



Constitucionalismo latinoamericano y legitimación popular: Balance del proceso constituyente en Chile

CHRISTIAN MASAPANTA GALLEGOS

El 25 de octubre de 2020 se llevó a cabo un plebiscito en Chile para legitimar la entrada en vigencia de un proceso constituyente. Dos años después, el 4 de septiembre de 2022, se realizó el referéndum que terminó rechazando la propuesta de nueva Constitución chilena. Christian Masapanta Gallegos, coordinador de la Maestría en Derecho Penal de la UASB-E, evidencia en este ensayo el camino seguido, el marco desde el que emerge la posibilidad de cambios y las posibles razones por las cuales los chilenos no apoyaron la propuesta planteada por el gobierno de Boric.



INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, en Latinoamérica se ha evidenciado el surgimiento de varios procesos constituyentes, los cuales, en unos casos, han promovido la promulgación de nuevos textos constitucionales, mientras que en otros, han propiciado sus reformas. Esta acometida emprendida en la región ha generado un fuerte impacto en la teoría del derecho, toda vez que, a diferencia de lo acontecido en el constitucionalismo europeo, desde Latinoamérica se pretende dar respuestas a problemas jurídicos peculiares que aquejan a nuestras sociedades, visibilizando y protegiendo los derechos de sectores excluidos históricamente.

Como bien destaca Enrique Dussel en «Derechos vigentes, nuevos derechos y derechos humanos» (2010): «los nuevos derechos surgen históricamente y sin previo aviso»; es por ello que, desde una teoría crítica latinoamericana, se trata de superar la dicotomía existente entre el concepto formal y material de la Constitución, dotando a la *norma normarum* de componentes sustanciales en donde su legitimidad democrática, la limitación del poder y la efectividad de los derechos se convierten en sus principales puntales. Por tanto, emergen nuevos actores sociales que propugnan la tutela de derechos constitucionales, cuestionando la juridicidad vigente, repensándola desde una perspectiva crítica, emergente y, en ocasiones, espontánea.

Algunos autores hablan de una transición del constitucionalismo latinoamericano desde una visión liberal hacia lo que se conoce como «neoconstitucionalismo transformador», poniendo en la mesa de discusión los diversos problemas sociales, particularismos y necesidades que afronta la región, y propugnando soluciones a dichos cuestionamientos; tal es la postura de Ramiro Ávila en *El neoconstitucionalismo andino* (2016).

A continuación analizaremos los rasgos característicos del denominado «nuevo constitucionalismo latinoamericano», contrastándolo con la realidad del proceso constituyente chileno y

el referéndum en el cual la población se decantó por la no aprobación del proyecto de una nueva Constitución, en donde se veían plasmadas algunas de las instituciones y derechos emergentes vanguardistas para aquel país. Desde una visión crítica, comentaremos los factores que conllevan a este resultado y examinaremos si los avances del constitucionalismo en la región podrían verse comprometidos.

EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Como producto del colonialismo, muchas de las instituciones de las metrópolis europeas fueron incorporadas en Latinoamérica; de aquella realidad no estuvieron exentos el contexto jurídico y, en la especie, el derecho constitucional. Es por ello que desde la doctrina se habla de una transconstitucionalización de la teoría jurídica europea, como señala Claudia Escobar en *Transconstitucionalismo y diálogo jurídico* (2011). Sin embargo, muchas de esas instituciones no respondían a las necesidades ni a la realidad de este conglomerado social, por lo que se ha planteado repensar al constitucionalismo y sus modelos clásicos desde una perspectiva crítica, surgiendo el denominado «nuevo constitucionalismo latinoamericano». Para entenderlo, siguiendo a Roberto Viciano y Rubén Martínez-Dalmau en *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, es menester diferenciarlo conceptualmente del neoconstitucionalismo europeo.

Para Paolo Comanducci, en «Formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico» —artículo del libro *Neoconstitucionalismo(s)* (2009) editado por Miguel Carbonell—, el neoconstitucionalismo, desde su perspectiva ideológica, intenta superar la discusión acerca de la Constitución como instrumento que limita el poder estatal y se decanta por la existencia de una carta magna que tutela los derechos fundamentales, así como la instauración de sus mecanismos de protección. De este modo, según Comanducci, «destaca la exigencia de que las actividades del legislativo y del judicial estén directamente

encaminadas a la concretización, la actuación y la garantía de los derechos fundamentales previstos en la Constitución». De igual manera, Viciano identifica al neoconstitucionalismo en los siguientes términos: «Se trata, en definitiva, de recuperar la centralidad de la Constitución en el ordenamiento jurídico y de fortalecer su presencia determinante en el desarrollo e interpretación del mismo». Dentro de los rasgos característicos del neoconstitucionalismo se señalan: la reivindicación de la fuerza normativa de la Constitución, la rigidez de los textos constitucionales y el ejercicio de un control constitucional de las normas inferiores.

