

¿Qué es el constitucionalismo abusivo?*

Alexandra Molina Dimitrijevich**

Universidad Científica del Sur

SUMARIO: 1. Introducción / 2. Concepto / 3. Tipos o formas de Manifestación del Constitucionalismo abusivo / 4. Los peligros del Constitucionalismo abusivo y posibles planteamientos de solución / 5. El constitucionalismo abusivo y la erosión democrática / 6. Constitucionalismo abusivo en perspectiva comparada / 7. Reflexiones finales / 8. Respuestas a las preguntas del público

1. Introducción

Para poder comprender lo que es el constitucionalismo abusivo, resulta necesario resaltar la necesidad de su estudio, en aras de contar con mejores herramientas para combatir esta figura, que no es otra cosa que una pretensión de encaje aparente en el marco constitucional, abusando de él o forzándolo. En efecto, debido a su naturaleza camuflada, la labor del o la constitucionalista es, en este caso, una tarea de identificación, de detección.

2. Concepto

Sobre el constitucionalismo abusivo como concepto, es relevante citar al profesor norteamericano de la Universidad de Florida David Landau quien —en el año 2013, en un artículo de la revista *University of California Law*

* Ponencia magistral llevada a cabo en el I Congreso Internacional de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Parlamentario como homenaje jurídico al Estado Social y Democrático de Derecho, organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 20 al 26 de septiembre del 2021.

** Profesora de Derecho Constitucional y Administrativo en la Universidad Científica del Sur. Profesora de Historia Constitucional Peruana en la Universidad de San Martín de Porres. Abogada por la Universidad de Lima. Diploma de Estudios Políticos y Constitucionales por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Ministerio de la Presidencia española. Doctoranda en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España).

Review' — definió al constitucionalismo abusivo de la siguiente manera:

“Defino al constitucionalismo abusivo como el uso de mecanismos de cambio constitucional a efectos de hacer que un Estado sea significativamente menos democrático (en comparación a lo que era antes). Al referirme a las maniobras que hacen que un régimen sea “significativamente menos democrático”, conceptúo a la democracia en un espectro, teniendo en cuenta la existencia de diversos tipos de autoritarismo competitivo, híbridos entre el autoritarismo puro y la pura democracia” (p. 195)²

Vemos pues que, entre la democracia plena y el autoritarismo puro existe una diversa escala de grises, en la cual se observan variantes o tipos de autoritarismo. Estas variantes o grises autoritarios se barnizan a través de esas formas, basándose exprofesamente en los requisitos formales constitucionales, empleándolos como herramientas autoritarias bajo una pátina falsa de democratización que, en consecuencia, niega un verdadero constitucionalismo de fondo.

Este punto es muy importante, ya que décadas atrás lo que abundaba era el golpe de estado “puro y duro”, en la literalidad de la expresión, empleando la fuerza física y “sacando los tanques”. Sin embargo, en la actualidad, esta cruda figura ha sido sustituida por golpes “blandos”, y es el constitucionalismo abusivo la herramienta a través de la cual buscan (y en ocasiones cada vez más frecuentes logran) imponerse las fuerzas anti-democráticas.

En ese sentido, existen hechos que evidencian la diferencia entre un “golpe duro” y un “golpe blando”. El golpe del 11 de septiembre de 1973 al presidente de aquel entonces, Salvador Allende, es un claro ejemplo de lo que se entiende como golpe duro. En la misma línea se encuentran los golpes de estado en la Argentina de los años 70. A ambas tomas del poder en forma violenta y explícita le siguieron cruentas dictaduras, en las cuales se vulneraron gravemente derechos humanos a través de la fuerza armada.

Como ejemplo de golpe “blando”, es posible nombrar al *impeachment* en Brasil³, mediante el cual —en el año 2016— se destituyó a Dilma Rousseff.

Adicionalmente, cabe precisar que David Landau (2013) y otros autores relacionan lo expuesto con el fin de la Guerra Fría. Señala Landau que “It reduced the

¹ *University California. Davis Law Review* (Nº 47, 99, 189-260).

² Traducción propia del texto original.

