

CUADERNO JURÍDICO Y POLÍTICO

Volumen 5 • No. 14 • Julio-diciembre 2019 • ISSN 2413-810X

Publicación semestral
Managua, Nicaragua

SUMARIO

Presentación

Geormar Vargas-Téllez

Artículos

Diego Yanten Cabrera | Arnulfo Sánchez García
Lázaro Enrique Ramos Portal | Yumara Santana Ortego
Franco Gatti

Anahí M. Mendoza Alcalá | Emilio G. Terán Andrade
Miguel Polaino-Orts

Reflexión académica

María Teresa Jaramillo Ríos

Corpus iuris de Derechos Humanos

Eugenia D'Angelo | Lucas Mantelli
Comisión Interamericana de Derechos Humanos
ONU | OSCE | OEA



ICEJP

Instituto Centroamericano de
Estudios Jurídicos y Políticos



CONSEJO NICARAGÜENSE DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA

Mejor revista indexada
Nicaragua 2017

ECJP
UPOLI

Escuela de
Ciencias
Jurídicas y
Políticas

EL DERECHO POLÍTICO FRENTE AL «NUEVO
CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO».
ANÁLISIS COMPARATIVO CON EL MODELO DE
DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL
*POLITICAL LAW AGAINST «NEW LATIN AMERICAN
CONSTITUTIONALISM» ANALYSIS WITH THE MODEL OF
CONSTITUTIONAL DEMOCRACY*

Franco Gatti

Abogado (diploma de honor) por la Universidad Nacional de Rosario, Especialista en Derecho Público (UCLM, España), candidato a Doctor en Derecho (UNR), a Magíster en Derecho Público (UNR) y a Máster in Global Rule of Law and Constitutional Democracy (Universidad de Génova, Italia). Profesor por concurso de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Contacto: francogatti517@hotmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-3295-1359>

Recibido: 19.05.2020/Aceptado: 19.06.2020

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto abordar las características del denominado «Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano», cuyo germen se encuentra en los procesos constitucionales de los Estados Ecuador, Bolivia y Venezuela, sin perjuicio del antecedente que significó la Constitución colombiana de 1991. Considerando las insistentes críticas que se han formulado respecto de este nuevo paradigma, se concretará una comparación con el Modelo de Democracia Constitucional, procurando subrayar los aspectos centrales que distancian a estas propuestas.

PALABRAS CLAVE

Constitucionalismo, Latinoamérica, democracia constitucional, derecho político, derechos humanos.

ABSTRACT

The objective of This article is to deal with the characteristics of the so-called «New Latin American Constitutionalism», whose germ is found in the constitutional processes of the States Ecuador, Bolivia and Venezuela, without prejudice to the antecedent that the Colombian Constitution of 1991 meant. Considering the insistent criticisms that have been made in this new paradigm, a comparison will be drawn with the Constitutional Democracy Model, seeking to underline the main aspect that have those proposal.

KEYWORDS

Constitutionalism, Latin America, constitutional democracy, political law, human rights.

Sumario

Introducción | Diferencias entre el nuevo constitucionalismo latinoamericano y con el modelo de democracia constitucional | Características centrales del nuevo constitucionalismo latinoamericano y principales críticas | Conclusiones
| Referencias bibliográficas

Introducción

A título introductorio, resulta oportuno señalar que las constituciones latinoamericanas tradicionales, en palabras de Viciano y Martínez, han sido asociadas a un constitucionalismo poco útil y reiterativo e incluso mencionadas como ejemplos de mal funcionamiento constitucional. Sin descuidar que durante su surgimiento cumplieron un rol trascendente, con el transcurso de los años las respuestas aportadas se identificaron más bien con soluciones externas a problemas locales sin un previo análisis de los efectos de la importación (Viciano y Martínez, 2010, p.11).