“**Dentro de los rasgos característicos del neoconstitucionalismo se señalan: la reivindicación de la fuerza normativa de la Constitución, la rigidez de los textos constitucionales y el ejercicio de un control constitucional de las normas inferiores.**”

El nuevo constitucionalismo, en cambio, tiene como bandera de lucha la legitimidad democrática en la producción y modificación de los textos constitucionales. Sus defensores, como Viciano, expresan que «solo la soberanía popular, directamente ejercida, puede determinar la generación o alteración de las normas constitucionales», asegurando que el contenido de la Constitución debe caracterizarse por el establecimiento de mecanismos de participación democrática directa, garantizar la totalidad de derechos constitucionales, incluidos los derechos de índole social y establecer límites al poder público y de los particulares.

Para Viciano y Martínez-Dalmau son cuatro las características formales que identifican al nuevo constitucionalismo democrático: «su contenido innovador (originalidad), la ya relevante extensión del articulado (amplitud), la capacidad de conjugar elementos técnicamente complejos en un lenguaje asequible (complejidad) y el hecho de que se apuesta por la acti-

vación del poder constituyente del pueblo ante cualquier cambio constitucional (rigidez)». En tal sentido, se puede observar un cambio radical de paradigma, pues este nuevo constitucionalismo denota rasgos característicos que lo diferencian de su predecesor, el «neoconstitucionalismo europeo», sobre todo al dotar de legitimidad democrática a los procesos constituyentes y cambios constitucionales.

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEGITIMACIÓN POPULAR: ¿VOX POPULI VOX DEI?

Por un lado, de acuerdo con Manuel Aragón Reyes, en *Estudios de Derecho Constitucional* (2013), los textos constitucionales son la mayor expresión de la voluntad popular, mediante la cual los asociados generan un *covenant*. El objeto es que sus derechos, aspiraciones e instituciones se vean consolidados mediante una norma fundamental que rija su convivencia. Por otro lado, considerando lo afirmado por Viciano y Martínez-Dalmau, la norma constitucional es suprema porque es legitimada de forma directa por el soberano. Es así como, dentro de la realidad jurídica latinoamericana, en varias ocasiones se ha invocado a la legitimidad democrática del soberano como elemento para el inicio de procesos constituyentes, para aprobar las propuestas de nuevas constituciones o, a su vez, para emprender reformas en las ya existentes.

De ahí que, procedimentalmente, se establece como un rasgo característico del nuevo constitucionalismo latinoamericano el hecho de que tanto el referéndum aprobatorio para el surgimiento de la Constitución mediante Asamblea Constituyente como el resultado expresado en un referéndum aprobatorio del texto constitucional, deben ser aprobados por el soberano. Esta modalidad diferencia a nuestra región de otros países del orbe, garantizando que el cúmulo de derechos, garantías y mecanismos de participación ciudadanía tengan un amplio respaldo popular, expresándose, de esta manera, una supremacía material de la carta fundamental.



“
Un rasgo característico del nuevo constitucionalismo latinoamericano es el hecho de que tanto el referéndum aprobatorio para el surgimiento de la Constitución mediante Asamblea Constituyente como el resultado expresado en un referéndum aprobatorio del texto constitucional, deben ser aprobados por el soberano.”

Constituciones paradigmáticas como la colombiana de 1991, producto del clamor ciudadano, mediante la séptima papeleta, denotaban el cambio que aspiraba nuestra región, dotando al proceso constituyente de Colombia de una legitimidad de entrada. Posteriormente, con los procesos constituyentes de Venezuela, Ecuador y Bolivia, se afianzó esta fuente de legitimación, ya que, tanto la convocatoria a la Asamblea Constituyente como la aprobación del texto final de la Constitución fueron sometidas a referendos aprobatorios favorables.

Sin embargo, el resultado de consultar al pueblo la expedición o reforma a la Constitución no siempre ha sido exitoso; una muestra de ello es la derrota de la propuesta de reforma constitucional planteada en Venezuela en el año 2007 y, más recientemente, el rechazo a la propuesta de nueva Constitución chilena.