³ El proceso de destitución de Dilma Rousseff consistió en una cuestión procesal abierta con vistas al juicio político que determinó la continuidad de su mandato como presidenta de la República Federativa del Brasil.

tolerance of powerful states for obviously non-democratic regimes” (2013, p. 197)⁴

Retrocediendo en el tiempo, un caso que también podría representar el recurso al constitucionalismo abusivo es el de los inicios del Régimen Nazi y la supresión de la República de Weimar, como bien apunta Landau (2013, p. 198). De forma más específica, en su día, Loewenstein, describió el abuso de los decretos de necesidad contemplados en el artículo 48º de la Constitución de Weimar (Loewenstein, p. 289)⁵, que desencadenó una oprobiosa y dolorosa etapa para la historia de la humanidad

A su turno, en otro texto Rosalind Dixon y David Landau (2015) argumentan que el cambio que puede darse —teniendo en cuenta la característica de ejercicio del constitucionalismo abusivo— puede ser definido como una “recaída democrática” (p. 205). Así mismo, dichos autores sostienen que el objetivo del concepto mencionado es debilitar los controles del ejercicio del poder (pp. 205-206).

En cuanto a la doctrina nacional, no se encuentran muchos trabajos sobre este particular e importante tema. Sin embargo, conviene destacar el interesante artículo de Massiel Rodríguez (2020), quien escribe sobre el constitucionalismo abusivo lo siguiente:

“(…) el Constitucionalismo abusivo viene a ser esta creación de nuevas formas de gobierno, nuevas dictaduras o autoritarismos “solapados”, a la luz de la democracia contemporánea. Es la utilización de los mecanismos de reforma constitucional para fines inconstitucionales, buscando que una persona o grupo político permanezca en el poder de forma aparentemente constitucional. Estas “dictaduras democráticas” llegan al poder y permanecen en él sin golpes de Estado; por lo que, al no ser notoria, muchas veces no nos hemos dado cuenta de que nos encontramos viviendo un Constitucionalismo abusivo⁶. (pp. 253-264)

3. Tipos o formas de manifestación del constitucionalismo abusivo

4 Para más información: Landau. D. *Abusive Constitutionalism*. U.C Davis Law Review. 2013, 47 (1): 189-193.

5 Loewenstein, K. *Teoría de la constitución*. 4th. reim. Barcelona. Editorial Ariel, S.A., 1986.

6 Rodríguez, M. Constitucionalismo abusivo en el Perú: Un análisis a la vacancia presidencial por incapacidad moral y los hechos posteriores al 9 de noviembre de 2020. Revista IUS et Veritas, 2020; 62: 253-164.

David Landau expone que existen dos tipos de constitucionalismo abusivo: el primero forzando la *Constitutional Amendment* (Enmienda constitucional); mientras que el segundo, fuerza el *Constitutional Replacement* (Reemplazo constitucional).

El jurista colombiano Rodrigo Uprimny hace una más amplia referencia a esta figura. Así, los define como “procedimientos constitucionales que formalmente parecen perfectos pero que sustancialmente son fraudulentos”. Además, refiere Uprimny que:

“El concepto de constitucionalismo abusivo es aplicable también a casos en que las mayorías usan otros procedimientos fraudulentos constitucionalmente para atrincherarse en el poder”⁷.

Situándonos en este punto ¿se podría afirmar que la vacancia del ex presidente Martín Vizcarra por el Congreso de la República es una manifestación del constitucionalismo abusivo? La respuesta podría ser afirmativa, como he mencionado en un artículo escrito en noviembre de 2020⁸.

4. Los peligros del constitucionalismo abusivo y posibles planteamientos de solución

Resulta a este punto evidente que el constitucionalismo abusivo entraña serios peligros para la democracia: constituye el socavamiento de la democracia y la consolidación, bajo formas aparentemente “constitucionales”, del fenómeno de erosión democrática que se viene viviendo a escala global. De esta forma, se instrumentaliza la Constitución, que en lugar de racionalizar el poder y consolidar la democracia, es empleada como una herramienta arrojadiza para viabilizar proyectos autoritarios.

