

Tendencias contemporáneas del constitucionalismo



**El nuevo constitucionalismo
latinoamericano y la reforma
constitucional**

Alberto Pereira-Orozco

El nuevo constitucionalismo latinoamericano

«El nuevo constitucionalismo defiende que el contenido de **la Constitución debe ser coherente con su fundamentación democrática**, es decir, que debe generar mecanismos para la directa participación política de la ciudadanía, **debe garantizar la totalidad de los derechos fundamentales** incluidos los sociales y económicos, debe establecer procedimientos de control de la constitucionalidad que puedan ser activados por la ciudadanía y debe generar **reglas limitativas del poder político pero también de los poderes sociales, económicos o culturales** que, producto de la historia, también limitan el fundamento democrático de la vida social y los derechos y libertades de la ciudadanía». [VICIANO PASTOR]

El nuevo constitucionalismo latinoamericano

Con base en las teorías de GARCÍA-PELAYO, GARGARELLA y PISARELLO, sostengo la tesis de que en **el Estado de Guatemala el ejercicio del poder constituyente y el cambio constitucional se encuentran en crisis latente** debido a que la parte orgánica de la Constitución vigente guarda fuertes resabios decimonónicos, pues fue moldeada *al calor de un pacto liberal-conservador temeroso todavía de la participación política de las mayorías.* [GARGARELLA]

1°. Que siendo la independencia del gobierno Español, la voluntad general del pueblo de Guatemala, y sin perjuicio de lo que determine sobre ella el Congreso que debe formarse, el Sr. jefe político la mande publicar para prevenir las consecuencias que serían temibles en el caso de que la proclamase de hecho el mismo pueblo. [Acta de Independencia, 15 de septiembre de 1821]

El nuevo constitucionalismo latinoamericano

¿Cómo lograr sortear esta crisis sin que la Constitución *brinque en pedazos* en el proceso?

Propongo analizar la experiencia constitucional contemporánea de los países andinos. No hablo del *socialismo del siglo XXI*^{*}, aunque tampoco me sustraigo de él; hablo del *constitucionalismo de tercera generación*. Esta limitación de la participación política de las mayorías y del ejercicio de su poder soberano de decidir, cuando lo considere conveniente, sobre el cambio de su pacto político, acompañó a la mayoría de Constituciones latinoamericanas hasta finales del siglo XX.

[* Cfr. MOULIAN]

El nuevo constitucionalismo latinoamericano

El intento de formular procesos constituyentes democráticos tuvo su inicio en Brasil (1986) y Colombia (1991), pero estos no se lograron materializar y prevaleció el conservadurismo.

Los procesos constituyentes de Venezuela, Bolivia y Ecuador han desempeñado un papel inaugural en el constitucionalismo de tercera generación. Tanto por las formas en que se abrieron camino, como por los contenidos a los que dieron lugar, se ha justificado su inclusión, también, en la categoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Este nuevo movimiento constitucional guardaría algunos puntos de contacto con los procesos constituyentes emprendidos una década antes en los países de Brasil y Colombia. Sin embargo, tendría sus propias características, tanto en términos históricos como de contenido. [PISARELLO]

El nuevo constitucionalismo latinoamericano

Este *nuevo constitucionalismo* retorna al origen radical-democrático del constitucionalismo jacobino, para lograr mayor identidad entre voluntad popular y Constitución. Es por eso que este *constitucionalismo de tercera generación* es, principalmente, una teoría democrática de la Constitución.

La principal apuesta del nuevo constitucionalismo latinoamericano es en la búsqueda de instrumentos que recompongan la perdida (o nunca lograda) relación entre soberanía popular y gobierno.

El denominador común es el mismo: establecer mecanismos de legitimidad y control sobre el poder constituido mediante, en muchos casos, nuevas formas de participación vinculantes.

