

Debates constitucionales en nuestra América

Enfoques y tendencias

Director

Germán Palacio Castañeda

Comité Científico Internacional

Laura Pautassi (Argentina)
Alejandro Medici (Argentina)
Carlos Federico Mares (Brasil)
Antonio Carlos Wolkmer (Brasil)
Víctor Manuel Moncayo (Colombia)
Manuel Jacques (Chile)
Felipe Gómez Isa (España)
Jesús Antonio De la Torre (México)
Magdalena Gómez (México)
Oscar Correas (México)
Carlos Rivera Lugo (Puerto Rico)

Comité Editorial

Germán Burgos
Jairo Estrada Álvarez
Mario Aguilera

ILSA**Junta Directiva**

Manuel Jacques, presidente de ILSA (Chile)
Carlos Federico Mares (Brasil)
Germán Palacio (Colombia)
Héctor-León Moncayo Salcedo (Colombia)
Víctor Manuel Moncayo (Colombia)

Director Ejecutivo

Jairo Estrada Álvarez

Equipo de investigación

Ángel Libardo Herreño Hernández
Daniela Albán Domínguez
Diana Isabel Betancourt Arguelles
Edwin De los Ríos Jaramillo
Freddy Ordóñez Gómez
Héctor-León Moncayo Salcedo
Ismael Díaz Barbosa
María Eugenia Ramírez Brizneda
Sergio Moreno Rubio

© ILSA - Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos
Calle 38 No. 16-45, Bogotá, Colombia
Teléfonos: 2884772, 2883678
Correo electrónico: elotroderecho@ilsa.org.co / ilsa@ilsa.org.co
Página web: <http://www.ilsa.org.co>

ISSN colección: 0122-2252
ISSN este número: 9770122225001 00048

Editor: Freddy Ordóñez Gómez
Diseño de cubierta: Tatianna Castillo Reyes
Diagramación: Doris Andrade B. (Apoyo editorial GMJL)
Impresión: Gente Nueva Editorial
Bogotá, diciembre de 2013

El contenido de esta publicación es responsabilidad de los autores.

Esta publicación se hace con el auspicio de la Fundación Umverteilen! - Grupo de trabajo Latinoamérica.

CONTENIDO

Nuevo constitucionalismo latinoamericano y giro decolonial Seis proposiciones para comprenderlo desde un pensamiento situado y crítico	19
ALEJANDRO MEDICI	
La Constitución democrática, entre el <i>neoconstitucionalismo</i> y el <i>nuevo constitucionalismo</i>	63
ROBERTO VICIANO PASTOR / RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU	
El derecho constitucional del siglo XXI en América Latina: entre la ósmosis y un nuevo paradigma	85
CARLOS MANUEL VILLABELLA ARMENGO	
El nuevo constitucionalismo en América Latina desde la historia crítica del derecho	115
DANIEL SANDOVAL CERVANTES	
Las nuevas constituciones en América Latina. Algunas reflexiones de contexto	135
HÉCTOR-LEÓN MONCAYO S.	
Razonamiento judicial en Colombia y nuevo constitucionalismo... ..	169
DANILO ROJAS BETANCOURTH	
Nuevo constitucionalismo, Constitución y Congreso. Entre Ulises y Procusto.....	195
JOSÉ IGNACIO NÚÑEZ LEIVA	
Hegemonía y resistencia en los tribunales constitucionales de los países pluriculturales latinoamericanos. Aproximación teórica a propósito del caso peruano	211
AARÓN VERONA BADAJOZ	
Hacia una (re)construcción de la izquierda constitucional en Latinoamérica: una discusión con Roberto Gargarella	231
DIEMER LASCARRO, CARLOS LASCARRO Y LEONEL MARTÍNEZ	

PRESENTACIÓN

El final de la década de los noventa y el inicio del siglo XXI significó para Nuestra América¹ la puesta en cuestionamiento del modelo económico y político del capitalismo neoliberal, lo que se reflejó en el auge de las luchas populares, nuevas demandas e inconformidad político-social, así como el comienzo de la reconfiguración regional en el orden político y económico. Lo anterior se tradujo en, por una parte, fuertes expresiones de cambios político-institucionales manifestados en el arribo al poder de partidos y movimientos representantes de las clases subalternas o de los sectores históricamente “negados y ausentes del Estado y del derecho” (Machado, 2013); de otro lado, el cuestionamiento y replanteamiento del papel que en la actual dinámica global del capital en materia económica y geopolítica venían jugando los países regionales; y finalmente, en la (re)identificación de las propias realidades nacionales-estatales, las afectaciones de los modelos de desarrollos impuestos y la emergencia de nuevos derechos.

Lo anterior implicó el considerar que había un deterioro de las instituciones jurídico-políticas de corte liberal, que éstas no se correspondían con el contexto vivido y con la actual dinámica de disputa en el campo jurídico. Así, asistiendo a una correlación de fuerzas favorable a las clases excluidas, se proyectó un uso contra-hegemónico del constitucionalismo y del derecho (Santos, 2010) desembocando esto en la promulgación de nuevas cartas políticas, cambios que vinieron de la mano de nuevos entendimientos del derecho en una perspectiva de *una nueva legalidad*, en lo que se conoce como *nuevo constitucionalismo latinoamericano*.

Sobre los nuevos procesos constituyentes en Nuestra América existen diferentes tesis de interpretación de sus alcances y limitantes, así como de las cartas fundamentales que estarían incluidas en el mismo. Más allá de lo que puede plantearse desde las diferentes interpretaciones del fenómeno constituyente, consideramos que las Cartas Políticas de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009) representan una ruptura con el anterior constitucionalismo que se

¹ En la mirada de José Martí.

había dado en la región, tanto por sus contenidos, como por el origen democrático que tuvieron, que rompió con la tendencia a la producción de constituciones soportadas en pactos entre partidos y élites políticas, y porque fundamentalmente estas nuevas cartas vienen de la mano de las clases subalternas y del arribo al poder de una “renovada y policromática izquierda”².

Considerando la actualidad e importancia político-académica del tema y la poca literatura que sobre los nuevos procesos constituyentes se ha producido desde Colombia³, la revista *El Otro Derecho* presenta al público este número titulado *Debates constitucionales en Nuestra América. Enfoques y tendencias*, primero de dos números que abordarán los cambios constitucionales recientes en la región.

Abre la publicación el artículo “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y giro decolonial” del docente e investigador argentino Alejandro Medici, texto en el que plantea la necesidad de construir una nueva teoría constitucional regional ante los procesos adelantados en Venezuela, Ecuador y Bolivia. Soportado en la opción decolonial, Medici expone una serie de proposiciones que identifican las nuevas constituciones: (i) éstas son producto de procesos de democratización radical, expresivas de una voluntad descolonizadora y exigen repensar la relación entre constitucionalismo y democracia; (ii) significaron un punto de inflexión en la historia del constitucionalismo latinoamericano y se inscriben en una tradición minoritaria de constitucionalismo popular y original de nuestra región; (iii) buscan una relación más orgánica entre poderes y derechos que permitan el avance de estos últimos y la democratización radical de los primeros; (iv) institucionalizan procesos democráticos participativos que hacen consensos exigentes más allá del consenso débil de la democracia representativa; y (v) incorporan nuevos derechos fundamentales que deben ser entendidos desde un “iusmaterialismo” o humanismo concreto; a partir de lo anterior el autor concluye que (vi) la teoría constitucional que acompañe y busque comprender estas experiencias del nuevo constitucionalismo sudamericano o latinoamericano debe fundarse en tendencias de pensamiento crítico situado, lo que implica concebir una conexión entre procesos constitucionales y teoría constitucional situada y basada en

² La expresión es de Carlos Manuel Villabella Armengo (en esta edición). El mismo autor señala que, sin lugar a dudas, para que este tipo de Constituciones se dieran era necesaria la presencia de la izquierda en el poder.

³ Esto tal vez por la tendencia de la academia nacional a considerar que sobre constitucionalismo el caso colombiano, con la Carta Política de 1991 y la Corte Constitucional, es “paradigmático” y por ello se dejan de lado los estudios sobre los procesos constituyentes en la región.

el pensamiento crítico regional y, en general, en una epistemología del Sur.

Posteriormente los reconocidos catedráticos de la Universitat de València, Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, nos presentan “La constitución democrática, entre el *neoconstitucionalismo* y el *nuevo constitucionalismo*”, ensayo en el que parten por identificar tensiones entre los conceptos constitucionalismo y democracia, que están soportadas fundamentalmente en la necesidad de limitar y legitimar el poder, destacando los autores que la democracia cobra significado al contextualizarse en determinado tiempo y lugar histórico, por lo cual afirman “no existe en abstracto *la democracia*, sino *determinada democracia*, o mejor dicho más o menos democracia en el marco que ofrecen las relaciones sociales, económicas y políticas de una comunidad”, situación que lleva a la identificación de un aspecto central de la democracia, su objetivo emancipatorio. La emancipación en la democracia, señalan, ha venido a ser resuelta en la fórmula constitucionalismo democrático, ámbito en el cual se inscriben –no sin polemizar– las categorías *neoconstitucionalismo* y *nuevo constitucionalismo*. La primera, soportada en la supremacía de la constitución en el ordenamiento y el poder de los tribunales constitucionales para interpretar las cartas políticas. Así el neoconstitucionalismo se presenta como teoría del derecho y teoría del poder que se corresponde con un tipo de Estado, el Estado (neo) constitucional o el Estado constitucional de derecho, dejando de lado (al centrarse exclusivamente en la carta magna y su superioridad en el ordenamiento normativo) la pregunta sobre la legitimidad democrática del poder y el traslado de la voluntad constituyente a la voluntad constituida. Por su parte, el concepto nuevo constitucionalismo tiene un doble objetivo, garantizar el origen democrático de la constitución y generar unos contenidos constitucionales que permitan resolver los problemas de legitimidad.

El nuevo constitucionalismo tiene un origen geográfico en América Latina, siendo la Constitución Política de Colombia de 1991 la que abriría ese nuevo escenario⁴. Viciano y Martínez enfatizan en que la diferencia entre el nuevo constitucionalismo y el constitucionalismo

⁴ Los autores no incluyen dentro de las corrientes del nuevo constitucionalismo la Constitución brasileña de 1988 por considerar que ésta presenta “carencias democráticas de su proceso constituyente y por su falta de voluntad transformadora respecto del constitucionalismo del Estado social”, por el contrario, otros autores si incluyen ésta como parte de los recientes cambios constitucionales en América latina, es el caso de Rodrigo Uprimny (2011) y Roberto Gargarella (2011).

previamente presentado en esta región es la preocupación del primero por la naturaleza democrática de los procesos constituyentes. Ahora bien, el fenómeno constitucional presentado en Latinoamérica al enmarcarse en las necesidades de cambio ha tenido un especial interés por la superación de la desigualdad social, siendo las cartas fundamentales producto de demandas de reconocimiento e inclusión, característica que se suma al hecho de ser un constitucionalismo innovador, en construcción, en transición, experimental y por tanto, un modelo no acabado, cuyas potencialidades emancipatorias no necesariamente se limitaran a la geografía latinoamericana, sino que, concluyen los autores, tendrá connotaciones globales, en lo que se avizora será una nueva teoría de la constitución, emergente desde el Sur global.

Carlos Manuel Villabella Armengo, profesor de la Universidad de Camagüey y del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, y director de la revista IUS, aporta a esta publicación su artículo “El derecho constitucional del siglo XXI en América Latina: entre la ósmosis y un nuevo paradigma”, en el que expone la evolución del derecho constitucional, tomando en consideración cuatro grandes etapas las cuales se proponen reconociendo los desarrollos teóricos e institucionales acaecidos en el constitucionalismo, al igual que la sucesión en los distintos modelos de Estado y los cambios formales producidos en los textos constitucionales. Así, para Villabella, la primera etapa estaría comprendida desde finales del siglo XVIII hasta principios del siglo XX; la segunda, abarca la primera mitad del siglo XX, y en ella se da el constitucionalismo de entreguerras; una tercera correspondiente al neoconstitucionalismo, inicia con la segunda posguerra y va hasta finales del siglo; y finalmente la cuarta va de las últimas décadas del siglo XX hasta nuestros días. El autor profundiza en la doctrina neoconstitucional, entrando luego a caracterizar el nuevo constitucionalismo latinoamericano y el nuevo constitucionalismo democrático latinoamericano, para esto, parte de identificar cuatro momentos en el derecho constitucional contemporáneo en nuestra región, siendo el penúltimo, ubicado temporalmente en las últimas décadas del siglo XX (caracterizado como un periodo posdictaduras), en el que se da el nuevo constitucionalismo que, señala Villabella, posee “el influjo de las coordenadas del neoconstitucionalismo europeo”. Posteriormente los cambios sociopolíticos en Nuestra América, llevarían a una nueva transformación en lo constitucional, cuya idea central es que la constitución es “democrática y democratizante”, transformación en la que convergen las Cartas de Venezuela, Ecuador y Bolivia y cuyas principales *características originales* son descritas de manera rigurosa y detallada por el autor, quien finaliza el texto preguntándose por la posibilidad que tiene el constitucionalismo del siglo XXI en

Latinoamérica de ser un modelo a seguir, no sin antes señalar –con total acierto– que los textos delimitan un nuevo paradigma por los cambios que introducen en el discurso constitucional y las aportaciones que realizan en la nervadura teórica.

“El nuevo constitucionalismo en América Latina desde la historia crítica del derecho” es el título del ensayo de Daniel Sandoval Cervantes, docente e investigador de la UNAM y editor de nuestra hermana revista *Crítica Jurídica*. Sandoval presenta un análisis de los casos de Bolivia y Ecuador, soportado en una propuesta de historia crítica del derecho (que vendría a estar dada por la relación de la crítica jurídica con la historia), la cual “a la vez que permite comprender en una forma más adecuada el presente del uso del derecho en nuestras sociedades, puede ser considerada un contrasaber frente a la historia del derecho generalmente desarrollada”. El análisis propuesto indaga así por el carácter clasista de los usos del discurso del derecho tomando en consideración adicionalmente categorías como circuitos de poder y racionalidad, al igual que aportes del pensamiento social latinoamericano como el reconocimiento del carácter abigarrado de nuestras sociedades y el carácter dependiente de las economías regionales.

El autor afirma que los procesos constituyentes en Ecuador y Bolivia fueron posibles en el marco de procesos políticos de más amplia trayectoria histórica y de dimensiones regionales que fundamentalmente se articularon en la lucha contra el neoliberalismo, traducándose finalmente algunos de éstos en procesos constituyentes y nuevas cartas políticas. A pesar de lo anterior, se han presentado tensiones y antagonismos entre los movimientos sociales y los gobiernos que promulgaron e impulsaron las constituciones, lo que no se limita a la implementación de éstas sino se remontaría incluso a la misma activación de los procesos constituyentes. Lo expuesto certeramente por Daniel Sandoval evidencia una disputa por el sentido dominante de la constitución y lleva a preguntar si se podrá hacer un uso del derecho constitucional que aporte a la ruptura o quiebre de la dominación capitalista en Nuestra América. La respuesta a esta pregunta depende de las potencialidades de las clases subalternas.

Por su parte, el colega de ILSA, Héctor León Moncayo, en el texto “Las nuevas constituciones en América Latina. Algunas reflexiones de contexto” nos presenta lo que han sido diferentes lecturas sobre el constitucionalismo en Nuestra América y las propuestas de periodización del mismo. El autor opta por afirmar que los cambios producidos recientemente en las Cartas políticas de Venezuela, Ecuador y Bolivia, serían parte de la corriente neoconstitucional, y que estas tres constituciones contienen una apuesta de transformación

fundamental: la quiebra del modelo neoliberal. Así, para los procesos constituyentes, el movimiento indígena en Ecuador y en Bolivia jugó un papel central, logrando el reconocimiento de la plurinacionalidad (Bolivia) y del biocentrismo (Ecuador), no obstante lo significativo de las nuevas cartas, Moncayo afirma que lo que se ha podido observar en estos dos países es que “el poder constituido se levanta frente al poder constituyente como su adversario implacable”.

Posteriormente en la publicación se presentan tres ensayos con una orientación hacia los análisis nacionales con los que se busca aportar lógicas y discursos de entendimiento de los nuevos procesos constituyentes en Nuestra América desde las particularidades locales y/o temáticas. Los tres, tienen como conexión el abordaje de la función jurisdiccional, particularmente la ejercida por los tribunales constitucionales.

El docente universitario y Consejero de Estado Danilo Rojas Betancourth, presenta el ensayo “Razonamiento judicial en Colombia y nuevo constitucionalismo”. Danilo Rojas ofrece acá la vía hermenéutica, más específicamente la interpretación judicial, como ruta de exploración acerca de la forma como se viene construyendo lo que se ha denominado nuevo constitucionalismo, en un artículo que pretende evidenciar que el razonamiento en ciertos escenarios judiciales en Colombia, más exactamente los tribunales de cierre, tiene efectos directos sobre la teoría jurídica, la teoría constitucional y la ética judicial, aspectos que en su conjunto señala “contribuyen a perfilar cada vez mejor alguna fase del constitucionalismo latinoamericano”.

Con el análisis de los casos escogidos, no pretende el autor llegar a conclusiones contundentes, sino mostrar tendencias, especialmente en lo que ha sido el tratamiento del conflicto armado interno por parte de las altas cortes. Así, de la Corte Constitucional se reseña las sentencias C-370 de 2006 (análisis de constitucionalidad de la Ley 795 de 2005, ley de justicia y paz) y la T-025 de 2004 (tutela de derechos fundamentales de personas en situación de desplazamiento y declaración de un *estado de cosas inconstitucional* con relación a los derechos población desplazada); de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia expone el profesor, por una parte, la condena al político liberal César Pérez García por concierto para delinquir y determinante de homicidio agravado en los hechos de la Masacre de Segovia, y de otro lado, el caso de los llamados parapolíticos, centrándose en el departamento de Córdoba y la firma del acuerdo de Santa Fe de Ralito por parte de dirigentes políticos y líderes de las Autodefensas Unidas de Colombia; y por último, del Consejo de Estado se presentan las providencias que trataron la toma guerrillera de la base militar de Las

Delicias y la que devolvió la personería jurídica a la Unión Patriótica. Posteriormente el profesor Rojas expone una caracterización general de elementos encontrados en los fallos, finalizando el artículo con las reflexiones en torno a teoría jurídica, teoría constitucional y ética judicial que se obtienen de la jurisprudencia expuesta.

Desde Chile llega el artículo “Nuevo constitucionalismo, Constitución y Congreso. Entre Ulises y Procasto” de José Ignacio Núñez Leiva, doctor en derecho y profesor de la Universidad Alberto Hurtado. El texto inicia caracterizando el constitucionalismo, el cual tendría una triple dimensión al ser concebido como concepto histórico, como doctrina política y como virtud. En su entendimiento como concepto histórico, el constitucionalismo tendría su origen en el iusnaturalismo racionalista e ilustrado, siendo de las teorías del Estado y del derecho de esta corriente, que se produjeron dos fenómenos decisivos y de duradera influencia: la codificación y el constitucionalismo. Así, el constitucionalismo procede de las mismas ideas que alentaron la codificación civil: (i) la primacía del derecho legislado sobre la dispersión normativa; (ii) la preferencia por organizar racionalmente el material de un sector jurídico, esto es, codificar; (iii) la codificación como expresión de poder político y monopolio de producción del derecho; rematando este apartado con lo que serán las revoluciones y constituciones francesa y de los Estados Unidos, como hitos que marcaron la ruptura entre la concepción antigua y moderna de la constitución, Cartas cuya influencia fue determinante en el constitucionalismo latinoamericano. Ahora bien, el constitucionalismo como doctrina política hace referencia al contenido de las cartas políticas, a la “constitución del constitucionalismo”, el cual señala Núñez Leiva, tendría una función precisa: “limitar el poder político con la finalidad de proteger los derechos fundamentales”, así, afirma, solo será constitucional el Estado o Gobierno que cuente con una carta fundamental orientada a garantizar los derechos humanos. Finalmente, cierra este acápite señalando que el constitucionalismo como virtud consiste en una especie de “fe” en las constituciones, fe que puede tener origen en el derecho natural o en una institucionalidad artificial, el contrato social.

Al describir el constitucionalismo del siglo XXI el profesor Núñez Leiva, destaca la presencia de las tradiciones norteamericana y francesa en el constitucionalismo actual, el cual, afirma, está “alimentado doctrinariamente por lo que se ha dado en denominar *neoconstitucionalismos*”, así, de lo anterior emergen sistemas normativos encabezados por una carta política que tiene la pretensión de condicionar las decisiones mayoritarias a través de su carga axiológica y del órgano jurisdiccional que vela por su supremacía, siendo entonces los tribunales constitucio-

nales quienes tienen el rol principal por encima del legislativo. Lo anterior, para el autor, hace que se presenten, dos tensiones: la primera, entre la noción tradicional de democracia y el concepto de constitución; y la segunda, entre el concepto de constitución actual y algunos elementos tradicionales de la teoría del Estado, dentro de ésta última, se encuentran las relacionadas con la carta política y la jurisdicción constitucional como limitante del accionar del Congreso y la Ley. A partir del análisis de las analogías al atado al mástil de Ulises como la restricción del Soberano en la Constitución; y del padecimiento de los viajeros en manos de Procusto como la forma en que la jurisdicción constitucional somete los casos bajo su estudio, el autor plantea dos conclusiones, una metodológica y una institucional para dar trámite a las tensiones entre constitucionalismo y democracia en el siglo XXI.

Seguidamente, Aaron Verona Badajoz, Abogado y profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, nos comparte su ensayo "Hegemonía y resistencia en los tribunales constitucionales de los países pluriculturales latinoamericanos. Aproximación teórica a propósito del caso peruano". El artículo inicia precisando dos premisas centrales del Estado constitucional de derecho (ECD), la dignidad humana y la soberanía popular, de la primera se derivan los derechos fundamentales y de la segunda emana la estructura institucional del Estado; estructura que ha tenido como horizonte el Estado nación, del que el autor destaca cuatro características que se encuentran plasmadas en la carta política: (a) centralidad del poder, la violencia y el derecho; (b) presunción de consentimiento de un contrato social; (c) presunción de uniformidad; y (d) exclusivo y excluyente respecto de cualquier otra forma de organización social en un mismo territorio. Cada una de las características enunciadas son interpeladas por Verona Badajoz en el escenario del ECD pluricultural peruano⁵ y le llevan a afirmar que, las negaciones y ausencias de lo indígena del marco constitucional, representan que éste sería un escenario en disputa, que de momento, personifica a un sector hegemónico y excluyente, exclusión que es del orden político, social y cultural. La disputa por la hegemonía o conflicto cultural, señala categóricamente el autor, se ha reproducido en decisiones del Tribunal Constitucional Peruano y en su importante labor de interpretación de la Carta política que cumple funciones jurídico-instrumentales, políticas y simbólicas. El ensayo finaliza recomendado al TC que los abordajes que deba realizar sobre pluralidad cultural y derechos de los pueblos indígenas, los

⁵ A propósito del carácter pluricultural de la Constitución peruana y de lo que fue (y es) el ciclo de constitucionalismo pluricultural, véase Raquel Yrigoyen (2011, pp. 142-149).

realice bajo un enfoque intercultural, así como adoptando una *imparcialidad cultural*.

Los artículos seleccionados se complementan con la entrevista “Hacia una (re)construcción de la izquierda constitucional en Latinoamérica: una discusión con Roberto Gargarella”, realizada por los constitucionalistas Diemer Lascarro, Carlos Lascarro y Leonel Martínez, quienes han realizado, no solo un juicioso estudio de la obra del entrevistado, sino en general del tema del neoconstitucionalismo y los nuevos procesos constituyentes en Nuestra América, lo que sobresale en la conversación publicada en esta revista. Gargarella inicia este diálogo resaltando la necesidad de vincular la reflexión constitucional con la reflexión sobre las bases materiales de la sociedad, para proceder a abordar la contribución de la izquierda a los nuevos diseños constitucionales, recordando que la *izquierda jurídica* sufrió una fuerte persecución y se vio diezmada por la violencia política que se dio en la región latinoamericana; seguidamente el autor apunta a aspectos de los gobiernos de izquierda en la región (por ejemplo la concentración del poder), que en su entender no compaginan con la construcción de una sociedad más igualitaria, ya que, señala “no debemos aceptar ni desigualdades económicas para mejorar las libertades políticas ni desigualdades políticas para mejorar las injusticias económicas”. Para Roberto Gargarella, el igualitarismo radical entra en tensión con la concentración del poder, por lo cual la democracia radical –apuesta fundamentalmente emancipadora– es incompatible con el poder ejecutivo concentrado.

Al considerar la tradición crítica latinoamericana, el jurista argentino destaca la necesidad de profundizar en la construcción discursiva y teórica, la modernización en el modo de pensar y en los requerimientos de literatura crítica y emancipadora. Aclara que el nuevo constitucionalismo latinoamericano es problemático, ya que aunque las Cartas gozan de amplios catálogos de derechos, no se reformó la estructura del poder. En línea con lo anterior, al hablar sobre el neoconstitucionalismo, el entrevistado destaca ideas y postulados de autores como Luigi Ferrajoli, Ronald Dworkin y Carlos Santiago Nino, de los dos últimos reivindica la capacidad para hacer frente a un positivismo que, soportado en la fuerza, se atribuía la potestad de hacer las leyes y el obligar a obedecerlas. Posteriormente, la entrevista se orienta hacia el tema de la justicia, del derecho penal y la protesta social, polemizando Gargarella sobre el *neopunitivismo* –hoy en boga en nuestra región– afirma que éste trae consigo, una definición brutal de la democracia; así mismo el diálogo de los juristas Lascarro, Lascarro y Martínez con el profesor Roberto, nos presenta el llamado de atención

del jurista argentino para que no depositemos demasiadas esperanzas en los tribunales, recordándonos que “el cambio social no empieza en los tribunales ni termina en ellos”. Finaliza el intercambio centrándose el entrevistado en lo que es la apatía como un producto de una enseñanza dogmática, radicalista y una política conservadora y mentirosa.

Deseamos que este número contribuya a juristas, académicos y muy especialmente al movimiento social, al entendimiento y la mirada crítica de los cambios recientes en las democracias y en las constituciones en Nuestra América, reconociendo que fundamentalmente los avances y derroteros emancipatorios de estos procesos dependen de los más altos niveles de participación de las clases subalternas; de igual forma, es claro que del rumbo que tomen Venezuela, Ecuador y Bolivia, se desprenden grandes definiciones regionales.

No podíamos cerrar esta presentación sin compartir con los lectores nuestra alegría por los 25 años de nuestra revista, cuyo primer número circuló en agosto de 1988. El Otro Derecho surgió ante la necesidad de contar en América Latina y el Caribe con un órgano de difusión de las reflexiones críticas del derecho y del accionar de los grupos de servicios legales alternativos. Hoy la idea inicial sigue vigente y el necesario ejercicio de autoevaluación nos lleva a señalar que –a pesar de las dificultades de la producción de una publicación periódica– esta apuesta ha sido desarrollada a cabalidad.

Finalmente queremos agradecer a los nuevos integrantes del Comité Científico Internacional: Alejandro Medici, Antonio Carlos Wolkmer, Jesús Antonio De la Torre, Oscar Correas y Carlos Rivera Lugo; quienes se suman a Laura Pautassi, Carlos Federico Mares, Víctor Manuel Moncayo, Manuel Jacques, Felipe Gómez Isa y Magdalena Gómez. Nuestro reconocimiento también se extiende a quienes colaboraron para la materialización de este número: a los pares académicos externos Carolina Jiménez (Universidad Nacional de Colombia), Robert Adrian Quintero (UNAM) y Rosmerlin Estupiñan (Universidad Paris 1); a José Antonio Gutiérrez y Patrick Lefkaditis, quienes contribuyeron con la traducción de textos al inglés; y a Jessica Viviana Moreno (voluntaria de ILSA), por su apoyo en el proceso de convocatoria, revisión de textos y preparación editorial.

La producción del número 48 de El Otro Derecho fue posible gracias al apoyo de la Fundación Umverteilen.

REFERENCIAS

- GARGARELLA, R. (2011). Pensando sobre La reforma constitucional em América Latina. En C. Rodríguez (Ed). *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (pp. 87-108). Buenos Aires: Siglo XXI.
- MACHADO, L. (2013). Reflexões histórico-jurídicas e antropológicas: a necessidade de refundar o Estado a partir dos sujeitos negados. En A. C. Wolkmer & O. Correias (orgs.). *Crítica Jurídica na América Latina* (145-163). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina.
- SANTOS, B.S. (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Quito: Abya-Yala.
- UPRIMNY, R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En C. Rodríguez (Ed). *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (pp. 109-137). Buenos Aires: Siglo XXI.
- YRIGOYEN, R. (2011). El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. En C. Rodríguez (Ed). *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (pp. 139-159). Buenos Aires: Siglo XXI.

Nuevo constitucionalismo latinoamericano y giro decolonial

Seis proposiciones para comprenderlo desde un pensamiento situado y crítico

ALEJANDRO MEDICI*

Recibido: 1 de octubre de 2013 – Aprobado: 30 de noviembre de 2013



RESUMEN

El trabajo aborda los procesos constituyentes recientes de Bolivia, Ecuador y Venezuela desde la teoría crítica y las herramientas conceptuales provenientes del giro decolonial. Se considera que los procesos referidos presentan una ruptura con la teoría constitucional clásica, y por tanto, exigen pensar una nueva filosofía política y una nueva teoría constitucional que den cuenta de las realidades de la región, de los procesos de movilización, la transformación de lo democrático y resignifiquen al sujeto popular como sujeto constituyente. Para desarrollar lo anterior, se establecen seis proposiciones que engloban los rasgos de las nuevas Cartas y que llevan a considerar la necesidad de una teoría constitucional fundamentada en las tendencias del pensamiento crítico situado.

Palabras clave: Nuevo constitucionalismo latinoamericano, democratización radical, giro decolonial, pensamiento crítico situado.



ABSTRACT

The following paper addresses the Constituent processes in Bolivia, Ecuador and Venezuela from the point of view of the critical theory and using a de-colonial conceptual framework. The ways in which these processes represent a break from the classic constitutional theories are examined, therefore, requiring a

* Docente e investigador, Universidad Nacional de La Plata (UNLP) y Universidad Nacional de La Pampa (UNLPam), Argentina. Investigador en la Universidad Popular de Madres de Plaza de Mayo (UPMPM). Director del Curso de Posgrado en Derechos Humanos, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, UNLPam. Correo electrónico: medici.alejandro@gmail.com

new political philosophy and a new constitutional theory to explain the new realities in the region, the process of mass mobilisation, the transformation of the concept of democracy and to re-signify the popular subject as a constituent subject. In order to develop these theoretical developments, six proposals are elaborated, which sum up the main features of these new Constitutions and which address the need of a constitutional theory grounded on the tendencies of contextualised critical thought.

Keywords: New Latin American Constitutionalism, Radical Democratisation, De-colonial Turn, Contextualised Critical Thought.

INTRODUCCIÓN

Corren vientos de cambio en el constitucionalismo sudamericano. Las recientes experiencias de los procesos políticos de Venezuela, Bolivia y Ecuador han adoptado nuevas constituciones que suponen un punto de inflexión importante en relación con el constitucionalismo regional y requieren un enfoque teórico que desborda los marcos tradicionales del constitucionalismo demoliberal e incluso del neoconstitucionalismo de matriz noratlántica euronorteamericano. Si, como se ha dicho, toda constitución y toda práctica constitucional pueden comprenderse desde unas filosofías políticas públicas que las enmarcan, estas nuevas experiencias, denominadas “el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, requieren entonces unas nuevas filosofías políticas y de una nueva teoría constitucional. Se trata de un pensar constitucional enraizado en las realidades de nuestra región, por lo tanto crítico y que suponemos más adecuado para la nueva agenda del constitucionalismo que los procesos referidos están abriendo en América del Sur. Por supuesto que cada trayectoria nacional es diversa y las soluciones que en su caso adoptaron cada uno de estos procesos constituyentes tienen sus especificidades. Pero tomadas en conjunto, estas experiencias surgidas en procesos políticos de movilización y transformación democrática pueden aportar insumos para renovar la teoría constitucional tradicional. En esta muchas veces la constitución es considerada como una especie de catedral que debe ser obra paulatina de generaciones y ha sido secuestrada por los abogados constitucionalistas que pretenden el monopolio de su interpretación. Desmitificar estas pretensiones debería ser el objetivo de una renovada teoría constitucional, basada en una filosofía pública crítica y situada en nuestra región y en la historia política de nuestros pueblos.

Hacer una modesta contribución a restablecer entonces al sujeto popular su protagonismo en la práctica constitucional, a devolver la interpretación a una comunidad ampliada a toda la ciudadanía y a la constitución misma su carácter de “código popular” en una sociedad democrática, es el objetivo de este documento muy exploratorio y provisional. A continuación enunciamos brevemente una agenda de temas que hay que discutir, profundizar y desarrollar en forma de proposiciones que se verificarán, desarrollarán, modificarán o dejarán de lado en el transcurso de un proceso de investigación que está en sus inicios.

1. LAS NUEVAS CONSTITUCIONES SON PRODUCTO DE PROCESOS DE DEMOCRATIZACIÓN RADICAL, EXPRESIVAS DE UNA VOLUNTAD DESCOLONIZADORA Y EXIGEN REPENSAR LA RELACIÓN ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA

Las nuevas constituciones no explican los procesos sociopolíticos en Venezuela, Bolivia y Ecuador, sino que son el producto de dichos procesos. Por lo tanto, es necesario empezar por una necesaria contextualización general que resalte algunos aspectos comunes a los tres procesos y que los diferencia en el escenario político regional. Sin olvidar, por supuesto, que este abordaje general no nos hace perder de vista la especificidad de cada caso.

Las nuevas constituciones que estamos analizando expresan la voluntad de realizar un *giro decolonial*, entendiendo por tal un diagnóstico crítico que reconoce la pervivencia de una modernidad del Estado que no puede entenderse sin su otro rostro oscuro: la colonialidad del poder.

Colonialidad del poder que es interpelada desde movilizaciones sociales, políticas y nuevos gobiernos que comparten los trazos gruesos de una matriz de pensamiento social crítico y plural, surgido desde las fronteras o márgenes de múltiples pertenencias culturales que han sido históricamente silenciadas o marginadas por el Estado eurocéntrico, neocolonial, monocultural y monoorganizativo. En ese sentido, el núcleo ético constitucional que estamos analizando puede ser comprendido desde la *opción decolonial*, entendida como la perspectiva crítica que pretende llamar la atención sobre las continuidades históricas entre tiempos coloniales y poscoloniales; mostrar que las relaciones coloniales de poder van más allá del dominio económico-político y jurídico-administrativo y se afincan también en una dimensión epistémica, cultural, a partir de la cual se asigna superioridad cognoscitiva a las enunciaciones de regiones “centrales” del sistema/

mundo. Y que, en consecuencia, los conocimientos subalternos quedan excluidos, silenciados u omitidos. Entonces la idea de decolonialidad se dirige a hacer manifiestas las complejas relaciones raciales, étnicas, epistémicas, de género que la primera descolonización dejó intactas bajo la sombra de la modernidad/colonialidad (Pescader, 2010, p. 10).

Colonialidad del poder que se identifica en la historia de desigualdades sociales y formas de opresión socioeconómica y cultural propias de una sociedad poscolonial, es decir, formalmente, desde lo jurídico, “moderna”, pero fácticamente opresora. También se distinguen estas tentativas de giro descolonial por intentar cimentar procesos de refundación del Estado y cambio social sobre la “*constitución primigenia*” (Sampay, 1978) de dichas sociedades, que se caracteriza por la coexistencia de cosmovisiones culturales y formas de satisfacer las necesidades sociales diversas y plurales, pero subsumidas y negadas desde el silencio o la igualdad jurídica abstracta por un Estado monista¹. De forma tal que las clases y grupos sociales antagónicos a la dominación poscolonial y sus elites beneficiarias, se identifican no solo por su pertenencia a clases sociales explotadas, oprimidas o excluidas, sino también sobre la base de su pertenencia étnica y cultural, ya que este proceso de identificación ha sido un componente fundamental de las resistencias de las clases subalternas contra la colonialidad del poder y el colonialismo interno. De ahí que bajo la fachada del Estado moderno liberal en Bolivia y Ecuador se viviera la colonialidad del poder articulando las desigualdades de clase y de raza, generando

¹ Por “constitución primigenia”, entendía Arturo Sampay la “impuesta por las condiciones geográficas del país, por la ubicación del territorio estatal en el planeta [...] por la idiosincrasia de la población modelada por dichas condiciones geográficas y en especial por la cultura tradicional”. Cabe, sin embargo, destacar que no se trata de un concepto estático o conservador. Por tal cultura tradicional entiende “[...] un repertorio de creencias, sentimientos, normas de conducta y visión popular de las cosas consagrado por un pueblo a través de su desenvolvimiento histórico que configura, en ese pueblo, a lo largo de sus vicisitudes, luchas y triunfos por ser una sociedad libre y fuerte, cierta homogeneidad espiritual y valores históricos –y expresiones artísticas y símbolos de estos valores históricos– que actúan como elementos integradores de la comunidad” (Sampay, 1978, pp. 44-45). Es entonces del *ethos* de la constitución primigenia de los pueblos, comunidades y naciones originarias de donde se reenuncian y constitucionalizan muchos de los valores y principios de las nuevas constituciones de Bolivia y Ecuador. El concepto es más pertinente aún si consideramos que la visión del tiempo de los pueblos originarios es cíclica y que por lo tanto existen valores y prácticas de su existencia histórica precolonial, que a duras penas han podido mantener, que recuperados plantean un cambio positivo del presente hacia el futuro. Se trata de una descolonización del tiempo apartándose de la “monocultura del tiempo lineal” del mismo, impuesta por la episteme moderna/colonial. Lo innovador, incluso lo radicalmente innovador, puede estar delante, pero también atrás (ver De Sousa Santos, 2010, p. 27).

una dominación inestable que debía recurrir periódicamente, frente a las resistencias sociales, a la violencia de gobiernos militares para regimentar a las clases populares secularmente excluidas de hecho de los derechos y la ciudadanía, pese a su igualdad jurídico-formal en el diseño constitucional. Un Estado monocultural y monoorganizativo articulado de forma periférica al sistema mundial, que se construyó sobre la base de la negación del pluralismo social y cultural de las formaciones andinas boliviana y ecuatoriana y que sufrió un déficit crónico de legitimación social debido a su incongruencia con la constitución primigenia de su base social. En ese sentido, el proceso de movilización popular coronado con el cambio del signo político de los actuales gobiernos y los procesos constituyentes ha permitido cambiar la relación de fuerzas –“constitución real”– y buscar la readecuación de las nuevas constituciones jurídico-formales a la constitución primigenia de las formaciones sociales andinas boliviana y ecuatoriana, a través de un intento de refundación de sus respectivos Estados como plurinacionales e interculturales.