5. El constitucionalismo abusivo y la erosión democrática

En relación al tema expuesto cabría mencionar la figura de “erosión democrática”: es esta situación el verdadero telón de fondo del constitucionalismo abusivo.

Sobre el particular, resaltan en el análisis de esta problemática autores que no vienen del Derecho sino de la Ciencia Política como Steven Levitzky y Daniel Ziblatt, con su emblemática obra “¿Cómo mue-

⁷ Uprimny, R. *La crisis peruana y el constitucionalismo abusivo*. Dejusticia. 17 de noviembre del 2020. Recuperado de: <https://www.dejusticia.org/column/la-crisis-peruana-y-el-constitucionalismo-abusivo/>

⁸ En el blog de la Revista Derecho del Estado de la Universidad Externado de Colombia. El artículo (titulado: “Crónica de una fractura entre poderes y sobresaltos sísmicos de la vacancia presidencial”) puede revisarse en el siguiente enlace: <https://blogrevistaderechoestado.uexternado.edu.co/2020/11/20/cronica-de-una-fractura-entre-poderes-y-sobresaltos-sismicos-de-la-vacancia-presidencial/> (fecha de consulta: 22 de enero de 2022).

ren las democracias?"; y, más recientemente, el texto de la periodista Anne Applebaum, "El ocaso de la democracia y la seducción del autoritarismo", un poderoso alegato contra los extremismos de todo tipo.

6. El constitucionalismo abusivo en perspectiva comparada y en el Perú

El constitucionalismo abusivo es un fenómeno mundial que se ha manifestado en diversas ocasiones, pero se ve muy pronunciado desde finales del siglo XX hasta la actualidad. El particular

En Hungría, por ejemplo, se llevó a cabo un pseudo "proceso constituyente" en 2011, donde un genuino poder constituyente sencillamente brilló por su ausencia, así como se produjo una falta de transparencia en su realización y deliberación, ya que la Constitución húngara fue redactada en el plazo de un mes. Se señala incluso que se redactó en el ipad⁹ de uno de los hombres fuertes del régimen (Jozsef Szajer¹⁰). Además, pasó por excesivas modificaciones, exceso de reformas que hacen tambalear el concepto de supremacía constitucional en dicho país. Lo que no varió en dicha constitución (ni en la práctica) fue el atropello de los derechos de las minorías (Bodnár et al, 2021).

El caso de Polonia (Bién y Wloch, 2021) es similar al mencionado anteriormente, pues se realizaron cambios constitucionales informales que ocasionaron incumplimientos constantes del mismo texto fundamental, advirtiéndose además una marcada y constante confrontación con la Unión Europea, aparte de una cooptación de las altas cortes, como se refiere en el reporte internacional de Reforma Constitucional sobre reforma constitucional, editado y coordinado por los profesores Richard Albert y Luis Fernando Barroso.

Empero, el carácter que tiene este fenómeno negativo para las naciones, también llamado "golpe blando" no solo se ha manifestado en el Viejo Continente, sino también en América Latina. Siguiendo esta línea se puede abordar el caso de Venezuela con la constitución de 1999.

Al respecto, este tema ha sido abordado también por David Landau, a través del concepto de "*Abusive Constitutionalism by replacement*" (Constitucionalismo abusivo "por reemplazo", ya que se desmontan los miembros constitucionales de la Constitución venezolana de 1961). El profesor estadounidense hace referencia a las tácticas electorales aplicadas por Chávez, que le dieron 60% de votos y 90% de escaños en la Asamblea.

⁹ <https://www.nbcnews.com/tech/tech-news/ipad-used-draft-hungarian-constitution-flna124603>
(fecha de consulta: 22 de enero de 2022)

¹⁰ Un escándalo incongruente con su postura anti-derechos y a la vez contrario a las medidas sanitarias, suscitado en Bruselas en 2020, fulminó la carrera política de este eurodiputado.

