



**Institut de recherche et débat sur la gouvernance**  
*Institute for research and debate on governance*  
*Instituto de investigación y debate sobre la gobernanza*

# **Constituciones: ¿Coexistencia, renacimiento o hibridación de las distintas fuentes de legitimidad?**

**Por el Instituto de investigación y debate sobre la Gobernanza**

Síntesis de los debates (Segunda parte) publicada en los Actas del Coloquio de Polokwane (2008) *Recogido de debate y proposiciones para la gobernanza en África: perspectivas desde África del Sur* cuya versión francesa está disponible en el sitio web del IRG:

<http://www.institut-gouvernance.org/fr/ouvrage/fiche-ouvrage-25.html>

## **Constituciones: ¿Coexistencia, renacimiento o hibridación de las distintas fuentes de legitimidad?**

**Por el Instituto de Investigación y debate sobre la Gobernanza<sup>1</sup>**

Advertencia a los lectores:

*El presente documento es la síntesis de una sesión del encuentro multi-actores organizado en Polokwane-Sudáfrica, del 17 al 19 de junio de 2009 por el Instituto, dentro del marco del Recorrido Internacional de Debate y Propuestas sobre la Gobernanza en su sección en África. Las actas de dicho encuentro están disponibles en el sitio del IRG en la siguiente dirección: <http://www.institut-gouvernance.org/fr/ouvrage/fiche-ouvrage-25.html>*

*Nos pareció oportuno presentar este texto en el presente informe dado que pone de manifiesto de qué manera se plantea el tema del pluralismo en la subregión de África Austral desde el momento en que se abre el debate sobre las Constituciones. Más aún, fue con ocasión de ese coloquio que surgió la iniciativa de lanzar un grupo internacional sobre las Constituciones, en consonancia con el trabajo que se estaba realizando en África.*

*Cierto es que los debates se focalizaron sobre la región de África Austral pero, como en todos los encuentros coordinados por el IRG, asistieron participantes de Europa, de América y de otras subregiones de África. Gracias al entrecruzamiento de esas diversas miradas fue posible realizar una puesta en perspectiva específica sobre el objeto Constitución en África Austral, yendo más allá de los debates ya conocidos sobre las constituciones endógenas (resultantes de procesos de elaboración participativos) y abordando el punto esencial de su dimensión política. El desafío de las Constituciones como encarnación del “contrato social” de una sociedad, especialmente mediante la inclusión del pluralismo social y por ende normativo, surgió como uno de los desafíos centrales para una gobernanza democrática legítima.*

---

<sup>1</sup> Este grupo nació del Foro de Addis-Ababa, co-organizado por la Comisión de la Unión Africana y la Alianza para Refundar la Gobernanza en África en noviembre de 2005, foro cuyo Plan de Acciones prevé la implementación de un Grupo Interafricano de Investigación sobre los Modos de Gobernanza en África. Es un grupo pluridisciplinario abierto a los investigadores universitarios pero también a los tradicionalistas. Nació en África Occidental con ocasión de un taller organizado en Lomé en 2008 sobre el tema “¿Qué alternativas constitucionales para África?”. Su vocación es ampliarse a las demás regiones de África. Su finalidad es contribuir a la autonomía intelectual del continente y tiene por objeto contribuir a la construcción de modelos constitucionales representativos de las realidades de África, particularmente en el plano de los valores y de las instituciones. Es coordinado por la Alianza para Refundar la Gobernanza en África.

*“Las élites que condujeron a nuestro país a la independencia estaban muy influenciadas por el pensamiento occidental, por la primacía de la legalidad y la necesidad de tener Constituciones para suprimir lo que ellas consideraban como una potencial caja de Pandora: el faccionalismo generado por la religión o el tribalismo. (...) Así pues, esa tendencia se difundió hacia los movimientos de liberación de izquierda o marxistas, lo que minimizó el papel de la religión y de la tradición en la supuesta nueva sociedad que querían construir. Se hizo hincapié entonces en la Constitución más que en una reconciliación con la tradición o la religión. Aun cuando, tal como lo demuestra este coloquio, la tradición y la religión son importantes y constituyen de algún modo una caja constitucional”*

Miguel De Brito

(Cita extraída del coloquio, traducción del inglés)

La naturaleza de los procesos constitucionales en África Austral es conocida por sus particularidades participativas e incluyentes, pero también por sus resultados: Constituciones endógenas (home grown) que reflejarían el pluralismo de las sociedades que rigen.

