

Innovaciones latinoamericanas: el constitucionalismo regional transformador como marco para Chile¹

Latin American Innovations: Regional Transformative Constitutionalism as a framework for Chile

Armin VON BOGDANDY²

Muchas constituciones tienen como objetivo la transformación democrática. La Constitución mexicana de 1917 y la de Weimar de 1919³ son pioneras en introducir cambios no solo en el aparato estatal sino por la pretensión de impactar a la sociedad en su conjunto. Hoy día, diversas constituciones articulan esta agenda. Pero el constitucionalismo transformador, como práctica jurídica y como concepto teórico, no surgió sino hasta la década de los 90, en el contexto del fracaso del socialismo soviético, el floreciente discurso de los derechos humanos, el Consenso de Washington en materia de política económica y la hegemonía estadounidense de aquellos años⁴.

Para un constitucionalismo transformador surgido en el Sur global, son icónicas las jurisprudencias de la Corte Constitucional de Colombia, creada en 1991, y de la Corte Constitucional de Sudáfrica, creada en 1993⁵. Ambas desarrollaron nuevas interpretaciones para abordar los enormes déficits sistémicos, plasmados en la guerra civil y por el crimen organizado que desafiaba al Estado en Colombia y el *apartheid* en Sudáfrica.

Con respecto al tribunal sudafricano, Karl Klare acuñó el término constitucionalismo transformador para indicar un proceso a largo plazo que abarca un proceso constituyente y la interpretación y aplicación de la constitución, con el propósito de transformar las instituciones políticas y sociales y las relaciones de poder y lograr que sean más democráticas, inclusivas e

¹ Este comentario tiene su origen en la obra de mi autoría titulada "Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador".

² Director del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Heidelberg. Profesor de Derecho Público, Derecho Europeo y Derecho Internacional y Económico en la Universidad Goethe de Fráncfort, Alemania. Correo electrónico: bogdandy@mpil.de

Fecha de recepción: 2021-12-16; fecha de aprobación: 2022-01-22

³ Grote (2017), pp. 149-170; Voigt (2020).

⁴ Kahn (2000), pp. 1-18; Slaughter (2004).

⁵ Bonilla (2013).

igualitarias⁶. En América Latina, el constitucionalismo transformador es definido a partir de los desafíos que plantean la violencia extendida⁷, la exclusión social⁸, la desigualdad extrema⁹ y la debilidad de muchas instituciones nacionales¹⁰. Además, existen variables como el hiperpresidencialismo, la falta de independencia judicial y la corrupción que potencian las debilidades¹¹.

El constitucionalismo transformador latinoamericano es un fenómeno interesante porque aborda los déficits sistémicos de forma regional, con un derecho e instituciones comunes. Funciona a dos niveles: el estatal y el regional; en el segundo, cuenta con dos instituciones activas como son la Comisión Interamericana (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)¹². Igualmente, existe una red regional horizontal de instituciones estatales transformadoras, especialmente entre jueces, defensores del pueblo, fiscales y funcionarios, así como entre organizaciones de base y no gubernamentales, a la que se debe gran parte del dinamismo del sistema. Dichas instituciones y grupos son portadores del constitucionalismo transformador como práctica social. Principalmente la Corte Interamericana demuestra un constitucionalismo transformador cuya firmeza es inédita y ejemplar.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, en vigor desde 1978, sirve de base jurídica. En su génesis, su redacción o en su contexto original no se encuentra mención alguna que sugiriere que se pretendiera un constitucionalismo transformador. Se esperaba poco del naciente sistema debido a que en la región predominaban entonces gobiernos autoritarios o al menos represivos. Sin embargo, en los decenios siguientes, el significado de la Convención sufrió un profundo cambio. Las decisiones políticas en el contexto de la democratización de los Estados latinoamericanos iniciado en los años 80 fueron decisivas.

⁶ Klare (1998), p. 150.

