

LA NUEVA CONSTITUCIONALIDAD



Héctor López Bofill¹

Contexto de la expresión “nueva constitucionalidad”

El término “nueva constitucionalidad” ha emergido en el específico contexto mexicano al socaire del proceso de elaboración de la Constitución de la entidad federativa de la Ciudad de México y de la reflexión sobre el futuro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos auspiciada en ocasión del centenario de la misma y por la que algunos sectores de la doctrina se preguntan si sería o no pertinente una revisión total del citado texto.²

Más allá de los avatares experimentados por dichos procesos constituyentes, lo cierto es que el replanteamiento de las estructuras constitucionales en una comunidad política representa un escenario idóneo para meditar en torno a un aspecto clásico de la teoría constitucional como es el de la justificación de la supremacía constitucional y, en este sentido, resultaría adecuado retornar a la pregunta recurrente acerca de por qué la norma constitucional cuenta con la capacidad de limitar al legislador democrático a través del juicio de constitucionalidad de las leyes. En definitiva, la circunstancia de un proceso constituyente permite ahondar en la cuestión de la naturaleza del poder constituyente y en las razones que justifican el carácter superior del producto que del mismo emana. Así, pese a la existencia de narrativas sobre las normas constitucionales vigentes que resaltan el marco de especial movilización ciudadana en el cual se fraguó la norma fundacional del sistema (y, de este modo, parece asociarse la Constitución a la existencia de un pacto social por el que una gran parte de los miembros de la comunidad consienten en dotarse de las reglas básicas que les gobernarán en el futuro)³, resulta históricamente

¹ Profesor de Derecho constitucional en la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona. Profesor invitado en la Universidad Iberoamericana Ciudad de México en abril del 2016.

² Sobre este debate *vid.* las respuestas que ofrecen los distintos juristas en la encuesta sobre las posibles reformas que a juicio de los entrevistados requeriría la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos y que aparecieron en la revista *El Mundo del Abogado*, número 202, febrero de 2016, pp. 36-41.

³ Sobre la idea de movilización popular como principal factor de legitimidad para justificar el carácter superior de las normas constitucionales y su capacidad de limitar al legislador ordinario *vid.* B. ACKERMAN, *We the People I: Foundations*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge/London, 1993. Sobre la fundamentación de la supremacía

difícil detectar algún proceso constituyente presidido por una amplia deliberación pública que implique a la mayoría de la sociedad. Lo más frecuente, incluso en los orígenes de los sistemas constitucionales liberales democráticos, ha sido que la aparición de un régimen constitucional fuese el resultado de un gesto revolucionario, muchas veces acompañado de un conflicto violento, y otras tantas controlado por determinadas élites políticas y económicas capaces de lograr una apariencia de consentimiento popular mediante coacciones de baja o de alta intensidad.⁴

En esta línea se perfilan las experiencias de Estados Constitucionales centrales en la tradición liberal democrática y en la configuración de la cultura constitucional occidental como es el caso de la creación de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América de 1787 o de la más reciente Ley Fundamental de Bonn de la República Federal de Alemania de 1949.

No puede olvidarse, en una rápida ojeada a la historia de los orígenes de los Estados Unidos por ejemplo, que la independencia de la Corona Británica se produjo a través de una guerra y que el tránsito de la Confederación a la Constitución Federal se explica ante la necesidad de las élites mercantiles y de que grandes terratenientes acabaran con la inestabilidad propiciada por el acceso de las clases populares a algunas instituciones legislativas de los recientemente independizados Estados Americanos; lo que exigió la constitución de un poder central fuerte y articulado, pese a algunas interpretaciones idealizadas, en un contexto de participación ciudadana muy limitada.⁵ Ello sin contar que la creación del sistema constitucional de los Estados Unidos estuvo teñido de sombras con la permanente exclusión de amplios sectores de la población sumidos en la esclavitud o sometidos a lo que hoy en día sería calificado como limpieza étnica, tal fue el caso de los pueblos indígenas que sufrieron genocidio por parte de los colonos americanos, desplazamientos forzados y usurpación de tierras.⁶