LA ÚLTIMA EXPERIENCIA CONSTITUYENTE CHILENA

Si hacemos un recuento histórico, muchas naciones latinoamericanas, durante las décadas de los setenta y ochenta, estuvieron sometidas a dictaduras militares, en las cuales el irrespeto a los derechos y la carencia de democracia fueron constantes. De ahí que las emergentes constituciones de esa época, producto de procesos que en su mayoría fueron llevados a cabo por los mismos caudillos militares, eran muy austeras en cuanto a protección de derechos, así como en garantizar mecanismos de participación de la población. Es por ello que, en la región, a consecuencia de la movilización social y el surgimiento de actores emergentes, se amplió la protección constitucional de los derechos de las personas, colectivos y la naturaleza, generándose, según muchos autores, un constitucionalismo emancipador. Esto lo reafirma Boaventura de Sousa Santos en *Derecho y emancipación* (2011).

De ahí que el proyecto de una nueva Constitución en Chile para poner fin a un modelo caudillista y de corte neoliberal, gestado en la movilización social de octubre de 2019 aparentaría tener un origen similar a los procesos con los que iniciaron los cambios constitucionales de la región, en los cuales actores emergentes demandaban la protección de derechos como educación, salud y seguridad social, mientras dejaban clara la desconfianza que sentían hacia el sistema de partidos políticos tradicionales. Si consideramos lo afirmado por Luigi Ferrajoli y su artículo «La democracia constitucional» —que forma parte del volumen *Desde otra mirada, textos de teoría crítica del derecho*, compilado por Christian Courtis—, parecía un nuevo capítulo de la denominada crisis del Estado de legalidad y el surgimiento de la visión de un Estado garantista de derechos y eminentemente participativo.



Sin embargo, el último proceso constituyente chileno y la negativa al proyecto de nueva carta magna revelan algunos elementos paradójicos, así como la volatilidad del elector *máxime*: meses atrás, aproximadamente el 80 % de la población estaba de acuerdo con cambiar la Constitución pinochetista. Analizaremos brevemente algunos factores que influyeron para que la población chilena cambiara drásticamente de decisión desde octubre de 2020, cuando aprobó la conformación de la Convención Constituyente, hasta septiembre de 2022, en que mayoritariamente rechazó el proyecto.

Iniciaremos con algunas de las innovaciones que traía consigo el proyecto de Constitución chilena. Al respecto, y siguiendo las ideas vanguardistas de los últimos procesos constituyentes en la región, la Convención constituyente chilena incorporó en su proyecto una serie de derechos innovadores, entre los que destacaban:

- La declaratoria del Estado chileno como un «Estado ecológico», lo cual denota el compromiso de los constituyentes con la crisis medioambiental que enfrenta el mundo; se reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos, se establece el estatuto constitucional a las aguas, se determinan bienes comunes ambientales y se protegen los derechos de los animales como seres sintientes.
- En cuanto a la tutela de derechos colectivos, se consagra a Chile como un Estado plurinacional e intercultural, lo cual va de la mano con la progresividad de derechos para pueblos y nacionalidades ancestrales. Se garantizan los derechos colectivos de estas comunidades y el derecho a su territorio ancestral, el respeto a su cultura y su lengua, propendiendo a un diálogo intercultural. Se establecen escaños reservados para representantes indígenas.
- En el contexto de las diversidades, se propende a una vida libre de violencia de género. Se reconocen las diversidades sexuales, las condiciones de igualdad para las personas con capacidades especiales y las distintas formas de familia, entre otros avances.
- Se consagran derechos innovadores y actuales, como el derecho a la verdad y a la memoria. Desde las libertades sexuales y reproductivas, se garantiza el derecho al placer y a la interrupción voluntaria del embarazo. Además, se reconoce la muerte digna, el derecho a la ciudad y la conectividad digital mediante la prestación de servicio de internet y la seguridad informática. En el contexto económico, se pretende deconstruir un modelo basado en el neoliberalismo e ir hacia uno social, equitativo y solidario.





Nos surge la inquietud en torno a cómo una Constitución tan vanguardista y de avanzada, especialmente en el ámbito de la protección de derechos, pudo ser rechazada mayoritariamente por el pueblo chileno (62 %). Intentamos buscar explicaciones, que sintetizamos a continuación.