En efecto, desde la segunda mitad de la década del ochenta del siglo pasado, se apreciaron en América Latina cambios constitucionales que avanzaron hacia una recuperación del concepto de constitución, y que apuntaron hacia lo que ya se reconoce como un nuevo paradigma constitucional. Estos procesos abundantes y dinámicos indicaron una transformación, pero también señalaron la creciente importancia que se otorga a los documentos constitucionales en la vida política de nuestros países, procurando superar la existencia de constituciones nominales o semánticas (Fix- Zamudio, 1996, p. 46). De acuerdo al juicio de Salazar Ugarte (2013, p. 350) los procesos constituyentes de los años ochenta y noventa¹ (Viciano y Martínez, 2010, p.13), si bien suponen, en algunos casos, el inicio de un modelo, presentan un «aire de familia» demasiado tenue, por eso, a la hora de describir el nuevo constitucionalismo latinoamericano (NCL), concentra su atención en tres experiencias fundamentales: las constituciones de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

A partir de las constituciones indicadas, quedaron definidos los rasgos fundamentales del NCL: legitimidad democrática de la constitución (que es un elemento extra o preconstitucional), reconocimiento amplio de derechos (con la declarada intensión para combatir la desigualdad y la exclusión social) y predominio absoluto del poder constituyente sobre los poderes constituidos. Se trata, por lo tanto, de aquellos procesos constituyentes y del resultado de estos, orientados a superar el concepto de constitución como limitadora del poder (constituido) y avanzar en la definición de la constitución como fórmula democrática donde el poder constituyente —la soberanía popular— expresa su voluntad sobre la configuración y limitación del Estado, pero también de la propia sociedad.

¹ Según Viciano Pastor y Martínez Dalmau, el movimiento del NCL comenzó con el proceso constituyente de Colombia (1990-1991), maduró con el proceso constituyente ecuatoriano de 1998 pero sólo se perfeccionó cuando se aprobaron las primeras Constituciones mediante “referéndum de ratificación popular que resulta ser el aspecto nuclear de la legitimación de la Constitución”.

Diferencias entre el nuevo constitucionalismo latinoamericano y el modelo de democracia constitucional

Con el propósito de describir más acabadamente al NCL, resulta oportuno trazar una diferenciación con el modelo de «democracia constitucional» (MDC). Este último se distingue por los siguientes caracteres: a) una constitución escrita, rígida y suprema; b) un amplio catálogo de derechos fundamentales (libertades, derechos políticos y derechos sociales); c) reglas para organizar democráticamente el acceso y la gestión del poder político; d) mecanismos de control constitucional sobre leyes (cortes o tribunales constitucionales).

Inicialmente, el NCL se distingue debido a que centra su preocupación en la legitimidad democrática de la constitución, recuperando «el origen radical-democrático del constitucionalismo jacobino, dotándolo de mecanismos actuales que pueden hacerlo más útil en la identidad entre voluntad popular y Constitución» (Viciano y Martínez, 2010, p.6). Y, para intentar sortear la confusión de planos entre teoría y realidad constitucional que aqueja a sus premisas, el NCL surge «en el extrarradio de la academia, producto más de las reivindicaciones de los movimientos sociales que de los profesores de derecho constitucional». Consecuentemente, desde esta perspectiva, el NCL sería más un fenómeno constitucional que una teoría de la constitución.

Por su parte, las constituciones del MDC no son producto necesariamente de procesos constituyentes de hechura democrática, tampoco reservan a ese poder constituyente la potestad de custodiar el contenido de la constitución porque se trata de una función que corresponde sobre todo a los tribunales o cortes constitucionales. En materia de derechos fundamentales reconocidos, tanto las constituciones del MDC como las del NCL, contemplan amplios catálogos de derechos de libertad, políticos y sociales. Pero, las últimas —NCL—, incluyen otros derechos que se originan en tradiciones muy diversas y se proponen reivindicar a grupos históricamente invisibilizados y excluidos.

Por este motivo, Gargarella y Courtis subrayan que no debe perderse de vista que el NCL, además de pretender garantizar un real control del poder por los ciudadanos busca responder a la pregunta de cómo se soluciona el problema de la desigualdad social (2003, p.11). Por eso, dedican amplios capítulos económicos para garantizar la participación del Estado en las decisiones públicas sobre los recursos naturales o la regulación de la actividad financiera que no necesariamente están presentes en las constituciones del MDC.