A través de la observación de la diversidad de las Constituciones de África Austral en la actualidad podemos entender su legitimidad propia y su capacidad para favorecer la interacción positiva de las distintas fuentes de legitimidad que conviven dentro de las sociedades que dichas Constituciones deben regular. ¿De qué manera esas Constituciones articulan la diversidad de autoridades, la pluralidad de normas y de valores vehiculados por las diferentes fuentes de legitimidad del poder mencionadas en la primera sesión? Desde este punto de vista se plantearon los siguientes interrogantes: ¿las Constituciones son la fuente de reconocimiento o un vector de reconocimiento de esas diversas legitimidades?, ¿cómo se traducen esos textos en la práctica?, ¿cuáles son los principales obstáculos para su aplicación y su respeto por parte de las poblaciones involucradas?

La cuestión constitucional es central. Permite entender mejor la diversidad de las concepciones y comprensiones del papel de las Constituciones nacionales en la subregión y, desde un punto de vista comparativo, en África Occidental.

Surgen de este análisis dos ejes principales: por un lado, la afirmación de una adhesión de principio consensual a la Constitución en tanto fuente de legitimidad del poder; por otro lado, la constatación de un desfase evidente entre esta primera afirmación y la práctica, lo cual conduce a relativizar el arraigo sociológico de la legitimidad constitucional.

## **1. Una adhesión bastante generalizada a la norma constitucional como fuente de legitimidad del poder político**

La Constitución en África Austral garantiza un conjunto de normas fundamentales y define cierto tipo de ordenamiento institucional. Representa también, y sobre todo, la existencia de un consenso en el seno de las sociedades del Sur de África en torno a valores y aspiraciones comunes. La Constitución encarna de un modo u otro el “contrato social” fundador de los países de la subregión. Por esa razón, la Constitución ha sido establecida como fuente primera de legitimidad política de los países abordados en el Coloquio. Los debates sobre la realidad y sobre la importancia del control de constitucionalidad en la región ilustraron la importancia de ello, especialmente en relación con el resto del continente africano.

*¿Cómo entender esa fuerza simbólica del objeto constitucional que la mayoría de los participantes se ocupó de destacar?*

En muchos países de África Austral las Constituciones se perciben como el resultado de procesos incluyentes, participativos y abiertos. La Constitución sudafricana de 1993 es sin lugar a dudas el mejor ejemplo. Paul Hoffman lo evoca del siguiente modo: “[esta Constitución] es la culminación de un proceso de siete años que permitió la expresión de una representación de intereses muy amplia (dos millones de personas habrían participado)”. Es por ello que, según él, esa Constitución goza hoy en día de una profunda legitimidad entre diversos actores de la sociedad sudafricana, tanto entre las poblaciones como en la clase política. Esa fuerza simbólica vinculada a los procesos participativos e incluyentes también existió en África Occidental, recordó Assane Mbaye, quien insistió sobre el papel que jugaron las “Conferencias Nacionales” en la elaboración de las Constituciones en África Occidental después de la ola de democratización que tuvo lugar a comienzos de los años ‘90. Sin embargo, los debates mostraron luego que esa legitimidad procedimental se veía fragilizada y hasta cuestionada por los procesos de reforma utilizados en la actualidad. Así por ejemplo, en Senegal, la mayor parte de las reformas constitucionales son lanzadas unilateralmente por el poder ejecutivo.

El contexto histórico de elaboración de las constituciones post-liberación o apartheid de África del Sur está íntimamente ligado a los movimientos de liberación nacional y, en el caso de Sudáfrica en particular, a la lucha contra el apartheid. En el imaginario colectivo, las Constituciones simbolizan entonces ampliamente la reapropiación de sus destinos por parte de las poblaciones y el advenimiento de un régimen político más cercano a las aspiraciones populares. La existencia de Constituciones nacidas de procesos nacionales y endógenos es por lo tanto una fuente fundamental de legitimidad, que se opone a los testimonios presentados por varios participantes al seminario procedentes de África Occidental y que deploraron el carácter demasiado “importado” de las constituciones nacionales de su región.

Por último, la importante penetración de la “cultura legal” en los países de África Austral aparece también como un factor esencial de la legitimidad de las Constituciones actuales. Dominique Darbon nos señala además que tal predominancia de las normas legales dentro de la diversidad de los contextos locales no tiene equivalente en el resto de África. Como lo recuerda M. De Brito, la normatividad jurídica, y particularmente la constitucional, construye también barreras de protección contra los riesgos como el faccionalismo o la violación de los derechos humanos que pueden emanar de excesos en algunas prácticas ligadas a fuentes diversas de legitimidad.