⁷ Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe Anual 2018, en particular el Capítulo IV sobre el desarrollo de los derechos humanos en la región. [Disponible en: <https://bit.ly/3fls3RR>].

⁸ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2019), Panorama Social de América Latina 2018, LC/PUB.2019/3-P, Santiago, pp. 153 y ss.

⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas, de 7 de septiembre de 2017. [Disponible en: <https://bit.ly/3nLkNt4>].

¹⁰ Roberto Gargarella plantea que América Latina se caracteriza por sus “democracias defectuosas”. En tal sentido, los problemas que considera distintivos de los sistemas constitucionales defectuosos son seis: 1) la exclusión política, económica y social; 2) el problema de la “disonancia democrática” (elitismo que sigue presente en el entramado institucional que excluye políticamente a la sociedad y no le permite articular los asuntos comunes); 3) las dificultades derivadas de la concentración de poderes; 4) los problemas generados por una multiplicidad de derechos sociales que el sistema institucional invoca, pero no ayuda a satisfacer; 5) el problema del perfeccionismo moral; 6) los altos niveles de violencia político y social existentes. Gargarella, Roberto, “Constitucionalismo dialógico en democracias defectuosas”, Disertación en el Seminario García Pelayo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 27 de febrero de 2019.

¹¹ Bogdandy et al (2017), pp. 13-14.

¹² Uprimny (2011), p. 114.

La represión estatal de los años setenta convirtió los derechos humanos, hasta entonces meramente decorativos, en conceptos jurídicos con peso político y fuerza de arrastre en la sociedad. Los informes sobre el período de represión suelen llevar como título la consigna “Nunca más”: las graves violaciones se convierten entonces en el enemigo a vencer a través de las reformas y herramientas jurídicas constitucionales¹³. La transición a la democracia se lleva a cabo con ideas claras sobre las necesidades de transformación que articulan los términos consolidados. Los derechos humanos y la democratización entran en una relación más estrecha y se centran en los problemas estructurales.

Estas reformas reflejaron una nueva forma de entender el derecho. Mientras que antes de los años 80 diferentes voces consideraban que el derecho principalmente era un instrumento de una élite para impedir el cambio social¹⁴, en la actualidad se le atribuye un potencial *para* el cambio social. Las fuerzas que están detrás de los cambios constitucionales quieren garantizar los derechos en la vida cotidiana y la participación democrática.

Este impulso transformador, como en Sudáfrica, hubiera permanecido como un fenómeno de derecho constitucional interno si las constituciones nuevas o reformadas no incorporaran el sistema regional de derechos humanos. La figura dogmática más frecuente es el llamado “bloque de constitucionalidad”, formado por la respectiva constitución nacional y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que requieren de cláusulas de apertura de los ordenamientos jurídicos al Derecho internacional¹⁵. Sobre esta base, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos recibe el mandato de participar en las transformaciones hacia sociedades democráticas y puede desempeñar un papel clave en el derecho constitucional nacional¹⁶.

Incluso la Constitución mexicana, desde su promulgación en 1917 en Querétaro¹⁷, fue un instrumento de vanguardia y un pre-modelo de lo que hoy se estudia como constitucionalismo transformador, si bien hace una década se llevó a cabo la denominada la reforma más importante del último siglo, que representa un nuevo paradigma para el respeto, protección y garantía y de

¹³ CONADEP (1984).

¹⁴ Novoa (1980).

¹⁵ Góngora (2011).

¹⁶ Binder (2010), pp. 159-188; García y Morales (2020), pp. 11-49.

¹⁷ La Constitución de Querétaro de 1917 profesó claramente un constitucionalismo transformador en diversos artículos que denotaron su vocación de cambiar la vida concreta en el país, especialmente de para mejorar la situación de vida de parte de la población que se encontraba en condiciones de vulnerabilidad como el campesinado y los trabajadores, en particular en sus artículos 27 y 123.

los derechos humanos¹⁸. La Constitución de Colombia de 1991, que celebra tres décadas de desarrollo jurisprudencial.