El precedente violento también puede invocarse en la fundación de la República Federal Alemana cuya Ley Fundamental no fue sino una imposición de las potencias aliadas que habían derrotado al nazismo en la Segunda Guerra Mundial.⁷ Con certeza, no deja de ser paradójico que el modelo en el que se han visto reflejados buena parte de los Estados Constitucionales europeos tuviese sus orígenes en un proceso radicalmente contrario a lo que podríamos identificar como ejemplo de participación democrática y deliberación pública. En el caso alemán, más que la irrupción del *We the People* (Nosotros el

constitucional en un momento de especial sensibilidad democrática en el que la ciudadanía participa con especial intensidad *vid.*, asimismo, CH. HAHM y S. H. KIM, "To make 'We the people': Constitutional founding in postwar Japan and South Korea", 4 *International Journal of Comparative Constitutional Law* 8, 2010, p. 800.

⁴ *Vid.*, R. Hirschl, "The Strategic Foundations of Constitutions" en D. G. GALLIGAN y M. VERSTEEG (eds.), *Social and Political Foundations of Constitutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 157-181.

⁵ Sin duda la obra todavía canónica que precisa dicha interpretación del proceso constituyente de la Federación de los Estados Unidos de América es la de CH. A. BEARD, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, The Macmillan Company, New York, 1964 (primera edición de 1913).

⁶ Sobre la actitud de los fundadores de los EUA hacia los pueblos indígenas *vid.*, R. DUNBAR-ORTIZ, *An Indigenous Peoples' History of the United States*, Beacon Press, Boston, 2014, especialmente capítulos 4 y 5.

⁷ Sobre el contexto de formación de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 *vid.* W. RÖHRICH, "Die 'Stunde Null'" en E. CONZE y G. METZLER (eds.) *Deutschland nach 1945. Ein Lesebuch zur deutschen Geschichte von 1945 bis zur Gegenwart*, C. H. Beck, München, 1997, pp. 30-32.

Pueblo) en el momento constituyente, lo que apareció fue una estructura de organización de la Federación fundada, como diría el profesor Möllers, en el *We (are afraid of) the People* (Nosotros [tenemos miedo] del Pueblo)⁸ en un marco de total devastación física y moral de la nación alemana enterrada bajo las cenizas del nazismo.

Este trasfondo de experiencias constitucionales centrales en el desarrollo del constitucionalismo nos incita a preguntarnos si en el siglo XXI sería posible fundar un orden constitucional sin violencia, sin ningún tipo de coacción, y mediante un procedimiento que, en efecto, implicase una gran movilización popular canalizada a través de una serena deliberación y que concerniese a la mayoría de la ciudadanía de modo que pudiese sostenerse que la norma fundamental fuese, tal como predica la teoría constitucional, una expresión del “Nosotros el Pueblo”. Este es el concepto de “nueva constitucionalidad” que presentamos aquí: el de la aparición de un poder constituyente históricamente articulado mediante un escrupuloso procedimiento pacífico, participativo, deliberativo y, en suma, justo. Por decirlo en otros términos: el consentimiento de la amplia mayoría de la comunidad política en las normas fundamentales que regirán el sistema y que legitima la supremacía constitucional y el límite al legislador.

Dificultades de las experiencias basadas en la “nueva constitucionalidad”

De momento, aquellas organizaciones políticas que han optado por impulsar un proceso deliberativo fundado en la movilización ciudadana para elaborar una constitución y legitimar la supremacía de la misma (tal vez con la única excepción de la revisión total de la Constitución de la Confederación Helvética de 2000) han fracasado o experimentan una fase de estancamiento. Podemos citar algunos casos relativamente recientes.