Existe un fuerte apego al símbolo constitucional como fuente trascendente de legitimidad del poder político en la subregión. No obstante ello, se observa un desfase entre la realidad de una élite y la de la mayoría de la población. La cuestión del constitucionalismo se plantea entonces: ¿se puede considerar que África Austral se caracteriza por una situación de Constituciones no arraigada en una cultura del constitucionalismo?

## **2. ¿Constituciones sin constitucionalismo?**

### *2.1 Un desfase entre la existencia de textos y su verdadera aplicación*

El punto central de los debates se manifiesta en el vínculo entre una legitimidad reconocida de la Constitución y la realidad de las prácticas del constitucionalismo, realidad ampliamente cuestionada en la actualidad. La expresión de “Constitución sin constitucionalismo” del Dr. Hastings Winston Opinya Okoth-Ogendo, designa ese creciente abismo entre un símbolo fundador de las sociedades post-liberación o post-apartheid y su aplicación y respeto. Según Pauline Dempers: “hoy en día, el desafío no radica en la existencia o no de una Constitución sino en su puesta en práctica por parte de los decisores”. El primer elemento de

cuestionamiento de la práctica constitucional parece provenir, en la mayor parte de los países de la región, de los gobiernos mismos. El debilitamiento de la independencia del poder judicial a favor del ejecutivo, o incluso más generalmente del principio de la separación de los poderes, la erosión de la frontera entre un partido que está en el poder, como el ANC y el Estado en su conjunto, ponen en tela de juicio la capacidad de las Constituciones para regir y regular efectivamente los poderes. En consecuencia, Paul Hoffman llamó a acrecentar un control, por parte de los actores de la sociedad civil especialmente, de esta práctica del constitucionalismo por parte del mismo Estado. La Constitución sudafricana ofrece los medios jurídicos para controlar la actividad del gobierno, pero es cada vez más difícil ponerlos en práctica. Esa necesidad de control remite a un principio fundamental: la legitimidad del objeto constitucional no es algo que viene dado eternamente, sino que debe ser consolidado por la práctica, alimentado constantemente por la transparencia de los procedimientos de reforma y el estricto respeto de los principios que de allí emanen. La legitimidad constitucional es un proceso “dinámico” y “político” que puede ser malogrado por ciertas prácticas del constitucionalismo. Esta perspectiva es corroborada por Assane Mbaye, que explica que es precisamente esa debilidad de la práctica del constitucionalismo lo que fragiliza fuertemente la legitimidad constitucional en África Occidental: “Si la Constitución debe servir como instrumento de limitación de los poderes, los jueces de África Occidental pocas veces lo entienden de ese modo y así menoscaban la utilidad y la legitimidad de nuestras constituciones”. El ejemplo senegalés muestra la frecuencia de las reformas unilaterales de la Constitución llevadas adelante por el gobierno y destinadas a adaptar los marcos jurídicos a las coyunturas electorales y políticas del país.

## *2.2 Una legalidad constitucional afirmada pero una legitimidad constitucional por fortalecer*

La legitimidad de los principios constitucionales depende del respeto que le otorga la población. Aunque los procesos constitucionales de algunos países, especialmente Sudáfrica, hayan sido dinámicas más abiertas e incluyentes que en la mayoría de los demás países africanos, ¿despiertan hoy en día en las poblaciones una “confianza”, una “identificación”, un “respeto” y un “apego” suficientes? Esta pregunta coincide ampliamente con lo que plantea Assane Mbaye cuando escribe: “La pregunta es difícil, casi tabú. En efecto, si la Constitución no es respetada, y si el constitucionalismo no está en su esplendor, ¿no es esto, en parte, a causa de los valores mismos que ellos vehiculan y que los fundan?”. La legitimidad atribuida a una entidad o una norma se basa en las percepciones y las expectativas de sus sujetos. Muchos son los análisis que concluyen por relativizar la afirmación de una adhesión práctica unánime de las poblaciones a las normas constitucionales de la región. Zimbabwe, por ejemplo, ilustra claramente este riesgo de desconexión entre una Constitución y el pueblo que la sostiene. El paso de una Constitución “colonial” impuesta por el imperio británico a una Constitución endógena no resuelve por sí solo la ecuación de su legitimidad. La polarización de la vida política y de la práctica del poder en torno al Partido-Estado también constituye un fuerte vector de desconexión entre la Constitución y las poblaciones.