Un nuevo capítulo para el constitucionalismo transformador puede encontrarse en la próxima constitución de Chile. Después de un mes de protestas continuas en 2019, y luego de un referendo con 78% de aprobación¹⁹, Chile dejará de lado la Constitución de 1980, cuya legitimidad fue cuestionada a lo largo cuatro décadas debido a su origen durante el régimen de Augusto Pinochet. En el debate actual se insiste en la necesidad de intentar no dejar que el cambio constitucional sea capturado excesivamente por ningún extremo político en deterioro de la democracia²⁰. Adquieren relevancia los enfoques del constitucionalismo latinoamericano, incluida la mirada del constitucionalismo transformador desde el *ius commune*²¹. A pesar de que hay incertidumbre respecto al resultado final, existen varias innovaciones que se pueden destacar, en particular respecto a la apertura hacia las fuentes normativas internacionales en derechos humanos.

A título meramente ilustrativo, se pueden poner de relieve innovaciones que dialogan con el enfoque del constitucionalismo regional transformador, entre ellas se configuró la primera Convención Constituyente con paridad de género²²; la Convención ha reflejado un proceso más incluyente, como el hecho de que se haya abierto la posibilidad a la participación individual (con iniciativas o en audiencias públicas) y a la participación colectiva (en varios cabildos, como los cabildos comunales) en el proceso constituyente²³; incluso la elección de su presidenta Elisa Loncón significa una lectura de un Chile más abierto y plural²⁴.

No obstante, en clave de apertura hacia el orden internacional, se pueden subrayar dos ejemplos paradigmáticos. Uno proviene de la adopción en el nuevo reglamento de la Convención Constitucional sobre participación y consulta indígena de varios convenios internacionales e incluso expresamente ha considerado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos

¹⁸ Carmona (2012), p. 151.

¹⁹ BBC, "Jubilación as Chile votes to rewrite constitution", October 26, 2020. [Disponible en: <https://bbc.in/3rHezLU>]. Figueroa, Pamela (11 de octubre de 2020). Chile, a las puertas del plebiscito por la nueva Constitución. (Blog) Agenda Pública. [Disponible en: <https://bit.ly/33RD80i>].

²⁰ Verdugo & Prieto (2021), pp. 149–168. [Disponible en: <https://bit.ly/3Kw3qWN>]. Los autores notan el cuidado en el uso de conceptos como Convención Constituyente en vez de asamblea constituyente (que implica la idea de poderes más amplios y "soberanos").

²¹ Bogdandy; Morales; Ferrer Mac-Gregor; Piovesan, & Soley (2017).

²² Contesse (2021). [Disponible en: <https://bit.ly/3fH1RqV>].

²³ Véase el art. 42 y siguientes en Convención Constitucional. Reglamento de mecanismo, orgánica y metodologías de participación y educación popular constituyente, 19 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3lufu5>].

²⁴ BBC, "Quien es Elisa Loncón, la profesora mapuche elegida presidenta de la Convención constituyente de Chile", julio 4, 2021. [Disponible en: <https://bbc.in/3qP2fKn>].

Humanos y las recomendaciones de la CIDH como fuentes *normativas* para el proceso de participación y consulta²⁵. El segundo deriva del objetivo delineado en la propuesta de sistema de derechos humanos encargada a la Comisión de Derechos Humanos de la Convención Constituyente de “[p]roponer mecanismos y procedimientos de interpretación jurídica y de *control de convencionalidad*”²⁶. Este objetivo es acompañado de una nota recordatoria acerca del concepto de control de convencionalidad, con cita al caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, y se recuerda que la Convención Americana es aplicable a los jueces del Estado que la ratifique. ¿Podrían ser estos indicios de la antesala de un nuevo capítulo en la interamericanización del sistema chileno?²⁷.