Con variaciones, por supuesto, en ambos casos. En Bolivia, el 60 % de la población se reconoce como perteneciente a las comunidades originarias, lo que le da una textura especial compleja y plural a la sociedad civil, sus organizaciones y movimientos. En ese marco, el Movimiento al Socialismo (MAS), a partir del liderazgo de Evo Morales, presenta una articulación fluida con los movimientos sociales de las comunidades originarias que se exhibió tanto en el apoyo electoral y la capacidad de movilización como concretamente en el proceso constituyente y los contenidos de la nueva Constitución Política del Estado.

En Ecuador, donde aproximadamente un 30 % de la población pertenece a comunidades originarias, el caldo de cultivo del proceso constituyente fue fuertemente influido por la Confederación Nacional Indígena del Ecuador (Conaie) y el Movimiento Pachakuti, pero el nuevo gobierno de la Revolución Ciudadana y el proceso constituyente que derivó en la nueva Constitución de la República del Ecuador es liderado por Rafael Correa, un cuadro universitario con antecedentes de militancia en organizaciones críticas de la sociedad civil –Jubileo Sur– apoyado en un movimiento ciudadano sin vinculación con el viejo sistema de partidos.

La participación de sectores del movimiento indígena en el deslegitimado gobierno de Lucio Gutiérrez afectó la capacidad de incidencia de aquel en el proceso constituyente. A pesar de ello, el Movimiento de la Revolución Ciudadana y los de las comunidades originarias tendieron a ocupar el mismo espacio discursivo en las

cuestiones fundamentales que hacen a la nueva orientación del Estado y a los contenidos de la nueva constitución. No obstante, la puja en cuanto a los alcances de la voluntad descolonizadora de los proyectos ha generado una serie de tensiones entre las prioridades político-sociales de los gobiernos del MAS en Bolivia y de la Revolución Ciudadana en Ecuador y los movimientos sociales de los pueblos originarios en torno a dos ejes de conflicto generalmente articulados entre sí: los derechos colectivos de los pueblos originarios con relación a la autonomía, la consulta previa y la participación en las decisiones que hacen a la explotación con fines productivos de sus territorios, y los conflictos socioambientales crecientes que ponen en escena distintas concepciones: desarrollismo extractivista por parte de los gobiernos, frente a ecologismo popular basado en cosmovisiones otras de parte de los movimientos sociales que sintéticamente se pueden resumir en el “posdesarrollo”² o en la interpretación del buen vivir –*sumak kawsay*, *suma qamaña*–, como una pluralidad de relaciones con la naturaleza que es integrada en lo comunitario material y simbólicamente, como condición de una racionalidad reproductiva de la vida humana y no humana. De hecho, como veremos, las nuevas constituciones, al incorporar los derechos de la naturaleza o *paccha mama* (Constitución de Ecuador) y el buen vivir como objetivo de las políticas públicas económicas y sociales, brindan un nuevo marco a estos conflictos que han escalado en conflictividad fragmentando o desagregando parcialmente en los últimos años el bloque social popular plurinacional que sostuvo estas transformaciones.

A pesar de estas tensiones, es evidente que ellas se dan sobre un nuevo terreno de innovación democrática desde el Sur. En este ítem hay que incluir también a la Revolución Bolivariana de Venezuela que completa la tríada de casos del “nuevo constitucionalismo” latinoamericano o sudamericano. Se trata de un proceso surgido sobre la crisis terminal económica y social de la IV República venezolana sostenida, a partir del final de la dictadura de Pérez Jiménez, en una alternancia bipartidista (Pacto del Punto Fijo) y en la utilización de la renta petrolera en creciente connivencia entre elites políticas y económicas. El colapso de este esquema que excluyó y marginó a millones de venezolanos tuvo en “el caracazo” y en la insurrección de los sectores nacionalistas del ejército venezolano sus síntomas de muerte.

² Sobre esta discusión que divide a la izquierda regional ver, entre otros, los textos de Arturo Escobar, Raúl Zibecchi, Eduardo Gudynas, Maristella Svampa, Enrique Leff y Alberto Acosta acerca de los aspectos de colonialidad y las consecuencias socioambientales del desarrollismo extractivista.

El triunfo electoral y masivo apoyo obtenido desde entonces por el movimiento bolivariano encabezado por Hugo Chávez Frías, hasta su prematura muerte por cáncer, planteó un proceso de movilización popular, redistribución social de la renta petrolera, refundación del Estado contra sus inercias burocráticas y corruptas, a través, por ejemplo, de las misiones y del estado local comunal de participación popular y proyecciones muy fuertes en la región a través de la promoción de esquemas de integración para América Latina y el Caribe basados en criterios políticos de solidaridad, cooperación y autonomía, como el ALBA (Alianza Bolivariana de las Américas). El proceso cambió de un inicial nacionalismo popular a la postulación y construcción de una nueva vertiente socialista: el socialismo del siglo XXI, manteniendo al mismo tiempo el talante “nac-pop”. Tuvo que sortear los intentos de golpe de la derecha local, los grandes grupos mediáticos y la oposición de los Estados Unidos, la Unión Europea y sus aliados en la región, que veían a Chávez como un dictador demagogo pese a su más de una docena de veces ratificada legitimación democrática electoral y a los procesos de cambio social que la dinámica del movimiento bolivariano desató en Venezuela. Como consecuencia de todo esto, las transformaciones en la instancia jurídica constitucional se concretaron en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), que a nuestro juicio inaugura este ciclo de lo que venimos denominando “el nuevo constitucionalismo latinoamericano o sudamericano”. En el proceso bolivariano tampoco las cosas son idílicas, pero las tensiones son sobre todo propias del movimiento político y limitan el motor constituyente de la revolución bolivariana: la excesiva dependencia del liderazgo de Hugo Chávez Frías, que se ratifica luego de su deceso y asunción de la presidencia por parte del continuador de la política revolucionaria Nicolás Maduro en unas elecciones que, si de un lado intentaron ser cuestionadas en su indudable legitimidad por la oposición y algunas de las naciones distanciadas políticamente de Venezuela en este periodo bajo el liderazgo de Estados Unidos, por otra parte es cierto que fueron más polarizadas y reñidas, las inercias burocráticas que se resisten a abandonar los niveles intermedios y bajos del Estado. Y por supuesto un acentuado estilo desarrollista extractivista, pese a que los conflictos socioambientales y culturales tienen menos visibilidad en este caso³.

Estos procesos han sido caracterizados y denominados de diversas maneras; por ejemplo, para Boaventura de Sousa Santos,

³ Para un buen balance de la historia reciente venezolana, ver el texto compilado por Mario Ayala y Pablo Quintero: *Diez años de revolución en Venezuela. Historia, balance y perspectivas (1999-2009)* (Ayala & Quintero, 2009).

estaríamos en el escenario latinoamericano en un punto donde la matriz de la democracia liberal es tensionada por luchas ofensivas y defensivas frente al neoliberalismo, pero que coexisten con y se oponen a un nuevo tipo de fascismo “societal”, es decir, no como régimen político, sino como formas intersticiales de violencia estructural, directa y simbólica que acompañan el despliegue de las políticas neoliberales y tienen que ver con la explotación, la dominación, el racismo, la criminalización de la protesta social y la construcción del discurso de la inseguridad, la precariedad e inestabilidad de la sociedad de mercado, entre otros fenómenos que se descargan conflictivamente sobre los sectores populares y deslegitiman la política. En ese marco, sostiene el sociólogo portugués, los Estados “nacional-populares” que más han avanzado en la radicalidad de sus proyectos: Bolivia, Ecuador y Venezuela, lo hacen al calor de una estructura de oportunidades política abierta en la región que permitió la lucha contrahegemónica y los avances de los sectores populares⁴. Otros, como Roberto Follari y Carlos M. Vilas, ubican estos procesos dentro de un escenario de gobiernos posneoliberales en la región, a los que agrupan por medio de la categoría de “neopopulismos de izquierda” (Follari, 2010, p. 105), o “populismos radicales” que vehiculizan “democracias transformadoras” (Vilas, 2011, p. 182). Ambos ubicándose, aunque con matices, en la tendencia de disputa y resignificación positiva de las categorías “populismo” y “pueblo” frente a los usos de connotación peyorativa de la politología, el análisis marxista más reduccionista y el constitucionalismo demoliberal, tendencia iniciada por Ernesto Laclau hace muchos años y que se hiciera conocida a través de su texto *La razón populista* (Laclau, 2005).

Estos escenarios nacionales posneoliberales se caracterizan entonces por algunas notas comunes a pesar de la diversidad cultural y social que matiza fuertemente cada trayectoria de sus historias recientes:

- a) Procesos que expresan un bloque social con fuerte componente plebeyo, donde la presencia de los sectores populares históricamente subalternizados y contestatarios frente a la reciente hegemonía neoliberal es central.

⁴ “Esta posibilidad de contrahegemonía ocurre en ciertos contextos de intensificación de las luchas populares cuando no figuran en la agenda política otros medios de lucha (revolución), cuando las clases dominantes están relativamente fragmentadas y cuando el imperialismo aparece momentáneamente debilitado o centrado en otros espacios geopolíticos” (De Sousa Santos, 2010, p. 47).

- b) La recuperación del rol del Estado como regulador de los mercados y prestador de servicios sociales básicos con criterios de justicia social.
- c) La política exterior vuelta hacia la región buscando fortalecer mecanismos de integración ya existentes (Mercosur) o crear nuevos (Unasur, ALBA, incluso Celac).
- d) La presencia de liderazgos presidenciales muy fuertes y que surgen de fuera de las estructuras partidarias tradicionales o tensionándolas y renovándolas.
- e) En todos los casos, en mayor o menor medida, hay un proceso de movilización popular que pone en entredicho los límites de la democracia representativa liberal y que genera tensiones con poderes fácticos vinculados al capital financiero, a las empresas transnacionales energéticas, a las empresas transnacionales agrobiotecnológicas, a los grandes conglomerados de la comunicación.

En esta caracterización sería posible incluir también, más allá de la tríada del nuevo constitucionalismo, a los gobiernos del Frente Amplio en Uruguay, del kirchnerismo en Argentina, del Partido dos Trabalhadores (PT) en Brasil, el Sandinismo en Nicaragua y las experiencias abortadas por golpes de Estado (en su nuevo formato “institucional” posible en la era de la posguerra fría), de Zelaya en Honduras y Fernando Lugo en Paraguay. No obstante, si bien este es el escenario donde la nueva agenda del constitucionalismo transformador más reciente en América Latina tiene mayor influencia, el alcance es demasiado amplio y se corre el riesgo de perder especificidad en el concepto, en su capacidad analítica. El núcleo que genera esa agenda está dado por las tres experiencias más radicales de las que surgen los procesos constituyentes de Venezuela, Ecuador y Bolivia y que dan sentido a la calificación de “nuevo constitucionalismo” latinoamericano o sudamericano. En el primer caso por la adopción de un modelo nuevo, en construcción, de socialismo: el socialismo del siglo XXI, y por la masiva e innovadora relación entre Estado y sociedad, caracterizada por la participación popular extensa e intensa, la importancia insoslayable de ese giro en el cambio de las relaciones hemisféricas y el fortalecimiento de la idea de unidad latinoamericana. En los otros dos casos porque efectivamente la voluntad descolonial ha quedado plasmada en las constituciones que son marco de políticas, instituciones y derechos: cambios en la forma de Estado (Estado plurinacional), de gobierno (demodiversidad), derechos del buen vivir y de la naturaleza, que muestran una relación entre derechos colectivos y desarrollo problemática, en construcción.

Entonces, en las prácticas políticas y jurídicas (no solo ni principalmente del Estado, sino también de las organizaciones populares y los movimientos sociales), se juega el alcance decolonial de estos proyectos. Especialmente, como dijimos, en dos áreas sensibles: derechos colectivos originario-campesinos y conflictos ecológico-políticos o “socioambientales”. En estos escenarios complejos y desde la participación se está redefiniendo en la práctica la relación entre democracia y constitucionalismo, y uno de los objetivos de este esfuerzo investigador es comprender y plantear las categorías teórico-críticas adecuadas a esos cambios en curso.

2. LAS NUEVAS CONSTITUCIONES DE VENEZUELA, ECUADOR Y BOLIVIA SIGNIFICARON UN PUNTO DE INFLEXIÓN EN LA HISTORIA DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO Y SE INSCRIBEN EN UNA TRADICIÓN MINORITARIA DE CONSTITUCIONALISMO POPULAR Y ORIGINAL DE NUESTRA REGIÓN

El constitucionalismo latinoamericano tiene una marca de origen dada por la construcción de las naciones en clave elitista y eurocéntrica, hegemonizada según los periodos y las naciones por las tendencias liberales o las conservadoras. Pese a las diferencias que estas dos tendencias ideológicas mantenían entre sí, ambas sostenían un consenso de fondo en un par de cuestiones clave: a) pese a las declaraciones republicanas, a la generalidad de la enunciación de los derechos y las garantías en el marco de la igualdad jurídica formal, mantenían la creencia en la inmadurez de los sectores populares (criollos pobres, mestizos, originarios y afroamericanos) para el ejercicio de la ciudadanía activa y de la soberanía popular, así como sustentaban el orden fáctico de los obstáculos de hecho económicos, sociales y culturales para el ejercicio de tales derechos y de tal ciudadanía por las mayorías populares; b) la fe en el progreso y la civilización eurocentradas, que debía vencer a la barbarie y la incultura de las poblaciones tradicionales, nativas y a la exuberante naturaleza misma, extensa e inculta como sus poblaciones “bárbaras” y “salvajes”; c) su autocomprensión como teniendo esa misión histórica civilizatoria que debía realizarse por la razón o de ser necesario por la fuerza; d) de esta forma, terminado el colonialismo formal, persistía la matriz de colonialidad del poder, del saber y del ser que estaba en la base de esta construcción estatal. Así, mientras para las elites organizadoras de los Estados nacionales estas constituciones plasmaban su ideología en forma, diríamos hoy, “políticamente correcta” y eran

entendidas como elemento fundamental normativo y pedagógico en la construcción del Estado nacional monocultural (junto a las gramáticas, la narrativa novelesca y ensayística), cumplieran en esta perspectiva el papel de educación cívica de unos pueblos “menores de edad”, que se consideraba debían permanecer pasivos por carecer de madurez y cultura para autogobernarse. Antes bien, para los sectores populares criollos, mestizos, originarios, afroamericanos y las mujeres, la idea de tener derechos y ciudadanía no entraba en su horizonte de vida. Ellos experimentaban la “inclusión” en el nuevo Estado poscolonial a través de la violencia como mano de obra servil, leva militar obligatoria, endeudamiento, presunción de vagancia, expulsión de las tierras tradicionales y ancestrales o el acorralamiento y marginación de sus formas de satisfacción de necesidades materiales comunitarias, artesanales, producción mercantil simple, caza y recolección, etc. Su integración a los Estados nacionales nacientes era por el lado imperativo y coactivo de la maquinaria estatal en formación, que respaldaba así la expansión de la propiedad privada y de la producción exportadora para el mercado mundial.

De esta forma el constitucionalismo regional adoptaba acriticamente las instituciones noratlánticas implantándolas como faceta institucional superficial de un Estado relativamente inconsistente y superpuesto a una pluralidad de cosmovisiones y formas de satisfacer las necesidades materiales. Esta historia, por supuesto, varía de región en región y de nación en nación (Quijano, 2000, pp. 226 y ss.); aquí solamente podemos trazar una trayectoria histórica general que seguramente hace violencia a la complejidad de la historia de Nuestra América.

No obstante, esta tendencia dominante ha tenido momentos de resistencia fuerte desde los sectores populares y puntos de inflexión y quiebre institucional en que se generaron procesos constituyentes, generalmente luego abortados por la violencia o adulterados y reencauzados por los procesos hegemónicos que mostraron unos proyectos constitucionales o constituciones, de efímera vigencia en la mayoría de los casos, expresivas de nuestra realidad, de las aspiraciones y necesidades populares⁵.

⁵ Pueden inscribirse en esta tendencia de constitucionalismo democrático y social que surge al calor de movimientos populares en nuestra región: las constituciones producidas por la revolución social y de independencia de Haití, aboliendo la esclavitud y estableciendo la igualdad, la de Apatzingán en México, el proyecto constitucional adoptado en el Congreso de Tres Cruces en la Banda Oriental (actual Uruguay) y rechazado por los hacendados e ilustrados hegemónicos de las Provincias Unidas del Río de La Plata (actual Argentina) en la Asamblea Constituyente de 1813,

Dentro de esta tendencia excepcional de constitucionalismo original y creativo de nuestra región, creo que hay que inscribir las nuevas constituciones de Venezuela, Bolivia y Ecuador. Especialmente las dos últimas plantean una nueva agenda decolonial para el constitucionalismo regional a partir de la inclusión del Estado plurinacional, la “demodiversidad”, nuevos derechos vinculados a la racionalidad reproductiva y desarrollo de la vida y la expresa mención constitucional a la voluntad descolonizadora, como contenido fundamental del proyecto político institucional en marcha en esas naciones. Mientras tanto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela abrió el proceso de los nuevos constitucionalismos regionales al incorporar una nueva constitución económica y social con sentido público, nuevos derechos sociales, numerosos mecanismos de democracia participativa y una novedosa estructura de cinco poderes, agregando el poder ciudadano y el poder electoral a la clásica trinidad del legislativo, ejecutivo y judicial.

3. LAS NUEVAS CONSTITUCIONES BUSCAN UNA RELACIÓN MÁS ORGÁNICA ENTRE PODERES Y DERECHOS QUE PERMITAN EL AVANCE DE ESTOS ÚLTIMOS Y LA DEMOCRATIZACIÓN RADICAL DE LOS PRIMEROS

El constitucionalismo latinoamericano, visto en perspectiva histórica, ha sido un constitucionalismo mucho más de poderes que de derechos. Los poderes integran un cuadro donde algunos de ellos están institucionalizados por sus funciones (legislativo, ejecutivo y judicial) y otros son fácticos innominados, pero altamente eficaces, incluso yendo más allá de la distinción entre funciones constituyentes y constituidas. Hemos destinado al desarrollo de esta argumentación un texto específico, por lo que no abundaremos aquí (Medici, 2012(a)). Solo señalaremos que, siguiendo en esto la afortunada precisión de Bartolomé Clavero (2007, p. 42), es importante registrar cómo en América estos poderes fácticos innominados (doméstico *-fatherly power-*, propietario

así como el reglamento de tierras de la Banda Oriental inspirado por Artigas, que realizaba una reforma agraria con un criterio social progresivo en la distribución; la constitución económica del Paraguay hasta la sangrienta guerra de la Triple Alianza que destruyó su industria, amputó su territorio y ejecutó un genocidio contra su población; la Constitución Mexicana de 1857, de ideología liberal, que estableció el juicio de amparo para la exigibilidad judicial de los derechos; la constitución social de Querétaro de 1917 que inaugura en el mundo y en nuestra región la etapa social del constitucionalismo; la constitución social argentina de 1949, entre otros ejemplos, que pueden inscribirse en esta tendencia de constitucionalismo democrático y social que surge al calor de los movimientos populares en nuestra región.

–*property grounded power*–, que habían sido señalados por Locke en su “Primer ensayo sobre el gobierno civil”) son la base de los poderes que aparecen en el “Segundo ensayo sobre el gobierno civil”, entre ellos el llamado “federativo” o “ejecutivo de las cosas del derecho de gentes” (según las denominaciones que le dan Locke y más tarde Montesquieu, respectivamente), se dilatan y transforman en poderes exorbitantes y fundantes de los poderes nominados. El poder doméstico implica que el padre de familia europeo blanco en América domina no solo a su mujer e hijos, sino al trabajo esclavo o servil, el poder propietario se solapa con aquel y fundamenta la apropiación del trabajo y la naturaleza, sus frutos y productos en términos de propiedad privada, negando o subalternizando otras formas, como la propiedad comunitaria, que son consideradas no civilizadas o bárbaras. El poder “federativo” o “ejecutivo de las cosas del derecho de gentes” que marcaba las relaciones de comercio y diplomacia en el naciente sistema interestatal europeo, trasladado a América, se dilataba en un poder de conquista y apropiación de los colonizadores que era presentado como beneficio de los nativos, considerados inferiores, incapaces de autogobierno y que en caso de resistencia daba título a una guerra justa. Entonces estos poderes eran fundantes e instituyentes de la matriz de colonialidad del poder, del saber y del ser.

No obstante, Clavero arranca su análisis en la transición hacia la segunda Modernidad con la colonización europea de América del Norte que aparece claramente referida en la narrativa del segundo ensayo de John Locke, quien, al mismo tiempo que ponía las bases del liberalismo moderno (y ejercería influencia en el pensamiento constitucionalista americano del Norte y este sería, a su vez, adoptado como modelo en el constitucionalismo americano del Sur), era propietario de esclavos y fundamentaba el colonialismo inglés en América, ya que esos territorios y sus habitantes estaban en estado de naturaleza pre-civil y no tenían sentido de propiedad ni de utilidad, por lo que se ponían en estado de guerra con la “sociedad civil” y en tanto que bárbaros o atrasados eran susceptibles de esclavización y apropiación por guerra justa: *En el comienzo, todo el mundo era América.*

Ya en la primera Modernidad, la conquista y colonización de este continente fue fundamentada en la célebre “querrela de Valladolid” por boca de Ginés de Sepúlveda, con argumentos similares para justificar los títulos de la corona de Castilla: aquí el poder doméstico y propietario es justificado a partir de una serie de dualismos que vienen del pensamiento aristotélico (Rosillo, 2011, p. 150), pero que trasladados a la situación colonial se ponen como criterios masivos de clasificación social y se superponen con el color de la piel, lo que

da origen por primera vez a la idea moderna de raza como criterio de clasificación social en un sistema moderno/colonial que, con la formación del circuito comercial del Atlántico y la conquista del “nuevo mundo”, es por primera vez verdaderamente mundial.

El Estado moderno poscolonial en América Latina adoptó en sus constituciones los modelos norteamericano y europeo sobreponiéndolos a una situación de colonialidad donde las elites criollas blancas fenotípicamente o ideológicamente adoptaron el papel de los colonizadores europeos frente a las “castas”: nativas, afroamericanas, mestizas, continuando la matriz de colonialidad del poder, del saber y del ser más allá del final del colonialismo formal. De modo tal que las ideas de derechos, propiedad, contratos, igualdad ante la ley y gobierno representativo solo tenían vigencia entre las elites criollas organizadoras del Estado nacional moderno/colonial.

Desde entonces la matriz de colonialidad del poder, del saber y del ser en Nuestra América ha tenido distintos nombres que la justificaron: civilización y progreso, desarrollo, globalización, y seguimos siendo, pese a las riquezas y diversidad materiales, culturales y humanas, la región más desigual del planeta ya que hay una inercia y un aferrarse a nueva formas del acumulado histórico de desigualdad que dicha matriz social expresa.

Hemos argumentado la necesidad de analizar estos poderes sociales que están en su base tanto históricamente como en sus manifestaciones contemporáneas, por ejemplo la trama de intereses y organizaciones vinculadas a la acumulación de capital financiero, las empresas transnacionales agrobiotecnológicas o los grandes grupos privados monopólicos y oligopólicos multimédios que operan en las industrias de la información, la comunicación y el entretenimiento. De esta forma queremos desmarcarnos de los análisis usuales de ingeniería constitucional comparada que analizan el funcionamiento de las instituciones del constitucionalismo en forma acontextual y ahistórica como si las mismas debieran funcionar igual en Estados Unidos o Europa que en nuestras naciones. Como si los poderes fácticos y las desigualdades no incidieran en los poderes y derechos constitucionales. Este tipo de análisis se centra, por ejemplo, en las (des)ventajas del presidencialismo o del parlamentarismo sin contextualizar en el funcionamiento y la relación entre los poderes en el cuadro total de poderes que debe incluir la incidencia de los fácticos innominados. Solo así es posible, yendo más allá de la politología y de la ingeniería constitucional comparada, realizar un juicio de legitimidad y de justicia sobre el constitucionalismo realmente existente y el que debería existir partiendo de los contrastes entre constitución real y constitución jurídico- formal.

Por su parte, en el constitucionalismo más progresista, por ejemplo estoy pensando en las obras de Roberto Gargarella y de los constitucionalistas vinculados a la agrupación “Iguaitaria” en Argentina, existe el registro o la lectura sintomática de un desequilibrio histórico entre poderes y derechos que se prolonga hasta la actualidad (Gargarella, 2008, p. 489). Se argumenta que el injerto de extensas declaraciones de derechos o el reconocimiento con nivel constitucional de instrumentos internacionales de derechos humanos en un cuerpo constitucional débilmente democrático, con una estructura de poderes contramayoritaria, produce poca o relativa eficacia en la garantía de dichos derechos. No obstante, el análisis se detiene en los poderes nominados, por ejemplo el hiperpresidencialismo o el carácter contramayoritario del poder judicial.

Por nuestra parte, aceptando esta premisa del desbalance entre derechos y poderes pensamos que la extensión de los derechos es relativamente ineficaz o relativamente eficaz según se mire, por la facticidad de un constitucionalismo de poderes en el plano de lo que se ha denominado usualmente la constitución real: la que hace a los factores de poder realmente existentes y operantes. Podríamos decir que este matiz, con el constitucionalismo crítico de Gargarella y su grupo, se debe a que este ubica su discusión en el eje ideológico: distinguiendo entre constitucionalismo conservador, liberal y radical, sin analizar el problema de la relación entre constitucionalismo y matriz de colonialidad, como si esos registros ideológicos jugaran el mismo papel en Europa, América del Norte o en nuestra realidad. He aquí, creemos, una línea de indagación de gran capacidad explicativa para comprender críticamente la asimetría de los poderes y la relativa inconsistencia o inorganicidad de la implantación del constitucionalismo en la región. Arturo Sampay captó este problema a través de la idea de “constitución primigenia” (Sampay, 1978) que, confrontada con “constitución real” y “constitución jurídico-formal”, lejos de ser un concepto estático o conservador, analiza el grado de originalidad, adecuación y enraizamiento del constitucionalismo y es una petición de principio a favor del derecho constituyente popular y en contra del motor constituyente exorbitante moderno/colonial que se corporizó, como muestra Bartolomé Clavero (Clavero, 2007, pp. 39 y ss.), en aquellos poderes fácticos innominados en las constituciones que nombraban un orden genérico de derechos, garantías, libertades, poderes del Estado que se equilibraban y contrapesaban entre sí, pero que jugaban solamente en el mundo de las elites organizadoras del Estado nacional poscolonial como oportunidad o privilegio de usar, abusar o desusar en caso de necesidad, pero no en la experiencia vital de los plurales sectores y cosmovisiones populares. Para comprender

esta situación se puede utilizar lo que se ha denominado la “regla de la diferencia colonial” (Chatterjee, 2008), por la que los principios universales a priori del Estado constitucional liberal solo juegan en los sectores de la sociedad civil y política iluminados y activos, pero no para las poblaciones nativas, tradicionales, afrodescendientes, ni para las mujeres. Estas categorías que esperamos utilizar como herramientas de análisis histórico y teórico para una teoría constitucional crítica y situada expresan una forma de entender en nuestro contexto regional y nacional el carácter y la factura de lo que Ferrajoli ha denominado poderes sociales salvajes o neoabsolutistas (Ferrajoli, 1997, pp. 931-934). Es decir, constituyen una petición de principios para una filosofía pública constitucional situada.

Vistas ahora las cosas desde la perspectiva de la ciudadanía, este diagnóstico que estamos empezando a construir supone procesos de sobre y subciudadanía donde el constitucionalismo es de poderes y los derechos terminan siendo entonces privilegios de quienes pueden usarlos (Coelho, 2006). Por otro lado, como ha dicho Joaquín Herrera Flores, pensando en Baruch Spinoza, no vale disociar estas dimensiones de los poderes y de los derechos ya que tenemos singular y conjuntamente tantos derechos como poderes en relación directa, y no inversa (Herrera Flores, 2005). Entonces, un constitucionalismo de poderes formales desgajados de sus sujetos y de poderes exorbitantes innominados constitucionalmente, pero fácticamente existentes, que invierten la relación regla-excepción, significan al mismo tiempo el desapoderamiento del pueblo y el empoderamiento de los grupos privilegiados, elites y demás factores de poder. Es decir, el ejercicio en el complejo institucional de un poder fetichizado (Dussel, 2006, p. 43) significa al mismo tiempo la distancia de las prácticas y la interpretación constitucionales de su sujeto: el pueblo. Con el consiguiente secuestro de la constitución que aparece fetichizada y monopolizada en su interpretación por los juristas de mercado o de Estado, por lo cual deja de ser lo que debe ser: un código popular, un proceso abierto democrático participativo.

En ese marco se comprende la noción de constitucionalización simbólica (Neves, 1994) y la superexplotación de la función simbólica legitimadora del derecho por una política fundada en la persistencia de relaciones de colonialidad en el Estado moderno/colonial latinoamericano que señala, más allá de los estándares de igualdad constitucional, la existencia fáctica de grupos sobreciudadanos y de grupos subciudadanos. Esta relación entre sobre y subciudadanía es el resultado de la copresencia desigual, asimétrica de distintos grupos microsociales y del pluralismo cultural propio de la heterogeneidad

estructural de las formaciones sociales de nuestra región, que sin embargo ha sido omitida, invisibilizada o negada por el estado monocultural y su práctica constitucional tradicional desde una epistemología política y jurídica racista, clasista, patriarcal y eurocentrada. Para los primeros (sobreciudadanos) la constitución es una posibilidad culturalmente disponible de utilizar, sobreutilizar o abusar, según sus intereses, generando derechos, y no obligaciones. De esta forma, para los grupos sobreciudadanos los derechos devienen privilegios y los deberes se cambian por la impunidad asegurada. Para los grupos subciudadanos, que tienden a encontrarse especialmente en las clases y parcelas de la población que sufren el lado opresivo de la matriz de colonialidad del poder, la experiencia de tener y ejercer derechos es más o menos excepcional. Su cotidianidad los relaciona con el derecho y el Estado por el lado imperativo, controlador y represivo de la juridicidad y la agencia estatal: como deudores, sospechosos, delincuentes, clientes o en el mejor de los casos jurídicamente indiferentes, vulnerables a los abusos de poder y a la violencia institucional y social.

En contraste con este diagnóstico histórico, veamos las innovaciones del nuevo constitucionalismo: al surgir de procesos políticos constituyentes que se basan en una redistribución del poder social a favor de los grupos históricamente subalternizados en Venezuela, Bolivia y Ecuador, parecen plantear una estructura democratizada de poderes institucionales que se corresponde con unas declaraciones de derechos más extensas e innovadoras. Es decir, plantean una nueva ecuación en la relación entre derechos y poderes. De ahí que el análisis del presidencialismo y sus (des)ventajas respecto al parlamentarismo o las formas mixtas, tan al uso entre politólogos y constitucionalistas en nuestro país y región, no puede hacerse en abstracto, sin tener en cuenta el cuadro total de poderes, ni tampoco con un comparatismo que parte implícitamente de tomar como patrón de medida el funcionamiento histórico de las instituciones presidenciales o parlamentarias euronorteamericanas. Existe evidentemente un sesgo eurocéntrico en este tipo de análisis comparativo tanto desde el análisis de sistemas políticos como desde el derecho constitucional comparado.

Así, por ejemplo, al restringir el foco a las relaciones entre ejecutivo y legislativo se acentúan las semejanzas entre regímenes políticos totalmente disímiles en cuanto a sus tipos de Estados, relaciones con la sociedad, inserción internacional, orientaciones y finalidades políticas. En esta mirada, por ejemplo, el “hiperpresidencialismo” ecuatoriano es una constante en Abdalá Bucaram, Jamil Mauad, Lucio Gutiérrez o Rafael Correa, o incluso se ha agravado desde las miradas que restringen el funcionamiento de la democracia a su formato liberal y que

visualizan el constitucionalismo como un modelo institucional estático que debe garantizar la sociedad abierta y las libertades individuales y económicas de mercado. Al menos los hiperpresidencialismos que respetan las reglas de la globalización y liberalización de los mercados de bienes y servicios son más previsibles y seguros jurídicamente para esta perspectiva. Las innovaciones democráticas, los nuevos derechos y las redistribuciones de poder social a favor de los grupos subalternizados, que implican enfrentar o deshacer la inercia y resistencia de poderes fácticos no nominados constitucionalmente tanto nacionales como internacionales y transnacionales, quedan fuera del esquema. De esta forma se reduce el análisis constitucional a un formalismo normativista descontextualizado que fetichiza el complejo institucional retratado en las constituciones, expulsando el conflicto social y la dialéctica entre el constitucionalismo democrático y social y los poderes sociales neoabsolutistas dimanantes de la inercia del acumulado histórico de desigualdades sociales producto de la matriz de colonialidad del poder, como de las manifestaciones novedosas de la colonialidad global que condiciona a los Estados y procesos políticos de nuestra región.

4. LAS NUEVAS CONSTITUCIONES INSTITUCIONALIZAN PROCESOS DEMOCRÁTICOS PARTICIPATIVOS QUE HACEN A CONSENSOS EXIGENTES MÁS ALLÁ DEL CONSENSO DÉBIL DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Por *consenso exigente* entendemos la profundización de procesos de democratización en que la legitimación deviene de la participación como condicionante necesario de la adopción de políticas y la toma de decisiones, generando un proceso donde dicho consenso tiende a no darse por sentado, sino que debe verificarse en el sentido de su ratificación, rectificación, denegación, etc., en forma de proceso continuo, que involucra en más temas de mayor relevancia pública (intensidad) a más ciudadanía (extensión). Al mismo tiempo, estas dimensiones permiten el control sobre los gobernantes y su responsabilidad efectiva.

En la tabla 1, construida por nosotros con base en el carácter débil o exigente de sus procesos de legitimación, tratamos de exponer a la manera de modelos o tipos construidos un comparativo de la democracia representativa y de la democracia participativa que nos sirve para comprender la tensión o sesgo de los modelos de democracia plasmados en las constituciones que integran este nuevo constitucionalismo sudamericano hacia el consenso exigente y la innovación institucional.

Tabla 1:
**Dimensiones del consenso en la democracia representativa
 y en la democracia deliberativa**

Dimensiones	Democracia representativa Consenso débil	Democracia participativa Consenso exigente
Decisión y adopción de políticas públicas	Monopolio de los representantes políticos.	Requieren de la participación institucionalizada antes, durante, después.
Voto	Como elección de representantes políticos.	Como decisión.
Tiempo	Asimétrico entre elites político-económicas y ciudadanía. Discontinuidad. Calendario electoral.	Continuidad del proceso político participativo entre elecciones. Incentivos a la participación ciudadana.
Información	Asimétrica entre representantes y representados.	Promueve la difusión y acceso a la información como bienes públicos.
Presunciones acerca del consenso y la legitimidad	Se presumen entre elecciones. Se rectifican o ratifican solamente por medio del voto elección.	No se presumen. Requieren verificación por participación y deliberación institucionalizada.
Control y responsabilización	Difíciles y eventuales por mandato libre: "voto castigo".	Continuos por cuanto la participación institucionalizada los facilita y promueve.

Fuente: elaboración propia.

Al mismo tiempo, cabe decir que, individualmente tomadas, las políticas o formas de participación en su diversidad son capaces de promover algunas de las dimensiones del consenso exigente tal como lo estamos definiendo, pero raramente una sola forma o política puede promover todas ellas⁶.

Si tomamos ahora el nuevo escenario que dibujan los mecanismos de democracia participativa de las constituciones de Venezuela, Bolivia y Ecuador, aparece claramente la institucionalización de lo que podemos denominar un consenso exigente que enumeramos de forma comparativa siguiendo una correlación en función del grado de intensidad de los mecanismos de participación (Pérez Flores, Mendonça Cunha & Coelho, 2010):

⁶ Por ejemplo, los mecanismos de democracia semidirecta, como la consulta popular vinculante, se basan en una participación extensa que involucra, a través del sufragio como decisión, a gran cantidad de personas, acercándose generalmente a un porcentaje relevante de la totalidad de

- a) Mecanismos de representación ampliada. En Bolivia las Cortes Superiores del poder judicial (entre ellas el Tribunal Constitucional Plurinacional) son elegidas por sufragio directo (artículos 182, 183, 188, 194, 197).

Se contempla la demodiversidad, es decir, la coexistencia de las formas de democracia directa, representativa y comunitaria, una de cuyas manifestaciones es la posibilidad de la elección de representantes y parlamentarios de los territorios autónomos indígenas por medio de sus usos y costumbres (artículo 11). Asimismo se establece un piso o cupo mínimo de diputados originarios en la Asamblea Plurinacional (artículo 146).

En Ecuador, la Constitución establece la representación paritaria de hombres y mujeres en cargos públicos, partidos políticos y movimientos políticos (artículo 65).

En Venezuela se integran en la Asamblea Nacional al menos tres diputados indígenas, respetando sus tradiciones y costumbres, y también en los organismos de deliberación federales y locales (artículo 186).