La Unión Europea. A comienzos de la primera década del siglo XXI se intentó reconfigurar la estructura política de la Unión Europea mediante un tratado que ya a tenor de su denominación, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, se podía percibir que pretendía profundizar en la integración y en la consolidación de un espacio público europeo fundado en una regulación constitucional. El proceso de reformulación de los fundamentos de la Unión se abrió mediante una Convención, presidida por el ex presidente de la República Francesa, Valéry Giscard d’Estaing, y formada por parlamentarios de las cámaras legislativas de los Estados miembros, por parlamentarios europeos, por miembros de la comisión, por parlamentarios de los países candidatos a la ampliación y por observadores, en un proceso de debate que también parecía abierto a la sociedad, aunque en la práctica la participación ciudadana fue escasa en la fase convencional y siempre filtrada por los miembros de la Convención. En algunos Estados la ratificación del Tratado Constitucional exigía referéndum, lo cual hubiese sido una

⁸ CH. MÖLLERS, “‘We are (afraid of) the people’: Constituent Power in German Constitutionalism” en M. LOUGHLIN y N. WALKER (eds.), *The Paradox of Constitutionalism*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 87-105.

buena oportunidad para conferir legitimidad al proyecto mediante el debate público. Sin embargo, si hubo alguna movilización popular fue, justamente, para enterrar el Tratado Constitucional ya que en dos Estados, Francia y Holanda, las respectivas ciudadanía votaron en contra del mismo y nunca llegó a aprobarse.

Islandia. Como consecuencia de la grave crisis financiera que afectó a la sociedad islandesa, y después de un cambio de gobierno en 2009 formado por partidos de izquierda, se emprendió un complejo proceso participativo para promover una revisión parcial o incluso total de la Constitución Islandesa de 1944. La propuesta de reforma constitucional fue sometida a un referéndum consultivo el 20 de Octubre de 2012 y contó con una mayoría de apoyo ciudadano. No obstante, la reforma, para ser aprobada, necesitaba el voto favorable de la asamblea legislativa islandesa. Tal reforma nunca se produjo puesto que en las elecciones parlamentarias del 27 de abril de 2013 los partidos conservadores contrarios al cambio constitucional obtuvieron la mayoría de escaños y paralizaron el proceso.⁹

República de Irlanda. Desde 2009 se inició un proceso de reforma constitucional en un inicio vinculado a la modificación del sistema electoral. En el curso de dicho proceso, sin embargo, acabaron planteándose propuestas que afectaban a otros aspectos del sistema constitucional. En 2012 el Parlamento Irlandés estableció una Convención para que examinase las distintas iniciativas de reforma, un foro en el que la ciudadanía y los distintos grupos sociales podían ofrecer sus consideraciones.¹⁰ Con todo, de lo que parecía una iniciativa de revisión total de la Constitución Irlandesa, sólo dos aspectos de la reforma fueron sometidos a referéndum en 2015: el reconocimiento al derecho al matrimonio de personas del mismo sexo y la reducción de la edad mínima de 35 años a 21 años para acceder a la Presidencia de la República. Sólo el primer aspecto contó con el apoyo mayoritario de la ciudadanía y al final fue la única modificación constitucional aprobada (la reducción del umbral de edad para ser Presidente de la República fue rechazada en el referéndum). El resto de cuestiones que había tratado la Convención y sobre las que se había abierto un debate público quedaron congeladas. En otro sentido, en las elecciones al Parlamento de 2016 la composición de la Cámara reflejó tal fragmentación política que dificultó la formación de gobierno, hecho que con probabilidad contribuya al abandono definitivo del proyecto de reforma en profundidad de la Constitución.

Chile. En otoño de 2015 la Presidenta de Chile Michelle Bachelet anunció la apertura de un proceso de adopción de una nueva Constitución para Chile con la intención de derogar la vigente que había sido aprobada durante la época de la dictadura de Augusto Pinochet. Para ello se impulsó un complejo proceso de participación cívica que incluía una serie de instancias de formación ciudadana en temas cívico-constitucionales, la apertura de diálogos ciudadanos a nivel comunal, provincial y regional, así como un consejo

⁹ Sobre el proceso constituyente en Islandia entre 2009 y 2013 *vid.* TH. GYLFASSON, "Democracy on ice: a post-mortem of Icelandic Constitution" disponible en <https://www.opendemocracy.net/can-europe-make-it/thorvaldur-gylfason/democracy-on-ice-post-mortem-of-icelandic-constitution>