[Cfr. VICIANO PASTOR y MARTÍNEZ DALMAU]

El nuevo constitucionalismo latinoamericano

El compromiso constitucional de promover la participación a través de fórmulas directas no cuestiona la esencia del sistema de democracia representativa, ampliamente presente en todas las constituciones. La democracia participativa se configura como un complemento en la legitimidad y un avance en la democracia, pero no como una sustitución definitiva de la representación. Sin embargo, sí interrumpe la posición tradicional de los partidos políticos, que si bien se mantienen principalmente en el ámbito de los derechos políticos, su papel queda limitado por la acción directa del pueblo.

[Cfr. VICIANO PASTOR y MARTÍNEZ DALMAU]

El nuevo constitucionalismo latinoamericano

- El nuevo constitucionalismo tutela de mejor manera a sectores tradicionalmente excluidos del desarrollo social y de las esferas de poder (como indígenas, mujeres, jóvenes, etc.).
- Reconoce la necesaria efectividad de los derechos sociales, alejándose del carácter programático que antes los hacía postergables.
- Se rompe con el monopolio de la intermediación entre voluntad popular y decisiones de poder político que era asignada, casi con exclusividad, a los partidos políticos.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano

- Mediante la legitimidad democrática, se fortalece el carácter normativo y superior de la Constitución frente al resto del ordenamiento jurídico.
- Plantea, también, un nuevo papel del Estado en relación al poder económico y al poder ideológico, sometiéndolos a la voluntad soberana del pueblo.
- El referéndum, o la consulta, es el mecanismo, por excelencia, de legitimación del ejercicio del poder y de la toma de decisiones.
- Por ello, a este nuevo constitucionalismo, también se le ha denominado *democracia plebiscitaria* o *democracia popular*.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano

Si bien el *nuevo constitucionalismo latinoamericano* busca garantizar un real control del poder por los ciudadanos, este va más allá, busca responder a una pregunta latente en la historia latinoamericana: *¿cómo se soluciona el problema de la desigualdad social?* No es necesario recordar el rol que han desempeñado las luchas sociales en este *nuevo constitucionalismo*. Estamos, como lo indican VICIANO y MARTÍNEZ ante un *constitucionalismo sin padres*, un constitucionalismo producto de la actuación del pueblo y *no determinado por las élites*.

Teniendo como presupuesto a la legitimidad, uno de los primeros rasgos visibles en el nuevo constitucionalismo latinoamericano es la sustitución de la continuidad constitucional. Ya no estarán facultados los poderes constituidos para modificar la Constitución. *El denominado poder constituyente derivado desaparece*.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano

Existe así una ruptura democrática con lo viejo, este nuevo modelo lo facilita, ya no es necesario romper el orden constitucional para convocar a una nueva Asamblea que reforme totalmente el texto constitucional (que formule una nueva Constitución). Además de lo señalado, existen otras características que configuran a este *nuevo constitucionalismo*:

Su contenido innovador (originalidad); la ya relevante extensión del articulado (amplitud); la capacidad de conjugar elementos técnicamente complejos con lenguaje asequible (complejidad), y el hecho de que se apuesta por la activación del poder constituyente del pueblo ante cualquier cambio constitucional (rigidez).

El nuevo constitucionalismo latinoamericano

En **Venezuela, Bolivia y Ecuador**, los procesos constituyentes vinieron desde abajo, tuvieron amplia participación y representatividad (sus Constituciones fueron ratificadas mediante referéndum popular).

El nuevo constitucionalismo latinoamericano tomó como medida legitimadora del proceso constituyente el referéndum de ratificación popular. Donde puede afirmarse con rotundidad que se produjo el primer proceso constituyente conforme a los requisitos marcados por el nuevo constitucionalismo, rescatando la originaria teoría democrática de la Constitución, fue en Venezuela, en 1999.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano

Constitución Política de la República de Guatemala (1985/1993)