## *2.3 Un arraigo sociológico y una práctica constitucional por consolidar*

Nos interesamos ahora por el origen del desfase entre la fuerza simbólica reconocida a las Constituciones y la práctica. Al hacer esto, identificamos pistas capaces de fortalecer la adhesión de las poblaciones a la norma constitucional:

*-Las Constituciones son objetos históricos y políticos*

La potente adhesión a la norma constitucional depende por lo general del imaginario político. La dimensión altamente política de una Constitución suele ser reveladora del estado de las relaciones de fuerza y del contexto político de un país en el momento de su elaboración. Según Maurice Engueleguele, la Constitución no es percibida solamente como una herramienta jurídica sino también como un instrumento político. A su entender, cada Constitución aparece antes que nada como el resultado de un compromiso político entre las fuerzas presentes en un período determinado. Por más que una Constitución pueda ser incluyente en su proceso de elaboración, eso no basta para convertirla en un objeto intangible. Y si los procesos de reforma no son incluyentes a su vez, la Constitución va perdiendo entonces su legitimidad. Es también lo que evoca el profesor André Mbata Mangu cuando menciona la Constitución sudafricana de 1993 como el resultado de un compromiso sutil entre el gobierno del Apartheid y los movimientos de liberación. Existe un riesgo de “fetichismo constitucional” que es denunciado. Así por ejemplo, Dominique Darbon insiste sobre la existencia de una forma de “historia sagrada” (holy story) vinculada con el origen mismo de los procesos constitucionales, y sobre la imposibilidad de mantener al objeto “Constitución” únicamente dentro del campo de lo legal/racional. El constitucionalismo, cuyo origen se remonta a Europa a fines del siglo XVIII, proviene de una forma de ideología que apuntaba a oponerse a la monarquía de derecho divino, y más globalmente al poder absoluto. El constitucionalismo no puede entonces ser entendido fuera de sus orígenes históricos y socioculturales.

Entender de este modo los procesos constitucionales permite abordarlos de manera dinámica, lo cual lleva asimismo a considerar a las Constituciones a partir de las sociedades que se supone que encarnan y acercarse más a los contextos, a los mitos fundadores y unificadores y a las evoluciones propias de cada una de ellas.

*-La normatividad constitucional tiene por vocación reflejar el pluralismo social y por lo tanto tomar en cuenta la diversidad de las fuentes de legitimidad*

En el centro de la problemática de la legitimidad constitucional aparece entonces su capacidad para reflejar la diversidad de fuentes de legitimidad que conviven dentro de cada sociedad (legitimidad de la norma religiosa, legitimidad de la autoridad tradicional, legitimidad histórica de los movimientos de liberación nacional y de sus héroes, etc.). Pues la proclamación de los valores de una nación constituye uno de los puntos de encuentro entre la Constitución y la exigencia de legitimidad. “Las Constituciones de los Estados deben ser el reflejo de la diversidad social”. Ahora bien, ¿es suficiente con mencionar en las Constituciones a las otras fuentes de legitimidad del poder para que esas Constituciones ya reflejen efectivamente el imaginario colectivo que surge del pluralismo social?

Dentro de las Constituciones de la región hay que tomar en cuenta las “referencias” formales a una diversidad de fuentes de legitimidad, cada una de ellas encarnadas por autoridades y sistemas normativos diferentes. Por ejemplo, ¿cómo se integran los liderazgos tradicionales de Lesoto, o bien los jefes de la Asambleas oficiales de Zimbabwe, dentro del texto constitucional? Los movimientos de liberación nacional también tienen una fuerte influencia en las Constituciones nacionales, particularmente en las de Zimbabwe y Namibia. Más globalmente, en relación a las autoridades tradicionales, podemos preguntarnos entonces si el reconocimiento formal de autoridades, normas o incluso valores procedentes de fuentes de legitimidad que no son la Constitución ya constituyen una fuente de legitimidad para aquéllos

o si se trata más bien de una simple formalización de una legitimidad arraigada en creencias tradicionales, religiosas, etc.

En consecuencia, esa integración “oficial”, esa “legalización” o “formalización”, ¿permiten que las Constituciones sean aceptadas como primera referencia normativa por las poblaciones? ¿La totalidad de los actores del país considera a la Constitución, y más ampliamente a la normativa estatal, como la regla compartida que rige sus comportamientos, como el marco social y cultural dentro del cual piensan y actúan? (Eberhard 1997). El Jefe Lerotholi nos señala, desde este punto de vista: “No nos hemos convertido en seres nuevos con el advenimiento de estas nuevas Constituciones. Nos consideramos todavía como pueblos “tradicionales”, guiados por ciertas prácticas culturales. Se abre un abismo entre lo que la Constitución nos propone y lo que las poblaciones consideran como sus prioridades”. Dichas prioridades pueden resultar de una apreciación de valores muy diferentes a los que se afirman en la Constitución. Así, por ejemplo, algunos jefes sudafricanos dicen sentirse muy incómodos con las disposiciones constitucionales que se refieren a la prohibición de la pena de muerte o a los derechos de los homosexuales.