Asimismo, agrega lo siguiente:

El proceso constitucional de 1999 le dio a Chávez los medios para barrer a la oposición del poder, y reemplazarla con instituciones que él mismo pudiese controlar, lo cual ayudó a construir un régimen de autoritarismo competitivo, donde Chávez mantuvo el poder continuamente hasta su muerte en 2013, y así pudo controlar la mayoría de las instituciones de Venezuela. Había sido capaz de usar su poder, también, para empujar otros cambios constitucionales que incrementaron su poder, como por ejemplo la reforma de 2009 que removió enteramente los límites al periodo presidencial" (traducción personal de: *"The 1999 constitution-making process thus gave Chavez a legal means to sweep the deck clean, removing opposition figures from power and replacing them with institutions that he could control. In that sense, it helped to shepherd in a competitive authoritarian regime, where Chavez maintained power continuously until his death in 2013 and was able to control most other institutions in the country. He had subsequently been able to use his power over the state to push through other constitutional amendments that increased his power, such as a 2009 package that removed term limits entirely."*¹¹ (Landau, 2013, p. 206) .

Por otro lado, resulta interesante analizar el caso de Colombia, en donde puede observarse cómo se intentó efectuar otra manifestación del constitucionalismo abusivo, que afortunadamente fue controlado oportunamente por la Corte Constitucional colombiana, frente a las pretensiones de Uribe, quien buscaba lo que Dixon y Landau (2015) denominan una "indefinida extensión del límite del mandato presidencial" (p. 211).¹²

Otro caso resaltante, más reciente, es el caso de Bolivia. El ex presidente Evo Morales decide, forzando figuras constitucionales, ir a la reelección en 2019 y de esta forma seguir gobernando. Termina dejando el poder en medio de graves circunstancias de caos y violencia (un sector de la academia también indica que su sucesora incurrió en golpe de Estado, que también encajaría en la categoría analizada). No obstante, la Corte IDH se pronunció al respecto estableciendo que la reelección no es un derecho humano, como pretendía alegar Morales.

Antes de terminar la exposición, en perspectiva comparada, en donde se vio reflejada la problemática que actualmente se va agravando, no se puede obviar el peculiar caso salvadoreño. Esta situación es muy particular y

11 Landau, D. Óp. cit., p. 206.

12 Sobre el caso venezolano, resulta sumamente importante la lectura del reciente texto del jurista Allan Brewer Cárdenas, titulado: "La demolición de la autonomía y la independencia judicial en Venezuela: 1999-2021" (2021)

hasta hay quienes sustentan que el presidente Nayib Bukele, está desplegando algo que algunos han dado en llamar “autoritarismo *millennial*”. No podemos dejar de recordar que, a inicios de 2020, se originaron tensiones con el Congreso (entonces Bukele carecía de mayoría parlamentaria); las confrontaciones se fueron acrecentando y a raíz de esto se produjo la irrupción de las Fuerzas Armadas en el Parlamento (las imágenes incluso nos llevan a pensar en los golpes “antiguos”). Una renovación parlamentaria le ha permitido ahora contar con una cómoda mayoría congresal gracias a la cual, por ejemplo, efectuó la destitución de Magistrados de la Corte Suprema, expresión del constitucionalismo abusivo que tuvo repercusión internacional, al punto que diario *Slate* tituló la noticia como: “*Meet Latin America's First Millennial Dictator*”¹³. En fin. Bukele presume de todo esto en las redes sociales que utiliza con fruición día a día (criptomonedas incluidas), permitiéndose incluso ironizar con la palabra “dictadura”.

Finalmente, el Perú tampoco fue ajeno a estas maniobras con carácter constitucional aparente. Se puede identificar casos recientes como la vacancia del ex presidente Martín Vizcarra llevada a cabo por el Congreso de la República; de la misma forma, se puede hacer prudente mención de la posible Asamblea Constituyente que causa preocupación y dudas en muchos sectores. La pregunta que puede formularse a causa de la actual coyuntura política del Perú es la siguiente: ¿es acaso el camino hacia una nueva constitución una caja de pandora para que se cuelle el constitucionalismo abusivo? Consideramos que no necesariamente un proceso constituyente implica ello (un genuino ejercicio del poder constituyente no debería implicarlo), pero que es un asunto que, sin duda, debe tomarse con pinzas, toda vez que la posibilidad siempre existe, sobre todo cuando los procesos de cambio constitucional no emanan realmente de la ciudadanía (*bottom up*) sino de los poderes públicos (*top down*), y, además, considerando las complicaciones y disfuncionalidades de nuestro sistema político y de partidos como tal.