Además, el NCL no correspondería al fenómeno constitucional que ha sido objeto de estudio por el neoconstitucionalismo y que sería, precisamente, el MDC. A pesar de que las tesis del neoconstitucionalismo han sido asumidas por el NCL, éste añade una radical aplicación de la teoría democrática de la constitución, que ratifica una diferencia en el plano teórico, pero también en el práctico, debido a que las constituciones del NCL, a diferencia de las del MDC, son producto de procesos populares y adoptan instituciones propias de corte populista (Salazar, 2013, p.351).

Por último, desde el punto de vista formal, las constituciones del MDC suelen ser, en forma significativa, más breves que las constituciones del NCL y menos abigarradas.

Consecuentemente, rompen políticamente con la tradición constitucional predominante en occidente y se distinguen por cuatro rasgos formales: su originalidad; su amplitud; su complejidad y su pronunciada rigidez.

Características centrales del nuevo constitucionalismo latinoamericano y principales críticas

En primer término, debe decirse que el NCL busca analizar la fundamentación de la constitución, es decir, su legitimidad, que por su propia naturaleza sólo puede ser extrajurídica. Posteriormente, interesa la efectividad de la constitución, con particular referencia a su normatividad. Las tres constituciones identificadas con el NCL no son idénticas, pero tienen un denominador común vinculado a la necesidad de legitimar la voluntad social de cambio mediante un intachable proceso constituyente de base democrática.

En suma, los rasgos distintivos del NCL incluyen, además de la legitimidad democrática de la constitución, el reconocimiento amplio de derechos y el predominio absoluto del poder constituyente sobre los poderes constituidos. Esta última singularidad se manifiesta en cinco elementos: a) la extensión de las constituciones; b) la supremacía del documento, c) las restricciones democráticas al control de constitucionalidad, d) los mecanismos de democracia participativa o directa y e) la rigidez constitucional.

Catálogo de derechos, formulaciones contradictorias y complejas

Uno de los aspectos más importantes y criticados de las nuevas constituciones latinoamericanas es que incluyen largas listas de derechos. Gargarella y Courtis (2003, p.31) señalan que muchos se han referido a ellas como «poéticas», debido a que no hablan de la realidad, sino que incluyen expresiones de deseos, sueños, aspiraciones, sin ningún contacto con la vida real de los países donde se aplican. No obstante, también es cierto que, en buena medida gracias al *statu* constitucional que se les ha asignado a algunos reclamos, se han reivindicado los derechos de muchas personas de carne y hueso (grupos de indígenas y LGBTI han encontrado respaldo en estas constituciones y litigado de modo exitoso frente a los tribunales).

Desde otro punto de vista, se plantea el interrogante que emerge desde la perspectiva de una teoría constitucional tradicional referido a si no se trata de una suerte de «constituciones imposibles» que han constitucionalizado pretensiones y expectativas diversas y contradictorias que no podrán ser garantizadas. Estaríamos frente a una paradoja en la que un mayor reconocimiento de derechos conduciría a una menor capacidad del Estado para dotar de eficacia a las constituciones. No sólo porque resulta más difícil proteger y garantizar a un mayor número de derechos, sino también porque se han multiplicado los titulares de esos derechos, las vías para enderezar reclamos y los sistemas normativos destinados a la impartición de justicia. De ser cierta esta hipótesis, las constituciones del NCL habrían sacrificado su valor instrumental por su dimensión simbólica y política con lo que se abonaría en una tendencia hacia la irrelevancia del derecho constitucional como herramienta regulativa.

Juntamente con el extenso catálogo de derechos, se advierte una tendencia del NCL de ampliar la titularidad de los derechos, más allá de las personas y alcanzando a un conjunto amplio de sujetos colectivos e incluso a entidades abstractas como «la naturaleza».² El problema, según Salazar Ugarte, no reside en el ánimo ecologista en que se funda, sino por la naturaleza jurídica de la disposición en la que está contenida, puesto que, como tal, está orientada a tener efectos normativos y no de una proclama política sin pretensiones vinculantes (Salazar, 2013, p.359).