“La ley puede ser considerada como la legitimidad formal, pero todo lo que resulta de la legitimidad no está sistemáticamente incluido en la legalidad”, recuerda André Mbata Mangu. En efecto, la tendencia frente al pluralismo jurídico de hecho es reconocer la existencia de otros órdenes jurídicos (tradicionales, religiosos, etc.), pero solamente los que son reconocidos por el Estado. Además, esta formalización o legalización de la legitimidad muy pocas veces toma en cuenta los valores subyacentes encarnados en esas otras fuentes de legitimidad, como tampoco los otros polos de elaboración de la norma (ya que el Estado no es, en los hechos, la única fuente de poder normativo). En resumen, en lugar de encarnar el dinamismo de las sociedades, a veces puede inmovilizar su estructuración y sus regulaciones. La hibridación de los valores normativos subyacentes refuerza la naturaleza viva de la institucionalización allí adonde el pluralismo jurídico restrictivo tiende a paralizar o *folclorizar* a esos valores. Lo que está en juego son los verdaderos grados de articulación entre las prácticas locales y las normas constitucionales, tal como lo señala Dominique Darbon: “¿Qué pasa si una mayoría de la población se remite en primer lugar a la tradición y la Constitución se convierte en un elemento de regulación periférico? ¿La ley consuetudinaria debería entonces ser incluida en la Constitución? ¿Debemos cambiar la Constitución o la ley consuetudinaria?” A la manera de Ross Herbert podemos preguntarnos entonces qué es una “buena” Constitución. “¿Qué es una Constitución elaborada con pertinencia? Es una Constitución capaz de entender la manera en que se comporta la población”.

\*

Hay tres grandes desafíos relativos a la legitimidad de los procesos constitucionales por un lado, y de las Constituciones por otro: ¿de qué modo pueden las Constituciones ir más lejos en la articulación entre un umbral de valores colectivos e internacionalmente reconocidos y la especificidad de los modos de regulación propios de cada sociedad?; ¿cómo permitir, además, que se tome en cuenta la evolución de los modos de regulación propios de cada sociedad?; ¿cómo garantizar que la legitimidad y la aplicación efectiva de las normas constitucionales no sean puestas en tela de juicio por las mismas prácticas constitucionales?

El objeto “Constitución” es, al mismo tiempo, fuente y vector de legitimidad. En la mayoría de los países de África del Sur los procesos constitucionales resultaron de procesos participativos e incluyentes propulsados por una dinámica de reconciliación nacional. De allí se deriva su carácter innovador y eminentemente político, que ha dado lugar a textos constitucionales internacionalmente reconocidos por su voluntad de tomar en cuenta el

pluralismo social de las sociedades en cuestión. Sin embargo, persiste todavía un desfase entre esa referencia o mención constitucional y la práctica cotidiana de las poblaciones. Estas últimas, en su mayoría, no encuentran hoy por hoy en la constitución y la normatividad legal racional que de ella se deriva (derecho público, etc.) una fuente de regulación que estructure sus prácticas cotidianas. La tradición y/o la religión siguen siendo movilizadas como sustituto de la norma legal/racional, o a veces en situación de competencia con ella.

En ese nivel, el pluralismo jurídico permite abrir nuevas perspectivas. Si la legitimidad del poder no puede fundarse sobre la referencia a una sola fuente de legitimidad (la legitimidad internacional, legal/racional, etc.), tampoco puede confundirse con una simple superposición de las distintas fuentes de legitimidad del poder. El tema de la legitimidad del poder no puede resolverse mediante un efecto mosaico. Requiere de un mestizaje y una hibridación, es decir del surgimiento de una nueva normativa que supere la simple adición (en este caso la simple referencia) de las distintas fuentes de legitimidad. La gobernanza legítima necesita, en efecto, una búsqueda creadora que debe arraigarse en el análisis de las prácticas de confrontación, de hibridación, etc., entre las distintas fuentes de legitimidad. Tal como lo señala Dominique Darbon, “la gobernanza no concierne solamente el dominio de un orden (normativo) por sobre los demás o la coexistencia de esos diversos órdenes: también es la discusión y el seguimiento, la organización de los impactos de sus hibridaciones”.