- b) Revocación de mandatos. En esta materia las tres constituciones adoptan la posibilidad revocatoria de todos los mandatos elegidos. Así lo establecen los artículos 240, 105 y 72 de las constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela, respectivamente. La principal diferencia, además de los porcentajes de electores inscritos que promuevan la revocatoria, que son de 15, 10 y 20 % respectivamente, radica en que en Venezuela todos los cargos pueden ser revocados, incluyendo los judiciales, en Bolivia estos están exceptuados de la revocatoria popular, y en Ecuador al ser designados no de forma electiva, sino por concurso público, también.

las que integran el padrón electoral en un distrito, en la toma de decisiones políticas relevantes. En cambio, políticas de participación como los presupuestos participativos, o las comunas venezolanas, donde las ciudades son divididas en áreas geográficas en las que los vecinos en asambleas deciden sobre una parte del presupuesto, tienden a formas de participación intensa por la calidad de los temas, cualitativamente vinculadas a las políticas locales. Suponen también el calendario de reuniones periódicas durante el ciclo anual que exige discutir un presupuesto que se ejecutará en el ejercicio siguiente y la posibilidad de deliberación, pero al mismo tiempo la participación es facultativa y exigente en cuanto al tiempo y atención que debe dedicársele; de ahí que no llega a la totalidad y frecuentemente ni siquiera a un porcentaje relevante de la población concernida, al menos en el estudio comparativo de los presupuestos participativos a nivel local. La experiencia venezolana de las comunas, en cambio, parece refundar un nuevo tipo de Estado a nivel local y lograr nuevos niveles de participación cualitativa e importancia cuantitativa (pp. 76-84).

- c) Ratificación/revocatoria popular constitucional y legislativa. Las tres constituciones institucionalizan la obligatoriedad de la ratificación por referendo de cualquier reforma o enmienda constitucional. Artículos 411, 441 y 443, 341 y 344, respectivamente para Bolivia, Ecuador y Venezuela. Además, en estos dos últimos casos, los ciudadanos pueden convocar a referendo revocatorio de leyes y de decretos presidenciales, respectivamente en los artículos 103 y 104, 73 y 74.
- d) Participación popular en la política exterior. En la Constitución de Bolivia los ciudadanos pueden convocar a referendo ratificatorio para aprobar tratados y convenios internacionales, con un 5 % de los electores (artículo 259). Además, para tratados sobre cuestiones limítrofes, integración monetaria, integración económica estructural y cesión de competencia a órganos supranacionales el referendo es obligatorio (artículo 257).

Las constituciones de Ecuador y Venezuela contemplan también la posibilidad de convocatoria ciudadana a referendo ratificatorio para aprobar tratados y convenios internacionales, en sus artículos 420 y 73, respectivamente. En el caso de Ecuador la iniciativa ciudadana para poner en marcha el referendo ratificatorio debe concitar al menos un 0,25 % de los electores. En Venezuela, en cambio, solo se admite la participación ciudadana en aquellos tratados internacionales que pudieran comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales.

- e) Mecanismos populares de control y rendición de cuentas. Las tres constituciones prevén la creación de un poder o función autónoma específica del Estado para garantizar mecanismos de rendición de cuentas con participación ciudadana; en la constitución de Venezuela es denominado “poder ciudadano”.

En Bolivia esta función se denomina “de control, defensa de la sociedad y del Estado” y es ejercida a través del Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República, artículos 213 a 231. La sociedad civil participa en la fiscalización y denuncia de posibles casos de revocación y controla la gestión pública en todos los niveles estatales y de cualquier empresa que use recursos públicos, artículos 241 y 242.

En Ecuador se ejerce por medio del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General del Estado, artículos 202 y 205. En este caso, los ciudadanos y organizaciones sociales seleccionan a los miembros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social para fiscalizar todos los niveles gubernamentales y nombrar a los titulares de la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General del Estado, artículos 207, 209, 210.

En Venezuela el poder ciudadano es ejercido por el Ministerio Público, Defensoría del Pueblo y Contraloría General de la República, artículos 273 a 291. La sociedad organizada propone candidatos para dirigir el poder ciudadano, es decir, a quienes presidirán el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República por medio del Comité de Evaluación de Candidaturas compuesto por representantes de la sociedad civil; la Asamblea Nacional realiza el nombramiento a propuesta de dicho Comité, pero en caso de no poder reunir la mayoría parlamentaria de dos tercios para elegir a las autoridades del órgano en cuestión, la decisión se debe someter a una consulta popular, artículo 279.

- f) Iniciativa popular legislativa y constitucional. Las constituciones de los tres países contemplan la iniciativa ciudadana en materia de leyes, reformas constitucionales, plebiscitos sobre cualquier cuestión política relevante o convocatoria a un referendo para la formación de una asamblea constituyente. El número de adhesiones de electores a las iniciativas varía; en Ecuador es donde se exige el menor número relativo de firmas según la siguiente escala: 0,25 % para iniciativa legislativa, 5 % para un plebiscito nacional, 10 % para un plebiscito local, 1 % para reformas constitucionales que no afecten la estructura fundamental del Estado, y 8 % para las reformas a dicha estructura fundamental. Finalmente, el 12 % para convocar a un plebiscito acerca de la conformación, o no, de una asamblea constituyente.

En Venezuela la iniciativa ciudadana legislativa requiere el 0,1 % de los electores inscriptos, un plebiscito al menos el 10 %, y una iniciativa de reforma constitucional o de afirmación o negación popular de la convocatoria a una asamblea constituyente, el 15 %.

Las constituciones contemplan garantías a los ciudadanos para que sus iniciativas sean discutidas sin demoras excesivas, estableciendo plazos y, en caso de su perención, la entrada en vigor automática para el caso de iniciativas legislativas en Ecuador o la convocatoria automática a referendo en el caso venezolano.

- g) Mecanismos de cogestión. Las tres constituciones prevén mecanismos de cogestión y participación de la sociedad civil en las diversas instancias de gobierno; no obstante, los mecanismos varían en cada caso.

En Bolivia la sociedad civil participa en el diseño de políticas públicas y de gestión, artículos 241 y 242.

En Ecuador la participación ciudadana en todos los niveles de gobierno es establecida por los artículos 85 y 95, así como en los gobiernos subnacionales, artículo 101. Los ciudadanos participan en el Consejo Nacional de Planeación, organismo encargado de elaborar el Plan Nacional de Desarrollo, artículos 279 y 280.

En Venezuela las organizaciones sociales participan en la ejecución, control y planeación de obras, programas sociales y suministro de servicios públicos, artículos 70 y 184. Los trabajadores participan en la gestión de las empresas públicas, artículo 184. La ley de consejos comunales de 2006 reglamenta los mecanismos de participación comunitaria.

- h) Autonomías indígenas. Los movimientos de las comunidades originarias han tenido una participación preponderante en los procesos constituyentes de Bolivia y Ecuador, con lo cual han conseguido incorporar nuevos derechos de autonomía en los respectivos textos constitucionales.

En Bolivia se estableció el carácter plurinacional del Estado en reconocimiento a las nacionales originarias pre y coexistentes al mismo. Los pueblos tienen el reconocimiento de sus territorios como entes de gobierno subnacional en un pie de igualdad jerárquica con municipios y provincias, donde se reconoce además el pluralismo jurídico a través de la aplicación de derecho y procedimientos judiciales comunitarios autónomos propios, artículos 289 a 296. La autoorganización política y jurídica se completa con el derecho de consulta previa mediante referendo sobre

cualquier ley o proyecto productivo o de infraestructura que afecte sus territorios o patrimonio natural allí localizado, artículo 130.

En Ecuador, aunque sus territorios no se equiparen a entes gubernamentales autónomos, las comunidades originarias pueden organizarse territorialmente y es reconocida la posesión comunitaria de sus tierras y la aplicación allí de sus sistemas de justicia comunitaria; asimismo deben ser consultados en las propuestas de utilización o afectación de su patrimonio natural, artículos 60, 171, 57.

En Venezuela se reconoce la existencia de su organización social, política y económica, artículo 119. Las autoridades indígenas pueden aplicar instancias judiciales comunitarias propias de su cultura.

De esta forma, en los procesos de este nuevo constitucionalismo, al mismo tiempo que persisten los procesos de movilización y expresión de intereses tanto a favor como frecuentemente en contra de los gobiernos de Morales, Correa y Chávez, se han constitucionalizado formas de democracia participativa, comunitaria, directa y de control ciudadano que sesgan estos casos hacia el consenso exigente y la innovación institucional, más allá de las limitaciones de la democracia representativa liberal.

5. LAS NUEVAS CONSTITUCIONES INCORPORAN NUEVOS DERECHOS FUNDAMENTALES QUE DEBEN SER ENTENDIDOS DESDE UN “IUSMATERIALISMO” O HUMANISMO CONCRETO

Las declaraciones de derechos de las nuevas constituciones innovan al incorporar nuevos derechos, muchos de los que venían siendo conceptualizados como demandas en los procesos de lucha sociopolíticos de movimientos sociales y organizaciones populares. Estas experiencias abren entonces el tiempo de empezar a cuestionar la visión tradicional y sesgada que clasifica los derechos en generaciones, empezando genéticamente por los individuales civiles y políticos que se predicán de un sujeto apriorísticamente tratado como universal. Cuando así se procede en forma acrítica, se está invirtiendo la relación: se cambia el sujeto por el predicado. En realidad para que exista un tal sujeto previamente hay que determinar el conjunto de condiciones que le permitirán reproducir y desarrollar su vida en situación, en

sociabilidad histórica y que le asegurarán al menos la expectativa de acceder a los bienes que así lo hacen posible: salud, alimentación, vivienda, etc. Y todo ello en el marco de las pautas de identificación de su grupo social. Es decir, los derechos humanos son procesos que fundamentalmente expresan las luchas por acceder a los bienes que nos permiten vivir. Son procesos de lucha por la apertura o consolidación de espacios culturales, sociales, institucionales o normativos para las plurales concepciones de la dignidad humana. La forma más adecuada de comprenderlos pasa por lo que se puede denominar un “iusmaterialismo” o un “humanismo concreto”.

Por lo tanto, más que hablar de derechos del individuo como premisa o primera generación de derechos humanos, para comprender la experiencia del nuevo constitucionalismo, especialmente las declaraciones de derechos constitucionales en los nuevos textos fundamentales de Ecuador y Bolivia, tenemos que partir de los nuevos derechos fundamentalísimos o condición o conglobantes de otras categorías de derechos humanos más específicas, incluidos los que tradicionalmente se agrupan en las “generaciones”; estos derechos condición o fundamentalísimos vienen siendo, a su vez, paulatinamente reconocidos en declaraciones e instrumentos internacionales. Se caracterizan:

- a) Porque pueden ser objeto de una titularidad amplia que pasa por su carácter colectivo y de interés público, aunque también tienen o pueden tener una dimensión individual que puede ser homogénea (derechos que abarcan a muchos individuos por estados de cosas o causas similares, por ejemplo los derechos individuales homogéneos de consumidores o usuarios afectados por la peligrosidad o carencias de un bien de consumo masivo en el mercado o de un servicio público esencial) o derechos individuales en el sentido estricto del término o una combinación de estas situaciones, según los casos.
- b) Por ser condición de otros derechos más específicos que en ellos se congloban y que dependen de la generación de bienes públicos relacionales que tienen como contrapartida deberes públicos y privados.
- c) Por ser indisponibles para el Estado, el mercado e incluso para sus propios titulares.
- d) Por tener una proyección en el tiempo transgeneracional, que requiere solidaridad entre las generaciones presentes y las futuras.

- e) Por requerir garantías no solamente jurídicas, las que son condición necesaria insoslayable, pero por sí solas resultan insuficientes para su promoción, protección y respeto, ya que hacen falta también garantías políticas (ejemplo, políticas públicas) y sociales (ejemplo, información y participación de la sociedad civil).
- f) Por último, pero no es una cuestión en absoluto menor, estos derechos para poder ser desplegados requieren de regulaciones públicas democráticas que, según los casos, eliminen, minimicen y regulen los poderes fácticos innominados privados o públicos que apropian o impiden la generación de los bienes públicos que son el objeto de los mismos.

Podemos ver en esta caracterización que la consideración de los derechos humanos y de los derechos constitucionales, al contrario de la calculada ingenuidad del paradigma dominante, no puede desentenderse y tiene que asumir claramente el antagonismo entre derechos y poderes sociales públicos y privados salvajes o neoabsolutistas. Esta tensión puede ejemplificarse en la historia reciente de Bolivia y Ecuador con las luchas de los pueblos originarios que reactualizaron y buscaron reconocimiento y garantía efectiva de sus derechos colectivos, de participación y autonómicos frente al Estado monocultural, en las luchas o “guerras” por el agua, el cultivo de la hoja de coca y la nacionalización del gas y los hidrocarburos en el proceso boliviano, en la conflictividad ecopolítica creciente frente a las políticas extractivistas que anudan vínculos entre empresas transnacionales petroleras, mineras y agrobiotecnológicas frente a los movimientos sociales que defienden la soberanía y seguridad alimentarias, el derecho al agua, el derecho a la salud, el derecho a la tierra y al territorio, a la participación en las decisiones que los afecten. En fin, todas estas luchas pueden entenderse también como planteadas en los derechos conglobantes culturalmente mediados: a las condiciones dignas de vida y hasta en los derechos de la naturaleza, de la *paccha mama*.

¿A qué derechos constitucionales concretamente nos estamos refiriendo? Una buena forma de exponerlos es partir de los más genéricos, ascendiendo en el grado de concreción hasta las dimensiones personalísimas de los derechos, siempre teniendo en cuenta que se trata de un continuo que puede recorrerse en sentido descendente o ascendente: desde los derechos condición a los derechos más concretos y que se vinculan con la personalidad, y viceversa. De esta forma, el tratamiento de los derechos humanos constitucionales en los textos de Ecuador y Bolivia significa una experiencia fundamental para repensar

la teoría hegemónica de las generaciones, que parte de los derechos del individuo desgajado de su circunstancia histórica, social, sexual, geopolítica y cultural y después le va agregando, como por progreso o evolución, esas cualidades. Por el contrario, los derechos conglobantes y condición de derechos más específicos en contenido, iluminan mejor aquello de la interdependencia e indivisibilidad de todas las categorías de derechos. Estos derechos muestran una racionalidad que excede el individualismo propietario y la idea contractualista liberal del egoísmo inteligente que genera bienes públicos en forma individualizada, ya que parten del reconocimiento sin más de las condiciones que hacen posible la producción, reproducción y desarrollo de la vida humana y no humana, es decir, muestran una racionalidad reproductiva. Son derechos surgidos al calor de las experiencias y procesos de lucha popular contra el Estado colonial, poscolonial y neoliberal y por lo tanto son derechos condición porque establecen un horizonte deontológico: deberes y derechos para refundar la factibilidad de la convivencia consensual.

Haciendo un recorrido ejemplificativo, y de ninguna manera con pretensiones exhaustivas, partimos entonces de enumerar los derechos desde su mayor carácter condicionante y conglobante (desde la racionalidad reproductiva) relativo al resto de derechos que se van especificando.

- a) El derecho a un ambiente sano y apto para el desarrollo humano sustentable que integra la *mainstream* del constitucionalismo y el derecho ambiental es claramente un derecho condición al tener como objeto un bien público relacional que es necesario para la garantía de otros derechos más específicos con él relacionados: a la salud, a la alimentación, etc. Pero más pertinente es ver cómo el nuevo constitucionalismo en Ecuador y Bolivia (aquí en el ámbito legal: Ley de la Madre Tierra) ha comprendido en forma culturalmente diversa este derecho, dándonos una versión más holista y biocéntrica, de novedosa formulación en el constitucionalismo latinoamericano y mundial: los derechos de la naturaleza que conglobarían los demás, incluyendo los nuestros como género humano, dado que tenemos y solo podemos tener, más allá de cualquier optimismo tecnológico, soporte vital en la biosfera⁷, de la

⁷ La constitución del Ecuador reconoce los derechos de la naturaleza o *paccha mama* en sus artículos 71, 72, 73 y 74.

que formamos parte. (Ver Wray, 2009, p. 54; De Sousa Santos, 2010; Medici, 2012, pp. 162-163, entre otros muchos).

- b) El derecho a un nivel de vida adecuado (Saggese, 2009), es decir, a las condiciones que hacen a la dignidad de la vida que supone la salud, la alimentación (y el agua), la vivienda, el acceso a los servicios públicos que la hacen posible, etc.⁸.
- c) El derecho a participar en las decisiones y no decisiones que afectan la vida es, por una parte, un derecho en sí mismo, pero es claro que también es una garantía política y social que hace posible ser sujetos de nuestros restantes derechos. Al respecto remitimos a lo ya mencionado en el sentido de institucionalizarse una suerte de poder de participación y control ciudadano en las políticas públicas y su planeación y seguimiento por medio de un amplio abanico de derechos políticos de participación. Por otra parte, la lectura del ejercicio de este derecho en la Constitución de Bolivia debe hacerse en clave de pluralismo ya que se consagra en ella la demodiversidad, es decir, el derecho a participar a través de la democracia representativa, directa o comunitaria reconociéndose como inherentes al Estado plurinacional y a su forma de gobierno “democrática diversa”, a las formas de participación y construcción de consenso de los pueblos y naciones originarias.
- d) El derecho humano activo y pasivo a la comunicación y a la pluralidad de fuentes de información, que tiene como contrapartida la regulación pública participativa de los servicios de comunicación y de información audiovisuales de forma de hacer posible el pluralismo real más allá de la existencia de un mercado competitivo de servicios, como usualmente se reduce esta noción de pluralismo desde el constitucionalismo demoliberal tradicional. En consecuencia, tiene como contrapartida el deber del Estado de regular para asegurar el derecho humano a la

⁸ La constitución del Ecuador lo reconoce en su artículo 66.2: “Se reconocerá y garantizará a las personas: [...] 2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios”.

comunicación, conformando una estructura de medios y servicios de comunicación e información no solo privados competitivos (es decir, no monopólicos ni oligopólicos), sino también público-estatales y, por supuesto, de la sociedad civil y las organizaciones sociales populares, con pluralismo cultural e interculturalidad. Este derecho es reconocido a nivel constitucional en la Constitución de Ecuador, artículos 16 y 17, y en otros países de la región como Bolivia y podemos agregar que en Argentina se procura establecer por vía legal; es una de las razones del tratamiento que les dispensan a los procesos que estamos analizando los grandes grupos multimediales en nombre de la defensa de sus posiciones dominantes en el mercado que se confunden con la libertad de expresión.

- e) El derecho a la protesta y a la resistencia (Gargarella, 2005a, 2005b) e incluso el derecho popular a la rebelión y a la revolución (Salamanca, 2006). En la primera inflexión (derecho a la protesta e incluso a resistir el derecho), el castigo, represión y la consiguiente criminalización de la protesta social significan la supresión de la última salvaguardia de las libertades públicas y de la crítica al poder. Especialmente la proveniente de aquellos grupos sociales que, desde un contexto de violencia estructural y desigualdad social, no pueden participar del debate público por razones ajenas a su responsabilidad. En estos casos, sostiene Gargarella, en la línea de un liberalismo igualitario y de una fundamentación del carácter deliberativo que debe tener la democracia, los jueces, operadores jurídicos, gobiernos y la sociedad en general, tienen más razones para mostrarse sensibles frente a los reclamos de dichos grupos “desaventajados” y protectivos frente a las formas de protesta y comunicación desafiantes que ellos puedan utilizar para llevar adelante sus reclamos. A su vez, dichas acciones no pueden medirse en forma igualitaria como si provinieran de los grupos mejor o más integrados, ya que la protesta social merece estas salvaguardas cuando proviene de grupos y sectores sociales que el propio Estado ha dejado al margen a la hora de asegurar derechos y distribuir beneficios de la cooperación social.

La justificación desde la democracia deliberativa y el liberalismo igualitario, no obstante, llega indirectamente al fundamento primero al reconocer que la desigualdad social y la violencia estructural afectan

la posibilidad de la participación y la deliberación produciendo un consenso o legitimación defectivos del orden político y jurídico. Yendo entonces más a lo que consideramos la raíz (de este y de los otros derechos), nos entusiasma la lectura e incorporación que hace Antonio Salamanca del principio material de liberación, es decir, producción, reproducción y desarrollo de la vida como fundamento de este derecho condición que se ejerce en circunstancias sociales extremas. En efecto, el derecho a la revolución no puede tener otro fundamento en esta mirada que la imposibilidad o los obstáculos graves y continuados para los grupos subalternos y plebeyos a las condiciones que permiten la reproducción y desarrollo de su vida. El derecho a la rebelión y a la revolución se legitima como consecuencia de la negación del derecho a la vida, a su reproducción y desarrollo. El derecho a la vida es condición o congloba el derecho que tienen los pueblos a rebelarse cuando su existencia es puesta en peligro (Salamanca, 2006, p. 8). De esta forma se funda un humanismo concreto o un iusmaterialismo basado en que los derechos humanos persiguen las condiciones sociales de las que se puede predicar una racionalidad reproductiva, en la línea de Franz Hinkelammert, Ignacio Ellacuría y Enrique Dussel, entre otros. Toda la historia reciente de Venezuela, Bolivia y Ecuador es ejemplificativa de estos procesos de apertura y consolidación de espacios de lucha por la dignidad y diversidad del (con)vivir humano y ello se refleja en los preámbulos, declaraciones de derechos y en la constitucionalización del poder ciudadano y la participación populares en sus nuevos textos fundamentales. De esta forma se fundamenta directamente un derecho de rebelión, resistencia, revolución, que había aparecido en los orígenes del constitucionalismo moderno, pero que había sido luego debilitado, borrado de las constituciones e incomprensido en su raíz.

En esta enumeración, reiteramos, introductoria, ejemplificativa y no taxativa, habría que incluir también en este género de derechos condición o conglobantes al derecho a la ciudad para los cada vez más numerosos habitantes de los espacios urbanos, ya que allí los otros derechos condición (ambiental, a un nivel de vida adecuado, de participación) toman modalidades y tienen exigencias específicas inherentes a los riesgos y potencialidades de la vida urbana (Medici, 2011, p. 129).

Finalmente, tienen también estas características algunos derechos que vienen siendo reconocidos en el plano del derecho internacional y regional, como los derechos de la niñez y adolescencia que congloban una serie de derechos de ese sector (y sus familias y grupos sociales), más específicos: civiles, económicos, sociales y culturales en tanto condiciones que hacen posible la reproducción de la

vida humana de las nuevas generaciones. Habría que pensar también, en el plano del derecho internacional, en el derecho al desarrollo, a la paz, etc., que encuentran precedentes en declaraciones e instrumentos internacionales, pero excederíamos el objeto de este trabajo: el nuevo constitucionalismo sudamericano o latinoamericano.

En estos derechos fundamentalísimos o derechos condición, a su vez, se integran o congloban entonces nuevos y viejos derechos más específicos, pero que no se agrupan generacionalmente tampoco, sino que aparecen primero como reclamo o lucha social y luego se institucionalizan como programa jurídico y político de respuesta frente a los desafíos que van surgiendo para realizar algunos de los bienes públicos que son objeto de los derechos condición: por ejemplo, el derecho a la soberanía y seguridad alimentarias (artículo 13 CE, artículo 16 CB), el derecho al agua (28 CE, 20 CB), por mencionar a los novedosos, que expresan claramente la voluntad de asegurar para los seres humanos colectiva e individualmente el acceso a bienes y condiciones al mismo tiempo componentes más específicos de derechos que los congloban, por ejemplo a condiciones de vida dignas y al derecho a un ambiente sano y sustentable, e incluso en la formulación culturalmente más holista y biocéntrica a los derechos de la naturaleza de que formamos parte. Aquí el tema evolutivo o progresivo –el *tempo* entendido a la manera moderna lineal que aparece en la narrativa dominante sobre las “generaciones”: se parte de los derechos del individuo a los que se le van agregando generaciones nuevas: políticos, sociales, etc.– es trastocado. Lo importante es cómo es la secuencia de aparición de conflictos que hacen a las necesidades y los bienes relacionales que las satisfacen, sea que vayan de los derechos más específicos que luego se agrupan en derechos condición, sea que, a la inversa, los derechos condición se concreten o diversifiquen en derechos más específicos. Así, por ejemplo, los derechos de la naturaleza son nuevos para el constitucionalismo mundial, pero son antiquísimos para los pueblos y naciones originarias, de modo que no hay allí ninguna secuencia lineal de progreso de los derechos en “generaciones”.

Sintetizando, la metodología de análisis de estos nuevos derechos constitucionales puede partir de los derechos más personalizados, clásicos y concretos y buscar su fundamento hacia los nuevos derechos condición que los congloban; a su vez, todos estos derechos que deben entenderse relacionalmente, se fundamentan en un iusmaterialismo que tiene su premisa en la racionalidad reproductiva de la vida en forma consensual y factible, siempre histórica y culturalmente mediada.

6. TODA PRÁCTICA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y TODA TEORÍA QUE LA SUSTENTE SE FUNDAMENTAN EN ALGÚN TIPO DE PENSAMIENTO O FILOSOFÍA POLÍTICA PÚBLICA. LA TEORÍA CONSTITUCIONAL QUE ACOMPAÑE Y BUSQUE COMPRENDER ESTAS EXPERIENCIAS DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO SUDAMERICANO O LATINOAMERICANO DEBE FUNDARSE EN TENDENCIAS DE PENSAMIENTO CRÍTICO SITUADO. (CONCLUSIONES PROVISIONALES)

Englobamos en esta adjetivación “pensamiento crítico situado” los aportes del proyecto modernidad/colonialidad/decolonialidad (MCD), de la filosofía de la liberación (FL), de las distintas vertientes de la crítica jurídica, especialmente en el terreno del constitucionalismo y los derechos humanos, de la tradición iberoamericana de los derechos (Rosillo, 2011), por supuesto sin privarnos de dialogar con la filosofía política y la teoría constitucional en general, en cuanto nos aporten insumos para nuestra tarea o sirvan para aclarar por contraste nuestras posiciones.

En lo que sigue entonces, y desarrollando esta proposición a la manera de conclusiones provisionales para poner en limpio los fundamentos teóricos de las proposiciones que presentamos para discutir en este trabajo, argumentamos a favor de la pertinencia de pensar una conexión entre procesos constitucionales y teoría constitucional situada y basada en el pensamiento crítico regional y, en general, en una epistemología del Sur⁹.

El pensamiento situado es un concepto que ha sido planteado desde la Filosofía de la Liberación. Más allá de la pretensión desmesurada de la episteme moderna/colonial de partir de un punto de análisis de la realidad que se piensa descontextualizado, distanciado de lo observado,

⁹ De Sousa Santos (2009, 2010a, 2010b) ha justificado la necesidad de una epistemología del Sur, un pensamiento que supere las separaciones abismales de la episteme moderna/colonial y que despliegue sociologías de las ausencias y de las emergencias, ecologías de saberes y traducciones interculturales. Aquí el Sur no es un concepto geográfico, sino que describe la situación social de subalternidad de los hegemonizados, de los conocimientos, prácticas e identificaciones invisibilizadas y de sus resistencias y alternativas. Es, como dicen los miembros del colectivo Modernidad/Colonialidad/Decolonialidad, el pensamiento y la acción crítica en los márgenes simbólicos y materiales del sistema mundo capitalista moderno/colonial que busca remapear desde lo situado los diseños globales, abriendo la pluralidad de los mundos y construyendo pluriversalidad.

por lo tanto objetivo y depurado de ideologías o valoraciones, desde donde se mide y se evalúan los objetos, las formas de conocimiento y sus líneas de separación abismal, se define “la” racionalidad, etc.; para el pensamiento situado, toda reflexión, todo discurso, toda lectura de lo real, hasta la aparentemente más abstracta y, por supuesto, la filosófica, está situada. Sus límites le pertenecen y no le pertenecen, su objeto le es propio y también dado; su originalidad nunca es absoluta, ni tampoco su pretensión de objetividad, imparcialidad y universalidad. Esta situacionalidad no es algo negativo, ni un defecto a superar, sino, muy por el contrario, es su chance de ser, su posibilidad más originaria. Toda reflexión está situada –la que investiga y la que es investigada, la que mira y la que es mirada– y es desde esta situación concreta como se establecen y abordan los hechos. Se trata así de una doble situacionalidad, la del investigador frente al hecho y la de él con respecto a sí mismo. No hay investigadores ni hechos aislados y el problema de la búsqueda de la “pureza” o de la “objetividad”, en el sentido casi religioso con que este término es pronunciado en el credo positivista y neopositivista, es tan ingenuo como imposible. Todo pensar (lo advierta o no lo advierta; lo asuma o no) es un pensar de y desde una situación (a la vez personal, cultural e histórica) y que esta lo realimenta permanentemente. Esta situación plantea exigencias y requiere aclarar las tomas de posición frente a la misma, que pueden enunciarse desde un distanciamiento reflexivo, pero nunca son neutras.

También los conceptos y categorías del derecho constitucional, de la teoría constitucional y de filosofía política que los fundamenta deben ser siempre remitidos a la situación en que fueron elaborados para devolverles su sentido más pleno. Aunque ese sentido trascienda la particularidad y pueda ser retomado desde experiencias análogas, la remisión a la situación de origen forma parte constitutiva de su significado. De allí la necesidad de mantener una vigilancia crítica respecto de normas, instituciones, autores y teorías de los que se apropia la teoría constitucional regional, así como de las que nos apropiamos en nuestro proceso de investigación. Crítica, adaptación, corrección e invención de conceptos para vencer la indolencia, el desperdicio de la experiencia, de nuestra razón, construyendo conocimiento situado (Auat, 2011, p. 21). Por lo tanto, como ha dicho David Sánchez Rubio tomando una expresión de Leopoldo Zea (Sánchez Rubio, 2012, p. 18), bien podemos decir que estamos tratando con un tipo de pensamiento “asuntivo”, que dadas las exigencias éticas y políticas de las situaciones de Nuestra América, de su realidad histórica, no puede sino tomar un sesgo libertario, aprender a ser liberador. Creo que la recientemente denominada “opción o giro decolonial” pasa por una sana insistencia en este pensamiento situado, al ser un discurso crítico enunciado en

situaciones de márgenes o frontera de lo normalizado y hegemónico en términos de ser, saber y poder del sistema mundo moderno/colonial y desde subjetividades y saberes (prácticos y teóricos) subalternizados, localizados en el Sur global. El giro u opción decolonial construye unas genealogías¹⁰ de pensamientos desde situaciones históricamente invisibilizadas, menospreciadas, emergentes, mostrando la diversidad de liberaciones posibles. Se trata de un pensamiento “pluriasuntivo”, para seguir usando los apropiados términos del iusfilósofo sevillano, y por eso al mismo tiempo de un pensamiento que tiene un momento analógico que trama lo que tienen en común Las Casas, Montesinos, Tupac Amaru, Tupac Katari, Guamán Poma, los revolucionarios haitianos, Artigas, Otobah Kugoano, Martí, Mariátegui, Zapata, Sandino, Frantz Fanon, Aimé Cesaire, Gandhi, Malcolm X, el feminismo negro, chicano, musulmán, el EZLN, los movimientos de pueblos originarios y campesinos, los migrantes urbanos, tanto internos como externos, empleados o no en la economía capitalista formal o informal, sometidos a procesos de exclusión o explotación, mestizaje asimétrico y aculturación, entre tantos(as) otros(as) que la enumeración es siempre injusta y limitada para abarcar tantas historias, experiencias, cosmovisiones, movimientos sociales, etc.

Lo común entonces que justifica el momento analógico a subjetividades y movimientos sociales emergentes de situaciones tan diversas es la herida colonial, el espacio subalterno en la experiencia de la colonialidad, de su clasificación social, de sus relaciones de dominación y explotación, la homogeneización forzada de su inacabable pluralidad. Pensar entonces desde la diferencia colonial implica, como sostiene Catherine Walsh, pensar a partir de las ruinas, las experiencias y los márgenes creados por la colonialidad del poder en la estructuración del mundo moderno/colonial, como forma no de restituir conocimientos, sino de hacerlos intervenir en un nuevo horizonte epistemológico transmoderno y posoccidental. Es poner la mirada hacia las epistemes y las subjetividades subalternizadas y excluidas; es interesarse por prácticas y producciones “otras” del conocimiento, que tienen como meta un proyecto distinto (Walsh, 2005, p. 21).

Un itinerario de ingreso ineludible, además de la producción de los miembros, grupos y centros académicos que se identifican como colectivo Modernidad/Colonialidad/Decolonialidad (MCD) para dar materialidad a este pensamiento crítico, situado, pluriasuntivo, libertario y decolonial, son los aportes que en sus obras recientes (aunque conglobando y completando en ellas sus producciones anteriores) ha

¹⁰ En el sentido que da Foucault a este término.

desarrollado Enrique Dussel. Nos referimos especialmente a su *Ética de la Liberación* (Dussel, 1998) y a los dos volúmenes publicados a la fecha, de su *Política de Liberación* (2007, 2009), como a toda una serie de materiales preparatorios y complementarios de dichas obras.

Al mismo tiempo, es necesario enmarcar estas obras de Dussel en un continente de pensamiento mucho mayor que incluye la teoría crítica y especialmente el pensamiento de liberación latinoamericano. Este último, como han puesto de relieve las obras de Ignacio Ellacuría, Horacio Cerutti, Franz Hinkelammert, Arturo Andrés Roig, Zulma Palermo, Joaquín Herrera Flores, Helio Gallardo, Antonio Carlos Wolkmer, David Sánchez Rubio, Jesús Antonio de la Torre Rangel, Juan Antonio Senent, Norman Solórzano, Antonio Salamanca y Alejandro Rosillo, entre otros, excede ampliamente y es un marco interpretativo y dialógico necesario para la producción del filósofo argentino mexicano.

En este escrito introductorio, y en el marco esbozado, nos interesa apenas mencionar los siguientes temas que consideramos aspectos a profundizar y debatir para una teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano crítica y geopolíticamente situada, que por otra parte hemos adelantado en algunos párrafos anteriores de este texto al usarlos para comprender las características del nuevo constitucionalismo, y que ahora pasamos en limpio sintéticamente:

- a) La necesaria conexión de la teoría constitucional con un “humanismo concreto” o “iusmaterialismo” (Salamanca, 2006) que puede ser fundamentado desde varias de las tendencias mencionadas en el párrafo anterior y que, sucintamente, pasa por considerar al derecho y a los derechos, como resultados de y marcos instituidos para procesos de lucha por el acceso a los bienes, siempre culturalmente mediados, que permiten satisfacer las necesidades sociales para producir, reproducir y desarrollar la vida.
- b) La mediación cultural del derecho y de los derechos así entendida se realiza siempre en pertenencia y apertura a unos imaginarios sociales históricos que abren el circuito de reacción cultural a las plurales formas situadas de entender la relación con los otros, con nosotros mismos y con la naturaleza (Herrera Flores, 2005).
- c) Por lo tanto, una teoría del derecho y una teoría constitucional que camine por estos senderos debe estar trabajada en clave de narratividad sociocultural (Ost, 2005) y con instrumentos hermenéuticos tópico-retóricos que permitan reconstruir imágenes constitucionales

rectoras como tipos conformados acerca de esas relaciones enunciadas en el párrafo anterior (Häberle, 2001). No obstante, mejor sería decir que esas imágenes rectoras son imaginaciones (imagen + acción) que desde el costado crítico están abiertas a su reinterpretación, a la disputa renovadora de su sentido, o a su destitución por imágenes nuevas, por una comunidad de intérpretes constitucionales extensa que, desde un constitucionalismo democrático participativo, que afirma los derechos de los grupos fácticamente subciudadanos, coincide con el sujeto popular no como pueblo en abstracto, cuerpo electoral o comunidad política, sino fundamentalmente con sus sectores plebeyos excluidos, oprimidos y explotados que destotalizan, desde la exterioridad, la totalidad instituida (Dussel, 2006). Una teoría constitucional crítica, lejos de fetichizar el complejo institucional y las normas constitucionales, no niega ni esconde, sino que está abierta al conflicto y a un proceso de continua “reconstituyencia” popular tanto mutante constitucional como refundador, por medio del ejercicio del poder constituyente. Las recientes constituciones que inspiran estas reflexiones, de Venezuela, Bolivia y Ecuador, despliegan una serie de derechos y garantías de participación popular en las decisiones políticas, económicas e institucionales fundamentales y la experiencia de los últimos años muestra cómo los pueblos han sido, en cada caso, el principal decisor en muchos conflictos y coyunturas fundamentales de sus historias recientes. Esas innovaciones institucionales hacen a un consenso exigente que diferencia estos procesos del consenso débil usual en las democracias representativas (Medici, 2012b).

- d) La asunción del pluralismo jurídico que se venía insinuando en el constitucionalismo regional anterior, con relación principalmente a los derechos de los pueblos originarios, ahora se ha reconocido a nivel constitucional plenamente en las constituciones de Ecuador y especialmente de Bolivia, con impacto en este caso en la forma de Estado y de gobierno, en los principios y valores constitucionalizados. Así, el Estado plurinacional y la conformación de los órganos de gobierno en la Constitución Política de Bolivia (Asamblea Legislativa Plurinacional, Tribunal Constitucional Plurinacional) y la inclusión, junto al plexo axiológico típico del constitucionalismo moderno de los

valores propios de los pueblos originarios, por ejemplo el buen vivir: *sumak kawsay* o *suma qamaña*, entre otros provenientes de las cosmovisiones de diversas y numerosas naciones.

- e) Esta asunción requiere un tratamiento dialogante con, pero distinto a, la forma de conexión entre principios/valores constitucionalizados y cultura que opera el neoconstitucionalismo de raíz noratlántica. Muy resumidamente, una reconstrucción intercultural de los derechos requiere de un momento pluritópico de apertura a las plurales formas de entender la dignidad humana que habitan las diversas cosmovisiones culturales de los pueblos y regiones de Nuestra América (De Sousa Santos, 2010) y de un momento analógico (Beuchot, 2007; Dussel, 1997, 2009; De la Torre Rangel, 2011) de subsunción para la interpretación de los aspectos materiales (producción, reproducción y desarrollo de la vida) consensual procedimental (demodiversidad) y de factibilidad (mediaciones organizativas e institucionales necesarias para hacer viables los dos anteriores), a la hora de comprender e interpretar el material normativo constitucional y su puesta en práctica por medio de políticas y normas legales, administrativas o judiciales. De esta forma los principios del pensamiento de liberación en sus aspectos materiales, procedimentales y de factibilidad son siempre mediados en forma plural y lejos de ser *a priori* universales se comprenden reconstructivamente al final de un proceso pluritópico. Un pluriversalismo de recorrido y no abstracto (Sánchez Rubio, 2007, p. 100). Desarrollar estas características es asumir la insuficiencia de los paradigmas jurídicos operantes, yendo más allá, por ejemplo, de la distinción habermasiana tan al uso en el neoconstitucionalismo euronorteamericano entre los paradigmas jurídicos liberal, social y reflexivo procedimental. Se trata de un nuevo paradigma jurídico, el que surge y puede ser comprensivo y crítico de las experiencias del nuevo constitucionalismo regional. Pero está por desarrollarse y validarse, o no, en su comprensión de las prácticas jurídico-políticas actuales y por venir en Bolivia, Ecuador y Venezuela.
- f) El cambio en el concepto de constitución: la constitución, en vez de ser una norma jerárquica en el vértice de una pirámide de derivación lógica normativa, está en el centro

de un orden circular propio de sociedades complejas poscoloniales como las de nuestra región, habitado por distintas “comunidades nómicas” propias del pluralismo jurídico de los grupos microsociales, siendo un núcleo de sentido en el que convergen distintas normatividades y que, al mismo tiempo, habita las situaciones (Coelho, 2006; Medici, 2012b). Una epistemología jurídica del Sur requiere de una ecología de prácticas y saberes jurídicos (De Sousa Santos, 2010a, pp. 34-35) y de una traducción intercultural donde la constitución es el hilo de Ariadna en el laberinto de la complejidad y el pluralismo.

