamericano tiene que iniciarse partiendo del examen de la constitución histórica hispanoamericana, de la constitución hispánica anterior a las independencias, para indagar luego su continuidad y/o destrucción por el constitucionalismo, pues éste está en los orígenes de los procesos revolucionarios de nuestras independencias. Se hace necesario al historiador, también, no detenerse en un momento dado, el original, por caso, sino perseguir las transformaciones históricas de los Estados y naciones nacidos de tales procesos revolucionarios independentistas, contrastando la constitución formal y las condiciones realmente establecidas en cada uno de ellos. Finalmente, el historiador debe mirar el futuro con el propósito de ayudar a la solución de la endémica crisis hispanoamericana. Esto es, se requiere de un saber histórico amplio y de una perspectiva político-jurídica singular, que no se deje engañar por el valor simbólico de algunas palabras ni quede atrapado en el momento presente o en el embrujo del pasado.

2. Desde mi punto de vista, es evidente que el proceso constituyente hispanoamericano siguió un camino que lo apartó paulatina o abruptamente, según los casos, de aquella constitución histórica y que, por la necesidad misma de constituirse, las repúblicas de la América del Sur recurrieron casi sin excepción al modelo organizativo proveniente, especialmente, de la América del Norte, aunque bajo la influencia de las ideologías europeas que se habían impuesto ya en las revoluciones inglesas (1688) y francesa (1789), e incluso de la experiencia liberal gaditana. En efecto, la constitución de Cádiz de 1812 pertenece al ciclo originario del constitucionalismo, pues se caracteriza por el liberalismo permeado del iusnaturalismo racionalista y del historicismo romántico racionalista, en una experiencia en la que, además, se mezclan las ideas de la escolástica tardía y la ilustración hispana (3).

---

(3) Otto Carlos STOETZER, "La constitución de Cádiz en la América española", *Revista de Estudios Políticos*, N.º 126 (noviembre-diciembre 1962), págs. 641-664; Joaquín VARELA SUANZES, "La Constitución de Cádiz y el liberalismo del siglo

El constitucionalismo no es original de América, fue raptado de Europa, según la feliz expresión de Luis Díez del Corral, pues la europeización del mundo se realizó bajo las consignas de la secularización y valiéndose del instrumento secularizador: el Estado nación (4); mas en el caso de Hispanoamérica el experimento ha acabado desfigurándose en mera cobertura jurídica virtual sin arraigo real, en un derecho como fachada. Aunque por algún tiempo algunos Estados nuevos mantuvieron la formalidad del ordenamiento constitucional moderno, en los últimos decenios, el proceso de raptó y copia se ha averiado y se han angostado las posibles soluciones constitucionales, debilitando las mismas constituciones, de cuya movilidad ya no puede abusarse. Argentina es una buena muestra de esta crisis: cuando los asuntos de la política doméstica no andan bien –lo que desde 1983 al día de hoy es pan de todos los días–, el gobierno de turno propone una reforma constitucional como si fuese el remedio a toda adversidad.

3. Ahora bien, dejando para el final estas reflexiones sobre la suerte del constitucionalismo hispanoamericano, creo conveniente volver sobre su origen. El advenimiento del constitucionalismo y la imposición de la regla constituyente del consenso del pueblo (soberanía popular, *government by consent*), implicaron, según he dicho, la abolición del modo histórico y tradicional de constituirse una comunidad o república política, como había sucedido en Europa desde los siglos VI y VII, y en América desde el XVI. En cuanto a la mentalidad en la que se funda este procedimiento, Michael Oakshott la ha definido como “racionalismo en política”, distinguiendo entre dos tradiciones, la primera y habitual de “la naturaleza y la razón”, opuesta a la moderna de “la voluntad y el artificio” (5). El constitucionalismo sería un patrón evidente de

XIX”, *Revista de las Cortes Generales*, N.º 10 (enero-abril 1987), págs. 33-55; y del mismo, *La teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

(4) Luis DÍEZ DEL CORRAL, *El rapto de Europa*, Madrid, Alianza, 1974, cap. 6 y 8.

