

FJG

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Nº 289 | 29 de enero 2020



Ideas & Propuestas

RESUMEN EJECUTIVO

El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano es una corriente del derecho que ha inspirado los procesos constituyentes de Iberoamérica. Desarrollado desde la segunda mitad del siglo XX, se ha fundado bajo la intención de asegurar un amplio “catálogo de derechos” colectivos desde las distintas cartas magnas, traducidas en promesas difíciles de cumplir en la práctica. Dado que ha sido la tendencia en la región, este ejemplar explica las premisas en la que se funda, frente a un inminente proceso constituyente chileno.

I. QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN

Una de las demandas que se han tomado la agenda pública, a partir del pasado viernes 19 de octubre, es el inicio del proceso constituyente, cuyo objetivo es reemplazar nuestra actual Carta Magna. Sin embargo, dada la coyuntura y que en abril se realizará el “plebiscito de entrada” que definirá el futuro constitucional de Chile, es necesario entender qué es una Constitución y sus clasificaciones, para luego ahondar en teoría del derecho sobre la materia.

Las constituciones establecen distintos principios fundamentales desde donde se inspiran las líneas que lo integran, como la visión que se tiene de la persona, del Estado, de la economía, la división de los poderes y sus atribuciones, las distintas instituciones, entre otros. La Constitución –también llamada “Carta Magna”, “Carta Fundamental” o, incluso, “Código Político”– es la norma o regla de mayor importancia dentro de un sistema político:

la Constitución es el orden jurídico fundamental de la Comunidad. La Constitución fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política y se deben asumir las tareas del Estado. Contiene los procedimientos para resolver los conflictos en el interior de la Comunidad. Regula la organización y el procedimiento de formación de la unidad política y la actuación estatal. Crea las bases y determina los principios del orden jurídico en su conjunto. En todo

ello es la Constitución “el plan estructural básico, orientado a determinados principios de sentido para la conformación jurídica de una Comunidad”.¹

Las constituciones pueden clasificarse según sus distintas cualidades: constituciones escritas en un texto jurídico (como el caso de nuestro país) o consuetudinarias, que quiere decir que no están escritas, mas se mantienen por el uso y las tradiciones históricas (ejemplo es la Carta Magna de Inglaterra). Otra clasificación es por extensión, ya que hay también constituciones breves (como la estadounidense) que se caracterizan por tener un esquema fundamental de la organización del sistema político, y otras desarrolladas, con gran cantidad de artículos, que buscarían ser precisas en el ordenamiento político.

Siguiendo con lo anterior, también una constitución puede ser flexible –es decir, puede ser modificada por el poder legislativo de manera ordinaria, con mayoría simple– o puede ser rígida –aquellas que establecen altos quórum para sus reformas, que permitirían una estabilidad en el tiempo de los principios constitucionales–.

Usualmente, las constituciones se organizan internamente por un preámbulo, una parte dogmática, una parte orgánica, un apartado que establece los procedimientos de reforma de la Constitución y disposiciones transitorias.

¹ Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992), p.16.

II. PROCESOS CONSTITUYENTES

El desarrollo del Derecho Constitucional en la historia consta de cuatro fases de “momentos constituyentes”.²

1. El Constitucionalismo Liberal, en el marco de las revoluciones liberales a finales del siglo XVIII.
2. El auge del Positivismo, principalmente en siglo XIX y a principios del siglo XX.
3. El Constitucionalismo Democrático, a principios del siglo XX, que es la consecuencia del Estado liberal-conservador contra las amenazas político-sociales del socialismo.
4. Finalmente, el Constitucionalismo Social, que tiene como objeto garantizar derechos sociales, llegando a promover un Estado de Bienestar.

Sin embargo, posterior a la Segunda Guerra Mundial, surgió una nueva corriente conocida como *Neoconsti-*

tucionalismo. Esta corriente se aparta de la tradición constitucional hasta entonces, proponiéndose asegurar derechos individuales y limitar el poder político. Se caracteriza por ser un “catálogo de derechos, por la omnipresencia en la constitución de principios y reglas, y algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y aplicación de la ley”.³

No obstante, el *Neoconstitucionalismo* desembocó en otra corriente constitucional que ha permeado profundamente los procesos constituyentes de América Latina. Conocido como *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, “es un fenómeno surgido en el extrarradio de la academia, producto más de las reivindicaciones populares y de los movimientos sociales que de planteamientos teóricos coherentemente armados”.⁴ Estas constituciones tienen la intención de enmarcarse en los tratados internacionales, con gran énfasis en los Derechos Humanos.