- Por un lado, se ha vinculado a los últimos procesos constituyentes latinoamericanos —Venezuela, Ecuador y Bolivia— como la reproducción normativa del denominado «socialismo del siglo XXI». Esto provocó que la población chilena sintiera recelo por la implementación de una postura ideológica distinta a la visión neoliberal que ha caracterizado a este Estado en las últimas décadas.
- Por otro lado, y parafraseando a Ferdinand Lasalle, los factores reales de poder se modificaron desde la aprobación de la conformación de la Convención Constituyente hasta el referéndum aprobatorio del texto constitucional, en donde se politizó el debate y no se informó adecuadamente a la ciudadanía. Prueba de ello es que el propio presidente Gabriel Boric se mostró abiertamente partidario de la aprobación de la Constitución; el resultado del referéndum *prima facie* podría ser visto como un voto de confianza o de rechazo al actual gobernante.
- El mal entendimiento de la plurinacionalidad, que fue asociada con la fragmentación del pueblo chileno y la destrucción de identidad nacional. Se pensó que la Constitución, en lugar de derechos, establecía prerrogativas para ciertos sectores sociales como pueblos, colectividades y nacionalidades originarias. Hubo temor e incertidumbre frente a propuestas como las autonomías territoriales indígenas y la administración de justicia indígena.
- Faltó una adecuada política comunicacional por parte de la Convención Constituyente, pues se generó una ola de información y desinformación mediante las redes sociales. Por ejemplo, se vendió la idea de que el proyecto no tutelaba la propiedad privada y daba paso a la propiedad comunitaria, así como que los derechos sociales progresistas afectarían los seguros privados de la población chilena.
- La Convención no tuvo empatía con el electorado a pesar de que uno de los factores que generó el surgimiento de la Constituyente fue precisamente el debilitamiento de la imagen política tradicional. Sin embargo, el elector interpretó a la Convención Constituyente como un nuevo espacio de pugnas políticas y a la Constitución como un producto inacabado, que aun siendo aprobado debía someterse a cambios inmediatos para hacerse viable. Ante esto, surgió el debate respecto a si se podía lograr lo mismo con los mecanismos ordinarios de reforma constitucional.

A MANERA DE CONCLUSIÓN: ¿EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO EN LA ENCRUCIJADA?

El resultado del referéndum constituyente chileno nos deja muchas interrogantes a ser resueltas en relación con el constitucionalismo latinoamericano, si este está viviendo una crisis similar a la del Estado de legalidad o si, en su defecto, lo acontecido en Chile es un fenómeno aislado, propiciado por una errónea política comunicacional de la Convención Constituyente y las autoridades, que permitió un desgaste en la expectativa del electorado incluso antes de que conociera el texto final de la propuesta de nueva Constitución.

En lo que respecta al garantismo, podemos afirmar que la eclosión de derechos constitucionales y el surgimiento de nuevos derechos es una constante no solo en Latinoamérica, sino en todo el mundo. Hay derechos emergentes, como los de la era de la información, las condiciones igualitarias y las prácticas inclusivas por diferencias sexuales, la protección de los derechos de la naturaleza, la tendencia hacia un ecologismo, el reconocimiento de derechos colectivos, la interrupción voluntaria del embarazo o la configuración de familias diversas; todos estos se irradian en nuestra región, por lo que el nuevo constitucionalismo latinoamericano, en cuanto a derechos, continuará creciendo.

“
La eclosión de derechos constitucionales y el surgimiento de nuevos derechos es una constante no solo en Latinoamérica, sino en todo el mundo.”

La experiencia chilena nos deja claro que los procesos plebiscitarios y, más aún, los constituyentes requieren de un debate y la participación del conglomerado social, en donde se exponga los pros y los contras de una nueva Constitución, y en la norma suprema sea el resultado de

las aspiraciones de una sociedad que atienda a sus particularidades y necesidades.

En conclusión, podemos señalar que la experiencia chilena obedece a factores sociales, políticos e informativos que no permitieron una reflexión y un debate profundos sobre los ejes centrales de un nuevo constitucionalismo latinoamericano, los cuales seguramente serán canalizados en el futuro por mecanismos institucionalizados de cambio constitucional. Ello no denota *a priori* una crisis del constitucionalismo.

La deliberación democrática es el factor detonante que consolidará un constitucionalismo latinoamericano fuerte y permitirá que sea el propio soberano quien defienda el compromiso por ellos asumidos cuando aprobaron un texto constitucional. Aspiramos a que en un futuro, en Chile, se dinamice un proceso de modificación o la expedición de una nueva Constitución que cuente con espacios deliberativos, así como con información fidedigna que empodere a la población en la conquista de sus derechos y permita garantizar una verdadera supremacía material de las normas constitucionales resultado de un consenso social.