Tanto en el catálogo de derechos como en las atribuciones que otorgan al Estado, las nuevas constituciones latinoamericanas son complejas, intrincadas y contradictorias. Receptan las libertades negativas y los mecanismos judiciales de protección que maduraron en la tradición liberal occidental y los conjugan con otro catálogo amplísimo de derechos que provienen de las más diversas tradiciones (desde la democracia hasta el indigenismo pasando por el socialismo).³ Al mismo tiempo, otorgan al Estado poderes amplísimos para intervenir en la vida social, política y económica de la comunidad. Desde el punto de vista de su génesis ideológica, se trata de constituciones ambiguas, el carácter heterodoxo de los textos y las contradicciones señaladas, hacen que queden en manos de los intérpretes, y no ofrecen certeza ni seguridad jurídica.

En cuanto a la extensión, Viciano y Martínez (2010, p.18) sostienen que, además de la originalidad, a las constituciones del NCL las caracteriza la amplitud y la complejidad. Ello se debe a una decisión estratégica por parte de los poderes constituyentes: la de expresar claramente su voluntad e imponerla a los poderes constituidos. Sin embargo, Salazar Ugarte (2013, p.363) cuestiona la idea de que la extensión de estas constituciones implique, además, claridad en su contenido, en efecto, a partir del análisis de algunas de sus normas, concluye que se trata de disposiciones jurídicas susceptibles de múltiples interpretaciones. La referida claridad y coherencia en las formulaciones constitucionales no sólo importa a los fines de que los ciudadanos pueden comprender sus significados, sino que, sobre todo, resulta fundamental acotar el margen de decisión de los intérpretes, ejecutores y aplicadores del derecho.

Supremacía de la constitución, control de constitucionalidad y rigidez constitucional

Un aspecto importante del NCL, dirigido a colocar la voluntad constituyente por encima de las decisiones políticas ordinarias, es la supremacía de las disposiciones constitucionales.⁴ Son normas similares a las de otras constituciones escritas porque se trata de una característica del constitucionalismo moderno. De hecho, es un rasgo propio también de las constituciones que reproducen el MDC.

² «Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución» (Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, art.10).

³ Por ejemplo «El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico» (Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, art.10).

, «Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías» (Bolivia, Asamblea Constituyente, art.1).

⁴ Artículo 410 de la Constitución de Bolivia, artículo 424 de la Constitución de Ecuador, artículo 7 de la Constitución de Venezuela.

Por su parte, justicia constitucional se eleva como uno de los temas más complejos, de hecho, en el marco del NCL es particularmente problemático el control de constitucionalidad. Esto se debe a que los rasgos elitistas y contra mayoritarios que se les atribuyen a los órganos encargados de revisar la constitucionalidad de las normas, entran en fuerte tensión con los presupuestos populistas del fenómeno constitucional que nos ocupa. Sin embargo, paradójicamente, la amplitud de los catálogos de derechos y de principios abstractos, sumado la supremacía del documento constitucional, coloca a los jueces responsables de velar por la vigencia de esas constituciones en una posición privilegiada desde la perspectiva jurídica y también desde el punto de vista político. De esta manera, podrían terminar apoderándose del contenido constitucional e imponiendo su voluntad al resto de los poderes constituidos y, por lo mismo, a la comunidad política en su conjunto.

La solución escogida por algunos Estados ha sido, por ejemplo, la elección popular de los miembros del tribunal constitucional.⁵ Así, según sus promotores, es posible mantener la vigencia simultánea de esta institución de origen liberal —y, para muchos, conservador— con otras que son prototípicas del movimiento que inspira al NCL. No obstante, desde la óptica de Salazar Ugarte, la decisión es errada porque la elección popular de los jueces constitucionales no evita la objeción contra mayoritaria: por más que cuenten con una legitimidad democrática directa, los jueces de una corte constitucional, al ser quienes determinan los significados constitucionales mediante sus interpretaciones, siguen ejerciendo su poder contra las mayorías políticas (Salazar Ugarte, 2013, p. 381).