² Viciano Pastor y Martínez Dalmáu, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*. (Valencia: Revista General de Derecho Público Comparado, 2011), p.03.

³ P. Comanducci, *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*, en M. Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*. (Trotta, Madrid, 2003), p. 83

⁴ Viciano Pastor y Martínez Dalmáu, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*. (Valencia: Revista General de Derecho Público Comparado, 2011), p.07.



Foto: t13.cl

Esta nueva corriente se considera una “revolución de los derechos ciudadanos” (“*rights revolutions*”), pues incluye Derechos Humanos tanto de primera como de segunda y tercera generación –derechos civiles, políticos económicos, sociales, culturales y derechos colectivos–.⁵ Es relevante para este tipo de constituciones que exista una legitimación en su origen, dotando de mecanismos para la “la emancipación y avance de los pueblos, al concebir la constitución como mandato directo del poder constituyente y, en consecuencia, fundamento último de la razón de ser del poder constituido”.⁶ El *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano* ha alimentado los procesos constituyentes en Latinoamérica, a través de establecer Asambleas Constituyentes, con el fin de que el texto final sea ratificado directamente por la ciudadanía, es decir por un “poder constituyente” que también se conoce como “originario”, y de romper con sistemas políticos, jurídicos y constitucionales anteriores.

Las constituciones emergidas bajo esta corriente se caracterizan principalmente por colectivizar los derechos, haciendo un énfasis en aquellos grupos

que se supondrían vulnerables, como mujeres, minorías étnicas o diversidad sexual, solo por dar ejemplos.

Se debe tener en cuenta que, por tener gran incidencia en temas de derechos sociales, como disminuir desigualdades en temas económicos, los capítulos relacionados a estos temas son bastantes, extensos y amplios. Si bien las distintas constituciones que se han concebido bajo el paradigma del *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano* incorporan distintas visiones de la economía, hay un factor en común, que es plasmar constitucionalmente una presencia del Estado en amplias materias, como la regulación financiera.

La instalación de esta corriente está presente en el caso brasileño (*Neoconstitucionalismo* en la Constitución de Brasil de 1988), Colombia, Ecuador, Venezuela y Bolivia (*Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*); países que aprobaron sus Constituciones en un plebiscito nacional, tras ser elaboradas en Asambleas Constituyentes.

⁵ Marek Hoehn, *Asambleas Constituyentes en América del Sur en un contexto de Nuevo Constitucionalismo*, (Chile: BCN Estudios, 2014), p. 04.

⁶ Viciano Pastor y Martínez Dalmáu, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*. (Valencia: Revista General de Derecho Público Comparado, 2011), p.07.

III. TIPOS Y MODELOS DE PROCESOS CONSTITUYENTES

Un proceso constituyente es “el conjunto de actos que conducen a la creación de una nueva Constitución”.⁷ Esta instancia es propiciada por un “momento constitucional”, que corresponde a un periodo de tiempo en el que uno o varios actores políticos impulsan la agenda de un cambio constitucional, quebrando el *statu quo*.⁸ Así, el Poder Constituyente se comprende como la voluntad general de la nación o soberanía popular, por tanto, quien poseería la soberanía sería la ciudadanía.

“El poder constituyente originario es inicial, autónomo e incondicionado. Es inicial porque encima de él no hay, ni en los hechos ni en el derecho, ningún otro poder (...) Es incondicionado, pues en su cometido no se subordina a ninguna regla de fondo ni de forma (...) está siempre fuera del orden jurídico. Su naturaleza misma es la insubordinación. Aparece en períodos de crisis, cuando la colectividad desborda los cuadros políticos y sociales de manera revolucionaria”.⁹

El informe encargado al PNUD, titulado *Mecanismos de cambio constitucional en el mundo* (2015) enumera los tipos de mecanismos para llevar a cabo esta misión, que se resumen en los siguientes cinco puntos:

1. Vía Poder Legislativo: el Congreso puede ejercer en su totalidad el poder constituyente, eligiendo miembros para una comisión de una o ambas cámaras, elegidos entre ellos. Su ratificación puede ser a través del Congreso y/o aprobación ciudadana.

2. Asamblea Constituyente: también conocida como Asamblea Nacional Constituyente, es un órgano colegiado, compuesto por ciudadanos electos en sufragio, quienes diseñan el texto constitucional. Una vez finalizado, el documento pasa a los “poderes constituidos”.