Para Chile resultan muy interesante las lecciones de América Latina porque, al igual que Europa, se abordan los déficits sistémicos con un derecho e instituciones comunes. Aunque no existe una organización regional de unión política comparable con la Unión Europea, sí se comprueban procesos de construcción de un derecho común en la región latinoamericana orientada a la realización de los principios constitucionales básicos.

Como ya he sostenido²⁸, el constitucionalismo transformador latinoamericano funciona tanto a nivel estatal como regional, con sus instituciones paradigmáticas como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que juegan un papel fundamental para la configuración de los estándares de la sociedad democrática, el Estado de derecho y la garantía de los derechos, apalancados por la conjunción de otros protagonistas de la comunidad de práctica de derechos humanos en América Latina²⁹. En este sentido, la actuación de la red horizontal de instituciones estatales transformadoras, incluyendo los grupos portadores del constitucionalismo transformador como práctica social, debería encontrar eco en la nueva Constitución para Chile. Aprender las discusiones que se llevan a cabo en paralelo con la celebración de las tres décadas de la Constitución de Colombia y la década de la reforma en derechos humanos de la Constitución de México resulta útil. La llave del constitucionalismo transformador brinda una contribución para imaginar respuestas innovadoras a la luz de la transformación estructural constitucional propia

²⁵ Véase art. 7 de la Convención Constitucional. Reglamento de Participación y Consulta Indígena, 2 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://bit.ly/3nK0sT6>.

²⁶ Convención Constitucional. Comisión de Derechos Humanos, Verdad Histórica y Bases para la Justicia, Reparación y Garantías de no repetición. Oficio número 1, 28 de agosto de 2021. [Disponible en: <https://bit.ly/3nMh7Hk>].

²⁷ Morales (2019), pp. 57-98.

²⁸ Bogdandy (2021) (en imprenta).

²⁹ Bogdandy y Urueña (2020), pp. 15-34. [Disponible en: <https://bit.ly/3fLewsP>].

para Chile, cuya visibilidad a nivel global está confirmada por el amplio espectro de estudios y comentarios en Blogs, la creación de Observatorios, los seminarios y encuentros destinados a analizar este proceso constituyente inédito.

Bibliografía citada

Adler, Jonathan H (2005): "Jurisdictional Mismatch in Environmental Federalism. [Disponible en: <https://bit.ly/3mx3B9N>] [Fecha de consulta: 25 de agosto de 2021].

BBC (2020): "Jubilation as Chile votes to rewrite constitution", October 26, 2020. [Disponible en: <https://bbc.in/3GRxR7E>].

_____ (2021): "Quien es Elisa Loncón, la profesora mapuche elegida presidenta de la Convención constituyente de Chile", julio 4, 2021. [Disponible en: <https://bbc.in/3nNpeU1>].

Binder, Christina (2010): "¿Hacia una Corte Constitucional Latinoamericana? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías", en Bogdandy, Armin von et al. (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional), tomo II, pp. 159-188.

Bogdandy, Armin von et al. (2017): "Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism", en Bogdandy, Armin von et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford, Oxford University Press), pp. 13-14.

Bogdandy, A. von; Morales Antoniazzi, M. Ferrer Mac-Gregor, E.; Piovesan, F. & Soley, X. (2017): "Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador" en Ferrer Mac.Gregor, E.; Bogdandy, A. von; Morales Antoniazzi, M. (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión. Colección Constitución y Derechos* (México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law).

Bogdandy, Armin von (2021): Prólogo a la obra Manuel José Cepeda (autor), “*Constitución de 1991: Viviente y Transformadora*” (Universidad de los Andes), (en imprenta).

Bogdandy, Armin von, Urueña, Rene (2020): “Comunidad de práctica en derechos humanos y constitucionalismo transformador en América Latina”, en *Anuario de derechos humanos*, Universidad de Chile (Número Aniversario), pp. 15-34. [Disponible en: <https://bit.ly/3AochFs>].