Finalmente, la decisión de colocar al poder constituyente por encima de los poderes constituidos manteniendo la primacía del elemento popular por sobre las instituciones representativas/elitistas se expresa en el procedimiento de reforma constitucional. Las constituciones del NCL son especialmente rígidas y otorgan a los ciudadanos un papel relevante en el proceso de revisión constitucional. Los tres ejemplos estudiados contemplan que las enmiendas o reformas constitucionales deban ser sometidas a referéndum o refrendo constitucional aprobatorio. Ello sin importar que se trate de modificaciones que no alteren elementos fundamentales del Estado, partes sustantivas de la Constitución o derechos fundamentales.⁶

Participación popular

Por último, la participación popular es un elemento protagónico en la ideología que inspira al NCL y tiene expresión en diferentes disposiciones constitucionales. No obstante, si bien estas pautas son coherentes con la ideología del proyecto, resultan contradictorias con otros dos rasgos característicos de este fenómeno constitucional: a) la tendencia hacia un presidencialismo fuerte, b) la existencia de mecanismos de control de constitucionalidad a cargo de jueces constitucionales estudiados en el apartado anterior. Paradójicamente, en los hechos, los mecanismos de participación democrática han sido funcionales a una articulación de los poderes públicos en clave fuertemente presidencialista.

⁵ Artículos 196, 197, 198 y 199 de la Constitución de Bolivia.

⁶ Artículos 441 y 442 de la Constitución de Ecuador; del 340 a 346 de la Constitución de Venezuela; párrafo II del artículo 411 de la Constitución de Bolivia.

Gargarella destaca que resultó habitual el registro de tensiones entre la generosidad de unas cláusulas constitucionales que invitaban a la participación, consulta y decisión de los grupos indígenas y los mecanismos de decisión política ya existentes. Tales mecanismos conferían la autoridad a un Ejecutivo que podía estar interesado, por ejemplo, en una explotación más agresiva e inconsulta de los recursos naturales.

En el caso de Ecuador, los grupos indígenas pidieron que se tomaran en serio las cláusulas constitucionales que los gobiernos de turno trivializaban o directamente la ignoraban. En este sentido, un compromiso serio con la participación popular requiere de una directa y especial atención a la distribución de los poderes vigentes, consagrada en la parte orgánica de la constitución. Por lo demás, cuestiones como las señaladas vuelven a llamar la atención sobre los problemas propios de lo que Gargarella (2014, p. 330) llama «constituciones de mezcla», es decir, constituciones que asumen compromisos políticos y/o jurídicos contradictorios, radicalizando sus tensiones internas.

Conclusiones

El estudio efectuado da cuenta de la trascendencia que posee en los procesos constitucionales el diálogo entre el texto y el contexto. Así, ha podido advertirse que los móviles originales del denominado NCL sintetizan proclamas políticas y, en algunas de las experiencias analizadas, ofrecen más de lo que efectivamente otorgan. Sus contradicciones y los modos de intentar resolverlas, la compleja relación entre el catálogo de derechos y la organización constitucional del poder, junto con el afianzamiento de las perspectivas presidencialistas, conducen a la necesidad de recuperar las contribuciones del modelo de democracia constitucional.

Ferrajoli (2011, p. 109) insiste en que la democracia constitucional está expuesta a constantes manipulaciones por las deformaciones de la representación política y destaca que sería preciso, en primer término, poner las constituciones a salvo de los nuevos golpes de la mayoría. De este modo, el antiguo contraste entre el gobierno de las leyes y el gobierno de los hombres, entre la ley de la razón y la ley de la voluntad, entre el derecho natural y el derecho positivo, entre Antígona y Creonte, se reedita insistentemente. Y hay allí una batalla jurídica, pero, según el autor, el nexo entre democracia y constitución es, sobre todo, un hecho cultural. En ese sitio comienza el desafío para forjar un constitucionalismo latinoamericano que no descuide estos postulados.

Referencias bibliográficas

- Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta.
- Fix-Zamudio, H. (1996). *Algunas tendencias predominantes en el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo*. En Combellas, R. (coord.). *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*. Caracas: Fundación Konrad Adenauer.
- Gargarella, R. y Courtis, C. (2003). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago de Chile: CEPAL- Serie Políticas Sociales.

Gargarella, R. (2014). *La Sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Madrid: Katz Editores.

Salazar, P. (2013). El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica). En González, L y Valadés, D. (coords.). *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*. UNAM: México.

Viciano, R. y Martínez, R.:

(2010). Los procesos constituyentes latinoamericanos, *IUS*. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., (25), 7-29.

(2010). *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.

(2010). *¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente constitucional sistematizada?* en VIII Congreso Internacional de Derecho Constitucional. México.