(5) Michael OAKESHOTT, “Rationalism in politics” [1947], en *Rationalism in Politics and other essays*, Nueva York, Basic Books 1962, cap. 1, págs. 1-36. En un estudio posterior, “The Character of a Modern European State”, en Michael OAKESHOTT, *On Human Conduct*, Oxford, Oxford University Press, 1975, cap. 23, págs. 359-371,

la concepción metafísica y política voluntarista y mecanicista, que remata en la organización del Estado como aparato abstracto de dominación (6).

No todos los constitucionalistas estarán dispuestos a aceptar esta verdad histórica. Sin embargo, a mi juicio, no puede ya negarse que el constitucionalismo es el método de organización racional del Estado, el procedimiento que estructura al Estado y configura la sociedad civil a su imagen, es decir, al modo estatal, al margen de las tradiciones, las costumbres, los hábitos y, más ampliamente, las culturas singulares y vernáculas. James Tully sostiene que la formación histórica del constitucionalismo moderno supone la afirmación (y la imposición) del “imperio de la uniformidad”, que necesariamente lleva a un “constitucionalismo común”, a despecho de la diversidad cultural entre los Estados e, incluso, de la diversidad existente al interior de cada Estado (7).

Siendo así, el devenir histórico del constitucionalismo deja al descubierto que su verdadero fundamento es el racionalismo constitucional, la ingeniería racionalista de la realidad heredada de Hobbes, pues, en el caso que consideramos, la ingeniería constitucional está más interesada en los sistemas y las estructuras que en las realidades (8), en la medida que no repara sino secundariamente en diferencias y particularidades, ya que siendo la razón lo común al hombre y la más elevada potencia del ser humano, lo que ella delinea y proyecta (en suma, lo que la razón construye) tiene un alcance general, de legítimo paradigma de toda organización política (9).

---

el autor explica cómo la aparición del Estado contribuyó a la sustitución de la primera tradición de pensamiento (naturaleza y razón) por la segunda (voluntad y artificio). Véase ahora, Michael OAKESHOTT, *El Estado europeo moderno*, Barcelona, Universitat Autònoma de Barcelona, 2001.

(6) OAKESHOTT, *On Human Conduct*, (N.5), pág. 372: el Estado moderno tiene como carácter principal la “abstracción” (*abstractedness*).

(7) James TULLY, *Strange multiplicity. Constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, págs. 58 y sigs.

(8) Giovanni SARTORI, *Ingeniería constitucional comparada*, México, FCE, 1994.

(9) Cf. la crítica de Danilo CASTELLANO, *La razionalità della politica*, Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, 1993, págs. 9-23.

4. Ahora bien, en Hispanoamérica el constitucionalismo –de un modo semejante a como ocurre en Europa– se está agotando. La presunción del constitucionalismo extenuado es digna de ser considerada, a partir de los presupuestos radicales del propio constitucionalismo. Por sólo atender a un factor, el constitucionalismo ha sido, desde la modernidad, el método de organización de los Estados, por lo que, la crisis del Estado-nación tiene que llevar consigo la crisis del constitucionalismo (10). Presagios de esta crisis es el debilitamiento de las soberanías estatales, lo mismo que la superación política –en ciernes, hasta ahora– de los Estados nacionales y la protección internacional de los derechos humanos, dentro y fuera de las propias fronteras estatales. Es cierto que no todos admiten esta conclusión y que con optimismo consideran estos cambios como una prolongación del constitucionalismo (Jürgen Habermas, Luigi Ferrajoli), porque el proyecto ilustrado no acepta ser superado por el tiempo histórico y aspira, en consecuencia, a que la era post-nacional y post-estatal sea todavía una era constitucional.