3. Congreso Constituyente: un congreso electo por sufragio con la potestad especial de servir como poder constituyente originario. Puede ser una parte o su totalidad del Congreso que apruebe el texto final.

4. Comisión Constituyente o Comisión de Expertos: grupo de expertos y personas consideradas como notables, generalmente abogados y profesionales familiarizados con el Derecho Constitucional. Son designados, no elegidos vía sufragio, por lo general por el Ejecutivo. Luego debe ser ratificado por el Congreso y/o la ciudadanía.

5. Tratados Internacionales: son casos excepcionales, en que existe una intervención de actores internacionales en conflictos armados, para instaurar la paz. Pueden involucrarse organismos como países, solo en temas de la elaboración de la nueva constitución, restándose de incidir en temas políticos.

En los casos constituyentes latinoamericanos desde el año 1947, el 46 % de los 28 casos se han realizado bajo el mecanismo de la Asamblea Constituyente.¹⁰

⁷ Pisarello en Marcela Ríos, *Mecanismos de cambio Constitucional en el mundo*, (Santiago: PNUD, 2015), p. 09

⁸ Daniel Taylor Young, *How do you measure a Constitutional Moment?*, (Connecticut: Yale University, 2013), p. 1998.

⁹ Genaro Carrió, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, (Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 2006), p. 245.

¹⁰ Marcela Ríos, *Mecanismos de cambio constitucional en el mundo* (Santiago: PNUD, 2015), p.19

IV. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES

Las constituciones latinoamericanas que han tenido una gran influencia de la corriente del *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, buscan surgir desde la legitimidad ciudadana –Poder Constituyente– y romper con las normas del sistema político, buscando establecer un “catálogo de derechos” con el aparente fin de mejorar la calidad de vida de las personas. Sin embargo, son difíciles de llevar a la práctica al ser extensas en artículos, lo que complejiza su aplicación en el sistema político, generando grandes desilusiones sociales, por lo que son más simbólicas que efectivas. Por otro lado, suelen negar las tradiciones constitucionales, al eliminar instituciones que son propias e inherentes a la historia política y constitucional de cada país, además de ser inestables al confiar permanentemente el Poder Constituyente a la ciudadanía para cualquier cambio constitucional, lo que se ve, por ejemplo, en la Constitución de Colombia de 1991 –al establecer constitucionalmente “formas de participación democrática”–, o en las de Venezuela y de Bolivia –estableciendo “democracias participativas”–.

El ánimo de “refundación” de una nación no suele traer buenas consecuencias institucionales ni materiales a las personas. Tanto en Venezuela como en Bolivia se le dio grandes atribuciones al Ejecutivo, en desmedro del Legislativo y el Judicial. Ejemplo de ello son las reelecciones inmediatas e ilimitadas a los caudillos que han llevado a cabo estos procesos, formando democracias asistencialistas y personalistas.

El abogado y profesor de Derecho Constitucional, Emilio Garrote, señala que:

La Constitución es tan política como jurídica, pero el contenido de este último aspecto debe ser cuidadosamente estricto, es decir, aquello que sea justiciable, que ante su inobservancia o incumplimiento cualquiera pueda reclamarlo ante los tribunales de justicia. Podemos generar o crear la mejor constitución pero si no se puede materializar durante su vigencia, no será más que un montón de hojas de papel.¹¹

Mediante la actual discusión constitucional en Chile, la hoja en blanco puede servir a quienes, inspirados por estas corrientes constitucionales, quieran animarse a la idea refundacional, iniciando desde cero nuestro sistema político. A través de la demagógica promesa de un catálogo de derechos “sociales”, amplios y gruesos, se generará un texto constitucional difícil de llevar a cabo; más aún con un cambio de modelo de desarrollo económico y social que puede llevar a nuestro país a sistemas probadamente ineficientes, entregándole al Estado –hoy interdicto– un protagonismo que atenta contra la libertad creadora de todos sus ciudadanos. Por ello, entregar en blanco las instituciones que hoy contiene nuestra Constitución, como el Banco Central o el Tribunal Constitucional, arriesgan la estabilidad económica y política que tanto progreso han traído al país.

Y, a pesar de toda la promoción que realizan sus seguidores, crear una Constitución desde cero, bajo el paradigma del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, no asegura que las demandas sociales efectivamente sean solucionadas.

¹¹ Véase: <https://bit.ly/36yegpW>



Capullo 2240, Providencia.

www.fjguzman.cl

 /FundacionJaimeGuzmanE

 @FundJaimeGuzman

 @fundacionjaimeguzman