- g) Simultáneamente, desde la dimensión crítica, y mediados siempre por el pluralismo cultural y por la comprensión pluritópica, los principios del pensamiento liberacionista en su subsunción analógica en la normatividad constitucional, pueden fecundar y actualizar el pensamiento, por ejemplo, de un Arturo Sampay acerca del juicio de legitimidad de las constituciones, esto es, qué constitución existe y qué constitución debemos tener desde el punto de vista de la justicia social y del bien común. Realizar este juicio crítico acerca de la justicia política de la constitución exige transitar la realidad total de esta, una ida y vuelta entre constitución primigenia, constitución real y constitución jurídico-formal (Sampay, 1974, pp. 83-84), guiado por las premisas metodológicas expuestas.

Esta operación se debe realizar como momento comprensivo y reconstructivo, en la retaguardia de las luchas populares y sociales por la dignidad humana, para satisfacer la pretensión crítica situada de esta teoría constitucional. La dialéctica entre arquitectónica y crítica supone, en primer lugar, a la manera en que lo planteaba Ignacio Ellacuría, un proceso de historización de las prácticas constitucionales, de los derechos y de los poderes desde la perspectiva de las víctimas, de las mayorías populares y de las minorías, excluidas o invisibilizadas y discriminadas (Ellacuría, 1990). En segundo lugar, tomar como referente a las praxis de liberación protagonizadas por el sujeto popular devenido sujeto constitucional (constituyente y reconstituyente), que actúa la constitución como un proceso abierto. Esto significa: negar el fetichismo normativo propio del constitucionalismo demoliberal tradicional, tomando como referentes los procesos de movilización y participación popular que plantean un consenso democrático exigente, innovación institucional, un nuevo igualitarismo social y nuevos

derechos. De modo que este aspecto crítico abarca una multiplicidad de situaciones: puede ser lucha por la eficacia histórica de lo ya reconocido por el derecho constitucional (“positivismo de combate”) o abrir la dimensión instituyente de nuevos derechos. Si analizamos los procesos constituyentes populares en Venezuela, Ecuador y Bolivia aparecen como su producto ambas dimensiones: los nuevos derechos condición, conglobantes o transversales, por ejemplo derechos de la *paccha mama*, derecho al agua, a la soberanía alimentaria, derecho a la autoidentificación cultural y también un fuerte garantismo de los derechos humanos ya reconocidos (por tomar un ejemplo, en la Constitución de Ecuador: aplicabilidad directa por la administración pública, principio *pro homine*, nuevas garantías y procesos constitucionales).

Como hemos intentado mostrar en forma provisional y sintética a través de estas proposiciones, que son apenas instrumentos de una investigación en curso de procesos en desarrollo e históricamente abiertos, el nuevo constitucionalismo y su agenda se dilatan sobre un terreno complejo, que articula trayectorias nacionales que tienen su especificidad y diversidad, por lo que la recepción, adaptación, discusión de sus propuestas y soluciones deben ser también situadas y diversas en cada caso. Ellas se dan en un contexto regional novedoso para América Latina y el Caribe, donde por primera vez se pone en cuestión el panamericanismo hegemonizado por las dos potencias de América del Norte (Estados Unidos y Canadá) desde nuevos procesos de integración (ALBA, Unasur, Celac), que también enfrentan desafíos y contradicciones, pero que pese a sus diferencias parecen buscar un recentrado en Nuestra América.

Se trata entonces de un escenario complejo donde los temas de la agenda planteada por el nuevo constitucionalismo podrán seguir influyendo de forma matizada: en aquellas naciones que tienen aún una matriz constitucional liberal o conservadora más o menos intacta (por ejemplo, Chile, Honduras) o aquellas que han matizado el viejo tronco de derechos e instituciones con injertos más orientados a los derechos humanos y al constitucionalismo democrático y social (como el caso de Argentina), la posibilidad de que se den procesos de cambio en el nivel constitucional depende de las relaciones de fuerzas y los procesos políticos, que muestran la inercia del poder de veto de los sectores políticos, económicos y comunicacionales entramados directa o indirectamente con lo que venimos denominando los poderes fácticos innominados. En aquellas naciones donde sus constituciones surgieron de procesos de transición democrática o intentos democratizadores y hasta revolucionarios inscriptos en los cánones del constitucionalismo

social o del más reciente neoconstitucionalismo contemporáneo¹⁰; por ejemplo, en las constituciones de México, de Nicaragua de 1985, de Brasil de 1988, de Colombia de 1991, el impacto del nuevo constitucionalismo con su agenda y sus propuestas dependerá de la posibilidad de desandar el camino de las numerosas enmiendas neoliberales a dichos textos y en el caso colombiano, más específicamente, de la continuidad o, por el contrario, del encauzamiento o solución progresiva de la guerra civil que azota dicha sociedad desde hace décadas.

Reconociendo entonces todas estas diversidades, complejidades y dificultades del escenario regional y ubicados en este eje comprensivo decolonial y liberador del nuevo constitucionalismo que suponen los procesos constituyentes de Venezuela, Bolivia y Ecuador, se ha producido, más allá de lo que parece dispuesto a admitir el constitucionalismo tradicional e incluso un constitucionalismo progresista y a veces hasta de “izquierdas”, pero que se ubica en la unidimensión de calificar los procesos constituyentes y reconstituyentes en el eje ideológico de la modernidad eurocentrada (conservadorismo, liberalismo y radicalismo constitucionales), una nueva ecuación entre derechos y poderes constitucionales, una nueva forma de comprender e interpretar las prácticas constitucionales en contextos de pluralismo sociocultural. En síntesis, una teoría constitucional apropiada para la comprensión de los procesos políticos propios de las llamadas “democracias transformadoras” posneoliberales que van abriéndose camino en nuestra región, la praxis de los movimientos sociales populares y el pensamiento de liberación que aporta a la teoría constitucional una racionalidad reproductiva, consensual, demodiversa, pluralista y analógica. De ahí que, si trazando un diagnóstico histórico crítico del constitucionalismo regional vemos que las prácticas constitucionales han sido consistentes con la adopción por parte de elites organizadoras y hegemónicas en los Estados nacionales poscoloniales de nuestra región de modelos euronorteamericanos, configurando un constitucionalismo desbalanceado entre poderes nominados constitucionales y poderes fácticos innominados propios de la matriz de colonialidad del poder, del saber y del ser en sus múltiples reconfiguraciones y trayectorias sociales, es preciso ver que esas prácticas han sido fundadas en una teoría y una filosofía política pública parcialmente fuera de lugar en nuestros contextos. Para comprender las prácticas que rompen con esta inercia del constitucionalismo regional hacen falta unas filosofías

¹⁰ Para una comparación, relación y distinción entre neoconstitucionalismos de matriz moderna europeísta y lo que venimos llamando el nuevo constitucionalismo latinoamericano o sudamericano, ver Medici (2012, pp. 107-115).

políticas y unas teorías constitucionales situadas y enunciadas desde la comprensión de los procesos constituyentes y reconstituyentes populares.

Finalmente, es necesario enfatizar que esta reconstrucción comprensiva surge en el contexto histórico de una nueva agenda política para el constitucionalismo regional cuyo horizonte de fondo es el Estado plurinacional, que afecta la idea monista jurídicamente y monocultural de Estado nación. Aquí lo nacional popular se abre con racionalidad analógica a la pluralidad cultural. Por tanto, pueblo y nación se dicen en múltiples registros culturales, más allá y más acá, antes, durante y después del Estado moderno colonial, y ello demanda reflejarse de aquí en más en distribuciones y transferencias de poderes/ derechos que afectan potencialmente a la forma de Estado, de gobierno, al carácter e interpretación de los derechos, a la forma de entender la nación y, en el límite, a la comprensión de la naturaleza y a lo que se entienda por desarrollo. Aquí el riesgo de “desconstitucionalización” no proviene solamente de la “derecha”, del capitalismo mundial o de los poderes fácticos afectados, sino también del grado de coherencia de los gobiernos y liderazgos populares, en cada uno de los casos, respecto a los nuevos marcos constitucionales con relación al problema de los límites civilizatorios en vista de la crisis ecológica global, y también de los límites como solución de fondo para nuestra región, de los sesgos desarrollistas y extractivistas, por más que vayan acompañados de políticas sociales redistributivas. El carácter genuinamente decolonial del proceso se juega en la potencialidad de reconocer en pie de igualdad y de empoderar, cuando sea necesario, imaginarios sociales biosociodiversos, es decir, plurales formas de relación social entre nosotros y con la naturaleza como condición última e insuperable de la organización de la convivencia consensual y factible de los pueblos y naciones enmarcados en el nuevo constitucionalismo y su agenda.

Pese a la provisionalidad de estas conclusiones, y pase lo que pase con el difícil camino de estos procesos que intentamos comprender, podemos a la fecha afirmar con seguridad una sola cosa: frente a lo que recientemente ha sido denominado como un “termidor” y un asalto oligárquico al constitucionalismo euronorteamericano en sus aspectos más sociales y democráticos, al compás de las turbulencias del capitalismo mundial en crisis (Pisarello, 2011), lo que viene aportando nuestra región con su nuevo constitucionalismo no es en absoluto menor o desechable. Hay motivos para la esperanza.

REFERENCIAS

- AUAT, A. (2011). *Hacia una filosofía política situada*. Buenos Aires: Waldhuter.
- AYALA, M. & QUINTERO, P. (comps.) (2009). *Diez años de revolución en Venezuela. Historia, balance y perspectivas (1999-2009)*. Buenos Aires: Maipue.
- BEUCHOT, M. (2007). *Hermenéutica analógica y filosofía del derecho*. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.
- CHATTERJEE, P. (2008). *La nación en tiempo heterogéneo y otros estudios subalternos*. Buenos Aires: Siglo XXI y Clacso.
- CLAVERO, B. (2007). *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*. Madrid: Trotta.
- COELHO, L. F. (2006). *Direito constitucional e filosofia da constituição*. Curitiba: Juruá.
- DE LA TORRE RANGEL, J. A. (2011). *Iusnaturalismo histórico analógico*. México, D. F.: Porrúa.
- DE SOUSA SANTOS, B. (2009). *Una epistemología del Sur*. Buenos Aires: Clacso y Siglo XXI.
- DE SOUSA SANTOS, B. (2010a). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Buenos Aires: Antropofagia.
- DE SOUSA SANTOS, B. (2010b). *Para descolonizar Occidente. Más allá del pensamiento abismal*. Buenos Aires: Clacso y Prometeo Libros.
- DUSSEL, E. (1997). *Ética de la liberación en la era de la globalización y de la exclusión*. Madrid: Trotta.
- DUSSEL, E. (2006). *Veinte tesis de política*. México, D. F.: Siglo XXI.
- DUSSEL, E. (2007). *Política de liberación*. T. 1: Historia mundial y crítica. Madrid: Trotta.
- DUSSEL, E. (2009). *Política de liberación*. T. 2: Arquitectónica. Madrid: Trotta.
- ELLACURÍA, I. (1990). Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares. *Revista de Estudios Centroamericanos*, 502. San Salvador.
- FERRAJOLI, L. (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- FOLLARI, R. (2010). *La alternativa neopopulista. (El reto latinoamericano al republicanismo liberal)*. Rosario: Homo Sapiens.
- GARGARELLA, R. (2005a). *El derecho a la protesta. El primer derecho*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- GARGARELLA, R. (comp.). (2005b). *El derecho a resistir el derecho*. Buenos Aires: Miño y Dávila.
- GARGARELLA, R. (coord.). (2008). *Teoría y crítica del derecho constitucional*. T. 1: Democracia. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- HÄBERLE, P. (2001). *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- HERRERA FLORES, J. (2005). *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*. Sevilla: Aconcagua Libros.
- LACLAU, E. (2005). *La razón populista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- MEDICI, A. (2011). *El malestar en la cultura jurídica. Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*. Prólogo de Joaquín Herrera Flores. La Plata: Edulp.
- MEDICI, A. (2012a). Los poderes innominados en el constitucionalismo latinoamericano. La necesidad de un nuevo marco de comprensión y comparación crítico-situado. II Congreso Internacional de Pensamiento Político Latinoamericano, Universidad Popular de las Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 3 de octubre de 2012.
- MEDICI, A. (2012b). *La constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*. San Luis Potosí: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat.
- NEVES, M. (1994). *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica.
- OST, F. (2005). *Contar a lei. As fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Editora Unisinos.
- PISARELLO, G. (2011). *Un largo termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta.
- QUIJANO, A. (2000). La colonialidad del poder. Eurocentrismo y América Latina. En Edgardo Lander (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas* (pp. 201-242). Buenos Aires: Clacso-Unesco.
- ROSILLO MARTÍNEZ, A. (2011). *Los inicios de la tradición iberoamericana de derechos humanos*. San Luis Potosí: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat.
- SALAMANCA, A. (2006). *El derecho a la revolución. Iusmaterialismo para una política crítica*. San Luis Potosí: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí.
- SAMPAY, A. (1974). *Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Cuenca.
- SAMPAY, A. (1978). La legitimidad de la constitución. *Realidad Económica*, 30. Buenos Aires.
- SÁNCHEZ RUBIO, D. (2007). *Repensar derechos humanos. De la anestesia a la sinestesia*. Sevilla: MAD.

- SÁNCHEZ RUBIO, D. (2012). Prólogo. En Alejandro Medici, *La constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*. San Luis Potosí: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát.
- VILAS, C. M. (2011). *Después del neoliberalismo: Estado y procesos políticos en América Latina*. Lanús: EDUNLa.
- WALSH, C. (ed.). (2005). *Pensamiento crítico y matriz (de)colonial. Reflexiones latinoamericanas*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar y Abya Yala.
- WRAY, N. (2009). Los retos del régimen de desarrollo. El buen vivir en la constitución. En *El buen vivir. Una vía para el desarrollo*. Quito: Abya Yala.

La Constitución democrática, entre el *neoconstitucionalismo* y el *nuevo constitucionalismo*

ROBERTO VICIANO PASTOR*

RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU**

Recibido: 15 de octubre de 2013 – Aprobado: 30 de noviembre de 2013



RESUMEN

Neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo son dos términos muchas veces usados como sinónimos; no obstante, tanto en su origen como en su concepto son categorías diferentes pensadas para distintas situaciones. El *neoconstitucionalismo* es una categoría analítica que busca crear una teoría del derecho y, secundariamente, explicar las facultades del juez ordinario como intérprete de la Constitución. *El nuevo constitucionalismo* surge desde la experiencia de las nuevas constituciones latinoamericanas, a partir de la colombiana de 1991, y pone el énfasis en la legitimidad democrática de la Constitución. *Neoconstitucionalismo* y *nuevo constitucionalismo* son conceptos no necesariamente complementarios, aunque pueden coincidir en determinados aspectos, como son la centralidad de la supremacía constitucional o de la constitucionalización del ordenamiento jurídico.

Palabras clave: constitucionalismo democrático, nuevo constitucionalismo, neoconstitucionalismo, América Latina.



ABSTRACT

Neoconstitutionalism and *new constitutionalism* are two terms often used interchangeably; however, in its origin and its concept are different categories

* Catedrático de Derecho Constitucional en la Universitat de València. Director del Máster de Derecho Constitucional de la Universitat de València y del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar (Quito). Asesoró a las asambleas constituyentes de Ecuador (1998), Venezuela (1999), Bolivia (2006-2007) y Ecuador (2008). Correo electrónico: roberto.viciano@uv.es.

** Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universitat de València. Consultor en Derecho Constitucional en la Universitat Oberta de Catalunya. Director de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Mayor de San Andrés. Asesoró a las asambleas constituyentes de Venezuela (1999), Bolivia (2006-2007) y Ecuador (2008). Correo electrónico: ruben.martinez@uv.es.

designed for different situations. *Neoconstitutionalism* is an analytical category that want to create a theory of law and explain the power of the ordinary judge as interpreter of the Constitution; *new constitutionalism*, however, originates from the experience of the new Latin American Constitutions, from Colombian Constitution in 1991, and emphasizes the democratic legitimacy of the Constitution. *Neoconstitutionalism* and *new constitutionalism* are not necessarily complementary concepts, although may coincide in certain areas, such as constitutional supremacy or constitutionalization of law.

Keywords: democratic constitutionalism, new constitutionalism, neo-constitutionalism, Latin America.

INTRODUCCIÓN

La historia del mundo contemporáneo ha reflejado las tensiones existentes entre dos términos: constitucionalismo y democracia. El constitucionalismo se ha desarrollado durante larga data al margen de una praxis democrática por el temor a la posible hegemonía de poderes ilimitados, situación que resulta inaceptable para una doctrina que precisamente se fundamenta en la idea de limitación del poder. Pero, al mismo tiempo, el constitucionalismo ha tenido que lidiar con la nunca pacífica necesidad de legitimidad del poder, lo que le debería aportar la teoría de la democracia.

Muchas teorías democráticas, por su parte, han experimentado el sentimiento contrario: no eran capaces de incorporar una teoría constitucional en su núcleo por entender que esta era contradictoria con un poder popular superior y desbordador de cualquier poder constitucionalizado. De tal suerte que las construcciones sobre la democracia constitucional han casado mal con cualquier planteamiento sinceramente democrático, hasta el punto de que han sido más teorías sobre el constitucionalismo que sobre el fundamento democrático del constitucionalismo.

La dialéctica histórica ha seguido su propio recorrido, en buena parte ajena a lo que los teóricos proponían y pronosticaban. Aunque el concepto de democracia dista mucho de contar con una definición generalmente aceptada, solemos admitir, después de echar la vista atrás a los diferentes modelos experimentados, que se trata de un concepto que solo puede cobrar significado contextualizado en un determinado tiempo y lugar histórico, tomando como criterio orientador la mayor o menor participación en el gobierno de la comunidad del pueblo o conjunto de ciudadanos que lo componen. No existe en abstracto *la democracia*, sino *determinada democracia*, o mejor dicho más o menos democracia en el marco que ofrecen las

relaciones sociales, económicas y políticas de una comunidad. Y, por ello, es una democracia contextualizada: determinada en un presente, pero mirando hacia el pasado para reconocerse como evolutiva, y al futuro para señalar objetivos emancipadores; pues la democracia es, históricamente, emancipación.

Curiosamente, el modelo democrático con mayor éxito en la emancipación de los pueblos ha sido el constitucionalismo democrático. Aunque pareciera en principio una contradicción, en la práctica no lo ha sido: la Constitución democrática ha limitado al poder autoritario, las violaciones de derechos y el predominio de las oligarquías, de manera mucho más efectiva que la de otros modelos exclusivamente *constitucionales* o exclusivamente *democráticos*. Los primeros porque, al prescindir del problema de la legitimidad, han abandonado la defensa de los derechos y los intereses de los pueblos bajo el paraguas de la institucionalidad y la ficción de la separación de poderes. Los segundos porque han acabado convirtiéndose en una sustitución de élites no democráticas por élites aparentemente democráticas, pero que seguían irrespetando, en nombre de la democracia, los derechos de las minorías y limitando los mecanismos de participación plural en lo que no deja de ser una democracia espuria. El constitucionalismo democrático, con la reunión de los términos *democracia* y Constitución en lo que podría denominarse el *camino medio*, ha permitido crear el marco efectivo para avanzar hacia la emancipación de los pueblos.

Ahora bien, en la doctrina constitucional generada durante las últimas tres décadas han aparecido nuevas categorías que, aparentemente, pertenecen al ámbito del constitucionalismo democrático. Sin embargo, como trataremos de demostrar, sin negar la voluntad democrática de sus creadores, algunas de estas construcciones teóricas adolecen de un cierto grado de elitismo que conviene poner de relieve para permitir seguir en la búsqueda emancipatoria de un constitucionalismo democrático. Nos estamos refiriendo al llamado *neoconstitucionalismo*, muchas veces confundido con el *nuevo constitucionalismo*.

Nos parece importante intentar aclarar la posible confusión que pueda originarse entre ambas categorías, pues la confusión conceptual puede generar cierto nivel de caos intelectual y dificultar el desarrollo futuro del constitucionalismo democrático. Las dos concepciones son construcciones relativamente recientes que han tenido un gran auge a la luz de los últimos textos constitucionales latinoamericanos, que han sido calificados tanto de *neoconstitucionalistas* como propios de un *nuevo constitucionalismo*. ¿A qué se refieren ambos términos? Aunque cuentan con significantes parecidos, sus significados no lo son, a pesar de que pueden –en determinados aspectos– complementarse.

Este artículo intenta definir conceptualmente dichas categorías, poniendo énfasis en sus diferencias, y sentar algunos fundamentos para un diálogo entre los dos términos que está todavía por desarrollar.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO, ENTRE UNA TEORÍA DEL DERECHO Y UNA TEORÍA DEL PODER

Si les preguntamos a varios *neoconstitucionalistas* qué entienden por *neoconstitucionalismo*, es posible que cada cual nos dé una respuesta diferente. A pesar de cierta pretensión canónica (Carbonell & García Jaramillo, 2010), el neoconstitucionalismo no parece guardar una coherencia interna más allá de algunos aspectos concretos a los que haremos referencia a continuación. Parece definirse más por aquello que no es que por aquello que es. Y ello porque cuando nos referimos al *neoconstitucionalismo* estamos ante un intento de crear una nueva filosofía del derecho (Guastini, 2013, p. 231) desde un núcleo de bases supuestamente comunes de variados autores, pero que no se han construido necesariamente con coherencia. De hecho, el primero de los “cánones” del neoconstitucionalismo hacía referencia a esta multiplicidad de conceptos, lo que Carbonell (2003), puso en evidencia con un sufijo plural entre paréntesis en el título de su recopilación: *Neoconstitucionalismo(s)*.

Respecto al origen del concepto, mucho más afortunado que su denominación, suele apuntarse hacia finales de la década de los noventa del siglo XX, cuando se publicaron los primeros trabajos de Susana Pozzolo y del grupo de filósofos del derecho de la Universidad de Génova que han desempeñado su labor en torno a la figura de Paolo Comanducci. El esfuerzo tenía por objetivo encontrar un denominador común en la doctrina sobre cuál es la función de la Constitución en el ordenamiento jurídico y el papel que juegan sus contenidos, para lo que bebieron de las más diversas fuentes tanto del mundo anglosajón (Dworkin) como latinoamericano (Nino). Y aquí tenemos la primera gran característica del *neoconstitucionalismo*: como fruto del pensamiento analítico, en un principio ha consistido en un análisis teórico sobre el valor jurídico de la Constitución y su influencia y jerarquía sobre el resto del ordenamiento jurídico, poniendo el énfasis en el papel y aplicación de los principios constitucionales. Aunque ha prescindido de elementos empíricos de comprobación, ha manifestado su voluntad de trascender hacia una *nueva forma* de aplicación del derecho. Supone, por ello, todo un esfuerzo de imaginación colectiva y análisis teórico que se inicia en la búsqueda de criterios específicos de interpretación de la Constitución respecto a la interpretación del resto del ordenamiento jurídico, y deriva hacia el papel de la Constitución y su aplicación en lo que suele denominarse *Estado constitucional*.

De una forma un tanto ambigua, Pozzolo (1998, p. 339) levanta el testigo refiriéndose al neoconstitucionalismo como una defensa de la distinción entre interpretación constitucional y otras interpretaciones del derecho:

Si bien es cierto que la tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional encuentra partidarios en diversas disciplinas, en el ámbito de la filosofía del derecho viene defendida, en particular, por un grupo de iusfilósofos que comparten un peculiar modo de acercarse al derecho. He llamado a tal corriente de pensamiento *neoconstitucionalismo*.

La referencia es a determinadas obras de autores renombrados aunque, de hecho, algunos de ellos no parecen conocerse mutuamente en profundidad: Ronald Dworkin (*Freedom's Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1996), Robert Alexy (*El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994), Gustavo Zagrebelsky (*Il Diritto mite*, Einaudi, Turín, 1992) y –“en parte”– Santiago Nino (*The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, New Haven-London, 1996).

Probablemente –aduce la autora– estos iusfilósofos no se reconocen dentro de un movimiento unitario, pero, en favor de mi tesis, en sus argumentaciones es posible encontrar el uso de algunas nociones peculiares que posibilita que sean agrupados dentro de una única corriente iusfilosófica.

¿Cuáles serían estas *nociones peculiares* que configuran el núcleo del *neoconstitucionalismo*? Según Pozzolo (1998, pp. 340-342), se trataría de cuatro *formulaciones*: 1) *Principios vs. normas*. Haciendo referencia velada al clásico debate de los años sesenta y setenta entre Hart y Dworkin, que se quiso entender como una crítica a los fundamentos del iuspositivismo, Pozzolo pone énfasis en la distinción entre principios y reglas (“normas”) en el ordenamiento jurídico, y en el papel destacado que los principios deben representar en la función de interpretación y argumentación jurídica por parte de los jueces. 2) *Ponderación vs. subsunción*. Los principios contarían con un peculiar método interpretativo/aplicativo, porque no cabe su aplicación de acuerdo con los métodos de subsunción de las normas, sino que necesitan de la *ponderación* o *balanceo* cuya técnica consiste en detectar los principios aplicables al caso concreto, sopesar los principios localizados para poder ponerlos en relación jerárquica axiológica, y aplicar el principio que prevalece en un caso concreto con base en el juicio de valor particular formulado por el juez. 3) *Constitución vs. independencia del legislador*; esto es, la subordinación de la ley y del resto del ordenamiento jurídico al texto constitucional, lo que implicaría la materialización o sustancialización de la Constitución; una función semejante a la que

previamente había desarrollado el derecho natural. 4 *Libertad de los jueces vs. libertad del legislador*. Se trata de defender la interpretación creativa de la jurisprudencia, imprescindible desde el momento que el juez abandona el método de la subsunción ante la presencia de los principios, y debe aplicar la Constitución frente a la ley convirtiéndose en un instrumento básico para la sustancialización de la misma.

Aunque se trata en su origen de un esfuerzo fundamentalmente teórico, a medida que se construye el relato neoconstitucional durante la primera década del siglo XXI aparece una voluntad de arraigo del neoconstitucionalismo en determinado ciclo histórico del constitucionalismo, el correspondiente al constitucionalismo del Estado social. El neoconstitucionalismo es una doctrina de origen fundamentalmente europeo, pensada a partir del constitucionalismo social europeo, y de algunas constituciones latinoamericanas. Como explica uno de sus máximos exponentes, Carbonell (2007, pp. 9 y 10), el neoconstitucionalismo pretende explicar este conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y que encuentran su cénit en las constituciones europeas de la década de los setenta (principalmente la portuguesa de 1976 o la española de 1978) y en la adaptación latinoamericana del constitucionalismo social europeo (como la Constitución brasileña de 1988). Son constituciones

que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos.

Como puede observarse, no hay ninguna crítica al origen de las constituciones, pues ello no es objeto de preocupación por parte de los neoconstitucionalistas coherentemente con su metodología analítica. El énfasis es tan solo normativo; y no respecto a cualquier normatividad, sino sobre la supremacía material de la constitución, característica del Estado (neo)constitucional: “Desde entonces –afirma el autor– el constitucionalismo no ha permanecido como un modelo estático, sino que ha seguido evolucionando en muchos sentidos”. Es fruto de estas evoluciones que aparece la necesidad de constatar teóricamente el concepto de Estado (neo)constitucional y poner en evidencia sus consecuencias prácticas (Carbonell, 2003, p. 9).

Durante la última década y media, la corriente neoconstitucionalista ha avanzado sobre los mismos pivotes en los cuales se originó. Después de su auge en la primera década del siglo XXI, padece un agotamiento propio de una teoría sin casi preocupación por la praxis más allá de la función de los tribunales constitucionales,

y centrada en aspectos concretos como la modulación de sentencias o el principio de proporcionalidad. Los principales elementos que corresponden hoy en día a las doctrinas neoconstitucionales son, según Guastini (2013, p. 233), los siguientes: la superioridad axiológica de la Constitución sobre la ley; la idea de que la Constitución no solo tiene como función la limitación del poder político, sino modelar la sociedad, y por tanto no solo prevenir (en negativo) una legislación lesiva de los derechos, sino también orientar (en positivo) toda la legislación entera; la idea de que la Constitución carezca de lagunas, que sus principios predeterminen u orienten la disciplina legislativa de cualquier supuesto de hecho, dejando márgenes bastante reducidos para la discrecionalidad política del legislador; la idea de que las constituciones democráticas incorporen principios de justicia objetivos, por lo cual son justas y merecen obediencia; la superioridad axiológica de los principios sobre las reglas; la idea de que las reglas, cualquiera que sea su tenor literal, puedan ceder o puedan ser derogadas, que estén sujetas a excepciones a la luz de los principios; la superioridad axiológica de las normas que confieren derechos sobre aquellas que organizan el poder público; la idea de que las normas “materiales” de la constitución regulen no solo las relaciones verticales entre Estado y ciudadano, sino también las horizontales entre ciudadanos, y que por lo tanto deben encontrar aplicación directa en la jurisprudencia; la idea de que existe una estrecha conexión entre derecho y justicia; la idea de que el derecho, con tal que sea justo, deba ser obedecido; la desvalorización del modelo de ciencia jurídica como discurso meramente cognitivo, y no valorativo, característico del positivismo jurídico metodológico; y la idea de que la ciencia jurídica deba ser una ciencia práctica y normativa: esto es, orientar la jurisprudencia y la legislación.

En definitiva, cabe concluir (Viciano & Martínez Dalmau, 2011, pp. 6-10) que el neoconstitucionalismo desde este punto de vista es una *teoría del derecho* y no, propiamente, una *teoría de la Constitución*, aunque tampoco pretende serlo. Su fundamento es el análisis de la dimensión positiva de la Constitución, para lo cual no es necesario adentrarse en los supuestos y condiciones de legitimidad democrática y de la fórmula a través de la cual la voluntad constituyente se traslada a la voluntad constituida. De esa manera, el neoconstitucionalismo reivindica el Estado de derecho en su significado último, después de explicar la evolución del concepto hasta lo que representaría en la actualidad. En definitiva, el neoconstitucionalismo pretende, sin ruptura, alejarse de los esquemas del positivismo teórico y convertir al *Estado de derecho* en el *Estado constitucional de derecho*. Como teoría del derecho, el neoconstitucionalismo –en particular a partir de los principios– aspira a describir los logros de la constitucionalización, entendida como el proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas

jurídicos contemporáneos. Por esta razón, está caracterizado por una Constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y aplicación de la ley (Comanducci, 2003, p. 83). Se trata, en definitiva, de recuperar el concepto de Constitución y fortalecer su presencia determinante en el ordenamiento jurídico.

Las críticas al neoconstitucionalismo se han acrecentado en los últimos años desde los más variados sectores en dos sentidos: por un lado, sobre la falta de coherencia y de sistematización de su denominación y principios, así como los límites analíticos de las doctrinas neoconstitucionalistas; en segundo lugar, la ocultación de una teoría del poder en la teoría del derecho que promueve. En cuanto al primer aspecto, Ferrajoli (2010, pp. 18-19) lo podría haber dicho más alto pero no más claro: la expresión *neoconstitucionalismo* “resulta, en varios aspectos, equívoca y engañosa”, puesto que, al referirse en el plano empírico al constitucionalismo jurídico de los ordenamientos dotados de constituciones rígidas, resulta asimétrica respecto del constitucionalismo político e ideológico

que no designa ni un sistema jurídico ni una teoría del derecho, sino que es poco más que un sinónimo de Estado liberal de derecho. Adicionalmente, dado que, en el plano teórico, la expresión *neoconstitucionalismo* se identifica, generalmente, con la concepción iusnaturalista del constitucionalismo, no capta sus rasgos esenciales y que lo distinguen de su concepción iuspositivista la cual resulta, de hecho, ignorada.

El autor propone el término *ius-constitucionalismo* o constitucionalismo jurídico para diferenciar el Estado constitucional de derecho del Estado legislativo de derecho: “El rasgo distintivo del constitucionalismo será la existencia *positiva* de una *lex superior* a la legislación ordinaria, con independencia de las diversas técnicas adoptadas para garantizar su superioridad”. Para Guastini (2013, p. 231), por su parte, el neoconstitucionalismo “consiste en un amontonado (de confines indeterminados) de posturas axiológicas y de tesis normativas entre las cuales no es fácil identificar alguna tesis propiamente teórica, reconocible y susceptible de discusión”. El problema de raíz estriba en que los neoconstitucionalistas han tratado su doctrina como un cambio paradigmático, cuando no estamos ante una discusión del paradigma positivista consolidado en particular a partir de las doctrinas kelsenianas y la posición de la constitución en el ordenamiento jurídico. Respecto a los mecanismos de aplicación de los principios constitucionales, el mismo autor (2013, p. 240) tiene

“la impresión de que la insistencia sobre la idea de que los principios no admiten subsunción es testimonio de la gran ignorancia que reina entre los juristas en materia de razonamiento jurídico en general y de subsunción en particular”.

Sobre la segunda de las críticas, tenemos que tener en cuenta que, aunque el neoconstitucionalismo se nos presenta específicamente como una teoría del derecho –y, por ello, despojada de cualquier elemento politológico–, es también –o consecuentemente– una teoría del poder: en particular, del poder de los jueces a la hora de interpretar la Constitución. Uno de los grandes problemas del neoconstitucionalismo es que no diferencia sustantivamente entre la función de los jueces que realizan el control concentrado de constitucionalidad –los tribunales constitucionales– y la justicia ordinaria, cuya interpretación de la Constitución viene premodulada por la realizada por los intérpretes auténticos (los mencionados tribunales constitucionales). En la confusión, propia del neoconstitucionalismo, entre sistema difuso y sistema concentrado, los jueces ordinarios acaban asumiendo la función de limitador a la libertad del legislador, lo que en última instancia significa la sustitución del legislador. Esta sustitución puede corresponder al juez que realiza el control de constitucionalidad, por el carácter político de su función como legislador negativo; pero no así al juez ordinario, que no está legitimado democráticamente para desarrollar una función política. El gran problema de la *libertad* del juez ordinario a la hora de aplicar la Constitución libremente es que no cuenta con la legitimidad democrática –ni la correspondiente legitimidad constitucional– para declararse por él mismo intérprete político de la Constitución. Que el neoconstitucionalismo así lo defienda significa pasar de una teoría del derecho a una teoría del poder: la preponderancia del poder elitista de la función judicial frente al poder democrático de la función legislativa, a través de la decisión sobre el significado de una norma constitucional para, por ello, limitar la función del legislador.

EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO, ENTRE UNA TEORÍA DE LA LEGITIMIDAD Y UNA TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

El concepto *nuevo constitucionalismo* es aún más reciente que el *neoconstitucionalismo*. A diferencia del neoconstitucionalismo, que surge desde la filosofía del derecho y desea trascender a la práctica jurisprudencial, el *nuevo constitucionalismo* tiene un doble objetivo. Por un lado, recuperar y actualizar el concepto de poder constituyente democrático, garantizando el origen democrático de la Constitución a través de una iniciativa popular de activación del mismo y del ejercicio de dicho poder fundante mediante una asamblea constituyente

participativa y plural, así como la conveniente aprobación directa de la Constitución por la ciudadanía a través de una consulta popular. Por otro lado, generar unos contenidos constitucionales que permitan resolver los problemas de legitimidad del sistema que el constitucionalismo social de origen europeo no ha conseguido solventar.

En el sentido anterior, además de la preocupación por la supremacía constitucional característica del *neoconstitucionalismo*, el *nuevo constitucionalismo* apuesta, entre otros aspectos, por abrir espacios de participación directa de la ciudadanía para evitar la *oligarquización* del sistema político; extender las garantías y efectividad de los derechos sociales; establecer nuevos fundamentos axiológicos de la vida en común; incorporar la protección del ambiente como una política transversal que debe impregnar toda la actividad social; extender los controles constitucionales a los poderes privados, fundamentalmente a los poderes económicos que controlan y distorsionan los mercados; e intentar democratizar y garantizar la independencia del poder judicial, de los órganos de control de constitucionalidad y, en general, de las instituciones de control sobre el poder político o económico. Y, por supuesto, resolver la exclusión y marginación de las minorías étnicas y sociales y los grupos vulnerables. En este trabajo trataremos especialmente el primer objetivo del *nuevo constitucionalismo*, la recuperación de la legitimidad democrática de la Constitución, por tratarse del elemento que más claramente contrapone una pretensión de *teoría constitucional* frente a la *teoría del derecho* que fundamenta el *neoconstitucionalismo*.

También el *nuevo constitucionalismo* cuenta con su acta de nacimiento, pero en esta ocasión en América Latina. A finales del siglo XX, dos constituciones latinoamericanas podían ser incluidas dentro del nuevo constitucionalismo: la Constitución colombiana de 1991 y la venezolana de 1999. Estas constituciones democráticas fueron los precedentes que abrieron paso a los cambios constitucionales en América Latina que se dieron durante el inicio del siglo XXI, con la Constitución ecuatoriana de 2008 y la boliviana de 2009. En este marco tuvo lugar una primera exploración sobre el concepto de *nuevo constitucionalismo* desde el cambio de paradigma respecto al viejo o clásico constitucionalismo latinoamericano (Viciano & Martínez, 2005, pp. 55-68), que se profundizó en sus postulados teórico-prácticos algunos años después, cuando las constituciones ecuatoriana de 2008 y boliviana de 2009 ya habían visto la luz (Viciano & Martínez, 2010, pp. 7-29; 2011, pp. 1-24).