Bonilla Maldonado, Daniel (2013): *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia* (Cambridge, Cambridge University Press).

Carmona Tinoco, Jorge Ulises (2011): “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados Internacionales”, en Ugarte, Pedro Salazar y Carbonell Sánchez, Miguel (eds.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma* (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM) pp. 39-62.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017): “Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas”, de 7 de septiembre de 2017. [Disponible en: <https://bit.ly/3GRLvrc>].

_____ (2018): “Informe Anual 2018”. [Disponible en: <https://bit.ly/3H5gzEh>].

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2019): “Panorama Social de América Latina 2018”, LC/PUB.2019/3-P, Santiago, pp. 153 y ss.

CONADEP (1984): Nunca más. Informe Final de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, Buenos Aires.

Contesse, Jorge (2021): Chile’s Kaleidoscopic Constituent Assembly, VerfassungsBlog, 22 June 2021. [Disponible en: <https://bit.ly/3lqL1IW>].

Convención Constitucional. Comisión de Derechos Humanos, Verdad Histórica y Bases para la Justicia, Reparación y Garantías de no repetición. Oficio número 1, 28 de agosto de 2021. [Disponible en: <https://bit.ly/33BxeRb>].

Figueroa, Pamela “Chile, a las puertas del plebiscito por la nueva Constitución”, 11 de octubre de 2020. (*Blog*) *Agenda Pública*. [Disponible en: <https://bit.ly/3qXcYyx>].

- García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta (2020): "Vocación transformadora de la jurisprudencia interamericana", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, México (24,1), pp. 11-49.
- Gargarella, Roberto (2019): Disertación en el Seminario García Pelayo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 27 de febrero de 2019.
- Góngora Mera, Manuel Eduardo (2011): *Inter-American Judicial Constitutionalism on the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication* (Costa Rica, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos).
- Grote, Rainer (2017): "The Mexican Constitution of 1917: An Early Example of Radical Transformative Constitutionalism" en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune* (Oxford, Oxford University Press) pp. 149-170.
- Kahn, Paul W. (2000): "Speaking Law to Power. Popular Sovereignty, Human Rights, and the New International Order", en *Chicago Journal of International Law*, Chicago (1), pp. 1-18.
- Klare, Karl E. (1998): "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", en *South African Journal on Human Rights* (Nº14), p. 150.
- Morales Antoniazzi, Mariela (2019): "Interamericanización. Fundamentos e impactos", en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Pablo Saavedra Alessandri, (Coords.) *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades* (Mexico, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México) pp. 57-98.
- Novoa Monreal, Eduardo (1980): *El derecho como obstáculo al cambio social* (México, Editorial Siglo XXI).
- Silva Meza, Juan N. (2012): "El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá (Año XVIII), p. 151.

Slaughter, Anne-Marie (2004): *A new world order* (Princeton, Princeton University Press).

Uprimny, Rodrigo (2011): "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y desafíos", en Rodríguez-Garavito, César A. (ed.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (Buenos Aires, Editorial Siglo XXI), p. 114.

Verdugo, Sergio & Prieto, Marcela (2021): "The dual aversion of Chile's constitution-making process", en *International Journal of Constitutional Law* (19), pp. 149–168. [Disponible en: <https://bit.ly/3qQjuuN>].

Voigt, Rüdiger (2020): *Aufbruch zur Demokratie: Die Weimarer Reichsverfassung als Bauplan für eine demokratische Republik* (Baden-Baden).

Normas jurídicas citadas

Convención Constitucional. Reglamento de mecanismo, orgánica y metodologías de participación y educación popular constituyente, 19 de noviembre de 2021. [Disponible en: <https://bit.ly/33H02Yp>].

Convención Constitucional. Reglamento de Participación y Consulta Indígena, 2 de diciembre de 2021. [Disponible en: <https://bit.ly/3FL3ezf>].

Constitución de Querétaro de 1917.