¹⁰ Sobre la iniciativa de revisión de la Constitución de Irlanda *vid.* <http://www.mreza-mira.net/wp-content/uploads/Constitutional-Reform-in-Ireland-Feb-2014.pdf>

ciudadano de observadores representantes de la sociedad civil y nombrados por la Presidenta cuya misión consistía en velar por la transparencia en el desarrollo de los diálogos ciudadanos y que estos se realizasen de forma libre y sin presiones.¹¹ Sin duda el ejemplo de Chile es el que plantea con mayor intensidad la necesidad de la movilización ciudadana para legitimar el proceso constituyente pero cabe cuestionarse si es posible incitar semejante movilización pública desde el poder. También resulta dudoso que el proceso constituyente logre culminar teniendo en cuenta la oposición frontal de sectores conservadores de la sociedad que con probabilidad no participarán en el proceso y que más bien tenderán a boicotarlo.

Cataluña/España. Aproximadamente desde 2010 y con mucha intensidad a partir de 2012 en Cataluña se plantea un proceso de secesión del Reino de España. La victoria de las fuerzas independentistas por mayoría absoluta en las elecciones al Parlamento catalán de otoño de 2015 no sólo impulsó el proyecto secesionista sino que supuso la incorporación a la hoja de ruta del proceso hacia la independencia de un proceso constituyente que debería culminar, según el programa político de las opciones que lograron la victoria electoral y que formaron gobierno en enero de 2016, en un referéndum sobre una propuesta de Constitución Catalana.¹² Sin embargo, es poco factible desarrollar un proceso constituyente mientras no se haya producido la secesión a través de una declaración de independencia ya que mientras la Constitución Española de 1978 se encuentre vigente en Cataluña, cualquier paso hacia la Constitución Catalana es ilegal y es posible que resulte sancionado por las instituciones españolas, entre ellas por el Tribunal Constitucional, lo que puede suponer una coacción al debate público. En otro sentido, el desarrollo de un proceso constituyente sin haber consumado la secesión puede mermar la legitimidad del producto constitucional si sólo motiva la participación de los partidarios de la independencia mientras que los contrarios a la misma permanecen pasivos. Una vez constituido el nuevo Estado Catalán podría abrirse la oportunidad de incluir en el proceso constituyente a aquellos sectores sociales que en su momento fueron contrarios a la secesión si constatan que, al ser esta irreversible por haberse expresado una amplia mayoría a favor de la misma, al menos pueden incidir en la discusión sobre las normas constitucionales de la comunidad política en la que se integran. Asimismo, el reto planteado por la mayoría independentista catalana, al margen de que el movimiento independentista acabe logrando sus objetivos, podría motivar una reforma de la Constitución Española de 1978 (de hecho, la reforma constitucional española podría ser un factor que conllevara una atenuación de la reivindicación por el Estado Catalán). Sin embargo, si el proceso constituyente catalán no se encuentra maduro, todavía lo está menos un proceso de revisión constitucional en España en un contexto político como el de diciembre de 2015 en el que han sido grandes incluso las dificultades para formar el gobierno.

¹¹ Sobre el proceso constituyente en Chile puede consultarse la información facilitada por el gobierno chileno en su página web. En octubre de 2015 se presentaron las fases en las que se desarrollaría dicho proceso tal como había sido anunciado por la Presidenta Bachelet *vid.* <http://www.gob.cl/2015/10/13/8-conceptos-del-proceso-para-la-nueva-constitucion/>

¹² Sobre el caso catalán, también en relación a una hipotética reforma de la Constitución Española de 1978, *vid.* H. LÓPEZ BOFILL, "Cataluña y la posibilidad de la secesión" en prensa.

¿Es la “nueva constitucionalidad” de imposible realización? ¿Es necesaria?