Como ya hemos adelantado, el fundamento del nuevo constitucionalismo se encuentra en la recuperación de un poder constituyente democrático que, de acuerdo con las posibilidades

contextuales en una dinámica evolutiva, tiene lugar a través de voluntades populares emancipadoras después de una época de hegemonía de un constitucionalismo de élites. Si algo caracterizó tradicionalmente al constitucionalismo latinoamericano, no ha sido su capacidad social integradora, su fuerza normativa, ni su amplia legitimidad democrática. Más bien, todo lo contrario. La historia constitucional latinoamericana, salvo contadas excepciones, ha demostrado el dominio de las élites en la decisión constituyente y, por lo tanto, la identidad entre voluntad elitista-criolla y voluntad constituyente (no democrática). El resultado fue un constitucionalismo conservador que se ha mantenido hegemónico, con diferentes lavados de cara, hasta la actualidad. El *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, donde no todo son virtudes y campan a las anchas sus defectos, constituye sin embargo una respuesta relegitimadora de nuevas constituciones democráticas cuya categoría diferenciada se encuentra ya asentada en la doctrina: Gargarella & Courtis (2009), Médici (2010), Noguera (2010), Villabella (2010), De Cabo (2011), Criado (2011), Aparicio Wilhelmi (2011), Uprimny (2011), Pisarello (2011), Nolte & Schilling-Vacaflor (2012), Palacios (2013), Wolkmer y Machado (2013), Gargarella (2013), y otros.

Las críticas al nuevo constitucionalismo latinoamericano han provenido específicamente de la doctrina más conservadora y menos desarrollada conceptualmente, que critica el carácter populista de los nuevos textos constitucionales. Así, por ejemplo, Edwards (2009, p. 233) indica que las constituciones elevan la apelación populista a las masas a nivel constitucional, si bien el autor no diferencia entre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo. Mayor solidez analítica contienen las críticas desde los teóricos de la *democracia constitucional*. Para Salazar (2013, pp. 361-363), el carácter ambiguo de los textos constitucionales es un problema para la seguridad jurídica, porque son

disposiciones jurídicas que son susceptibles de múltiples interpretaciones y, por lo mismo, son receptáculo de muchas normas que resulta muy difícil identificar [...] Podría organizarse seminario de filosofía, antropología o derecho constitucional para discernir sus significados y probablemente los expertos no llegarían a posiciones concordantes.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano es calificado por el autor, por sus características diferenciadas de la democracia constitucional, como un *ornitorrinco jurídico* (p. 387).

Pero cabe insistir en que el nuevo constitucionalismo latinoamericano se diferencia del constitucionalismo criollo en el campo de la legitimidad, no tanto en algunos de los novedosos contenidos de

sus constituciones –que surgen de un debate abierto y plural legitimado democráticamente, lo cual, sin duda, crea redacciones técnicamente menos acerdadas–, sino por la naturaleza *democrática* de los procesos constituyentes. Desde las constituciones fundacionales de los nuevos Estados independientes, en América Latina han escaseado los procesos constituyentes plenamente democráticos y, en cambio, se han producido en multitud de ocasiones procesos constituyentes representativos de las élites y alejados de la naturaleza democrática esencial del poder constituyente. La evolución del constitucionalismo latinoamericano anterior a las nuevas constituciones se fundamentó en el nominalismo constitucional y, con ello, en la falta de una presencia efectiva de la Constitución en el ordenamiento jurídico y en la sociedad. En general, las constituciones del *constitucionalismo criollo* no cumplieron más que los objetivos que habían determinado las élites: la organización del poder del Estado y el mantenimiento, en algunos casos, de los elementos básicos de un sistema democrático formal (Martínez Dalmau, 2011, p. 851).

De ahí la denominación de un *nuevo constitucionalismo*, cuando el relato de legitimidad positivista-elitista se transforma en legitimidad democrática, con intención de acabar con el nominalismo constitucional y avanzar hacia la transformación de la sociedad en la que se aplica. Desde la segunda mitad de la década de los ochenta del siglo XX, se produjeron cambios que pronosticaban la cercana conciliación entre constitución formal y material, y comenzaron a abrir paso a los postulados del nuevo constitucionalismo. Recordemos, esencialmente, la Constitución brasileña de 1988, sin embargo excluida del nuevo constitucionalismo por las carencias democráticas de su proceso constituyente y por su falta de voluntad transformadora respecto del constitucionalismo del Estado social. Será la reaparición de los postulados democráticos en los procesos constituyentes colombiano y venezolano y, por lo tanto, la elaboración de un nuevo relato de legitimidad, el que coloca el diferencial entre el *antes* y el *después* del nuevo constitucionalismo.

El nuevo constitucionalismo reasigna un significado actualizado a conceptos que habían sido desnaturalizados por la teoría constitucional conservadora, como el de soberanía popular o poder constituyente. Y no porque una teoría constitucional democrática los haya reconstruido sólidamente con anterioridad a los procesos constituyentes, sino porque así han sido usados esos conceptos para el avance democrático y, muy especialmente, por los movimientos sociales como fundamento de emancipación. Esa es una de las principales diferencias con el neoconstitucionalismo: el nuevo constitucionalismo

no es una teoría del derecho, sino una teoría de la Constitución relatada en un marco reescrito sobre la legitimidad democrática de la Constitución, que utiliza los conceptos sin miedo y de la manera como le son útiles para avanzar democráticamente. Como ha hecho referencia Martínez Dalmau (2012, pp. 1-15), es cierto que desde diferentes ámbitos académicos, en particular desde la filosofía del derecho, se ha planteado en los últimos años una revisión del concepto de soberanía y ciudadanía, y con él, la de poder constituyente (por todos, Ferrajoli, 2002), por la identificación del problema del *absolutismo* del Estado, que se opondría al *constitucionalismo global*. El planteamiento, desde luego, es acertado desde el punto de vista de la *soberanía del Estado*, pero no debería afectar a la reivindicación de la *soberanía del pueblo* en el Estado constitucional. *Soberanía del Estado* y *soberanía del pueblo* son dos conceptos cercanos en algunas características, pero por fortuna distintos en su materia, justamente porque la diferencia entre el Estado moderno de la época de Bodino y el Estado constitucional es que la soberanía, en esta última formación, no es explicativa de un hecho –la aparición del Estado–, sino *fundamento* de este hecho. En el Estado constitucional, la *soberanía del Estado* solo tiene sentido de forma dependiente –y, por lo tanto, limitada– de la *soberanía del pueblo* y, por ello, el constitucionalismo democrático exige que la soberanía del Estado solo pueda concebirse en el ámbito de la normativa. Pero el peligro de negar una soberanía del pueblo *legitimadora* es grave porque, salvo que aparezcan nuevos modelos, lo que se niega es la posibilidad de un constitucionalismo democrático. O, lo que es lo mismo, la posibilidad de progresar en el avance de la emancipación de los pueblos a través del Estado constitucional.

Un punto en común entre el nuevo constitucionalismo y el neoconstitucionalismo es la reivindicación de un viejo significante con un significado diferente: el *Estado constitucional*. El Estado constitucional pivota alrededor de la supremacía de la Constitución en todo su contenido; por lo tanto, los principios constitucionales, como voluntad del poder constituyente, cuentan con la efectividad jurídica correspondiente a su posición. En la doctrina, principalmente a raíz de la consolidación de la corriente neoconstitucionalista, se ha avanzado hacia la diferenciación entre el concepto formal y material de Estado constitucional (Viciano & Martínez Dalmau, 2011, pp. 3 y ss.). La distinción estriba en entender que no es un Estado constitucional el Estado que cuenta con una constitución únicamente en sentido formal, es decir, que cuenta con un texto que se autodenomina como tal y que organiza el poder del Estado (Aguiló, 2001, p. 450), sino el que cuenta con una constitución de origen democrático y que organiza el poder del Estado limitándolo por el respeto a los derechos fundamentales y

a la voluntad popular. Así, la constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico no porque lo prescriba su texto, sino porque expresa la voluntad democrática popular respecto al contenido y valor de la Constitución. Por tanto, la definición del Estado constitucional, para el *nuevo constitucionalismo*, no es solo formal y normativa, sino que se asienta en el fundamento democrático que le otorga legitimidad al poder. Una dimensión, la democrática, que no parece estar presente en las tesis neoconstitucionales; incluso parecía contraria a la función que esta corriente atribuye a los jueces ordinarios.

Desde el punto de vista del *nuevo constitucionalismo*, el Estado constitucional, como superación del Estado social y democrático de derecho, discurre principalmente por cuatro senderos (Martínez Dalmau, 2012, p. 14): la reivindicación del concepto de soberanía popular y su identificación con el poder constituyente; la incorporación de mecanismos de fortalecimiento de la legitimidad democrática del poder constituido, tanto a través de la participación directa en las decisiones como del control democrático del poder político organizado; la búsqueda de mecanismos de materialización y efectividad de la Constitución y la eliminación de las sombras nominalistas; y, por último, la desaparición definitiva del poder constituyente constituido o derivado (poder de reforma de la Constitución por parte de los órganos constituidos), al considerar materialmente indelegable al poder constituyente democrático. De estos cuatro elementos, tan solo uno –el tercero– puede entenderse compartido con el constitucionalismo del Estado social y por el *neoconstitucionalismo*.

Un aspecto importante respecto a los principios constitucionales también diferencia sutilmente a las constituciones del nuevo constitucionalismo con las tesis neoconstitucionalistas. La sacralización de los principios constitucionales por parte del neoconstitucionalismo es relevante a la hora de entender la función del juez ordinario, que se convierte en permanente y amplio intérprete de la constitución a la hora de decidir qué reglas atentan contra los principios constitucionales. Las constituciones del nuevo constitucionalismo, aunque cargadas de elementos axiológicos importantes de cara a su fundamentación principista, no están carentes de reglas; al contrario, son profusas en reglas, hasta el punto de que algunas críticas las han calificado de *reglamentarias*. La razón estriba en la necesidad de encontrar cauces reales para su aplicación y evitar con ello el nominalismo, pues la falta de aplicación de la constitución ha sido, como hemos visto, uno de los grandes problemas del constitucionalismo criollo. Y si algo ha quedado claro en el constitucionalismo comparado es que las constituciones principistas han dejado en manos del aplicador del derecho, el juez,

la vigencia real de la constitución, lo que históricamente ha producido enormes problemas de nominalismo constitucional, como en el caso del constitucionalismo europeo decimonónico. Los principios son importantes en el nuevo constitucionalismo, pero también las reglas.

Evidentemente, esta nueva relación entre principios y reglas constitucionales modifica los mecanismos interpretativos de la Constitución. En el nuevo constitucionalismo cobra importancia el control concentrado de la constitucionalidad, que solo puede ser un control de naturaleza política dentro del marco jurídico de la Constitución. Pero es el control concentrado el que garantiza una lectura única y, por lo tanto, la aplicabilidad real de la voluntad constituyente. Si en el neoconstitucionalismo la decisión del juez (ordinario o de control de constitucionalidad) es finalmente la auténtica y se impone al legislador, en el nuevo constitucionalismo es la voluntad constituyente, a través de los jueces de control de constitucionalidad, la que se impone tanto al legislador como al juez ordinario. El problema, pues, se traslada a la legitimidad democrática del juez de control de constitucionalidad. Pero este es un problema diferente relacionado no con una teoría del derecho, sino con una (más necesaria que nunca) teoría de la legitimidad. De esta forma, la Constitución del nuevo constitucionalismo es una constitución fuerte y débil a la vez; fuerte respecto al poder constituido, lo que no podría ser de otra manera desde una teoría de la Constitución democrática porque alberga la voluntad popular; pero débil, en términos de Colón (2013), respecto al poder constituyente, porque la Constitución democrática está permanentemente a disposición de la revisión por parte del pueblo, que la puede modificar cuando lo considere oportuno.

Recordemos que la interpretación de la Constitución en el nuevo constitucionalismo es principalmente la interpretación de una Constitución democrática (Martínez Dalmau, 2013, pp. 437-452). Cabe recordar, como avanzábamos al principio, que la especificidad de la interpretación constitucional es un tema largamente debatido tanto en el marco de la filosofía del derecho como del derecho constitucional, por cuanto se trata de uno de los principales denominadores comunes entre ambos campos de estudio del hecho jurídico. El neoconstitucionalismo, fundamentalmente, en su empeño por traducir la constitución política en constitución normativa y el papel adjudicado al juez ordinario en este aspecto, ha insistido en las diferencias entre ambas interpretaciones. Pozzolo (1998, pp. 339-341) identificaba, como hemos visto, unas características comunes en las construcciones de los diferentes autores, que justificarían su incorporación a la tesis *neoconstitucionalista* y la especificidad de la interpretación constitucional, postura en estos momentos mayoritaria en la doctrina. Guastini (2008, pp. 53-58),

consciente de su posición minoritaria, ha catalogado y criticado los argumentos por los cuales esta parte de la doctrina considera que la interpretación de un texto constitucional es algo decididamente distinto de la interpretación de otros textos jurídicos, en especial de la ley, para lo cual requeriría de métodos especiales diferentes de los que usualmente se usan en la interpretación de la ley, lo que el autor niega. Ahora bien, ambos análisis pasan por alto, seguramente de forma consciente, la importancia del factor democrático en el diferente método de interpretación de la Constitución. Resulta evidente que no puede interpretarse igual la norma fundante del ordenamiento y con legitimidad popular constituyente que el resto de las normas jurídicas, que se encuentran sometidas a la Constitución y cuentan con legitimidad democrática constituida.

En efecto, la interpretación constitucional cobra un sentido puramente positivista cuando la interpretación de la Constitución es, en definitiva, la interpretación de una ley (fundamental) sin mayores consideraciones. Pero cuando, además, se trata de una Constitución originaria de un poder constituyente democrático –esto es, del nuevo constitucionalismo– estamos ante el único caso de aplicación normativa donde no se puede acceder al conocimiento directo de la voluntad generadora, sino que solo puede conocerse a través de los documentos generados durante el periodo constituyente. Requiere, por lo tanto, de un intérprete auténtico *sustitutivo* que realice la función de intérprete constitucional, y que en los casos del sistema de control concentrado de la constitucionalidad es, habitualmente, el tribunal constitucional. Por otro lado, la interpretación de la Constitución democrática obedece necesariamente a criterios metajurídicos, *políticos*, porque apela a la voluntad constituyente. Por el contrario, el juicio de *constitucionalidad* de una norma infraconstitucional solo debe tomar como criterio si esa norma es compatible o no con lo que indica el texto constitucional. Es decir, debe determinar el significado de dicha norma en interrelación con el texto constitucional, lo que reconduce el mecanismo de interpretación al criterio sistemático/contextual (Martínez Dalmau, 2013, pp. 437-452).

En definitiva, la distinción sustantiva entre constituciones en la actualidad es la que diferencia las constituciones democráticas (producto de un poder constituyente democrático, esto es, participativo, deliberativo y plural) de las que han sido elaboradas por cualquier otro procedimiento (impuestas, otorgadas, o aprobadas o modificadas desde el poder constituyente constituido o derivado). En el nuevo constitucionalismo solo pueden incluirse las primeras. En el neoconstitucionalismo caben ambas tipologías, porque esta corriente doctrinal no se preocupa de la legitimidad de la Constitución

sino solo de su aplicación en el marco de la relación principios y reglas y de la función del juez para hacerla efectiva. No son conceptos opuestos, como defienden algunos autores (Lascarro, 2012, pp. 58-69), porque el *nuevo constitucionalismo* coincide con algunos elementos *neoconstitucionalistas*; pero, desde luego, no son conceptos asimilables ni necesariamente complementarios en todos sus aspectos.

NUEVO CONSTITUCIONALISMO, ¿LATINOAMERICANO?

Una vez delimitada la diferencia entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo, cabe incursionar en la categorización del nuevo constitucionalismo como *latinoamericano*. Como hemos visto (Viciano & Martínez Dalmau, 2011, pp. 7 y ss.), el nuevo constitucionalismo busca analizar, en un primer momento, la *exterioridad* de la Constitución; es decir, su legitimidad, que por su propia naturaleza solo puede ser extrajurídica. Posteriormente –como consecuencia de aquella– interesa la *interioridad* de la Constitución, con particular referencia –y en ese punto se conecta con los postulados neoconstitucionalistas– a su normatividad. Desde los axiomas democráticos, el fundamento de la constitucionalización del ordenamiento jurídico solo puede encontrarse en que la Constitución es el mandato de un constituyente democrático, y refleja su voluntad. Y esto, desde algunos de los procesos constituyentes de la segunda posguerra europea, no había sucedido –salvo el caso particular de la Constitución portuguesa de 1976– y ha vuelto a recuperarse en América Latina. En efecto, a través de los últimos procesos constituyentes latinoamericanos se han legitimado textos constitucionales que han buscado, a pesar de un maremágnum de obstáculos y dificultades, no solo ser fiel reflejo del poder constituyente sino, a continuación, permear el ordenamiento jurídico y revolucionar el *statu quo* de sociedades en condiciones de necesidad. La situación social en América Latina no ha dejado muchos resquicios para la esperanza, pero uno de ellos es el papel de un constitucionalismo democrático. Un constitucionalismo que pueda romper con lo que se considera dado e inmutable, y que pueda avanzar por el camino de la justicia social, la igualdad y el bienestar de los ciudadanos (Viciano & Martínez Dalmau, 2005, pp. 60 y ss.). Aunque el modelo del *nuevo constitucionalismo* puede generar constituciones en otros espacios geográficos, donde se ha producido la primera manifestación de esta corriente ha sido en Latinoamérica; por ello, conviene denominar lo acaecido en Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia como *nuevo constitucionalismo latinoamericano*.

Sin duda, como afirman Gargarella & Courtis (2009, p. 11), una de las principales preguntas que las nuevas constituciones

latinoamericanas vienen a responder –aunque no la única– es cómo se soluciona el problema de la desigualdad social. En muchos países latinoamericanos, después de las dictaduras militares de los años setenta y ochenta, se intentó implementar un remedo de constitucionalismo social de inspiración europea. Pero cuando ese proyecto fue diseñado por las élites políticas (la socialdemocracia y la democracia cristiana latinoamericana, con el asesoramiento de sus pares europeos), no aplicaron el elemento central que ha permitido durante décadas que el Estado social y democrático de derecho existiera en Europa: el pacto capital-trabajo, que dio lugar a una cierta redistribución de sus plusvalías a cambio de la renuncia a la sustitución radical del capitalismo. Al no existir el pacto capital-trabajo, el constitucionalismo social latinoamericano se convirtió en papel mojado, en un constitucionalismo que frustró las esperanzas de la ciudadanía y que abrió la búsqueda social de nuevos parámetros de constitucionalismo. Pronto, las manifestaciones de protesta en toda América Latina condujeron a la búsqueda de formas de rescate de la dignidad de los pueblos, de reivindicación de sus derechos, de profundización democrática, de exigencia de lo que les correspondía, a través de mecanismos globalmente transformadores y que funcionaran. Y aquí nos encontramos con un segundo elemento que fortalece la idea de que se debe hablar de un *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, y no meramente *andino*, porque, aunque los procesos constituyentes se han producido en algunos países andinos, la idea de recuperar una formulación democrática del poder constituyente y las reivindicaciones populares que esos procesos incorporaron a los textos constitucionales fueron una respuesta global latinoamericana. Que pudo ver la luz, por circunstancias históricas y sociales, en algunos concretos Estados, pero que se encuentra aún hoy en día latente en la totalidad de los países de la región.

Los procesos constituyentes latinoamericanos, por tanto, se insertan en el abanico –por otra parte, tampoco muy amplio– de mecanismos de cambio y se convirtieron en procesos *necesarios* en el devenir de la historia (Viciano & Martínez Dalmau, 2005, p. 61), como resultado directo de los conflictos sociales que se recrudecieron durante la aplicación de políticas neoliberales, particularmente durante las décadas de los ochenta y noventa, y de la respuesta político-social que generaron los movimientos sociales. La traslación de sus necesidades a los textos constitucionales a través de procesos constituyentes, es la culminación de un camino progresivo en la nueva expresión democrática (De Cabo, 2006, pp. 33 y ss.). Por ello, no cabe duda de que determinados aspectos de este *nuevo constitucionalismo latinoamericano* resultan extraños a la doctrina clásica del derecho

constitucional (Viciano & Martínez Dalmau, 2010, pp. 7-29). No tanto por el método empleado para aprobar las nuevas constituciones, que enraíza directamente con el concepto europeo liberal de revolución y de soberanía, sino porque, aunque parezca increíble, el constitucionalismo democrático es un fenómeno lejano para los europeos de inicios del siglo XXI. Las dinámicas conservadoras de la disciplina favorecen las desconfianzas sobre posiciones innovadoras, y las nuevas constituciones latinoamericanas si hacen algo es innovar, muchas veces de forma caótica y desordenada –lo que, cabe recordar, es otra de las críticas a las nuevas constituciones latinoamericanas–. Son textos que crean, entre otras cosas, formas alternativas de participación; incluyen elementos novedosos en el control de la constitucionalidad; regulan los bancos centrales; garantizan efectivamente los derechos económicos y sociales; reconstruyen la Constitución económica, incluido el concepto de propiedad privada... El *nuevo constitucionalismo latinoamericano* sin duda ha cometido numerosos errores, tanto en el diseño como, sobre todo, en la aplicación del modelo, pero cuenta con un componente de originalidad que, para encontrarlo en los experimentos constituyentes comparados, tendríamos que escarbar en los más remotos orígenes del constitucionalismo democrático.

Pero, además, se trata de un constitucionalismo en construcción, de un constitucionalismo en transición, no de un modelo constitucional acabado. Entre otras razones, porque es un modelo que ha surgido desde abajo, sin teorización previa y sin demasiados expertos que acompañaran el parto. Es un modelo experimental –en términos de De Sousa Santos (2007, p. 28) que pretende abrir nuevas fórmulas de organización de la sociedad. Y que, como todo experimento, necesita acudir al mecanismo error-rectificación para poder avanzar en la búsqueda de mejores soluciones constitucionales para las sociedades latinoamericanas. Señaladas estas notas de *experimentalidad* y de *transformación* que caracterizan al nuevo constitucionalismo latinoamericano, tampoco nos parece que haga justicia su exclusiva denominación como *constitucionalismo experimental*, *constitucionalismo transformador*, o *neoconstitucionalismo transformador* (Ávila, 2011). Modelos experimentales y transformadores de constitucionalismo han existido ya bastantes a lo largo de la historia. Pero es la primera vez que un modelo constitucional, experimental y transformador se da fuera de las fronteras geográficas del hemisferio norte y, concretamente, de Europa o Estados Unidos. Parece reseñable que esa novedad histórica sea remarcada al denominar las experiencias constitucionales a las que nos estamos refiriendo en este trabajo.

Ahora bien, no cabe pensar que las condiciones que han dado lugar a un *nuevo constitucionalismo* tengan necesariamente que ser

exclusivas de América Latina. Una vez comprobada la acción global del constitucionalismo y del constitucionalismo democrático, es fácil pronosticar que los avances emancipatorios del constitucionalismo democrático serán rescatados y mejorados por otros ámbitos geográficos donde se den las condiciones para la superación del Estado social, posiblemente a través de las constituyentes democráticas. De hecho, algunos avances en Asia (Bután), África (República Sudafricana, Túnez) y Europa (el proceso inacabado islandés) parecen apuntar hacia una concepción global de *nuevo constitucionalismo*. Estas experiencias recientes parecen avanzar en la práctica lo que en la teoría es apenas un esbozo: la necesidad de fundamentar el Estado constitucional no solo, aunque también, sobre los principios de aplicación de la Constitución –tesis *neoconstitucionalista*–, sino, y cabría decir que primeramente, sobre la legitimidad del poder constituyente (procesos constituyentes, asambleas constituyentes) y sobre una nueva teoría de la Constitución que renueve la estructura interna y los fines sociales de la misma, adecuándola a los problemas sociales, políticos y económicos que vive hoy la humanidad.

Parece, por lo tanto, que la superación de las debilidades del constitucionalismo del Estado social provendrá de una relegitimación del poder político organizado sobre el principio emancipador de la soberanía popular, el poder constituyente y el constitucionalismo democrático; esto es, del *nuevo constitucionalismo*. La experiencia latinoamericana será, en ese camino, un insumo valiosísimo para el aprendizaje. De no ser así, importantes sombras podrían cernirse sobre la capacidad de los seres humanos para ser dueños por sí mismos de su destino en común.

REFERENCIAS

- AGUILÓ REGLA, J. (2001). Sobre la constitución del Estado constitucional. *Doxa* 24, 429-457.
- APARICIO WILHELMI, M. (2011). Nuevo constitucionalismo, derechos y medio ambiente en las Constituciones de Ecuador y Bolivia. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 9, 1-24.
- ÁVILA SANTAMARÍA, R. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya-Yala y Universidad Andina Simón Bolívar.
- CARBONELL, M. (2003). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- CARBONELL, M. (2007). El neoconstitucionalismo en su laberinto. En Miguel Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.

- CARBONELL, M. & GARCÍA JARAMILLO, L. (2010). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- COLÓN-RÍOS, J. I. (2013). *La Constitución de la Democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- COMANDUCCI, P. (2003). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- CRIADO DE DIEGO, M. (2011). El sistema de gobierno en las nuevas constituciones andinas: distribución horizontal del poder en el régimen constitucional de Venezuela y Ecuador. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 9, 1-44.
- DE CABO DE LA VEGA, A. (2006). Las transformaciones institucionales. En Juan Torres López (coord.), *Venezuela, a contracorriente. Los orígenes y las claves de la revolución bolivariana*. Barcelona: Icaria.
- DE CABO DE LA VEGA, A. (2011). Los mecanismos de democracia participativa en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 9, 1-40.
- DE SOUSA SANTOS, B. (2007). *La reinención del Estado y el Estado plurinacional*. Santa Cruz de la Sierra: Cenda.
- EDWARDS, S. (2009). *Populismo o mercados. El dilema de América Latina*. Bogotá: Norma.
- FAVOREU, L. (1996). La constitutionalisation du droit". En AA. VV., *L'unité du droit. Mélanges en hommage a Roland Drago*. París: Economica.
- FERRAJOLI, L. (2002). *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. (2010). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 15-53.
- GARGARELLA, R. & COURTIS, C. (2009). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago de Chile: Cepal.
- GARGARELLA, R. (2013). *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*. Nueva York: Oxford University Press.
- GUASTINI, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta.
- GUASTINI, R. (2013). A propósito del neoconstitucionalismo. *Doctrina constitucional*, 67, 231-240.
- LASCARRO CASTELLAR, C. (2012). De la hegemonía (neo)constitucional a la estrategia del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Jurídicas*, 9(2), 58-69.
- MARTÍNEZ DALMAU, R. (2011). El constitucionalismo fundacional en América Latina y su evolución: entre el constitucionalismo criollo y el nuevo constitucionalismo. En Pilar García Trobat & Remedio Sánchez Ferriz (coords.), *El legado de las Cortes de Cádiz*. Valencia: Tirant.

- MARTÍNEZ DALMAU, R. (2012). El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 11, 1-15.
- MARTÍNEZ DALMAU, R. (2013). La interpretación de la Constitución democrática. En AA. VV., *Costituzione, Economia, Globalizzazione. Liber Amicorum in Onore di Carlo Amirante*. Nápoles: Edizioni Schientifiche Italiane.
- MÉDICI, A. (2010). El nuevo constitucionalismo latinoamericano y giro decolonial: Bolivia y Ecuador. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 3, 3-23.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, A. (2010). *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Valencia: Tirant.
- NOLTE, D. & SCHILLING-VACAFLOR, A. (2012). *New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices*. Burlington: Ashgate.
- PALACIOS ROMEO, F. (2013). *Nuevo constitucionalismo participativo en Hispanoamérica*. Pamplona: Aranzadi.
- PISARELLO, G. (2011). *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid: Trotta.
- POZZOLO, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21(2), 339-353.
- SALAZAR UGARTE, P. (2013). El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica). En Luis Raúl González Pérez & Diego Valadés (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*. México: UNAM.
- UPRIMNY, R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En César Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- VICIANO PASTOR, R. & MARTÍNEZ DALMAU, R. (2005). El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Ágora. Revista de Ciencias Sociales*, 13, 55-68.
- VICIANO PASTOR, R. & MARTÍNEZ DALMAU, R. (2010). Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 25, 7-29.
- VICIANO PASTOR, R. & MARTÍNEZ DALMAU, R. (2011). El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 9, 1-24.
- VILLABELLA ARMENGOL, C. M. (2010). Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 25, 49-76.
- WOLKMER, A. C. & MACHADO FAGUNDES, L. (2013). Para um novo paradigma de Estado Plurinacional na América Latina. *Novos Estudos Jurídicos*, 18(2), 329-342.

El derecho constitucional del siglo XXI en América Latina: entre la ósmosis y un nuevo paradigma

CARLOS MANUEL VILLABELLA ARMENGO*

Recibido: 1 de octubre de 2013 – Aprobado: 30 de noviembre de 2013



RESUMEN

En el presente artículo se brinda una breve panorámica de la evolución del derecho constitucional, destacando la noción de constitución que se conforma en cada momento. En ese *iter*, distingue en particular el surgimiento del neoconstitucionalismo como doctrina que sistematiza diversos rasgos que se venían desarrollando en el derecho constitucional posbélico de Europa. Aborda el surgimiento del *nuevo constitucionalismo en Latinoamérica*, caracterizándolo y argumentando que esa denominación debía rectificarse por la de *nuevo constitucionalismo democrático latinoamericano*. En ese punto expone que ha emergido, por primera vez fuera de Europa, un paradigma constitucional, el de la Constitución democrática y democratizadora de la sociedad.

Palabras clave: historia del derecho constitucional, neoconstitucionalismo, nuevo constitucionalismo democrático latinoamericano.



ABSTRACT

This article presents a brief overview of the evolution of constitutional law, stressing the notion of constitution conceived in every moment. In this regard, it characterizes, in particular, the emergence of neo-constitutionalism as a doctrine that systematizes manifold features of post-war constitutional law in Europe. This paper tackles the emergence of new constitutionalism in America and its characteristics; it also argues that this concept should be rectified as new democratic constitutionalism in Latin-America. It states that, for the first time, a constitutional paradigm has emerged outside Europe: the democratic and democratizing constitution of society.

Keywords: Constitutional Law History, neoconstitucionalismo, New Latin American Democratic Constitutionalism.

* Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Experto académico por la Universidad de Granada, España. Doctor en Derecho por la Universidad de La Habana. Estudios posdoctorales en la Universidad de Oviedo, España. Es miembro de diversas redes académicas y científicas. Profesor titular de la Universidad de Camagüey en Cuba y profesor invitado del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla donde dirige el programa de doctorado en Derecho y la revista *IUS*. Correo electrónico: cvilla61@yahoo.com.

EL *ITER* DEL DERECHO CONSTITUCIONAL HASTA FINALES DEL SIGLO XX

En la evolución del derecho constitucional se pueden identificar cuatro grandes etapas: la que transcurrió desde finales del siglo XVIII hasta principios del siglo XX, la que se desarrolló durante la primera mitad de ese siglo, la que progresó a partir de la segunda posguerra hasta finales de esa centuria y la que aconteció desde las últimas décadas del siglo XX hasta nuestros días.

La distinción se establece en correspondencia con el desarrollo teórico e institucional acaecido en el constitucionalismo, la sucesión de los distintos modelos de Estado y los cambios formales producidos en los textos constitucionales. Esta periodización, sobre todo en sus tres primeros momentos, es manejada en la literatura constitucional, aunque algunas catalogaciones prefieren diferenciar además el primer constitucionalismo revolucionario del que progresa durante el siglo XIX. En nuestra opinión, puede precisarse una cuarta etapa, como establecimos *ut supra*, ya que el derecho constitucional que evoluciona en ese lapso no solo posee rasgos distintivos, sino además presenta cualidades que renovaron el discurso constitucional. A ello se agrega que el foco desarrollador actual de la disciplina se encuentra fuera de Europa, lo cual resulta un dato significativo.

De las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX emergió la Constitución escrita como documento que sintetizó los nuevos cánones ideológicos sobre los que se organizaba el poder político y la sociedad, lo que propició que se visualizara como código jurídico-político fundante, forma ideal de organización de una nación. El eje de esta etapa fue la expansión de la Constitución escrita y la sistematización teórica de los conceptos e instituciones pilares que dieron lugar a la conformación del derecho constitucional como disciplina del derecho público en la mitad de siglo XIX.

De ese entorno derivó una noción cerrada y formal de constitución sintetizada que se ha reconocido como concepto racional-normativo, el que la explicita como documento político resultante del pacto constituyente que regula la organización, funcionamiento y límites del poder del Estado, refrenda los derechos ciudadanos y establece los presupuestos mínimos sobre los que se organiza la sociedad.

Esta percepción fue correlato de la concepción normativista que delineó al sistema jurídico como un orden gradado en cuyo vértice se encontraba la norma fundamental (*Grundnorm*) o ley de leyes, y del positivismo jurídico que proyectó al derecho como un andamiaje de preceptos amoraes cuya validez era únicamente procedimental. La

sacramentalización de la Constitución encontró apoyatura, a su vez, en la concepción del Estado de derecho (*Rechtsstaat*)¹ que se construyó como modelo decimonónico y que suponía el imperio del derecho y el funcionamiento del poder político público en los límites que este marcaba (en la Constitución)².

El derecho constitucional de la primera mitad del siglo XX, identificado también como constitucionalismo de entreguerras (Corvera, 1997), es una fase en la que no se experimentan cambios sustanciales en las constituciones, pero que denota la crisis del modelo de Estado y de Constitución emergidos en la etapa anterior. Es un espacio de transición hacia el cambio de formato constitucional que va a suceder posteriormente, es el primer intento de autocorrección del Estado liberal. La tenue democratización que se percibe en las constituciones de este momento y que constituye la directriz fundamental de las transformaciones responde a la necesidad de relegitimación política ante la crisis económica que progresaba, el auge del proletariado industrial y urbano, la politización de la lucha de clases y la inestabilidad de las instituciones políticas.

En ese lapso podemos apreciar como aspectos novedosos en las constituciones los siguientes: crecimiento cualitativo de los derechos políticos al eliminarse las restricciones censitarias y de género en el derecho al sufragio, incorporación primigenia de derechos sociales³ en los textos de México (1917) y la República de Weimar (1919), introducción

¹ Esta doctrina de origen alemán fue empleada en 1813 por Carl Th. Welker, aunque su difusión se alcanzó en 1829 por la obra de Rober von Mohl *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*.

² La concepción de Estado de derecho constituye el epicentro del Estado moderno. Las notas fundamentales de esa concepción eran sometimiento del poder político público al derecho; la ley como expresión de la voluntad general construida en el parlamento; creación del derecho mediante un procedimiento previamente establecido; el derecho como portador de determinados valores jurídico-políticos, entre ellos la libertad y la igualdad; solo la ley puede establecer límites a la libertad del hombre; división y desconcentración del poder político en órganos diferentes como vía para evitar su ejercicio despótico.

³ El primer antecedente de regulación constitucional de principios y derechos sociales es la Constitución francesa de 1791 que incluyó un título en el que proclamó un sistema general de beneficencia pública y de educación pública gratuita. Este pronunciamiento se retomó en el texto de 1793 con el derecho de los ciudadanos a prestaciones en materia de trabajo, asistencia e instrucción. Posteriormente, la Constitución francesa de 1848 reconoció en el Preámbulo a la familia y el trabajo como fundamento de la sociedad e hizo referencia al trabajo, la asistencia y la educación. La Constitución de México de 1917 reconoció el derecho a la educación, así como la obligación del Estado de dirigir la economía nacional con el fin de lograr crecimiento, empleo y una distribución más justa. El texto de Weimar de 1919 refrendó el principio de justicia social que asegure la existencia digna del hombre y medios necesarios para su subsistencia; refrendó la protección del Estado a la familia, a la educación, el derecho al trabajo y la organización de un sistema de seguros.

de cierta limitación al derecho de propiedad al reconocerse su posible restricción, tenue legitimación de instituciones de democracia directa en algunas constituciones (iniciativa popular y el referendo), configuración del control de constitucionalidad a partir del desarrollo del modelo difuso norteamericano y el modelo concentrado en Europa.

El crac económico de 1929 y la Gran Depresión de los años treinta denotaron la crisis definitiva del liberalismo económico y del prototipo de Estado gendarme erigido sobre el *laissez-faire*. El ascenso del fascismo y el acaecimiento de la Segunda Guerra Mundial expresaron la quiebra de una concepción antidemocrática y elitista de la política, y de una visión formal y aséptica del derecho. En ese entorno, el axioma de autosuficiencia del mercado quedó desmitificado, la idea de que el Estado y la sociedad eran compartimentos estancos quedó remplazada por los argumentos keynesianos⁴ que argüían la necesidad de una estatización de la economía y la sociedad.

Así, se edificó teóricamente un modelo de Estado en vez del que había instaurado la burguesía decimonónica: el Estado social de derecho⁵ o Estado de bienestar⁶. Su coordenada era la actuación intervencionista y distributiva del Estado para corregir la menesterosidad provocada por el liberalismo y lograr la procura existencial de todos los ciudadanos a través de condiciones económicas vitales y estándares mínimos de justicia social⁷. Fue un momento de replanteo del constitucionalismo

⁴ John Maynard Keynes (1883-1946), economista británico cuyas ideas sirvieron de base a una nueva escuela de pensamiento económico. Sus postulados fueron expuestos en diversas obras, de las que se destaca la *Teoría general sobre el empleo, el interés y el dinero* (1936). Criticó la idea del mercado como mecanismo autosuficiente. Planteó la necesidad de orientación y control de la economía por parte del Estado. En esencia, sostuvo la pertinencia de que el Estado manejara con intencionalidad los impuestos, acrecentara el gasto público, fomentara el consumo, desarrollara políticas generadoras de empleo y estimulara la inversión del sector privado.