7. Reflexiones

Finalmente, de lo tratado en líneas anteriores, es posible mencionar algunas reflexiones:

En primer lugar, debe quedar claro que la democracia no debe darse por sentada, debe lucharse por ella en todo sentido y todos los días, pues aún existen muchos riesgos que pueden hacer peligrar su viabilidad. Lo mismo se puede decir cuando se hace referencia a las conquistas democráticas, es decir, las encaminadas a la consecución de

¹³ Meléndez, M. *Meet Latin America's First Millennial Dictator*. *Slate*. 26 de agosto del 2021. Recuperado de: <https://slate.com/news-and-politics/2021/08/nayib-bukele-salvador-millennial-dictator-authoritarianism.html>

derechos; en ese caso, siempre se encuentra latente la posibilidad que se suscite un retroceso en el reconocimiento de dichos derechos.

Por otro lado, existe un aspecto que no se ha mencionado hasta ahora; y que —no obstante— es menester enfatizar, ya que guarda mucha relación. Se identifica aquí el “carácter demoníaco del poder”, al cual hacía referencia Loewenstein. Además, lo mencionado se consolida con la siguiente frase de Lord Acton (también citada por el maestro alemán): *“El poder corrompe, el poder absoluto corrompe absolutamente”*.

Como reflexión final, es importante expresar que, al final del día, todo reside en el elemento personal, actitudinal, de valores democráticos y de construcción de “sentimiento constitucional” en la sociedad. En ese sentido, el ser humano —como individuo y ciudadano— no debe dejarse “seducir por el autoritarismo”, como diría el título del imprescindible libro de Applebaum.

Finalmente, es primordial recalcar una vez más que no se debe bajar la guardia; porque es a través de las figuras aparentemente constitucionales que pueden surgir situaciones no democráticas, las cuales pueden permitir la comisión de un grave daño a los derechos y garantías de los ciudadanos, lo cual no es una mera entelequia: repercute, concretamente, en sus vidas cotidianas.

8. Respuestas a las preguntas del público

8.1. ¿Es posible hablar de constitucionalismo abusivo en los gobiernos populistas en América?

Por supuesto, en la actualidad el populismo se encuentra cargado de discursos que pueden resultar peligrosos. Al respecto, existe incluso doctrina en donde se está mencionando que “el populismo no es tan malo, sino que —por el contrario— se relaciona con el pueblo” (sic). Discrepamos de este enfoque, por cuanto el propio Landau realiza un estudio acerca del populismo y su relación con el tipo de constitucionalismo mencionado. Teniendo esto en conocimiento, es posible mencionar que la figura del populismo tiene un enfoque politológico, el cual naturalmente nos remite a la estrecha relación entre el Derecho Constitucional y la Ciencia Política. Es por esta razón que el estudio de la disciplina de la Ciencia Política es relevante.

Finalmente, se debe agregar que siempre se ostentan grados, tendencias hacia un autoritarismo puro o a una democracia plena, pero no necesariamente ello implica que el populismo conlleva a un autoritarismo, aunque sí ha sido usado como una herramienta para alcanzar dicho fin.

8.2. ¿La reelección de Nayib Bukele es una manifestación del

constitucionalismo abusivo?

Efectivamente, la reelección de Nayib Bukele es un ejemplo resaltante de cómo puede manifestarse el constitucionalismo abusivo. La conclusión a la que llega es que —a través de las reelecciones constantes por parte de un mandatario— puede llevarse a cabo dicho fenómeno, más aún si se promueve dicho mecanismo sin límite definido. Sería un tipo de constitucionalismo abusivo por enmienda. Sin embargo, la reelección no es mala *per sé*, pero más importante que estar reelegiéndose es el fortalecimiento del Sistema democrático, así como el tener verdaderas políticas de Estado.