Con base en la experiencia del *constitucionalismo de tercera generación* (andino), la exigencia de un poder constituyente democrático puede satisfacerse por medio de los artículos 141 y 173 constitucionales, los cuales, mediante una adecuada interpretación (*mutación*) constitucional, darían como procedente el rompimiento de la cláusula pétrea contenida en el artículo 281. Esto requeriría de tres pasos necesarios y uno contingente: **a) primero, se consultaría al pueblo**, con base en el artículo 173, sobre la conveniencia de convocar o no a una Asamblea Nacional Constituyente **plenipotenciaria**; **b) segundo, de ser afirmativa la consulta**, y con respaldo en el artículo 141, se convocaría a la elección de diputados para integrar dicha Asamblea; **c) tercero, el producto de la Asamblea**, la nueva Constitución, sería sometido a referéndum de ratificación popular; y **d) el cuarto paso, que entiendo como contingente**, estará a cargo de la Corte de Constitucionalidad, y dependerá de si se ataca o no dicho procedimiento.

Tendencias contemporáneas del constitucionalismo



El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la reforma constitucional

Alberto Pereira-Orozco

PEREIRA-OROZCO, Alberto. *Dinámica constitucional. La ruta andina para una Constitución democrática*. Guatemala: Ediciones De Pereira, 2015.

- AFONSO DA SILVA, José. *Mutaciones constitucionales*. En: *Cuestiones Constitucionales*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Número 1. México, julio-diciembre, 1999.
- ASENSI SABATER, José. *Constitucionalismo y Derecho constitucional*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 1996.
- DE VEGA, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Primera edición, Séptima reimpresión. Madrid, España: Editorial Tecnos, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*. Tomo I: *Teoría del derecho*. Traducción de Perfecto Andrés IBÁÑEZ *et al.* Colección: Estructuras y procesos. Serie: Derecho. Madrid, España: Editorial Trotta, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*. Tomo II: *Teoría de la democracia*. Traducción de Perfecto Andrés IBÁÑEZ *et al.* Colección: Estructuras y procesos. Serie: Derecho. Madrid, España: Editorial Trotta, 2011.
- FUENTES DESTARAC, Mario. *Límites jurídicos a la Asamblea Constituyente*. En: Revista *Crónica*. No. 102. Guatemala, viernes 27 de marzo de 2015, pág. 18.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Cuarta edición en castellano. Tercera reimpresión. Madrid, España: Editorial Alianza Universidad Textos, 1993.
- GARCÍA JURADO, Roberto. *Sobre el concepto de populismo*. Recuperado de: <http://biblioteca.itam.mx/estudios/100-10/103/RobertoGarciaJuradoSobreelconceptodepopulismo.pdf> (12 de diciembre de 2014).
- GARGARELLA, Roberto. *Los derechos relegados de la Constitución*. Recuperado de: <http://www.lanacion.com.ar/1715760-los-derechos-relegados-de-la-constitucion> (12 de agosto de 2014).
- GARGARELLA, Roberto (coordinador). *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*. Tomo I. *Democracia*. Buenos Aires, Argentina: Editorial AbeledoPerrot, 2010.
- MOULIAN, Tomás. *Socialismo del siglo XXI: la quinta vía*. Chile: Editorial LOM, 2000.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. *Lecciones de Teoría Constitucional*. Segunda edición. Madrid, España: Editorial Colex, 2006.
- PÉREZ SERRANO, Nicolás. *El Poder Constituyente*. Discurso de recepción como Académico de número. Madrid, España: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1947.
- PISARELLO, Gerardo. *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*. Madrid, España: Editorial Trotta, 2014.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Obras selectas. Discurso sobre el origen y los fundamentos sobre la desigualdad entre los hombres*. Traducción a cargo de Francisco MÁRQUEZ CABRERA. Madrid, España: Edimat Libros, 2000.
- TEROL BECERRA, Manuel José. *Sobre el poder constituyente: realidad diacrónica versus mito*. Sevilla, España: Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2003.
- TORRES-RIVAS, Edelberto. *Populismos, elija sin equivocarse: populismos para todos*. Artículo publicado en: el Periódico. Sección: *Opinión*. Guatemala, domingo 14 de 2014, pág. 136.
- VICIANO PASTOR, Roberto y Rubén MARTÍNEZ DALMAU, *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. En: AA. VV., *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010.