⁵ Expresión acuñada por Herman Heller en 1929 en la obra *Rechtsstaat Oder Diktatur?*

⁶ Algunos autores prefieren distinguir los términos señalando que las categorías Estado de bienestar, Estado benefactor o Estado asistencial aluden a la función de procura existencial material del ciudadano en las nuevas condiciones del capitalismo; mientras que el concepto Estado social no solo se refiere a ello, sino también al proceso multifacético de estatización de la sociedad y socialización del Estado.

⁷ Las variables fundamentales sobre las que se erigió este nuevo arquetipo fueron las siguientes: injerencia del Estado en la economía mediante políticas redistributivas de los ingresos, el manejo de índices macroeconómicos, el fomento de empleo y la administración directa de medios de producción y recursos estratégicos; desarrollo de políticas públicas asistenciales a los grupos vulnerables; promoción del bienestar general a través del acceso masivo a los bienes y servicios generados por el desarrollo capitalista; complementación material del principio de igualdad formal con el aseguramiento de derechos económicos y sociales; introducción de mecanismos reforzadores de la democracia como rejuego entre mayorías y minorías, y de vías que propicien que el ciudadano juegue un papel más activo y deje de ser simple recipiente de decisiones.

burgués ante su crisis y la explosión de los movimientos obreros, un intento sistémico de relegitimación del poder político: “Emerge como necesidad histórica a fin de contrarrestar las disfuncionalidades del capitalismo generador de un nuevo feudalismo económico [...] del que es encubridor el Estado formal de derecho [...] y disminuir la intensidad de la lucha de clases” (García, 1980, p. 19).

Algunos rasgos del derecho constitucional de esta etapa fueron los siguientes: inclusión de cláusulas económicas que integraron la constitución económica⁸; incorporación de presupuestos y definiciones para la sociedad; inserción de normas principistas que condicionan su interpretación; refrendo de derechos económicos y sociales; estructuración de mecanismos de control constitucional que mixturán los rasgos del esquema concentrado y difuso, dando lugar a un modelo de nuevo tipo; ampliación de las vías de defensa de los derechos a través de un esquema en el que están presentes garantías normativas, instituciones de influencia y mecanismos procesales en sede ordinaria, constitucional y ante instancias regionales; legitimación de instituciones de democracia directa; abandono del enfoque de constitución rígida a la par que se abre la participación del constituyente soberano en el proceso de reforma; aceptación del rango constitucional de los tratados internacionales, en particular en el tema de los derechos humanos; introducción de instrumentos limitadores del poder que acotan la dinámica de los sistemas de gobierno a fin de hacerlos menos hegemónicos y más funcionales (parlamentarismo racionalizado, presidencialismo mutado o con rasgos parlamentarios); refrendo de preceptos relacionados con el funcionamiento y fines de los partidos políticos; invocación de la eficacia directa de la normativa constitucional; aumento de la extensión de los textos constitucionales; desarrollo de una aproximación de contenido entre saberes que da lugar a nuevas disciplinas fronteras: derecho constitucional penal, derecho procesal constitucional, derecho internacional de los derechos humanos, derecho constitucional ambiental.

Los principios que presentó este constitucionalismo transformaron la Constitución, configurando una noción material de esta como documento contentivo de regulaciones socioeconómicas, establecedor de fines, legitimador de derechos que inciden en la igualdad real. Así, se mutó parte del tejido conceptual del derecho constitucional.

⁸ El término fue utilizado por primera vez por W. Eucken en *Cuestiones fundamentales de Economía Política* publicado en 1939. Puede definirse como el marco constitucional que plasma la estructura y funcionamiento del sistema económico, sus bienes, fuerzas y procesos; el conjunto de normas que expresan las decisiones fundamentales que configuran el modelo económico de una nación.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO

El término neoconstitucionalismo (Pozzolo, 1998, pp. 339-354)⁹, acuñado por la academia europea en la década de los setenta, se empleó para englobar caracteres disímiles que evolucionaban en el derecho constitucional de ese continente desde la segunda posguerra. En este sentido, la doctrina sistematizó rasgos trascendentes que le proporcionaban al derecho constitucional una faz peculiar. Así, se ha planteado que advino un nuevo tipo de derecho que destronó el enfoque paleopositivista (Ferrajoli, 2007, p. 71) y surgió una nueva doctrina constitucional (Atienza, 2001, p. 309) expresiva de perspectivas teóricas, ideológicas y metodológicas renovadoras (Comanducci, 2002, pp. 85 y ss.).

No obstante, el vocablo no ha tenido una explicitación unívoca. Se ha utilizado para significar una multiplicidad de fenómenos en el ámbito de la teoría del derecho y del Estado, así como del derecho constitucional: resume ejes metodológicos innovadores para el análisis de las normas jurídicas (interpretación basada en reglas de ponderación y razonabilidad), transmite una ideología jurídica pospositivista (reivindica la carga moral del derecho y la trascendencia de los principios), expresa una cultura jurídica constitucional (democrática, tolerante, inclusiva, generadora de virtudes), enuncia un concepto de constitución diferente y formula un tipo de Estado distinto (Prieto, 2006, p. 123; Comanducci, 2006, p. 75).

Desde el punto de vista constitucional, los ejes de esta doctrina son los siguientes:

Principismo

La incorporación en la Constitución de cláusulas generales y principios que presupuestan fines, comunican valores y proyectan deberes cívicos; proporciona un techo ideológico que condiciona la actuación del poder político, establece un decálogo cívico para la convivencia social y traza las coordenadas hermenéuticas para la aplicación del derecho. Ello trasmuta la concepción normativista y conforma una *noción axiológica de Constitución* (Comanducci, 2006, p. 84), perspectiva en la que esta deja de ser solo el código que organiza los poderes públicos y disciplina las relaciones de estos con los ciudadanos.

⁹ El origen ideológico del neoconstitucionalismo puede enmarcarse en el proceso de revisión crítica que se hace del positivismo en los años sesenta, sentido en el que se puede citar el trabajo precursor de Ronald Dworkin: *¿Es el derecho un sistema de normas?*, publicado en 1969 en castellano.

Materialidad

Este rasgo se expresa en la eficacia directa que se les reconoce a las normas constitucionales, al margen de su contenido y textura sintáctica. Ello determina no solo que la Constitución rija como fuente de derecho en el tracto jurídico, sino que además funge como referente de la actuación de los poderes públicos y permea las relaciones sociales en un plano horizontal. Esta idea se interconecta con la trascendencia que adquieren los principios en esta teoría y con la omnipresencia de la Constitución en la sociedad.

Garantismo

Como consecuencia de la hegemonía de la Constitución y de su materialidad, se enarbola la necesidad de garantía de las normas constitucionales a partir de la ampliación e interconexión sistémica de los mecanismos y vías protectores: “El garantismo [...] es la otra cara del constitucionalismo, en tanto le corresponde la elaboración y la implementación de las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad [...]” (Ferrajoli, 2007, p. 72). Este proceso se inició luego de la segunda posguerra con la mundialización de la justicia constitucional¹⁰, la que se desarrolló con la hibridación de los modelos de control concentrado y difuso y dio lugar a un arco variopinto de sistemas mixto o múltiple.

Ampliación y progresividad de los derechos

Los derechos fundamentales han experimentado un proceso ininterrumpido de multiplicación, especificación, internacionalización y no regresividad, que ha constituido pivote del desarrollo del derecho constitucional contemporáneo. Ello ha suscitado la ampliación de las dogmáticas constitucionales y la estructuración del derecho internacional de los derechos humanos.

El inicio de este decurso puede establecerse en la segunda posguerra con la incorporación de los derechos económicos, sociales y culturales, reconocidos como la segunda generación de derechos. Con posterioridad, se conformó la tercera generación de derechos ante problemas y amenazas globales que degradaban las condiciones de

¹⁰ “La mundialización de la justicia constitucional es el rasgo característico del último cuarto del siglo XX [...] pues entonces se pone en estrecha sintonía con la universalidad de la idea de libertad, con la expansión sin fronteras de un sentir que ve en el respeto de la dignidad de todo hombre y de los derechos inviolables que le son inherentes, la regla rectora de todo gobierno democrático y de cualquier convivencia civilizada” (Fernández, 2005).

habitabilidad del planeta y ponían en peligro la supervivencia humana. Al paralelo del refrendo de los anteriores derechos, progresó un proceso de especificación y multiplicación asociado al surgimiento de nuevas exigencias que ameritan juridificarse para el logro de la dignidad humana y de agresiones que requieren reprimirse.

Interpretación axiológica

La mutación que introduce el neoconstitucionalismo en la teoría de la interpretación está determinada por la incorporación en los textos de principios, presupuestos teleológicos y preceptos programáticos, como se ha destacado. Estas normas *sui generis* poseen una textura abierta por cuanto su relato normativo es abstracto y multívoco, y su supuesto de aplicación indeterminado. Ello posibilita diversos modos y grados de concreción: “Los principios son normas derrotables (*defeasible*) porque no establecen exhaustivamente los hechos, condicionantes, o bien no enumera todas las excepciones” (Guastini, 2010, p. 76).

Esto provoca que la interpretación no pueda reducirse a un accionar cognitivo en el que se descubra, a través de las reglas del lenguaje, el contenido de la norma y se determine su sentido y alcance. Por el contrario, la interpretación en estas condiciones constituye un proceso intelectual en el que se atribuye significado al enunciado y se concreta su aplicación de acuerdo con las condiciones específicas que se presentan. En este sentido, deviene en un acto creativo y concretizador a partir de la optimización semántica que debe hacer el operador jurídico del enunciado.

Constitucionalización del derecho y Estado constitucional

El proceso antiformalista que inició el constitucionalismo en la mitad del siglo XX y que dio lugar a una concepción de constitución que procura incidir en la transformación de la sociedad, tiene un punto culminante al finalizar la centuria con la profundización de algunos de los rasgos que adoptaron los textos en esa etapa y que fueron sistematizados posteriormente en la doctrina del neoconstitucionalismo como se ha expuesto.

Consecuentemente, esta teoría renovó la imagen de la Constitución al ahondar algunos de los ribetes que ya se habían presentado desde la segunda posguerra (presencia de normas-principio, eficacia directa de la normativa constitucional, reforzamiento de los mecanismos de defensa, amplia regulación de derechos) y delinear

otros que le proporcionan una nueva tipología. De esta manera, emerge una noción de constitución cultural, abierta e invasiva.

La idea de constitución cultural y abierta se determina porque expresa el patrimonio cultural de un pueblo, resume los valores republicanos de una nación, sintetiza el consenso cívico y bosqueja el proyecto de vida de un país. En ese sentido, lo trascendente no es ya que regule y limite a los poderes públicos –eso fue la quintaesencia del constitucionalismo decimonónico–, es que la Constitución se abre a contenidos heterogéneos, a la diversidad cultural y a la pluralidad de ideas de una sociedad.

La noción de constitución invasiva se condiciona por el hecho de que incorpora contenidos y principios que inciden materialmente, reglando o proyectando todos los ámbitos de las relaciones societales. De esta manera, su normativa establece mandatos para los poderes públicos, marca directrices al legislador, persuade hermenéuticamente a la judicatura y permea en un plano horizontal las relaciones sociales. En esas circunstancias se produce una constitucionalización del derecho, una sobreinterpretación de la Constitución:

De tal modo que no hay un problema medianamente serio que no encuentre respuesta o, cuando menos, orientación de sentido en la Constitución (Prieto, 2006, p. 216). Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una constitución extremadamente invasora, entrometida, persuasiva, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales (Guastini, 2006, p. 49).

Corolario de la sinergia de estos rasgos, se corporiza el Estado constitucional como nuevo modelo que postula la supremacía sustancial de la Constitución y su transformación en patrón del funcionamiento político y social de un país. Implica la afirmación de la Constitución en un sentido fuerte a través de la efectividad material de sus normas y su garantía:

En el Estado constitucional es la Constitución la norma jerárquicamente más elevada, no solo formalmente, sino también desde un punto de vista sustancial [esta] impondría al legislador no solamente el respeto lógico-formal sobre sus decisiones, sino también el desarrollo [...] y sobre todo su aplicación. Las constituciones estarían dotadas de una fuerza invasiva general, derivada justamente de haber constitucionalizado toda una serie de valores que [la] convertirían en un objeto completamente diferente [...] sería un valor en sí [...]. De este modo, la Constitución evidenciaría su especificidad [...] respecto al resto del ordenamiento no solo y no tanto por su posición jerárquica, sino sobre todo por su valor moral (Pozzolo, 2006, pp. 192 y 199).

EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO EN AMÉRICA LATINA

En el derecho constitucional contemporáneo de América Latina pueden distinguirse cuatro momentos:

1. los textos anteriores a la década de los setenta, encabezados por la mítica Constitución mexicana: México (1917), Costa Rica (1949), Uruguay (1966), Panamá (1972), Cuba (1976);
2. los documentos concebidos por algunos gobiernos militares como salida negociada hacia la democratización: Chile (1980), Honduras (1982), El Salvador (1983), Guatemala (1985);
3. las constituciones posdictaduras: Nicaragua (1987), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994); y
4. los textos emitidos en los inicios del siglo XXI: Venezuela (1999), República Dominicana (2002), Ecuador (2008), Bolivia (2009).

En las constituciones que se promulgaron en los años ochenta y noventa se introdujeron principios e instituciones en las declaraciones generales, la orgánica y la dogmática constitucional, que proporcionaron un cambio en los contenidos de las constituciones. El propósito cardinal fue incidir en una mayor estabilidad democrática y vigencia de los derechos humanos.

Los caracteres asumidos se extrajeron del derecho constitucional europeo, con la ilusión de que haciendo reingeniería institucional se produciría la transformación deseada; sin embargo, la mayoría de los injertos constitucionales que se efectuaron en ese periodo provocaron tensiones que obstaculizaron su implantación, resultaron inoperantes o sencillamente fueron ignorados. Un ejemplo fehaciente de calco mecanicista fue la adopción de la fórmula Estado social de derecho (constituciones de Nicaragua, Colombia, Ecuador) en una realidad de extrema desigualdad y penuria en la vigencia de los derechos.

No obstante, hay que resaltar que desde entonces se inició para la región un *nuevo constitucionalismo* bajo el influjo de las coordenadas del neoconstitucionalismo europeo. Algunos rasgos que merecen destacarse son los siguientes¹¹:

¹¹ Para un estudio de constitucionalismo latinoamericano pueden consultarse de nuestra autoría los siguientes artículos: El derecho constitucional contemporáneo en América Latina. Sus rasgos

1. Incorporación de diversos principios y mandatos al Estado que brindan una proyección axiológica. Se reitera la mención a la dignidad humana, el bienestar general, la justicia social, la solidaridad, la erradicación de la pobreza y las desigualdades, la construcción de una sociedad democrática y participativa, el predominio del interés general sobre el interés particular, la utilización de los recursos naturales para el desarrollo sostenible, la promoción del desarrollo humano. Algunas constituciones sistematizaron estos pronunciamientos en capítulos específicos (Nicaragua y Colombia).
2. Refrendo de mecanismos de participación directa como la iniciativa legislativa, la consulta popular y el referendo. La Constitución de Colombia reguló también la revocatoria de mandatos.
3. Regulación de vías jurisdiccionales de defensa de la Constitución (recurso de inconstitucionalidad) y de protección de los derechos (recurso de amparo, *habeas corpus*, *habeas data*), los que se combinan con mecanismos de influencia (defensor del pueblo).
4. Adopción de órganos de control constitucional concentrado y especializado en algunas constituciones (Colombia, Perú), y semiespecializado en otras (Paraguay).
5. Introducción de elementos ajenos a la dinámica de la forma de gobierno presidencial, mutando esta (Nicaragua, Paraguay) e incluso dotándola de rasgos típicos del parlamentarismo (Argentina, Colombia, Perú). Ello, a pesar de que algunos de estos textos siguen proyectando hegemónicamente al titular del ejecutivo como jefe de Estado, del gobierno y de la administración pública (Nicaragua, Colombia y Argentina).
6. Participación del titular de la soberanía en el procedimiento de reforma de la Constitución a través de una convención constituyente o referendo (Argentina, Colombia, Nicaragua, Paraguay, Perú).

(2002), *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 5. La forma de gobierno en América Latina. Un presidencialismo mutado (2003), *IUS*, VII(12), México. El presidencialismo latinoamericano. Mutaciones y gobernabilidad (2006), *Revista Cubana de Derecho*, 26. El presidencialismo en América Latina (2006), *Jurípolis*, 2(4). *Derecho Constitucional iberoamericano* (2001). La Habana: Félix Varela.

7. Reconocimiento de las minorías étnicas y pueblos originarios, y compromiso del Estado con la protección de su identidad cultural, sus usos y el respeto a sus formas de organización (Nicaragua, Paraguay).
8. Ruptura con la visión tripartita del poder al incorporar la Constitución de Nicaragua el poder electoral.
9. Refrendo amplio de los derechos sociales y económicos; en algunos textos se consagran programas sociales para su implementación.
10. Regulación de derechos difusos o colectivos: defensa del ambiente, integridad del hábitat, salubridad pública, acervo cultural nacional, intereses del consumidor, y otros que por su naturaleza jurídica pertenezcan a la comunidad y guarden relación con la calidad de vida.
11. Acogida de la cláusula de interpretación extensiva de los derechos al admitir que la enumeración que se establece no niega la existencia de otros inherentes a la persona humana.
12. Aceptación de la vigencia inmediata de los tratados y convenios suscritos por el país y reguladores de derechos humanos (Brasil, Colombia, Perú, Argentina).
13. Protección de grupos vulnerables y desarrollo de políticas de beneficios a estos.
14. Regulación del papel del Estado en la conducción de la política económica a través del establecimiento de fines, principios, el control de los recursos naturales o la regulación de otras formas de propiedad (pública, comunitaria, cooperativa) que alternan con la privada.
15. Refrendo constitucional de políticas agrarias.
16. Mención expresa a la supremacía constitucional (Nicaragua, Colombia, Paraguay).
17. Propulsión a la integración con los países del área (Brasil, Nicaragua).
18. Reconocimiento en capítulos específicos de la personalidad de los partidos políticos, sus funciones y principios reguladores de su actividad (Paraguay, Brasil).
19. Regulación del papel de los medios de comunicación (Paraguay).

LAS TRANSFORMACIONES SOCIOPOLÍTICAS

A comienzos del siglo XXI se abrió un ciclo electoral en América Latina del que brotaron cambios significativos en la escena política. Deben comentarse los siguientes resultados electorales ocurridos durante los primeros años:

1. Venezuela, 1998: Hugo Chávez Frías ganó con el 56,2 % de los votos por el Polo Patriótico, alianza de partidos cuya fuerza principal era el Movimiento V República. A tenor de la Constitución que se promulgó en 1999, se produjeron elecciones generales al siguiente año (presidenciales, regionales, municipales, parlamentarias).
2. Uruguay, 2003: Tabaré Vázquez salió elegido con el 50,3 % de los votos por el Encuentro Progresista-Frente Amplio-Nueva Mayoría, coalición de diferentes fuerzas de izquierda.
3. Argentina, 2004: Néstor Kirchner se declaró vencedor por el Frente para la Victoria mediante balotaje.
4. Brasil, 2002: Luiz Inácio Lula da Silva dominó la segunda vuelta electoral con el 61,4 % de los votos por una alianza de fuerzas políticas integrada por el Partido de los Trabajadores, el Partido Liberal, el Partido de la Movilización Nacional, el Partido Comunista Brasileño, el Partido Verde y el Partido Comunista de Brasil.
5. Bolivia, 2005: Evo Morales ganó con el 53,7 % de los votos por el Movimiento al Socialismo (MAS).
6. Chile, 2006: Michelle Bachelet Jeria triunfó con el 53,4 % de los votos por la Concertación de Partidos por la Democracia, alianza del Partido Socialista, el Partido por la Democracia y el Partido Radical Social Demócrata.
7. Ecuador, 2006: Rafael Correa Delgado ganó en la segunda vuelta electoral con el 56,7 % de los votos por la coalición Movimiento Alianza País, Partido Socialista y Frente Amplio.
8. Nicaragua, 2006: Daniel Ortega Saavedra conquistó el poder con el 37,9 % de los votos por el Frente Sandinista de Liberación Nacional.
9. Guatemala, 2007: Álvaro Colom ganó la presidencia al vencer en balotaje con el 28,24 % de los votos por la Unidad Nacional de la Esperanza (UNE).

10. Paraguay, 2008: Fernando Lugo dominó con el 40,9 % de los votos por la Alianza Patriótica para el Cambio, coalición de varios partidos y agrupaciones: el Partido Revolucionario Febrerista, el Partido Demócrata Cristiano, el Partido País Solidario, el Partido Social Demócrata, el Partido Frente Amplio, el Partido Encuentro Nacional, el Bloque Social Popular y los movimientos Avancemos, Participación Ciudadana y Poder Ciudadano en Acción.

Como puede observarse, emergió una renovada y policromática izquierda (Partido del Trabajo de Brasil, Partido Socialista de Chile, Movimiento V República de Venezuela, Frente Amplio de Uruguay, el Movimiento al Socialismo de Bolivia), arribó al poder de manera inusitada un movimiento indígena-campesino, irrumpieron grupos de amplio perfil sociopolítico (Frente para la Victoria de Argentina, Movimiento País de Ecuador, Unión Nacional de Esperanza de Guatemala, Alianza Patriótica para el Cambio de Paraguay) y advinieron antiguos movimientos guerrilleros bajo la vestimenta de organizaciones políticas (Frente Sandinista de Liberación Nacional de Nicaragua, Frente Farabundo Martí de El Salvador).

Esta renovación en las elites políticas fue consecuencia de diversos sucesos que acaecieron en la región desde los finales del siglo XX. Dos en particular tuvieron especial relieve. El primero, la culminación en los años ochenta de un periodo de gobiernos militares¹² que provocaron miles de asesinatos y desaparecidos¹³, circunstancia de la que brotó un sentimiento reivindicatorio de justicia y defensa de la dignidad humana. El segundo, los efectos de la mundialización neoliberal que implicó para la región el crecimiento de la pobreza y la desigualdad¹⁴, situación que catalizó la necesidad de un cambio social.

¹² El proceso de continuidad democrática que vive hoy la región advenido después de un largo capítulo de golpes de Estado, dictaduras y juntas militares. Sus últimas fechas son las siguientes: Argentina, 1966-1983; Bolivia, 1968-1982; Brasil, 1964-1985; El Salvador, 1967-1984; Ecuador, 1972-1979; Guatemala, 1954-1984; Nicaragua, 1967-1979; Paraguay, 1954-1991; Perú, 1968-1980; Honduras, 1972-1982; Venezuela, 1958-1961. No obstante, el papel preponderante del Ejército no solo hay que evaluarlo por la llegada de militares al poder, sino también por su alta presencia en la vida política nacional. Textos constitucionales como el de Guatemala y Nicaragua prohíben expresamente que autores de golpes militares puedan ocupar cargos públicos.

¹³ Solo la Operación Cóndor arrojó cifras aproximadas de 50.000 asesinados, 30.000 desaparecidos y 400.000 encarcelados (Calloni, 2006).

¹⁴ En 1992 la pobreza alcanzaba el 48,3 % de la población, diez años después la cifra era del 44 % (Altimir, 1979 y 1992).

La aplicación de políticas neoliberales en los años noventa provocó a su vez la desarticulación del movimiento obrero y sus organizaciones, fruto del desempleo y el vaciamiento ideológico de los sindicatos. Así, se produjo una reconstrucción del liderazgo social al irrumpir nuevas organizaciones gremiales, advenir entes en la sociedad civil que corporizaron exigencias urbanas disímiles y emerger movimientos indígenas y campesinos de gran protagonismo¹⁵.

Asimismo, el impacto de las medidas neoliberales, la transversalidad de los nuevos actores sociales y la convergencia en varias demandas (oposición a las políticas extraccionistas de los recursos, reivindicación de la tierra y la vivienda, calidad de servicios básicos como la educación o la seguridad pública, enfrentamiento a la corrupción, mayores espacios de participación, etc.) suscitaron la masificación y radicalización de las luchas sociales. Precisamente, la intensidad de los movimientos sociales producidos durante esta época provocó la renuncia de varios presidentes¹⁶ y la paralización del proyecto neoliberal del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) impulsado desde Washington.

De este entorno germinó un sentimiento demandante de transformación del *statu quo* que aglutinó a amplios segmentos sociales en frentes cívicos y alianzas nacionales, los que irrumpieron en la escena electoral con una plataforma nacionalista, antineoliberal, antiimperialista y prolatinoamericana. De ese estrato emergieron nuevas transformaciones constitucionales en la región.

EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO LATINOAMERICANO

A pesar de que los cambios constitucionales que se produjeron en la región finalizando el siglo XX fueron un tanto miméticos, como se ha comentado, y de que su repercusión en la realidad material fue azarosa, ellos significaron un momento importante de desmarque de los cánones del constitucionalismo formal decimonónico. De aquí evolucionaría años después un movimiento constitucional crítico y autóctono: “Se anunciaba el fin de una era constitucional nominalista

¹⁵ Ver Seane, Taddei & Algranati (2006, pp. 227 y ss.).

¹⁶ Fernando Collor de Mello de Brasil (1992), Carlos Andrés Pérez de Venezuela (1993), Abdalá Bucaram Ortiz de Ecuador (1997), Raúl Cubas Grau de Paraguay (1999), Alberto Fujimori Fujimori de Perú (2000), Gonzalo Sánchez de Lozada de Bolivia (2003), Jamil Mahuad Witt de Ecuador (2000), Fernando de la Rúa de Argentina (2001), Lucio Gutiérrez Borbúa de Ecuador (2005), Carlos Mesa Gisbert de Bolivia (2005).

y poco original y el inicio de nuevas luces en el constitucionalismo latinoamericano [...] cambios que pronosticaban la conciliación entre constituciones formales y materiales” (Viciano & Martínez, 2010, p. 11).

Se señala, como documento precursor (Pisarello, 2010) del nuevo momento constitucional que se originó en la región en el siglo XXI, el texto de Brasil de 1988 redactado por la Cámara de Representantes y el Senado en asamblea constituyente (a tenor de la Enmienda Constitucional número 26 de 1985), lo cual fue parte del proceso de transición hacia la democracia que advino con la culminación del régimen militar en 1985¹⁷. Más coincidencia ha existido (Viciano & Martínez, 2001, pp. 12 y ss.) en reconocer a la Constitución de Colombia de 1991 como antecedente, ya que no solo refrendó instituciones avanzadas, sino que emergió de una Asamblea Nacional Constituyente activada por la movilización de la ciudadanía¹⁸. No obstante, hay que destacar que algunos de los textos subsiguientes (Paraguay 1992¹⁹,

¹⁷ El texto marcó un hito porque incorporó diversos principios y mandatos a los poderes públicos; positivó una amplia relación de derechos, incluidos numerosos de carácter social; estableció políticas de protección para grupos vulnerables; legitimó mecanismos de participación directa; refrendó diversas vías de protección a los derechos; reconoció a las minorías indígenas y afrodescendientes; estableció principios para la actividad económica, la política agrícola y la reforma agraria; estipuló la función social de la propiedad; se pronunció por la integración económica, política, social y cultural de Latinoamérica.

¹⁸ En este propósito fue en particular relevante el accionar de los estudiantes que propusieron incluir, en las votaciones generales de 1990, una séptima papeleta expresiva de la voluntad de un nuevo pacto constitucional. Aunque la constituyente fue finalmente secuestrada por los partidos tradicionales, el proceso aportó un texto que refrendó diversos principios sistematizándolos en un título, reconoció de manera explícita a las minorías étnicas y culturales, reconoció derechos sociales y colectivos, declaró la conexión de la dogmática constitucional con los tratados internacionales sobre derechos humanos, estipuló la responsabilidad del Estado en la protección de los grupos vulnerables, incorporó diversos mecanismos de protección de los derechos, estableció la obligación del Estado en la protección de los recursos naturales y en la dirección de la economía, legitimó numerosas formas de participación ciudadana, incorporó en la forma de gobierno elementos del parlamentarismo, dedicó un capítulo a la regulación de los partidos políticos, se pronunció desde el preámbulo por la integración de la comunidad latinoamericana, afirmó la supremacía de la Constitución.

¹⁹ La Constitución de Paraguay de 1992 es fruto del tránsito a la democracia luego del derrocamiento de Stroessner en 1989. Fue redactada por una Convención Nacional Constituyente elegida en 1991 en la cual hubo mayoría del Partido Colorado que había dado sustento a la dictadura. Incorporó derechos sociales, acogió figuras de derechos novedosas como la objeción de conciencia o la defensa de los intereses difusos, incorporó la cláusula de derechos no enumerados, se pronunció por la protección de grupos sociales en desventaja como menores y ancianos, reconoció la existencia de los pueblos indígenas y el respeto de sus usos, proclamó el control del Estado sobre el espacio electromagnético y los medios de comunicación, planteó principios para la reforma agraria, reguló vías de participación directa, incorporó postulados reguladores del funcionamiento de los partidos políticos, estipuló que los convenios y acuerdos internacionales aprobados tienen el

Perú 1993²⁰ y Ecuador 1998²¹) continuaron formalmente en la línea de un constitucionalismo social y progresista. Pudiera acotarse que estos textos se debatieron entre las pautas del neoconstitucionalismo y la intención de formular instituciones que transformaran la situación sociopolítica de sus países.

El renovado modelo constitucional afloró definitivamente con los textos de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009) engendrados en asambleas constituyentes soberanas y aprobados mediante referendo. Constituyeron el inicio de un proceso caracterizado por el hondo calado de los cambios políticos, las transformaciones socioeconómicas, la intensidad de la lucha de clases y la oposición de las oligarquías nacionales.

Estos documentos han conformado lo que se ha reconocido como nuevo constitucionalismo latinoamericano, aunque en nuestra opinión debe identificarse como *nuevo constitucionalismo democrático*

mismo nivel de la Constitución, encomendó la defensa de la Constitución a una sala especializada de la Corte Suprema, consagró la supremacía de la Constitución a la par que admitió la posibilidad de un orden jurídico supranacional respetuoso de los derechos humanos.

²⁰ El texto de Perú de 1993 fue redactado por el Congreso Constituyente Democrático elegido en 1992 luego del autogolpe de Estado realizado por Alberto Fujimori, por el cual disolvió el Congreso. La asamblea contó con mayoría de la fuerza política oficialista agrupada en la alianza Cambio 90-Nueva Mayoría. La Constitución, que no implicó muchos cambios respecto a la anterior de 1979, fue aprobada mediante referendo convocado por la ley constitucional del 31 de agosto de 1993 con el 52,24 % de los votos. Reguló derechos sociales y se pronunció por la protección al menor, la mujer y la tercera edad; planteó el papel del Estado en la dirección de la economía y en la preservación de los recursos naturales; reconoció la personalidad de las comunidades campesinas y nativas; refrendó diversas vías de garantía de la Constitución, entre ellas la acción popular; instituyó el Tribunal Constitucional, e incorporó procedimientos del parlamentarismo, incluida la posibilidad de disolución del legislativo.

²¹ La Constitución de Ecuador de 1998 fue redactada por una Asamblea Constitucional convocada en 1997 por el gobierno interino de Fabián Alarcón, luego de la destitución de Abdalá Bucaram por el Congreso. El texto tuvo un macado carácter social y progresista, aunque sus preceptos no tuvieron vigencia material por el modelo neoliberal que rigió. Recogió diversos principios y deberes sociales del Estado en un capítulo inicial, lo que junto a los deberes cívicos que acogió le proporcionan una carga axiológica al texto; estipuló la eficacia directa de los derechos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales; acogió la cláusula de derechos no enumerados; institucionalizó diversas formas de participación directa; positivó ampliamente derechos sociales y colectivos, así como programas de apoyo para su realización; estableció la protección a los grupos vulnerables; reconoció la existencia de los pueblos indígenas y afroecuatorianos; refrendó vías jurisdiccionales de defensa de la Constitución, estableció principios reguladores a los partidos políticos, implementó la Comisión de Control Cívico de la corrupción como persona jurídica; planteó principios y objetivos rectores de la economía; estipuló un régimen económico sobre la coexistencia del sector público y privado, la función social de la propiedad privada y el dominio estatal sobre los recursos nacionales; enfatizó la jerarquía de la Constitución; implementó el tribunal constitucional.

latinoamericano, a partir de que su eje es la idea de constitución democrática y democratizante.

Algunas de las características originales de estas constituciones, que se añaden a los rasgos que ya habían introducido los textos que conformaron un nuevo constitucionalismo a finales del siglo XX y que se han comentado *ut supra*, son las siguientes:

1. Refrendo de numerosas vías de participación directa que impulsan un empoderamiento ciudadano del poder político. La Constitución de Colombia las identifica como formas de participación democrática²², los textos de Bolivia y Venezuela, como democracia participativa²³ y el documento de Ecuador, como participación en democracia²⁴. Estos espacios se consagran al paralelo de los mecanismos de democracia representativa; así se delinea un modelo democrático de dos dimensiones (directo e indirecto), expansivo e inclusivo.

La Constitución de Venezuela señala:

La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica²⁵.

La Constitución de Bolivia plantea:

El gobierno adopta la forma democrática participativa, representativa y comunitaria [...] el pueblo soberano, por medio de la sociedad civil organizada, participará en el diseño de las políticas públicas y ejercerá el control social a la gestión pública en todos los niveles del Estado, y a las empresas e instituciones [...] las entidades del Estado generarán espacios de participación y control social por parte de la sociedad²⁶.

La Constitución de Ecuador proclama:

Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma

²² Capítulo I del Título IV.

²³ Artículos 6, 18, 55, 62 de la Constitución venezolana y artículo 11 de la Constitución boliviana.

²⁴ Título IV, Capítulo primero, Sección tercera.

²⁵ Artículo 62 de la Constitución de Venezuela.

²⁶ Artículos 11 y 241 de la Constitución de Bolivia.

de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad [...] en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano [...] el pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público [...] se reconocen todas las formas de organización de la sociedad, como expresión de la soberanía popular para desarrollar procesos de autodeterminación e incidir en las decisiones y políticas públicas y en el control social de todos los niveles de gobierno²⁷.

En este sentido puede señalarse lo siguiente:

- a. Algunas de las vías de participación directa que se refrendan son: referendo (consultivo y abrogatorio), iniciativa legislativa ciudadana, revocatoria de mandato, asamblea abierta, cabildo, consulta popular, postulación directa de ciudadanos, participación popular en el diseño de las políticas públicas, control social a la gestión pública y privada, audiencias públicas, transparencia y acceso a la información de las instituciones del poder público, etcétera.
- b. Las constituciones de Venezuela y Ecuador institucionalizan respectivamente “el poder ciudadano” y “la función de transparencia y control social” como eslabones insertos en el poder público. El primero está integrado por diferentes organismos y sectores de la sociedad, entre ellos el Consejo Moral Republicano que tiene entre sus funciones las siguientes: ejercer la iniciativa legislativa, controlar los órganos del poder, realizar propuestas de funcionarios de diferentes instancias, investigar y sancionar hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa, velar por la buena gestión en el uso del patrimonio público, supervisar el cumplimiento del principio de la legalidad y promover la educación como proceso creador de la ciudadanía²⁸. En la segunda participan diversas instituciones, entre ellas el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social que tiene entre sus funciones las siguientes: promover el control de las entidades y organismos del sector público y privado,

²⁷ Artículos 95, 6 y 100 de la Constitución de Ecuador.

²⁸ Artículos 273 al 279 de la Constitución de Venezuela.

- velar por el ejercicio transparente del poder, fomentar la participación ciudadana y realizar propuestas de funcionarios y designaciones²⁹.
- c. Por mandato constitucional en Bolivia los jueces del Tribunal Supremo y del Consejo de la Magistratura son elegidos de manera directa³⁰, y en Ecuador los miembros del Consejo de la Judicatura son designados por el mencionado Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.
2. Configuración y organización del poder político público sobre principios renovados:
 - a. La Constitución de Venezuela señala que el poder público se distribuye entre el poder municipal, el poder estatal y el poder nacional; este último se divide en legislativo, ejecutivo, judicial, ciudadano y electoral. La Constitución de Ecuador legitima, junto a las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales, las de transparencia, control social y electoral³¹.
 - b. La Constitución de Bolivia califica al Estado como unitario, social de Derecho, plurinacional y comunitario; el texto de Venezuela, como democrático y social de Derecho y de Justicia; la carta magna de Ecuador, como Estado constitucional de derechos y justicia. Se adjetivan además los Estados de estos países como: libres, independientes, soberanos, democráticos, interculturales, plurinacionales, participativos, electivos, alternativos, responsables, pluralistas y de mandatos revocables.
 3. Profuso y novedoso refrendo de los derechos. En este punto pueden destacarse los siguientes aspectos novedosos³²:
 - a. Condena a formas de discriminación sutiles que no se encuentran entre las que usualmente mencionan las constituciones: orientación sexual, identidad de género, origen, nacionalidad, filiación política o filosófica,

²⁹ Artículos 204 al 210 de la Constitución de Ecuador.

³⁰ Artículos 181, 182, 193 y 194 de la Constitución de Bolivia.

³¹ Artículo 136 de la Constitución de Venezuela y artículos 207 y 217 de la Constitución de Ecuador.

³² Artículos 13 al 108 de la Constitución de Bolivia, artículos 19 al 135 de la Constitución de Venezuela y artículos 10 al 83 de la Constitución de Ecuador.

- condición económica o social, discapacidad, embarazo, etcétera.
- b. Extensa legitimación de derechos sociales, económicos y culturales, al paralelo de la consagración de las obligaciones del Estado respecto a los mismos.
 - c. Refrendo del derecho a la identidad cultural de las minorías étnicas y grupos originarios.
 - d. Configuración de novedosas figuras como el derecho al agua y el derecho a la alimentación.
 - e. Protección de dimensiones específicas del derecho de libertad como: adoptar decisiones libres y voluntarias sobre la sexualidad individual, o tomar decisiones independientes y responsables sobre la vida reproductiva³³.
 - f. Legitimación de derechos a grupos en situación de desventaja, como la niñez, los adultos mayores, los discapacitados, los privados de libertad, los usuarios y consumidores y las personas con enfermedades catastróficas.
 - g. Reconocimiento de la titularidad de derechos a personas colectivas, como comunidades, pueblos y nacionalidades.
 - h. Definición de la naturaleza como objeto de protección, identificando la necesidad de su resguardo, restauración y reproducción³⁴.
 - i. Regulación del principio prodignidad como eje para la interpretación de los derechos.
 - j. Es expresivo de una nueva perspectiva respecto a los derechos, el término que introduce la Constitución de Ecuador de *derechos del buen vivir*, en el que se integran diversas facetas necesarias para materializar la dignidad humana: el derecho a la alimentación, al agua, al ambiente sano, a la comunicación e información, el respeto a la identidad cultural, la educación, el hábitat adecuado y la vivienda segura, la salud, el trabajo, la seguridad social³⁵.