Las experiencias señaladas, ninguna culminada a la fecha con éxito, nos pueden llevar a sostener una posición escéptica sobre la opción de adoptar una constitución sin coacciones y a través de un nítido procedimiento democrático, pacífico, deliberativo y basado en una amplia participación popular. A esta conclusión puede contribuir el hecho de constatar que algunas democracias de larga tradición en las que el debate público se desarrolla de manera constante ni siquiera cuentan con un modelo de constitución rígida, como es el caso del Reino Unido. Ciertamente, si tanto confiamos en la democracia como instrumento de resolución de los conflictos sociales, ¿para qué dotarnos de unas normas que, supuestamente aprobadas en un momento de mayor movilización popular, limiten al legislador? En otro sentido, ¿pueden crearse las condiciones de dicha movilización popular desde el poder constituido (como parece entreverse en el caso chileno) o no debería asociarse esta efervescencia ciudadana a un gesto espontáneo que contribuyese a legitimar el nuevo orden en parte al mostrar la caducidad del antiguo? Y, en fin, ¿no dependería la mencionada movilización popular de la existencia de un previo conflicto? Lo que llevaría a que el resultado del proceso constitucional continuase expresando la voluntad de consolidar el triunfo de una parte de la sociedad sobre la otra, como hemos visto que ha sucedido en muchos de los ejemplos de expresión del poder constituyente en el pasado.

El escepticismo que arrojan las experiencias de procesos constituyentes descritos con anterioridad responde a determinados déficits sugeridos por las cuestiones que acabamos de formular. Así parece difícil suscitar el interés de la ciudadanía por un proceso constituyente de la nada y sin ninguna turbulencia política que les motive a participar de forma masiva en la construcción del nuevo orden. Lo anterior se refleja en especial en escenarios en los que el cambio constitucional se impulsa desde el poder (en este sentido podrían encuadrarse el proceso del Tratado Constitucional europeo o la todavía en curso reforma del sistema constitucional chileno). En otras ocasiones es justo la llamada a un proceso constituyente fomentada desde las élites políticas lo que genera un conflicto que impide la conclusión del proyecto (el ejemplo del Tratado Constitucional europeo también podría citarse al respecto en la medida en que la población se moviliza pero lo hace en contra de la iniciativa constitucional). Y, para finalizar, tampoco el contexto de una gran movilización ciudadana, pero debida a un conflicto arraigado (como tal vez sucede en el caso de Cataluña/España), contribuye a llevar al proceso constituyente a buen puerto, ya que las posiciones pueden encontrarse demasiado enfrentadas como para que se den las condiciones de participación inclusiva y de serena deliberación pública que deberían definir la “nueva constitucionalidad”. ¿Hay espacio, pues, para ella?

La “nueva constitucionalidad” y su justificación

A nuestro juicio, es debido a la necesidad de resolver conflictos enconados que atraviesan nuestras sociedades mediante procesos inequívocamente democráticos y pacíficos que es necesario dotarse de normas constitucionales superiores que limiten al legislador y que a la vez garanticen la preservación de los valores que se acordaron en el debate constituyente. A diferencia de lo que pueda suceder en Reino Unido o en otros sistemas de larga tradición democrática que se desarrollan en un marco de constituciones flexibles (o casi flexibles), en la mayoría de las comunidades políticas que aspiran a la consolidación de un estado liberal democrático avanzado hay valores históricamente puestos en cuestión que deberían ser blindados al legislador ordinario mediante una movilización ciudadana y una deliberación pública, ambas desplegadas durante el ejercicio del poder constituyente.

Por ejemplo, en una comunidad política que a lo largo de su historia ha sufrido violaciones a los derechos humanos (en parte como manifestación de las coacciones que las elites de dicha comunidad ejercieron para consolidar el sistema constitucional por ellas promovido) se advierte como determinante la irrupción de una gran conversación ciudadana sobre dichos derechos que cristalice en una norma superior capaz de limitar a los poderes constituidos.

Puesto que la sensibilidad democrática en muchas sociedades contemporáneas se encuentra más desarrollada que en el contexto en el que se aprobaron muchas de las constituciones del pasado es que la exigencia de la movilización popular y de la amplia participación debe estimarse con mayor intensidad en los procesos constituyentes que se planteen en la actualidad. La expresión del poder constituyente en el siglo XXI no debe ser de la misma naturaleza que la del siglo XX, ni que la del siglo XIX, ni que la de finales del siglo XVIII. En el fondo no se trataría de otra cosa más allá que satisfacer en plenitud las condiciones de legitimidad insinuadas desde siempre por la teoría de la Constitución, a saber, que las normas constitucionales son supremas al resto, incluidas las normas con rango de ley, porque fue el pueblo mismo quien se dotó de ellas.