Frente a estos problemas del constitucionalismo en general, debe sacar provecho una relectura del hispanoamericano en particular. En la actualidad el constitucionalismo en Hispanoamérica tiene una nota que puede aceptarse sin mayor dificultad: esto es, la vigencia formal de ciertas instituciones que vienen respaldadas intelectualmente más allá de su real operatividad (11). Las constituciones hispanoamericanas, por lo general, no han sido capaces de encauzar el conflicto social, no han sido herramientas de pacificación; tampoco han alcanzado arraigo colectivo o vigencia duradera en los dos siglos de vida independiente, de lo que da

(10) Cf. Miguel AYUSO, “¿Qué Constitución para qué Europa?”, *Revista chilena de derecho público*, N.º 67 (2005), págs. 11 y sigs.; y Gonzalo MAESTRO BUELGA, “Globalización y constitución débil”, *Teoría y realidad constitucional*, N.º 7 (2001), págs. 137-172.

(11) Véase el debate suscitado por la obra de José Antonio AGUILAR RIVERA, *En pos de la químera. Reflexiones sobre el experimento constitucional atlántico*, México, FCE, 2000, cuestionada por Roberto GARGARELLA, “Discutiendo el constitucionalismo hispanoamericano”, y defendida por su autor, José Antonio AGUILAR RIVERA, “El experimento constitucional bajo la lupa: una respuesta a mis críticos”, ambos en *Política y Gobierno*, vol. IX, N.º 2 (II Semestre 2002), págs. 445-467 y 469-485, respectivamente.

cuenta la enorme cantidad de textos constitucionales en estos dos siglos. A la conflictividad latente y a la inestabilidad como regularidad tendría que añadirse el apremio institucional desplegado por el propio constitucionalismo, que no pocas veces ha suspendido tanto la división de poderes como los derechos humanos. Débese a esta repetida inestabilidad el auge, en las últimas décadas, del peculiar concepto de emergencia constitucional en el ámbito hispanoamericano, que en el caso argentino parece embargar la vida política toda (12).

5. Teniendo en cuenta lo anterior se puede asegurar que la experiencia del constitucionalismo hispanoamericano es la de una “anormalidad crónica”, para emplear las palabras del profesor bogotano Luis Carlos SÁCHICA (13). Lo que el autor plantea –en el contexto de la crisis de la constitución colombiana, que puede generalizarse sin apuro– es si la teoría constitucional debe hacerse desde el propio texto constitucional que rige fragmentariamente y posee cuestionada validez, o bien debe replantearse desde la realidad misma, como lo aconseja el sentido común. Apegarse al texto constitucional, afirma SÁCHICA, significaría continuar rindiendo honor a instituciones de dudoso provecho, que para conservar cierta vigencia deben ceder a las excepciones que la vida misma les presenta y demanda. Tal vez por ello SÁCHICA, quien aún confía en la normatividad de la constitución, prefiere definir la situación como un “proceso de transición”, transido de “mutaciones institucionales de facto”, que transforman a un régimen político ten-

---

(12) FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI, “El estado de emergencia y su aplicación en la experiencia constitucional peruana, 1980-1988”, en Enrique BERNALES et al., *La constitución diez años después*, Lima, F. F. Naumann Imp., 1989, págs. 261-287; Gabriel NEGRETTO, “Constitucionalismo puesto a prueba: decretos legislativos y emergencia económica en América Latina”, *Isonomía*, N.º 14 (2001), págs. 79-104; Tomás HUTCHINSON, “Emergencia y Estado de Derecho”, *Revista de derecho público*, N.º 1 (2002), págs. 27-67; y Horacio Daniel ROSATTI, “El Estado y la colmena: la emergencia en el derecho constitucional argentino”, *Revista de derecho público*, N.º 1 (2002), págs. 79-104.