³³ Artículo 66 de la Constitución de Ecuador.

³⁴ Artículos 51 al 54 de la Constitución de Ecuador.

³⁵ Artículos 12 al 34 de la Constitución de Ecuador.

4. Amplia protección de las minorías étnicas y los grupos originarios, a los que se le reconoce autonomía³⁶, pluralismo jurídico³⁷, formas propias de representación³⁸ y jurisdicción propia³⁹.

Resalta el empleo de frases en las lenguas aymara, guaraní y quechua (constituciones de Bolivia y Ecuador); la declaración de que la existencia de la cultura indígena, depositaria de saberes, conocimientos, valores, espiritualidades y cosmovisiones, es una fortaleza para estas sociedades; el reconocimiento de autogobierno; la admisión de una justicia propia en la que se tengan en cuenta sus principios y cultura.

Se legitiman asimismo una amplia cantidad de derechos a los grupos originarios: a la tierra; uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales ubicados en su hábitat; promover sus propias prácticas económicas y actividades tradicionales; mantener su identidad étnica y cultural, valores, espiritualidad y lugares sagrados y de culto; a un modelo de salud integral que considere sus prácticas y culturas; que haya un sistema de educación intercultural bilingüe; contar con servicios de formación profesional y capacitación; proteger los conocimientos colectivos basados en sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; resguardar su patrimonio cultural e histórico; impulsar el uso de las vestimentas, los símbolos y los emblemas que los identifiquen; ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos; aplicar su derecho propio en los marcos de respeto al derecho nacional; poseer sus propias formas de convivencia y organización social; gobernarse por sus estructuras de representación; la definición de su proyecto de vida de acuerdo con sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza.

5. Alta carga de principios y presupuestos axiológicos que se enuncian como valores superiores en la Constitución de

³⁶ Artículos 98, 283 y 403 de la Constitución de Bolivia, artículos 119 al 126 de la Constitución de Venezuela y artículos 56-68, 171 y 257 de la Constitución de Ecuador.

³⁷ Artículo 178 de la Constitución de Bolivia.

³⁸ Artículo 211 de la Constitución de Bolivia.

³⁹ Artículos 179.II, 192 y 410 de la Constitución de Bolivia.

Venezuela y principios ético-morales en el texto de Bolivia. Estos agregan otras dimensiones éticas a las consagradas por los neoconstitucionales.

Pueden citarse los siguientes: unidad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, redistribución equitativa de los productos y bienes sociales, democracia, responsabilidad social, preeminencia de los derechos humanos, pluralismo político.

6. Reconocimiento expreso de la supremacía constitucional, enfatizándose la primacía de esta en el ordenamiento jurídico, su fuerza vinculante para las personas naturales y los poderes públicos y su eficacia directa. Tal cuestión es sistematizada en un capítulo independiente en los textos de Bolivia y Ecuador⁴⁰.

En este sentido, puede destacarse cómo la Constitución de Ecuador menciona que las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la integralidad de esta, y en caso de duda debe hacerse en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente. En la Constitución de Bolivia se resalta la interacción del texto con el bloque de constitucionalidad integrado por los tratados y convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de derecho comunitario ratificados por el país.

7. Reconocimiento del protagonismo del Estado en el logro de objetivos sociales. Se enuncian en la Constitución de Bolivia y Venezuela los fines y funciones esenciales del Estado y en la Constitución de Ecuador los deberes del Estado.

Entre las responsabilidades que se resaltan en tal sentido se destacan las siguientes: garantizar el acceso de las personas a la educación, la salud, el trabajo y los demás derechos; constituir una sociedad justa y armoniosa; garantizar el bienestar, la seguridad y la igual dignidad

⁴⁰ Artículos 410 y 411 de la Constitución de Bolivia y artículos 424 al 428 de la Constitución de Ecuador.

de las personas; reafirmar y consolidar la unidad del país; preservar la diversidad plurinacional en la diversidad; promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales; desarrollar el ejercicio democrático de la voluntad popular; promover la prosperidad y bienestar del pueblo; garantizar y defender la soberanía nacional; planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza; promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos; proteger el patrimonio natural y cultural del país; garantizar el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción⁴¹.

8. Proyección de un modelo de economía mixta en el que se delinea la conducción del Estado. En este contexto se enfatiza la función social de la propiedad privada y su armonía con otras formas de propiedad: individual, colectiva, pública, estatal, comunitaria, asociativa y mixta.

En este ámbito es simbólico el siguiente planteamiento de la Constitución de Ecuador:

El sistema económico es social y solidario, reconoce al ser humano como sujeto y fin, propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir⁴².

9. Novedosa presentación de los deberes constitucionales y ampliación de estos más allá de las típicas obligaciones ciudadanas (defensa e impuestos): difundir la práctica de los valores y principios que proclama la Constitución; contribuir al derecho a la paz; denunciar y combatir los actos de corrupción; resguardar el patrimonio natural, económico y cultural; proteger los recursos naturales y contribuir a su uso sustentable; no ser ocioso, mentir, o robar; ejercer la profesión u oficio que se tenga con sujeción a la ética; respetar las diferencias étnicas, nacionales, sociales, generacionales, de género, y la orientación e identidad sexual; etcétera.

⁴¹ Artículo 9 de la Constitución de Bolivia, artículo 3 de la Constitución de Venezuela y artículo 3 de la Constitución de Ecuador.

⁴² Artículo 283 de la Constitución de Ecuador.

10. Garantía de los contenidos constitucionales a través de diversos mecanismos y procesos judiciales. Respecto a la jurisdicción constitucional, se estructura un modelo concentrado y especializado en Bolivia con el Tribunal Constitucional Plurinacional y en Ecuador con la Corte Constitucional, y un modelo centralizado y parcialmente especializado en Venezuela con la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia⁴³.

Se regula asimismo una amplia protección a los derechos a través de variados instrumentos y recursos con diferentes denominaciones y alcances: acción de amparo constitucional, acción de defensa, acción de protección de privacidad, acción de inconstitucionalidad, acción de cumplimiento, acción popular, acción de protección de privacidad, acción de amparo a la libertad y seguridad, acción de protección, *habeas corpus*, acción de *habeas data*, acción por incumplimiento, acción extraordinaria de protección, defensoría del pueblo.

Se legitiman también la acción individual y colectiva, se crean procesos sumarios de protección y se prevé la reclamación por omisión en caso de que la autoridad encargada no haga realidad la norma⁴⁴.

11. Legitimación de una postura de integración latinoamericana y de respaldo a la estructuración de instituciones supranacionales de carácter regional, sobre la base de los principios de solidaridad, equidad, igualdad y respeto.

En este sentido, se respalda la existencia de una ciudadanía única. Las constituciones de Ecuador y Venezuela propugnan la integración con Latinoamérica y el Caribe⁴⁵.

12. Configuración del procedimiento de reforma constitucional con la participación del poder constituyente originario. En este punto se reconocen las siguientes pautas: iniciativa popular como una de las vías para incoar la modificación; protección de determinados contenidos de las enmiendas o reformas parciales (estructura fundamental de la

⁴³ Artículos 196 al 203 de la Constitución de Bolivia, artículos 262 al 266 de la Constitución de Venezuela y artículos 429 al 440 de la Constitución de Ecuador.

⁴⁴ Artículos 109 al 136 de la Constitución de Bolivia, artículos 27 al 31 de la Constitución de Venezuela y artículos 75 al 93 de la Constitución de Ecuador.

⁴⁵ Artículo 483 de la Constitución de Ecuador y artículo 153 de la Constitución de Venezuela.

Constitución, carácter y elementos constitutivos del Estado); procedimientos agravados de aprobación (mayoría cualificada, periodos de enfriamiento); cierre del proceso mediante referendo⁴⁶.

13. Regulación en las constituciones de temas complejos como el establecimiento de políticas macroeconómicas o la elección del Consejo de la Magistratura y el Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia.

EPÍLOGO

Como se ha expuesto, el constitucionalismo del siglo XXI en Latinoamérica, representado por los textos de Venezuela, Ecuador y Bolivia, delinea un nuevo paradigma por los cambios que introduce en el discurso constitucional y las aportaciones que realiza en la nervadura teórica. A modo de resumen puede reseñarse que estas constituciones se caracterizan por su legitimidad democrática (forma en que fueron concebidas y aprobadas), la institucionalización de un modelo político de nuevo tipo que rompe con los esquemas anteriores de organización y funcionamiento y en el que prevalecen las vías de democracia directa, la originalidad en el tratamiento de temas y en la regulación de instituciones y la alta carga de contenidos sociales (expresados en principios que se refrendan, políticas públicas que se encomiendan al Estado y derechos que se reconocen a los ciudadanos y grupos humanos): *están impregnadas de esa necesidad de servicio del poder público, de ser útil al pueblo* (Viciano & Martínez, 2010, p. 25).

A diferencia del neoconstitucionalismo, que originó una doctrina académica que sistematizó diversos rasgos que presentaba el derecho constitucional europeo posbélico del siglo XX, el nuevo constitucionalismo democrático latinoamericano emerge de necesidades socioeconómicas y políticas y designa un movimiento experimental y evolutivo que se está conceptualizando *a posteriori*.

Teóricamente, asume postulados de la teoría de la constitución y se conecta con los pronunciamientos del constitucionalismo revolucionario:

El nuevo constitucionalismo reivindica el carácter revolucionario del constitucionalismo democrático, dotándolo de mecanismos que pueden hacerlo más útil para la emancipación y avance de los pueblos, al concebir la Constitución como mandato directo del

⁴⁶ Artículos 242 al 246 de la Constitución de Venezuela, artículo 411 de la Constitución de Bolivia y artículos 441 al 444 de la Constitución de Ecuador.

poder constituyente y, en consecuencia, fundamento último de la razón de ser del poder constituido [...] es, precisamente, una teoría (democrática) de la Constitución (Viciano & Martínez, 2001, pp. 7-8).

Retoma los aportes del neoconstitucionalismo (principismo, materialidad, garantismo, ampliación de los derechos, interpretación axiológica, constitucionalización del derecho), que desarrolla y adapta creadoramente al entorno de la región. Aporta la idea de Constitución democrática y, sobre todo, transformadora de la sociedad.

Por tales razones, se ha afirmado que es un *constitucionalismo sin padres* (Martínez, 2008, pp. 5-15) que emerge de procesos constituyentes originarios y fundantes, *necesario* (Martínez, 2008, pp. 4 y ss.) por cuanto responde a demandas económicas y sociales cuya solución reivindica, *experimental* (De Souza, 2007, p. 39) por la originalidad de enfoques, *simbiótico* (Viciano & Martínez, 2001, p. 15) porque conjuga principios clásicos con nuevas fórmulas.

En esta tesitura, el nuevo constitucionalismo democrático propone una noción de carta magna cualitativamente diferente. Postula la idea de constitución cultural, abierta e invasiva que había delineado el neoconstitucionalismo; pero agrega los atributos de democrática, democratizante y promotora de la dignidad humana en una dimensión material.

¿Se abrirá un ciclo constitucional a tenor de este modelo en la región?, ¿en el mundo? ¿Se convertirán las constituciones de Ecuador o Bolivia en canon, como lo fue la Constitución francesa de 1791 o 1793 en el primer constitucionalismo revolucionario, o la Ley de Bonn de 1947 en el constitucionalismo social de posguerra? Esa es la expectativa que se cierne sobre este paradigma. Su desafío es rebasar la efímera vida que han tenido en la historia los momentos de constitucionalismo revolucionario. Sobre este tema anoto solo tres ideas. La primera: para su reproducción este constitucionalismo requiere subjetivamente que la izquierda continúe reconstruyéndose y teniendo aptitud para componer consensos con el resto de las fuerzas democráticas. La segunda: las constituciones deben seguir fungiendo como instrumentos efectivos del empoderamiento ciudadano y el abatimiento de la pobreza, pero a la vez tienen que estimular la refundación ética del poder público y la reactualización cívica del pacto social. Únicamente desde estas bases se pueden enfrentar amenazas contemporáneas a la gobernabilidad, como la corrupción y la criminalidad. La tercera: en el contexto de las luchas de clases que genera irremediamente este constitucionalismo, las nuevas élites políticas tienen que tener la capacidad de imponerse a la oposición de las oligarquías locales y las fuerzas transnacionales de derecha, que asimilaron que las constituciones podían convertirse en una herramienta de cambio político y social.

REFERENCIAS

- ALTIMIR, Ó. (1979). La dimensión de la pobreza en América Latina. *Cuadernos de la Cepal*, 27.
- ALTIMIR, Ó. (1992). Magnitud y evolución de la pobreza en América Latina. *Informe PNUD*, 42(4).
- ATIENZA, M. (2001). *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel.
- CALLONI, S. (2006). *Operación Cóndor: pacto criminal*. La Habana: Ciencias Sociales.
- COMANDUCCI, P. (2002). Formas de (neo)constitucionalismo: un reconocimiento metateórico. *Isonomía*, 16.
- COMANDUCCI, P. (2006). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3.^a ed. Madrid: Trotta y UNAM.
- CORVERA, F. J. (1997). El constitucionalismo de entreguerras: la racionalización del poder y sus límites. *Estudios de derecho público en homenaje a Juan José Ruiz Rico*. Madrid: Tecnos.
- DE SOUZA SANTOS, B. (2007). La reinención del Estado y el Estado plurinacional. *Oppal*, 22, 39.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2005). La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. *Pensamiento Constitucional*. Recuperado de <http://vlex.com.pe/vid/convergencia-kelseniano-extracto-espanola-56738232>.
- FERRAJOLI, L. (2007). Sobre los derechos fundamentales. En Miguel Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, IJ y UNAM.
- GARCÍA PELAYO, M. (1980). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza.
- GUASTINI, R. (2010). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. México: IJ, UNAM y Trotta.
- MARTÍNEZ DALMAU, R. (2008). Asembleas constituyentes e novo constitucionalismo en América Latina. *Tempo Exterior*, 17.
- PISARELLO, G. (2010). El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la Constitución venezolana de 1999: balance de una década. *Hora Sur*. Recuperado de <http://horasur.wordpress.com/2009/12/02/el-nuevo-constitucionalismo-latinoamericano-y-la-constitucion-venezolana-de-1999-balance-de-una-decada-gerardo-pisarello/>.
- POZZOLO, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21(2), 339-353.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2006). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3.^a ed. Madrid: Trotta y UNAM.

- SEAONE, J., TADDEI, E. & ALGRANATI, C. (2006). Las nuevas configuraciones de los movimientos populares en América Latina. En Atilio Borón & G. Lechini, *Política y movimientos sociales en el mundo hegemónico. Lecciones desde África, Asia y América Latina*. Buenos Aires: Clacso.
- VICIANO PASTOR, R. & MARTÍNEZ DALMAU, R. (2001). El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Público*, 9.
- VICIANO PASTOR, R. & MARTÍNEZ DALMAU, R. (2010). Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 25.

El nuevo constitucionalismo en América Latina desde la historia crítica del derecho

DANIEL SANDOVAL CERVANTES*

Recibido: 15 de octubre de 2013 – Aprobado: 30 de noviembre de 2013



RESUMEN

En este trabajo se propone, desde una concepción crítica de la historia del derecho, una metodología para analizar y comprender los procesos políticos que llevaron a los procesos constituyentes en Bolivia y Ecuador, así como también las contradicciones y los antagonismos en medio de los cuales se desarrollan los primeros años de su vigencia, especialmente en la relación entre gobierno y movimientos sociales. En la primera parte se expondrá la propuesta metodológica para analizar el nuevo constitucionalismo en América Latina. En la segunda se hará un primer intento para utilizar esta metodología en la explicación del proceso político que llevó a los procesos constituyentes de Bolivia y Ecuador, al igual que el estudio de algunos problemas actuales en ambos países.

Palabras clave: Historia crítica del derecho; crítica jurídica; sociología jurídica crítica; constitucionalismo; América Latina.



ABSTRACT

This paper proposes, from a critical conception of the history of law, a methodology to analyze and understand the political processes that made the constituent assemblies in Bolivia and Ecuador possible; including its contradictions and antagonism, in the mist of which the first years of its validity are taking place. This especially concerning the relation between government

* Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, Universidad Nacional Autónoma de México. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Editor de *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*. Miembro del Grupo de Trabajo Clacso “Crítica Jurídica Latinoamericana: movimientos sociales y procesos emancipatorios”; de Crítica Jurídica México y del Programa de Investigación Derecho y Sociedad del Ceiiich-UNAM. Correo electrónico: dscervantes@hotmail.com.

and social movements. In the first part the methodological proposal will be advanced. In the second one, a first attempt to use this methodology to explain the political processes in Bolivia and Ecuador will be made.

Keywords: Critical legal history; critical legal studies; critical sociology of law; constitutionalism; Latin America.

INTRODUCCIÓN

Sin duda, las constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela han puesto la mirada sobre la posibilidad de permanencia y reproducción de un derecho que emerge de los movimientos sociales con horizontes emancipatorios. Sin embargo, lo que durante el proceso anterior a la promulgación de dichos textos constitucionales, al menos en Bolivia y Ecuador, parecía ser una realidad con visos de permanencia. Así, para poder evaluar hasta qué punto se continúa con la reproducción del derecho capitalista moderno y hasta qué punto se han presentado nuevas formas de producir lo jurídico, y para comprender las condiciones y las contradicciones a las que las clases subalternas organizadas y movilizadas se enfrentan en su lucha por la transformación social, es necesario replantearse críticamente la forma en que se han articulado los movimientos sociales de las clases subalternas con el Estado en estos países.

Dentro de esta línea, el objetivo del presente trabajo es aportar una perspectiva metodológica que sirva para entender críticamente las condiciones políticas y sociales de Ecuador y Bolivia, comprendiendo el papel que tienen los nuevos textos constitucionales en la reproducción del capitalismo o la posibilidad de su uso emancipatorio y las contradicciones a las cuales se enfrentan los procesos sociales emancipatorios en dichos países. En tal sentido, se propone hacer un primer intento de un análisis histórico desde la crítica jurídica, tanto de la construcción de los textos constitucionales promulgados como de la forma en que el Estado y los movimientos sociales han tratado de utilizar el derecho, muchas veces siguiendo visiones de mundo e ideologías hasta cierto punto antagónicas.

Por esto, el escrito se desarrollará en dos partes principales. En la primera se propondrá el marco teórico de la investigación, siguiendo dos aportaciones principales: las categorías de discurso del derecho, discurso jurídico, sentido deóntico y sentido ideológico del derecho aportadas por Óscar Correas; y el concepto de historia y de proceso histórico retomados principalmente de Thompson, tratando de incorporar a su análisis aportes de pensadores latinoamericanos como René Zavaleta y Ruy Mauro Marini. La intención es adelantar una perspectiva metodológica que permita comprender el carácter clasista,

socialmente colocado, de todo discurso del derecho, para poder entender la forma en que este, a la vez que es un efecto de la lucha de clases, es también algo por lo cual se lucha. Es necesario integrar en el análisis la ideología, la ausencia de neutralidad que acompaña la dación de sentido de las normas jurídicas.

En la segunda parte se dará una explicación de uno de los temas menos analizados, paradójicamente, por la teoría crítica del derecho que se ha abocado al tema del nuevo constitucionalismo en América Latina: las contradicciones que se presentaron durante los procesos constituyentes, en la “institucionalización” de los movimientos sociales de las clases subalternas que abrieron dicho procesos y que resultó en tensiones y antagonismos entre estos y los gobiernos llegados después de las intensas movilizaciones sociales. La idea detrás de esto es explicar la manera en que estos enfrentamientos, a la vez que, desde un inicio, denotaban las diferencias ideológicas entre movimientos sociales y los nuevos gobiernos, son claves en cuanto a los contenidos de los nuevos textos constitucionales, pues determinaron el sentido ideológico detrás de ello. Esto es fundamental para comprender las actuales contradicciones, que implican tanto un horizonte emancipatorio, aún abierto pero no consolidado, como nuevas formas de reproducción del capitalismo. De manera que analizar los primeros años de vigencia de las constituciones desde una perspectiva crítica resulta importante para poder avizorar las posibilidades de profundización de los procesos transformadores asumidos por los movimientos sociales.

HISTORIA CRÍTICA DEL DERECHO: HACIA UNA METODOLOGÍA PARA COMPRENDER EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO EN AMÉRICA LATINA

El derecho como discurso y los sentidos del derecho

En razón de que lo concreto no puede ser analizado sino partiendo de ciertas categorías que guían su observación, comenzaré por aclarar el concepto de derecho del cual se parte para comprender el nuevo constitucionalismo, así como las categorías básicas para su análisis. En este sentido, se entiende por derecho un discurso prescriptivo que amenaza con la violencia, el cual, para ser reconocido como tal, debe ser producido por un funcionario autorizado y seguir las normas de formación establecidas por el mismo discurso (Correas, 2004a).

Sin embargo, considerar el derecho como discurso no implica dejar de ver el derecho como una relación social. Al contrario, en esta definición la relación entre violencia, clases sociales y derecho es esencial. En este orden de ideas, se considera que el discurso del

derecho organiza la violencia y la coacción física considerada como legítima; es más, esa violencia es la esencia misma del derecho, ejercida dentro de la lucha de clases, es decir, colocada socialmente (Correas, 2004a; Bourdieu, 2000). De modo que la definición ayuda a concebir el derecho como una relación social, o como parte de las relaciones sociales existentes. Partir de esta definición contrasta con la manera en que la teoría jurídica dominante concibe al derecho, pues oscurece y esconde el papel que la violencia tiene para la producción y reproducción del derecho (por ejemplo, Hart, 1998).

Ahora bien, para poder explicar el papel del derecho en la producción y reproducción de las relaciones sociales, particularmente de las que reproducen la dominación capitalista, es necesario recurrir a otras categorías que ayuden a articular el derecho y su uso con lo social y lo cultural, en sus acepciones más amplias. Sobre todo, categorías que permitan observar el papel del uso del derecho en la permanencia de la dominación capitalista, o bien en su ruptura transformadora. El primer par de categorías está en la distinción entre la de discurso del derecho y la de discurso jurídico¹, la cual es útil para reconocer el papel que tiene la teoría, el conocimiento “especializado” de lo jurídico, para la conformación e interpretación del derecho. De modo que se problematiza, desde una perspectiva clasista, algo que parece absolutamente neutral desde la teoría jurídica dominante: la manera en que se construye lo jurídico como objeto epistémico. Este es un instrumento esencial para atacar la naturalización del derecho, pilar importante para la legitimación de la dominación capitalista y su construcción de hegemonía. Así, la distinción es fundamental para concebir lo jurídico como un producto y como un campo de la lucha de clases.

Por su parte, hay otro par de categorías que complementan al anterior. Se trata de la distinción entre sentido deóntico y sentido ideológico del discurso del derecho. Por el primero entendemos el sentido que vehiculiza lo estrictamente normativo del discurso del derecho, es decir, una conducta modalizada por un operador deóntico (prohibición, permisión, obligación); sin embargo, en contra de las teorías normativistas y de todas las concepciones que piensan el derecho solamente como un conjunto de normas, incluyendo a los principios. Este sentido deóntico no es el único que se desplaza a través del discurso del derecho, sino que se complementa con el sentido ideológico (Correas, 2005). La importancia de tomar en cuenta

¹ El discurso del derecho se construye por las normas jurídicas codificadas; mientras que por discurso jurídico se entiende cualquiera, especializado o no, que hable sobre el primero (Correas, 2004a).

el sentido ideológico del discurso del derecho se encuentra en que permite comprender que, incluso los textos considerados jurídicos, contienen un sentido no puramente normativo a través del cual se busca introyectar las relaciones de dominación existentes, naturalizándolas y legitimándolas. Así, no solo la manera en que se interpreta y se aplica el derecho está colocada socialmente y tiene un carácter clasista, sino que son características del discurso del derecho mismo.

El sentido ideológico del discurso del derecho permite, por tanto, relacionar el derecho, sus normas jurídicas y sus interpretaciones, con una sociedad dividida en clases; es una categoría a través de la cual es posible denunciar una de las ideologías más importantes del uso del derecho en la reproducción de las relaciones de dominación capitalistas: la del Estado de derecho y la neutralidad de su discurso. A partir de la cual se puede pensar el derecho y el Estado como árbitros imparciales de los conflictos sociales colocados más allá de los intereses de clase que los provocan y en medio de los cuales estos se desenvuelven. De modo que es concibiendo el derecho como discurso (discurso del derecho y discurso jurídico), que vehiculiza dos tipos de sentido (deóntico e ideológico), como se puede explicar el papel clasista del discurso del derecho y se puede pensar lo jurídico desde una perspectiva clasista, con el objetivo de desenmascarar la apariencia “neutral” del derecho moderno-capitalista y poder visibilizar otras relaciones sociales antagónicas, así como repensar otras posibilidades de construcción de lo jurídico, más allá de los parámetros capitalistas que son hoy en día dominantes

Una propuesta de historia crítica del derecho para comprender las nuevas constituciones

Si bien es cierto que las distinciones entre discurso del derecho y discurso jurídico, y sentido deóntico y sentido ideológico del discurso del derecho, ayudan a reconstruir un concepto de lo jurídico que permita visibilizar el papel del derecho en la producción y reproducción de las relaciones sociales de dominación capitalista, así como la normativa que, producida por otro tipo de relaciones sociales, construya una juridicidad distinta, también lo es que hace falta tomar en consideración aportaciones de otros campos del conocimiento para poder estar en condiciones de comprender en forma integral la articulación entre derecho moderno y dominación capitalista. De ahí el carácter intrínsecamente interdisciplinario de la crítica jurídica.

Pese a que hay relaciones mucho más claras y más desarrolladas entre la crítica jurídica y otros campos del conocimiento, como la sociología, la antropología y la economía política –cuya importancia

para la construcción crítica de un conocimiento y una práctica del derecho es incuestionable—, en el presente trabajo intentaré construir una relación entre la historia y la crítica jurídica. En primer lugar, por la importancia de un análisis crítico de la historia del derecho, de una historia social del uso del derecho en la construcción de la dominación capitalista, así como de las prácticas y relaciones sociales que han construido normatividades antagónicas a las propias del capital. En segundo lugar, porque la mayor parte de la historia del derecho se ha construido desde el pensamiento liberal-burgués dominante, de modo que a través de dicha disciplina se ha contribuido a naturalizar el uso del derecho para la reproducción del capitalismo. De tal manera que una historia crítica del derecho, a la vez que permite comprender en una forma más adecuada el presente del uso del derecho en nuestras sociedades, puede ser considerada un contrasaber frente a la historia del derecho generalmente desarrollada.

Si la intención es realizar una historia social del papel del uso del discurso del derecho en las transformaciones de la dominación capitalista, lo primero que hay que indicar es que esta historia intentará comprender dicho uso siempre en relación con la realidad concreta, con la realidad material (Marx & Engels, 1974). De manera que no será una historia de las ideas jurídicas, sino de los usos del discurso del derecho y su colocación social, es decir, el carácter clasista de su uso². Así resulta claro que el análisis se realiza partiendo de una concepción marxista de la historia; sin embargo, como se verá en los párrafos siguientes, hay una que se replantea la relación y la concepción misma de las categorías de base y superestructura (Correas, 2004b). En todo caso, nuestra historia social del derecho implica concebir la relación entre una parte de lo que se considera como superestructura (el derecho y el Estado) con las relaciones de producción (que serían la base), tratando de encontrar los puntos de su interacción y complementariedad. Esta intención de repensar el derecho como parte de las relaciones sociales capitalistas es algo que distingue la metodología de este análisis tanto de la historia del derecho dominante como de las concepciones materialistas ortodoxas de lo jurídico.

Así, se retomará de la historia crítica (de influencia marxista) su apertura, también considerada por muchos como intrínseca, a la construcción de saberes interdisciplinarios (Braudel, 1999). Para ello retomaremos la idea de circuitos de poder de Thompson, postura desde la cual se concibe que hay una unidad en los fenómenos sociales, es decir, que su aspecto económico no se presenta, en la realidad concreta,

² Retomo la noción de colocación social de René Zavaleta (1983).

separado de su aspecto político y, en este sentido, del jurídico; si bien, en su análisis, por cuestiones epistémicas y explicativas, haya que realizar dicha distinción (Thompson, 2001). De modo que analizar el aspecto jurídico implica reconocer, e incluir en el estudio, otros circuitos de poder, como el económico, el político y el cultural, a pesar de la posibilidad de ser reconstruidos desde distintas disciplinas.

Por otro lado, se retoma también el concepto de larga duración como uno que resulta imprescindible para comprender el papel que la transformación del discurso del derecho tiene en los cambios de la dominación capitalista (Braudel, 1999). En primer lugar, sirve para diferenciar el análisis de la historia del derecho dominante, pues, al contrario de observar el avance del discurso de los derechos humanos como algo que indica que la historia del derecho es antagónica, una especie de contrapoder frente a la explotación capitalista, estudiar el derecho como un fenómeno de larga duración en su relación con el capitalismo implica observar el discurso de los derechos humanos como parte de una estrategia de más amplia trayectoria histórica para asegurar la dominación capitalista, considerando el discurso moderno de los derechos humanos no como un contrapoder frente al capitalismo, sino como una de sus condiciones de aceptabilidad y de legitimación (Correas, 2003)³.

Retomaré también el concepto de racionalidad en la explicación histórica. Por un lado, no implica que la historia en sí misma sea racional e indefectible, puesto que se considera que es contingente y que depende de las relaciones de fuerza existentes en una sociedad dada y, en términos más generales, en el sistema-mundo capitalista. No obstante, sí presupone la posibilidad epistémica de conocer, desde una concepción de la totalidad, los fenómenos sociales como una unidad; en nuestro caso, concebir el derecho moderno como la juridicidad necesaria para el desarrollo del capitalismo. Es decir, es la explicación histórica que, al partir de una metodología sólida, puede comprender y explicar racionalmente lo social (Thompson, 2001).

Igualmente, se retoman dos aportes fundamentales del pensamiento social latinoamericano: el reconocimiento del carácter dependiente de las economías de nuestra región y el carácter abigarrado de nuestras sociedades. En cuanto al primer aporte, este resulta imprescindible para analizar el desarrollo del derecho moderno en América Latina, ya que el carácter dependiente de la economía hace necesario un análisis distinto de las relaciones de producción para poder comprender las características específicas del desarrollo del capitalismo en nuestra región, partiendo del hecho de que, por el carácter

³ Retomo la noción de los derechos humanos como contrapoder, de Ferrajoli (2000).

dependiente de las economías latinoamericanas, no es una cuestión coyuntural o la mala aplicación de la política económica que no permite el desarrollo industrial pleno en nuestra región, sino que es resultado del papel que tienen estas economías en el sistema mundial (Marini, 1989). Entonces, resulta necesario, también, considerar ese carácter dependiente en cuanto al desarrollo del derecho moderno en América Latina, pues, evidentemente, el papel que tiene para la reproducción del capitalismo solo se puede entender tomando en cuenta lo anterior.

Específicamente, en cuanto al uso del discurso de los derechos humanos y la ideología del Estado de derecho, resulta necesario considerar que la escasa posibilidad de satisfacer los derechos sociales, por ejemplo, no es causa de un desvío permanente entre las normas jurídicas que los enuncian y su aplicación real, sino, por el contrario, producto del papel que las economías y los estados en América Latina tienen dentro del sistema-mundo capitalista. En este orden de ideas, la teoría jurídica dominante, pensada para los países centrales, europeos y los Estados Unidos, no parece la adecuada para analizar el desarrollo del derecho moderno en Latinoamérica, puesto que no permite tomar en consideración ni la dependencia de nuestra región ni la colonialidad del poder. De manera que la historia crítica del derecho que se propone, también puede ser útil para consolidar una crítica jurídica desde y para América Latina.

Por otro lado, tener en consideración el carácter abigarrado de las sociedades latinoamericanas resulta esencial para comprender el antagonismo (y en ocasiones la falta de hegemonía) del capitalismo y del derecho moderno frente a relaciones sociales con una matriz cultural (pero también material y política) (Zavaleta, 2009; Tapia, 2002). En tal sentido, incluir en la explicación crítica del derecho la categoría de sociedad abigarrada le sirve mucho a la categoría de pluralismo jurídico para comprender que la existencia de diferentes formas de producir lo jurídico no implica una diferencia cultural (en el sentido más limitado del término) e identitaria solamente, sino diferencias irreductibles en la reproducción material y cultural de la vida, es decir, en la manera en que se conciben y se practican la economía, la cultura y la política, de las cuales proviene el antagonismo en la forma en que se conciben, se producen y se reproducen lo jurídico y lo normativo.

Ahora bien, a partir de este marco conceptual en la segunda parte de este trabajo realizaré un análisis crítico del nuevo constitucionalismo. Tratando, por un lado, de explicar el papel del sentido ideológico del discurso del derecho y la manera en que, a través de este, se pueden rastrear los antagonismos y conflictos de clase que se presentaron a lo largo del proceso constituyente y los primeros años de vigencia de

las constituciones de Bolivia y Ecuador. Mientras que, por el otro lado, realizaré un análisis histórico que permita articular la manera en que los conflictos que se suscitaron durante el proceso constituyente le imprimieron un sentido ideológico a los textos constitucionales y, a partir de ahí, el uso dominante (estatal) de dichos textos se encuentra en conflicto y contradicción con la interpretación y el uso que pretenden dar a la constitución los movimientos sociales cuya lucha fue la que permitió la apertura de los procesos constituyentes en primer lugar.

EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO: PUNTOS PARA PROBLEMATIZAR

Se puede decir que los procesos constituyentes, a la vez que representan una novedad en nuestra región, forman parte de un conjunto de procesos políticos de resistencia a las políticas neoliberales presentes, con diferentes intensidades, en otros países, como Argentina y Brasil. A pesar de que la comparación entre estos movimientos puede ser un tanto superficial, resulta útil para entender que los procesos constituyentes fueron posibles en el marco de procesos políticos de más amplia trayectoria histórica, como parte de la articulación de distintos sujetos y movimientos cuyo objetivo fue la lucha en contra del avance de las políticas neoliberales, de los cuales, una parte de sus demandas desembocó en la exigencia de la transformación profunda de sus sistemas jurídico-políticos, la que no se podía llevar a cabo sino por medio de una nueva constitución (Noguera, 2010).

Ahora bien, el interés en los procesos políticos y los movimientos sociales para el caso de Bolivia, Ecuador y Venezuela radica, precisamente, en que la resistencia al neoliberalismo no quedó, como en los demás casos, en una resistencia negativa, capaz de derrocar gobiernos con políticas privatizadoras, sino que, en estos casos, se desembocó en la promulgación de nuevas constituciones, en las cuales se incluyeron, de distintas maneras, varias de las demandas hechas por los movimientos sociales (Borón, 2006). Además, la aprobación de las nuevas constituciones también estuvo sujeta a la aprobación popular por medio de referendo, lo cual implicó un reposicionamiento electoral para los nuevos gobiernos en tiempos de coyunturas complicadas frente a los antiguos bloques de poder, al menos en el caso de Bolivia. Estas dos cuestiones representan, sin duda, una novedad en la manera en que se promulgan constituciones en nuestra región, abrigando, en este sentido, fuertes esperanzas para toda América Latina (Noguera, 2010).

Sin embargo, estas novedades, ampliamente positivas y esperanzadoras, no implicaron que estas constituciones sean una

representación fiel de las demandas de los movimientos sociales, o bien que implicaran una ruptura total con las relaciones sociales de dominación capitalista. No solamente porque, a pesar de su derrota política y electoral, las antiguas oligarquías, al menos en Bolivia y Ecuador –casos analizados ahora–, reconfiguraron, lentamente, su presencia y peso en la toma de las decisiones, sino también porque, a pesar del respaldo de los gobiernos promulgadores de las nuevas constituciones, la relación entre estos y aquellas no ha estado exenta de contradicciones y antagonismos.

Dichos antagonismos entre gobierno y movimientos sociales no se han presentado, como buena parte de los analistas sobre el tema parecen pensar, solamente en casos concretos de aplicación de las nuevas constituciones, sino que han estado presentes desde el momento mismo de la activación de los procesos constituyentes; es más, implican diferencias profundas en la manera en que se concibe el mundo y lo social, por tanto, del sentido ideológico que les imprimen a la interpretación y al uso de las normas jurídicas. Estas diferencias implican, por ende, que el gobierno y los movimientos sociales –si bien estos son un conjunto en sí heterogéneo– cuentan con proyectos políticos distintos, lo que incluye modelos de acumulación y de regulación –normativos– posiblemente antagónicos.

En el caso de Bolivia, las diferencias entre los movimientos sociales y el gobierno de Evo Morales se presentaron, por primera vez, en torno a la Ley Especial de Convocatoria a la Asamblea Constituyente (2006) y la Ley de Convocatoria a Referéndum Nacional Vinculante a la Asamblea Constituyente para las Autonomías Departamentales (2006), sobre todo en torno a la pregunta respecto de la autonomía (Paz, 2007). En cuanto a la Ley de Convocatoria, el principal diferendo se presentó en la necesidad de participar dentro de la estructura de una organización política –de un partido– para poder ser elegido como asambleísta, además de la no inclusión de las circunscripciones indígenas (Paz, 2007). De manera que los participantes de los movimientos sociales, que se habían articulado con el MAS y habían sido parte fundamental para sus victorias electorales, se vieron forzados a integrarse a su estructura, de manera vertical, para poder participar en la Asamblea Constituyente (Regalsky, 2009; Martínez, 2011).