(13) LUIS CARLOS SÁCHICA, “¿Una indefinible constitución mestiza?”, en Cristina PARDO SHLESINGER y Carlos PARRA DUSSÁN (ed.), *Teoría constitucional. Liber amicorum en homenaje de Vladimiro Naranjo*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006, págs. 51-60.

sionado entre una formalidad a la que se reconoce legitimidad y unas prácticas informales que desfiguran la democracia liberal. Su propuesta es volver sobre las circunstancias fácticas para reconstruir las instituciones; esto es, permanecer apegados al constitucionalismo como garantía ideal de la utopía democrática aunque modelando siguiendo las indicaciones de los sucesos y las eventualidades.

Se trata de un constitucionalismo que no es idéntico al de sus orígenes sino que ha devenido sociológico: son los hechos los que mandan y los que hacen la norma. Y por lo tanto, la misma legitimidad constitucional que intenta preservarse queda sometida a la marea fáctica, siempre cambiante y polivalente.

6. Por ello la propuesta no es convincente. La normatividad de la realidad es un espejismo. Por caso, si la realidad hispanoamericana se juzga desde la óptica de la democracia, habrá de recordarse el juicio del nada sospechoso Garzón Valdés, para quien América es “el continente del desencanto y la frustración” (14). Qué duda cabe del aserto y su acierto. Una conclusión precipitada de inmediato: si, como aquí he sostenido, asistimos a la extenuación del constitucionalismo, mal se podría encontrar, en la profundización de sus recetas institucionales y legales, una salida a los problemas que él mismo ha producido. Por lo mismo, también estimo incorrecto tratar de salvar un modo constitucional hispanoamericano peculiar, deducido comparativamente, en la medida que con ese concepto y con tal procedimiento se insiste en desconocer la constitución histórica y la experiencia contemporánea, y se persiste en soluciones técnico-legislativas que pertenecen al ciclo del constitucionalismo racionalista fenecido (15).

7. El problema, luego, radica en la prolongación *sine die* del modelo constitucionalista de organización estatal y sus nefastas

(14) Ernesto GARZÓN VALDÉS, “Constitución y Democracia en América Latina”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2000, pág. 55.

(15) Es lo que propone Jorge CARPIZO, “Derecho constitucional latinoamericano y comparado”, *Boletín Mexicano de Derecho Constitucional*, N.º 114 (Septiembre-Diciembre 2005), págs. 949-989.

consecuencias, tanto en la teoría como en la práctica; y no colabora a su resolución el apego afectivo a instituciones y formas históricas que comienzan a evaporarse (“Estado”, “constitución”, “soberanía”, “federalismo”); esto es, creo infructuosa la adhesión acrítica a un arsenal conceptual que ya no orienta al ciudadano en la vida cotidiana ni es de utilidad al historiador y al estudioso atentos a la experiencia política.

El constitucionalismo está extenuado y el hispanoamericano en particular no ha salido nunca de una crisis bicentenaria. Las soluciones que a ella se proponen no pueden hacerse cargo de problemas viejos (constitucionalismo de fachada) y de nuevas contradicciones (indigenismo, populismo, democracia delegativa, caudillismo, emergencia, etc.). La cuestión no ha variado en estos dos siglos. Como afirmó Julio Irazusta, a fuerza de reformar violentamente el país real, siguiendo cartabones extraños, “el hombre americano [acaba] en el lecho del Procasto europeo” (16).

Dos siglos de discutida, por dudosa, legalidad (17) invitan a replantearse —a la par de la viabilidad de la democracia— la sensatez del paradigma constitucionalista. ¿Se acomoda la constitución republicana y democrática a la diversidad propia de los hispanoamericanos?, o, por el contrario, ¿es la realidad singular la que se encaja forzosamente en los moldes de la ideología constitucional republicana? ¿Rompecabezas o lecho de Procasto?

---

(16) Julio IRAZUSTA, *De la epopeya emancipadora a la pequeña Argentina*, Dictio, Buenos Aires, 1979, pág. 126.

(17) Bernardino BRAVO LIRA, “La metamorfosis de la legalidad argentina desde el siglo XVIII hasta el siglo XX”, *Revista Chilena de Derecho*, N.º 13 (1986), págs. 143-155.