Las diferencias entre gobierno y movimientos sociales en torno a esta ley son profundas, pues, más allá de la ley de convocatoria concreta, representan dos formas distintas de concebir la participación política en la toma de decisiones y, por tanto, dos definiciones distintas de la democracia. Por un lado, los movimientos sociales, sobre todo los de carácter comunitario-indígena, habían reivindicado formas directas

de participación política y, de esta manera, luchan por una democracia más allá de la representación liberal-burguesa, cuya crisis fue pieza importante para la emergencia y articulación de los movimientos y la construcción del proceso político que redundó en el proceso constituyente. Por el otro, el gobierno, a pesar de haber surgido, en buena medida, de la fuerza de estos movimientos sociales, reivindicó un modelo de democracia más apegado a la representación liberal-burguesa, al imponer sus formas de representación como requisitos para poder participar en la Asamblea Constituyente (Stefanoni, 2011).

Por otro lado, estas diferencias profundas entre dos o más formas de concebir lo social (por tanto, lo político, lo cultural y lo económico) no solo se tornan perceptibles en la Ley de Convocatoria, sino que se pueden observar en el proceso mismo de construcción del texto constitucional definitivo. Específicamente en las modificaciones introducidas en la discusión en el Congreso boliviano sobre la propuesta de constitución aprobada por la Asamblea Constituyente –proceso de discusión muy conflictivo que se enfrentó a la resistencia y la violencia física directa de la oligarquía boliviana–. Las modificaciones realizadas en el Congreso giraron alrededor de temas claves, como la regulación de la autonomía, la reforma agraria (la no retroactividad de la prohibición de latifundios) y otros aspectos en los cuales se presentaban conflictos y antagonismos entre la base social que apoyaba el proceso constituyente (y el texto original de proyecto de constitución) y las fuerzas oligárquicas bolivianas agrupadas en los gobiernos departamentales cuya región se conoce como la “media luna”. Estas modificaciones fueron producto de la negociación entre el gobierno, el MAS y los representantes de la media luna en la Asamblea Constituyente, lo cual, sin lugar a dudas, implicó un apartamiento de los acuerdos entre el gobierno y el Pacto de la Unidad, esfuerzo que agrupó a los movimientos sociales, principalmente los provenientes de comunidades indígenas (Escárzaga, 2011).

En el caso del Ecuador, el proceso constituyente también implicó un distanciamiento entre el proyecto original de los movimientos sociales, sobre todo los indígenas, y el del gobierno. En primer término, hay que tener en cuenta que la fuerza de los movimientos indígenas durante el proceso no fue tan intensa como en el caso boliviano, principalmente porque, a pesar de haber sido un movimiento con gran fuerza durante la década de los noventa, esta se encontraba en declive al momento de iniciarse el proceso constituyente. Pese a esto, tuvo una importancia relevante como uno de los movimientos articuladores de las demandas y las reivindicaciones que condujeron al proceso constituyente, lo que, sin duda, se refleja en que una de las principales

novedades del texto constitucional ecuatoriano se encuentra en la inclusión de los derechos de la naturaleza, los cuales se retoman de las reivindicaciones de las comunidades indígenas (Ramírez, 2011).

Lo anterior implicó una mayor heterogeneidad de los sujetos que lucharon por la apertura del proceso constituyente, principalmente de individuos sin experiencia en la lucha política, que no se encontraban agrupados en ninguna organización y se denominaron “ciudadanos libres”. Esto implicó una mayor tendencia a la construcción de la Alianza País (AP), agrupación y después partido político en el cual se cristalizaron los movimientos sociales y que presentó a Rafael Correa como candidato a la presidencia. De manera que los conflictos y antagonismos en torno al proyecto de constitución fueron diferentes de los que se presentaron en Bolivia; sin embargo, reflejan también la contradicción entre, al menos, dos modos de concebir lo social, las cuales terminan presentándose como dos formas distintas de modelos de acumulación y de regulación (Ramírez, 2011).

El proceso ecuatoriano ha estado más marcado por la imagen personal de Rafael Correa; esto ha implicado también una mayor fuerza de las relaciones corporativas y clientelares en torno al proyecto político de AP. Por otro lado, también ha permitido que su carácter meramente electoral se torne más visible y que su superación sea percibida como algo necesario por sus propios miembros. De manera que parece que la presencia de los movimientos sociales en la toma de decisiones del gobierno es más débil que en el caso de Bolivia (Hernández & Buendía, 2011).

Por otro lado, también en Ecuador la aplicación de la constitución y, sobre todo, el desarrollo de políticas públicas, a la vez que despliegan obras asistenciales tendentes a mejorar las condiciones materiales de vida, también implican la imposición de un modelo extractivista que despoja a las comunidades indígenas de sus territorios, como es el caso de Yasuni. Esto implica la existencia de formas antagónicas de concebir y producir lo social y lo jurídico que entran en conflicto.

Como podemos ver, a pesar de que los nuevos textos constitucionales, de un modo u otro, recogen reivindicaciones y demandas de los movimientos sociales cuya lucha fue pieza clave para abrir los procesos constituyentes en Bolivia y Ecuador, inclusiones que son, en buena medida, lo novedoso de dichos textos, lo cierto es que el proceso constituyente en ambos países estuvo marcado por antagonismos entre estos movimientos sociales y los nuevos gobiernos. Esto, desde la perspectiva del presente trabajo, implica que, aunque en cierta forma los contenidos normativos, las normas jurídicas y, por tanto, el sentido deóntico de las nuevas constituciones parecen recoger

dichas reivindicaciones cuando se leen sus textos abstrayéndose de los procesos políticos y las contradicciones en medio de las cuales estos fueron promulgados, lo cierto es que las contradicciones y antagonismos entre los movimientos sociales y los nuevos gobiernos conllevan un enfrentamiento entre dos maneras distintas de concebir lo político, lo económico y lo jurídico.

Estos antagonismos, aunque también son rastreables en las contradicciones presentes en los textos mismos de la Constitución (por ejemplo, en la inclusión contradictoria de formas de representación política y de derechos constitucionales propias de una tradición liberal-burguesa, a las cuales parecen subordinarse las formas de participación y los derechos provenientes de la matriz cultural comunitaria), se tornan más perceptibles cuando consideramos que sus diferencias provienen del antagonismo entre los sentidos ideológicos que se desplazan por medio de los textos. De modo que no se trata de la misma constitución cuando esta es interpretada y utilizada por el gobierno para justificar sus acciones, que cuando es reivindicada por los movimientos sociales y las comunidades indígenas, precisamente, para defenderse de las acciones gubernamentales que menoscaban su comunidad; pese a ser el mismo texto, el sentido ideológico detrás de su interpretación modifica de manera importante lo que contiene, pues la dación de sentido se presenta de acuerdo con una relación de fuerzas distintas, que se enfrentan en la disputa por el sentido dominante de la Constitución.

De forma que, a pesar de contar con constituciones con textos novedosos, los conflictos y la lucha por sus contenidos concretos no han concluido, sino que se prolongan en la aplicación de la Constitución y en la construcción de la legalidad secundaria y del régimen político posconstitucional. Así, se propone analizar los conflictos entre los movimientos sociales, principalmente indígenas, y los gobiernos de Bolivia y Ecuador, como antagonismos que se pueden rastrear, al menos, desde las contradicciones observadas en los procesos constituyentes y que implican un enfrentamiento no solamente coyuntural, en torno a la intensidad o modo de ejecución de una política pública concreta, sino de dos maneras antagónicas de concebir lo político y lo social, sobre todo de modos de acumulación y de regulación distintos.

En esta sección del trabajo el objetivo fue mostrar que la articulación entre movimientos sociales, clases oligárquicas dominantes y gobierno fue menos lineal y pacífica de lo que se piensa, mostrando algunos puntos de conflicto profundo entre estos sectores que se prolongan hasta la actualidad. En la siguiente parte analizaremos un par de casos concretos que ejemplifican la Constitución y sus

contenidos como espacios e instrumentos en la disputa entre estas maneras distintas de construir lo social, lo político y lo económico, lo cual nos hace pensar que, a pesar de los avances que representan los nuevos textos constitucionales, el proceso de transformación no se encuentra acabado.

Ahora bien, los conflictos entre los movimientos sociales –principalmente indígenas y comunitarios– y el gobierno no han cesado; muchos de ellos resultan de políticas públicas que mantienen las líneas ideológicas observadas durante el proceso constituyente, por ejemplo el caso de la reforma agraria en Bolivia (Escárzaga, 2011). Tanto en Bolivia como en Ecuador uno de los principales puntos de enfrentamiento ha sido el papel que la naturaleza desempeña en el desarrollo de las relaciones de producción; en ambos casos se contrastan las políticas públicas de gobiernos que buscan potenciar la acumulación del capital –con políticas de distribución de la riqueza– con constituciones que, como una de sus novedades principales, incluyen a la naturaleza como sujeto de derechos fundamentales (Noguera, 2010). Además, se suma que, en la mayoría de estos casos, el espacio físico que se disputa enfrenta a comunidades indígenas con el gobierno.

Por otro lado, es necesario señalar que estos conflictos apuntan a una contradicción más profunda entre formas de concebir la producción, lo económico y lo político. Por una parte, representa la adopción de un modelo de acumulación basado en la extracción de la naturaleza y, por tanto, en la producción y exportación de *commodities*, lo cual implica la continuidad de una economía y de un régimen político capitalista, quizá, apenas transformador por la incorporación de políticas más nacionalistas y con mayor presencia del Estado como sujeto capaz de influir de manera decisiva en la producción económica, con el objetivo de acelerar el desarrollo industrial.

Los gobiernos argumentan que, para poder redistribuir la riqueza a través de políticas sociales, es necesario explotar la naturaleza siguiendo, a grandes rasgos, el mismo modelo capitalista y montando “proyectos monstruos” (Natanson, 2007) que sirven para profundizar la acumulación capitalista en toda la región, de manera que fortalecen el subimperialismo construido desde Brasil. Sin embargo, como se ha visto a lo largo de la historia de nuestra región, el carácter dependiente de nuestras economías no es producto de una coyuntura económico-política, sino que proviene del papel que las economías latinoamericanas tienen dentro del sistema-mundo capitalista. De modo que, al contrario de lo que afirman los gobiernos de Bolivia y Ecuador, el carácter dependiente puede ser superado solamente superando el capitalismo, y no profundizándolo.

Además, hay una contradicción proveniente del uso del discurso del derecho, puesto que estos actos de gobierno, que afectan a la naturaleza y que atentan contra los derechos de los pueblos indígenas incluidos en las nuevas constituciones, por el otro lado, también desarrollan o se sustentan en otros derechos constitucionales, de tradición liberal, como los derechos sociales y la concepción del Estado nacional. Es decir, dentro de los mismos textos constitucionales existen sentidos deónticos, normas jurídicas, que parecen defender los intereses de clases antagónicas. Esto es común en las constituciones liberales-burguesas, con sus pretensiones de universalidad y la necesidad de presentar al Estado como el defensor de un interés colectivo definido de manera abstracta.

Sin embargo, además de estas contradicciones entre el sentido deóntico del discurso del derecho, es posible notar diferencias importantes en su sentido ideológico, pues, mientras para los gobiernos de Bolivia y Ecuador es obligatorio cumplir con las normas que permiten la extracción de la naturaleza porque, precisamente, a través del modelo extractivista es posible llevar a la práctica la redistribución de la riqueza, basada en programas asistencialistas, para las comunidades indígenas lo correcto es respetar sus derechos comunitarios y su sentido del buen vivir, sobre las políticas basadas en la extracción de la naturaleza (Isch, 2013; Solís, 2013). De modo que son dos formas de usar el derecho con sentidos ideológicos que se contradicen y entran en conflicto.

Por otro lado, los temas de la ideología nacionalista y la reproducción de la democracia liberal no se encuentran ausentes en estas contradicciones. Algunas personas que han analizado el desarrollo de la legalidad secundaria y de las políticas públicas en Bolivia y Ecuador han sugerido que buena parte de estas están construidas con el objetivo político estratégico de construir una identidad nacional boliviana o ecuatoriana, que permita colocar en una posición subordinada a las identidades comunitarias que, en el discurso, integran, en condiciones de igualdad social y política, los estados plurinacionales de Bolivia y Ecuador (Escárzaga, 2011; Hidalgo, 2013). De manera que, de nueva cuenta, se visibiliza en este tema también un conflicto entre dos sentidos deónticos contenidos en los mismos textos constitucionales: el reconocimiento de igualdad política de todas las naciones existentes dentro del territorio reconocido como Bolivia y Ecuador, frente a la exigencia de una unidad nacional que tenga su centro político en el Estado. Estos dos sentidos deónticos son utilizados dependiendo del sentido ideológico desde el cual se interprete el texto constitucional: para el gobierno lo debido es que se privilegie al Estado y sus políticas

públicas de corte liberal-burgués –de acuerdo con ellos, auténticos exponentes del “interés general”– frente a las comunidades, en tanto que para las comunidades lo debido es que se reconozca la igualdad política de todas las comunidades que coexisten dentro de lo que se reconoce como el territorio boliviano o ecuatoriano (Natanson, 2007). La reducida presencia de personas provenientes de comunidades indígenas en los gobiernos ecuatoriano y boliviano ahonda esta contradicción y este antagonismo.

CONCLUSIONES

El paso de lo constituyente a lo constituido, o la institucionalización de los movimientos sociales, hasta el día de hoy se presenta como un proceso contradictorio y que ha enfrentado no solamente a la vieja clase dominante con el nuevo bloque de poder, sino también a las diferentes facciones dentro de este último. Como todo proceso contradictorio, ha dejado avances que no se pueden desdeñar, como la constitucionalización de derechos comunitarios, una propuesta para una jerarquización distinta de los derechos constitucionales, el reconocimiento constitucional de formas de democracia comunitaria, así como cierta reconfiguración del poder estatal y el aparato burocrático. Todos estos avances, producto de la lucha y movilización social. Sin embargo, como hemos visto a lo largo de este trabajo, resulta necesario percibir las contradicciones y antagonismos aún existentes y, sobre todo, pensar los nuevos textos constitucionales y los nuevos poderes constituidos como probablemente de transición. En pocas palabras, pensar estos procesos como tales, como procesos aún inacabados.

Presentar estas contradicciones como el enfrentamiento entre un interés general, representado por las políticas públicas del gobierno, y un conjunto de intereses particulares, representados por los derechos de las comunidades y pueblos indígenas –pero también los trabajadores; por ejemplo, el caso de los mineros en Bolivia–, o viceversa, constituye una simplificación del problema. Estos antagonismos representan intereses de clase y de sectores sociales en conflicto. La interpretación de la Constitución no se encuentra fuera de este conflicto; la determinación de los sentidos deónticos e ideológicos que la Constitución contiene, como en todos los casos, es el resultado de la relación de fuerzas existentes. Así, sobre todo en sus primeros años de vigencia, los textos constitucionales serán determinados por la clase social y el bloque de poder que logren imponer el sentido de las normas constitucionales y, conjuntamente, la ideología de que dichos sentidos deónticos deben ser obedecidos.

Aparentemente, lo anterior está lejos de estar ya determinado en la actualidad, razón por la cual es posible sugerir que los textos constitucionales actuales, al menos en el sentido que se les asigna hoy en día, pueden ser solo de transición. La tarea de la crítica jurídica consiste en reconocer las condiciones de esta transición y profundizar las tendencias a la transformación radical de las relaciones sociales y la superación del capitalismo. Por supuesto, dentro de esta tarea es importante reconocer que las constituciones, sobre todo como resultado de procesos sociales forzados por las clases subalternas organizadas y movilizadas, representan una mejoría, pues logran la constitucionalización de derechos y formas de democracia hasta antes considerados como meros usos y costumbres. Sin embargo, todo lo anterior, sin dejar de visibilizar las continuidades con el capitalismo que, pese a las nuevas constituciones, persisten en la acción del gobierno, así como también en la estructuración del modelo de acumulación y la estratificación social, incluso del racismo, en Bolivia y Ecuador.

La intención de lo anterior no constituye, como en algunas ocasiones parecen afirmar los representantes de los gobiernos de Bolivia y Ecuador, una crítica conservadora o un intento por desdeñar los horizontes transformadores abiertos por los movimientos sociales. Al contrario, parte del reconocimiento de la necesidad de profundizar y de concretar dichos horizontes, en especial si se considera la historia de nuestra región y de otros procesos de transformación social que, a largo plazo, terminaron por ser una simple reconfiguración obligada del sistema capitalista, como podría ser, con mayor claridad por sus extremos, el caso mexicano.

Desconocer que todo proceso político tiene antagonismos y contradicciones complejas que implican decisiones políticas que pueden enfrentar a las fuerzas que se pueden considerar de izquierda, y que pueden terminar por legitimar una reconfiguración de la explotación capitalista, constituye una simplificación errónea que no ayuda a comprender las condiciones y las relaciones de fuerza realmente existentes, cuando de lo que se trata es de intentar construir, desde las diferentes posturas críticas al capitalismo, canales de diálogo y discusión que permitan profundizar los procesos de transformación radical de la sociedad.

REFERENCIAS

- BORÓN, A. (2006). Crisis de las democracias y movimientos sociales en América Latina: notas para una discusión. En *OSAL (Observatorio Social de América Latina)*, VII (20).
- BOURDIEU, P. (2000). *Poder, derecho y clases sociales*. Introducción de Andrés García Inda. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- BRAUDEL, F. (1999). *La historia y las ciencias sociales*. Madrid: Alianza.
- CORREAS, Ó. (2003). *Acerca de los derechos humanos*. Apuntes para un ensayo. México: UNAM-Ceiich y Ediciones Coyoacán.
- CORREAS, Ó. (2004a). *Teoría del derecho*. México: Fontamara.
- CORREAS, Ó. (2004b). *Kelsen y los marxistas*. México: Fontamara.
- CORREAS, Ó. (2005). *Crítica de la ideología jurídica*. Ensayo sociosemiológico. México: UNAM-Ceiich y Ediciones Coyoacán.
- ESCÁRZAGA, F. (2011). Las comunidades interculturales y la política agraria del gobierno de Evo Morales. En Gaya Makaran (coord.), *Perfil de Bolivia (1940-2009)*. México: UNAM, Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe.
- FERRAJOLI, L. (2000). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Prólogo de Norberto Bobbio. Madrid: Trotta.
- HART, HERBERT L. A. (1998). *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro P. Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- HERNÁNDEZ E., V. & Buendía G. F. (2011). Ecuador: avances y desafíos de Alianza País. *Nueva Sociedad*, 234.
- HIDALGO, F. (2013). El jaguar desdentado: propiedad agraria y subordinación. En Alberto Acosta et al., *El correísmo al desnudo*. Quito: Montecristi Vive.
- ISCH L., É. (2013). El extractivismo como negación de la Constitución de la República. En Alberto Acosta et al., *El correísmo al desnudo*. Quito: Montecristi Vive.
- MARINI, R. M. (1989). *Dialéctica de la dependencia*. México: Era.
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, A. P. (2011). Hacia la refundación del Estado boliviano. En Gaya Makaran (coord.), *Perfil de Bolivia (1940-2009)*. México: UNAM, Centro de Investigaciones sobre América Latina y El Caribe.
- MARX, K. & ENGELS, F. (1974). *La ideología alemana*. Crítica de la novísima filosofía alemana en las personas de sus representantes Feuerbach, B. Bauer y Stirner y del socialismo alemán en las de sus diferentes profetas. Traducción de Wenceslao Roces. México: Ediciones de Cultura Popular.
- NATANSON, J. (2007). Las reformas pactadas. Entrevista a Álvaro García Linera. *Nueva Sociedad*, 209.

- NOGUERA FERNÁNDEZ, A. (2010). *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PAZ, S. (2007). *Una mirada retrospectiva sobre la asamblea constituyente en Bolivia*. Recuperado de www.constituyentesoberano.org.
- PEÑARANDA U., R. (2009). *Del conflicto al diálogo. Memorias del acuerdo constitucional. Crónica del proceso constituyente*. La Paz: Fundación para la Democracia Multipartidaria/FES-Ildis.
- RAMÍREZ GALLEGOS, F. (2011). Fragmentación, reflujo y desconcierto. Movimientos sociales y cambio político en el Ecuador (2000-2010). *OSAL*, 28.
- REGALSKY, P. A. (2009). *Las paradojas del proceso constituyente boliviano*. Recuperado de www.constituyentesoberano.org.
- STEFANONI, P. (2011). Bolivia hoy; rupturas, inercias y desafíos. *Bolivian Studies Journal/Revista de Estudios Bolivianos*, 18.
- TAPIA, L. (2002). *La producción del conocimiento local. Historia y política en la obra de René Zavaleta*. La Paz: Cides/UMSA.
- THOMPSON, E. P. (2001). *The essential E. P. Thompson*. New York: The New Press.
- ZAVALETA, R. (2009). Problemas de la determinación dependiente y la forma primordial. En René Zavaleta Mercado, *El Estado en América Latina*. La Paz: Los Amigos del Libro.
- ZAVALETA MERCADO, R. (1983). Las formaciones aparentes en Marx. En Pedro López Díaz, *El capital. Teoría, estructura y método*, tomo 4. México: UNAM y Ediciones de Cultura Popular.

Las nuevas constituciones en América Latina

Algunas reflexiones de contexto

HÉCTOR-LEÓN MONCAYO S.*

Recibido: 15 de octubre de 2013 – Aprobado: 30 de noviembre de 2013



RESUMEN

Diferentes académicos han analizado el reciente constitucionalismo en América Latina, proponiendo apuestas de periodización del mismo a partir de características específicas y “comunes” de las Cartas. El texto hace un abordaje de los planteamientos de etapas formuladas para el constitucionalismo regional, inclinándose por señalar que los cambios acaecidos en las Cartas políticas se desatan a partir de la Constitución venezolana de 1999, ya que es con ésta, con la construcción de la plurinacionalidad boliviana en 2009 y el constitucionalismo biocéntrico ecuatoriano que se apunta a quebrar el modelo neoliberal, verdadero procesos renovador y de cambio constitucional en Latinoamérica, cambio en el que el movimiento indígena ha jugado un papel determinante.

Palabras clave: nuevo constitucionalismo, Estado plurinacional, constitucionalismo biocéntrico.



ABSTRACT

A wide range of scholars have analyzed the latest types of constitutionalism in Latin America, periodizing them based upon their specific and common features entailed in the different Charters. The present document presents the different steps which have led to a regional constitutionalism. It points out that the Venezuelan Constitution of 1999, the creation of the Bolivian plurinationality in 2009 and the Ecuadorian biocentric constitutionalism, the latter aiming at the breakdown of the neoliberal model, constitute a turning point that has unleashed a true renewal process and constitutional change in Latin-American constitutionalism.

Keywords: New Constitutionalism, Plurinational State, Biocentric constitutionalism

* Economista, profesor universitario, investigador e integrante de la junta internacional de ILSA.
Correo electrónico: hector@ilsa.org.co

INTRODUCCIÓN

Una sencilla forma de aproximarse al constitucionalismo es entenderlo como un principio, universalmente aceptado, de organización de los estados. Como suele decirse, desde la tradición liberal: en cuanto teoría y práctica de los límites del gobierno (o del poder). Y esto, por lo menos, desde finales del siglo XVIII, es decir, a partir de las revoluciones estadounidense y francesa. Es cierto que muchos tratadistas distinguen entre constitucionalismo antiguo y constitucionalismo moderno, pero no son pocos los que convienen en que solo este último podría calificarse propiamente de constitucionalismo. De la misma manera que al hablar del Estado, desde las teorías críticas, que generalmente hunden sus raíces en el pensamiento de Marx, si se considera aquel como expresión de la dominación de clase basada en las relaciones sociales capitalistas de producción, solo puede referirse al Estado moderno o burgués. Probablemente en su forma nacional territorial. Cabe advertir, en este punto, que al decir “expresión” no se está aludiendo forzosamente a ningún enfoque reduccionista; es solamente un criterio de historicidad. Se incluyen, por lo tanto, los enfoques complejos que reconocen la diferencia específica que representa la organización del poder político con su autonomía y dinámicas propias.

Es en este último sentido, en rigor, como podría hablarse, ya en el plano de la modernidad, de diferentes formas o líneas en el constitucionalismo y, si se quiere, de diferentes etapas del mismo. Dicho de otra manera, la historicidad no podría limitarse a constatar que así como aparece, junto con la modernidad, también tendría que desaparecer con el fin del capitalismo. Otra cosa es la tentación, siempre presente, de ubicar en el tiempo las diferentes etapas según una línea de “progreso”, enfoque que convendría descartar; basta con reconocer que, desde el siglo XVIII, la sociedad –y la civilización– capitalistas han pasado por diferentes conformaciones estructurales y otras tantas configuraciones del poder.

Desde luego, cabe contemplar así mismo la posibilidad de un momento histórico de ruptura, de cambio verdaderamente paradigmático, lo cual implicaría una teoría de la crisis y la transición. Sin duda, es esto último lo que parece estar, ahora en el comienzo del siglo XXI y luego de la crisis que se hizo evidente en el 2007, en el centro de las preocupaciones de algunos de los analistas. No obstante, en este ensayo, salvo las observaciones pertinentes, no es algo que se vaya a considerar en profundidad.

La cuestión, de todas maneras, no carece de complejidad y obliga a tener en cuenta diversos aspectos. Para empezar, es claro que supone, por lo menos, tres campos de análisis. En primer lugar, como conforma-

ción del orden mundial sobre la base de la existencia de estados nacionales. En ese sentido, cada Estado tendría que examinarse, a partir de su ubicación histórica y territorial, en relación con los demás. Emerge la soberanía nacional, que a su vez alude a la formación y descomposición de los imperios, lo mismo que al imperialismo y las diferentes formas de colonialismo. Y en segundo término –estrechamente entrelazado–, como organización del poder en el interior de su territorio, como expresión de las relaciones de poder “internas”. Teniendo en cuenta, claro está, que la noción de territorio debe tomarse tanto en su acepción física como en su definición geopolítica, esto es, como lugar de ubicación política del conjunto de ciudadanos así definidos por el propio Estado.

Desde el punto de vista del constitucionalismo se nos plantea un problema a la vez teórico y empírico. Es evidente que la teoría del constitucionalismo ha adquirido ya un carácter “universal”, aunque solo fuere por su obvia relación con el capitalismo; pese a las denominaciones a veces nacionales, lo cierto es que existe una base doctrinaria y son sus variantes las que inspiran las configuraciones en uno u otro lugar del planeta. No gratuitamente se suele decir que el constitucionalismo llega a América Latina con su ingreso a la “modernidad” luego de las “independencias” en el siglo XIX. En ese orden de ideas, no es de extrañar que muchos juristas, en sus análisis, distingan las etapas como variantes de una misma teoría en un contexto directamente mundial, lo cual se vuelve funesto cuando al mismo tiempo están presos de la noción de “progreso”. En términos empíricos, lo que ocurre en un país o en una región determinada resulta ser derivado, y se trataría solamente de analizar la forma y el ritmo de adopción de la nueva corriente doctrinaria en boga en el mundo. Aun así, permanece una legítima inquietud: ¿no será posible que las mencionadas variantes tengan, a su vez, orígenes nacionales o culturales precisos y que por alguna razón adquieren significación y autoridad universal?

En cambio, si el énfasis es interno, cabe la posibilidad de distinguir etapas y establecer periodizaciones para cada país de acuerdo con las transformaciones en sus relaciones de poder. Desde luego, sin olvidar que, en el plano doctrinario, la referencia sigue siendo la misma¹, o, por lo menos, para cada región, tal como parece

¹ Como se verá más adelante, este es uno de los problemas que sería menester analizar aquí con sumo cuidado. Sin duda, no deben subestimarse las diferencias culturales, pero también es cierto que, en principio, se trata en todos los casos del Estado moderno. En esa medida, aunque la variación en las relaciones de poder implique la inclusión de nuevos actores sociales, es posible que la expresión de los nuevos contenidos se haga dentro del mismo universo conceptual. Lo singular en el caso de Ecuador y Bolivia consiste en que se trata de un actor (¿nación?) que proviene de una cultura diferente, anterior a la blanca occidental.

sugerirlo la realidad de América Latina. Es aquí donde aparece un elemento adicional que debe ser considerado. Dado que no se supone la desconexión, es preciso reconocer la ubicación de los estados en el sistema-mundo capitalista, ya sea en el centro, en la periferia o en la semiperiferia, teniendo en cuenta, por supuesto, los desplazamientos y rearticulaciones geográficas que deben formar parte del propio análisis. Como bien lo señala Raúl Prada (2010b):

Es posible hablar tanto de la condición estatal en la periferia como de la condición periférica del Estado. No son lo mismo. La condición estatal alude a las adecuaciones estatales en la periferia, a las adecuaciones administrativas, políticas, técnicas, normativas y procedimentales de estos aparatos y de estas maquinarias fabulosas a las condiciones múltiples y plurales de la periferia del sistema-mundo capitalista. La condición periférica alude a la situación de subalternidad de la periferia respecto del centro de la economía-mundo capitalista; por lo tanto, alude a la condición de dependencia y de dominación en la que se encuentra la periferia respecto del centro del sistema-mundo.

Ambas condiciones plantean problemas y desafíos teóricos: ¿cómo pensar la condición estatal en la periferia? ¿Cómo pensar la condición periférica del Estado? Para responder a estos problemas y desafíos, ¿es suficiente la teoría clásica del Estado, si es que se puede hablar de una teoría clásica, es suficiente la teoría del modo de producción capitalista? La respuesta parece ser negativa; no es posible responder a estos problemas a partir de teorías que no incluyen estas cuestiones.

Llegamos así al objeto de este ensayo, que tiene que ver con la suposición de que es posible hacer una periodización propia del constitucionalismo en América Latina. ¿Es posible hablar de un nuevo constitucionalismo? Y si es así, ¿cuáles serían sus características específicas? Es de suponer que, dejando de lado la doctrina universalista, tendría que explicarse a partir de las transformaciones en las relaciones de poder propias de estos países, o por lo menos de algunos. En ese sentido, será indispensable recurrir a la noción de “poder constituyente”, tal vez no en su vertiente filosófica, sino más bien en términos de sociología jurídica o, mejor, de sociología en general. De ahí el subtítulo que hemos añadido: “reflexiones de contexto”. Y lo que es más importante: ¿es posible concluir, como lo hacen algunos teóricos, que en América Latina no solo se está aportando a la teoría general del constitucionalismo, sino que, en una suerte de liderazgo, se anuncia un camino de transformación hacia el poscapitalismo?

TENTATIVAS DE PERIODIZACIÓN

Una definición simple del marco constitucional genérico de lo que llamamos Estado moderno, en su corporeidad histórica, nos diría que consta de tres componentes: un Estado calificado de nacional y centralizado, una ciudadanía culturalmente homogénea y un principio de igualdad formal ante la ley. Tal definición, a partir de la cual es posible discernir variantes empíricas, advierte de una vez sobre la significativa diversidad de los Estados, tanto en su realidad actual como en sus orígenes. Sobra recordar que la idea de nación es una construcción histórica, resultado en todos los casos de una imposición cultural y étnica, y que la centralidad ha sido matizada, en algunos casos, por diversas formas de federalismo, atendiendo, ocasionalmente, a la propia diversidad. Esta anotación resulta del todo pertinente para lo que se verá más adelante.

También se suele decir que los textos constitucionales comprenden dos partes, una dogmática, referida a los derechos humanos fundamentales, y otra orgánica, referida a la organización del poder. Como se dijo antes, en la lógica de la limitación del poder, no solo al trazar el horizonte infranqueable de los derechos, sino al establecer la conocida “tridivisión” que, teóricamente, significa un sistema de “pesos y contrapesos”. Adicionalmente, pone un límite al ejercicio de la democracia, ya que la capacidad de legislar queda sometida al imperio de la Carta Magna; opera en su interior, como ejercicio político derivado (Elster, 1999). Esto último nos advierte sobre una consideración de la mayor importancia: la elaboración o reforma de una constitución no puede ser otra cosa que un hecho histórico, excepcional, como creación o reedición del pacto fundacional básico. En ese sentido, representaría un cambio sustancial en lo que se denomina la filosofía pública vigente (Gargarella & Courtis, 2009). Es de esta consideración de donde podría desprenderse un criterio de periodización².

Boaventura de Sousa Santos (2010) ofrece un intento de clasificación que resulta ilustrativa aunque elude, por cierto, la periodización. Así: Estado liberal, Estado social de derecho, Estado colonial o de ocupación, Estado soviético, Estado nazi-fascista, Estado burocrático-autoritario, Estado desarrollista, Estado de *apartheid*, Estado secular, Estado religioso y Estado de mercado, sobre el cual

² Cabe señalar que, en el caso de América Latina, se ha hablado mucho de la existencia de una especie de obsesión constitucionalista, es decir, formalista, en la medida en que todos los problemas pretenden resolverse por la vía de reformas constitucionales. Algo de eso encontramos, pero tampoco se debe exagerar; en todo caso, forma parte de lo que se quiere investigar.

anota que es el más reciente aunque quizá también el más viejo. En América Latina identifica, ahí sí en sentido de periodización aunque no lo admite: el Estado colonial, el Estado liberal, el Estado desarrollista, el Estado burocrático-autoritario y el Estado de mercado. Va encaminado, desde luego, a postular la época actual como la de la “refundación del Estado”.

Más allá de la constatación de la diversidad, lo cierto es que si se quiere avanzar hacia una noción de periodización es preciso tomar como referencia una línea cronológica. En ese sentido, debe recordarse que muchos analistas establecen, en términos de desarrollo universal, solo dos grandes periodos, separados por la introducción de la noción de derechos sociales y económicos, de naturaleza tanto individual como colectiva, en las reformas que sucedieron a los acuerdos del fin de la Segunda Guerra Mundial (Biscaretti, 1996). Se trata del surgimiento del conocido “Estado de bienestar”, benefactor o providencia, aunque no deben subestimarse los antecedentes provistos por el Derecho Laboral. Correspondería, en América Latina, aunque en una forma desleída, al mismo que se ha denominado “desarrollista”. A esta altura, obviamente, tendríamos que agregar un tercer gran periodo, el del Estado de mercado o neoliberal.

La gran división establecida, que ofrece como resultado notable la noción de “Estado democrático y social de derecho”, tiene una profunda implicación filosófica que va más allá de la mencionada consagración de nuevos derechos. Se abandona el esquema puramente liberal que lleva al extremo la idea de limitación, es decir, lo que el Estado (o el gobierno) no puede hacer, para elevar al primer plano la concepción facultativa de los “fines del Estado”, es decir, lo que debe hacer para cumplir las promesas fundacionales (Gargarella & Courtis, 2009). Se trata, por supuesto, de la sustentación del “intervencionismo”. Quizá por ello en América Latina se le puede asociar con el “desarrollismo”. En este caso, a propósito de la periodización, habría que considerar la hipótesis de Gargarella y Courtis, según la cual lo que caracteriza la época actual en América Latina es más bien la recuperación o el “despertar” de las cláusulas de derechos sociales y económicos que se encontraban “dormidas”.

La hipótesis es sugestiva porque va encaminada a resolver el problema de cómo ubicar América Latina dentro de la gran periodización descrita anteriormente, que es lo que vienen intentando muchos analistas. Viciano & Martínez (2011), por ejemplo, toman como punto de partida la corriente del “neoconstitucionalismo”, que sería una fase en la evolución doctrinaria, caracterizada justamente por la

introducción de normas materiales y sustantivas que condicionan la actuación del Estado en el cumplimiento de ciertos fines y objetivos, y que habría aparecido a finales de los años setenta, pese a contar con los antecedentes de la segunda posguerra. Por supuesto, la datación no deja de ser discutible, ya que en los años ochenta, precisamente, arranca la época neoliberal; estos autores, posiblemente, se encuentran en exceso marcados por la Constitución española de 1978. De todos modos, lo cierto es que los mismos autores ubican lo sucedido en América Latina dentro de dicha corriente, pero esta vez como práctica, y en este sentido se unen explícitamente a Gargarella y Courtis. De ellos retoman la idea de que la pregunta fundamental que se trata de responder aquí es cómo corregir la desigualdad social, la cual persiste porque el Estado social de derecho no habría sido introducido en su momento. En el fondo, lo que existe para todos ellos es la idea de que América Latina estaría en este momento, como en otros campos, en camino de recuperarse del atraso. El punto de partida lo encuentran en la Constitución brasileña de 1988.

En realidad, además de una línea de tiempo, toda periodización implica una suerte de línea doctrinaria, es decir, un criterio sustancial que permita establecer los cambios pertinentes. Uprimny (2011), por ejemplo, introduce su ensayo con una presentación que es a la vez una propuesta de periodización:

Desde mediados de los años ochenta, y en especial a partir de los noventa, América Latina ha conocido un intenso periodo de cambios constitucionales, puesto que casi todos los países adoptaron nuevas constituciones (como en los casos de Brasil en 1988, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Ecuador en 1998 y 2008, Perú en 1993, Venezuela en 1999, y Bolivia en 2009, entre otros) o bien introdujeron cambios muy importantes a sus constituciones vigentes (como en el caso de la Argentina en 1994, México en 1992 o Costa Rica en 1989).

Nuevamente aparecen como punto de partida la Constitución de Brasil y el hecho empírico indiscutible de los cambios constitucionales que vienen desde entonces. No obstante, si se tiene en cuenta el sentido de su análisis, encaminado a descubrir rasgos o tendencias comunes en estos cambios (aunque precisando también las diferencias), se deduce que existe un criterio general, evolutivo, de ampliación o profundización de la democracia. De hecho, al señalar que prácticamente no existen textos que busquen sistematizar las orientaciones comunes, destaca que, aparte de los estudios específicos sobre Bolivia y Ecuador, se observan solamente dos criterios particulares de ordenamiento: el de la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos y el del reconocimiento de los derechos colectivos de los

pueblos indígenas. Uprimny (2011) se aplica entonces a registrar los avances (e insuficiencias) tanto en la parte dogmática como en la orgánica, para concluir: “Creo que en general estas reformas plantean importantes oportunidades democráticas, aunque también conlleven riesgos autoritarios; con todos sus defectos, el constitucionalismo latinoamericano reciente representa un esfuerzo nada deleznable de creatividad democrática”.

Si no fuera porque ya no es aplicable a la primera década del siglo XXI, podría decirse que corresponde a lo mismo que en otras disciplinas se ha llamado el periodo de “transición a la democracia” que sucedió a la caída de las dictaduras, solo que, en muchos casos, no se trató de una simple restauración, sino de un paso hacia adelante.

A propósito de los años recientes, vale la pena observar justamente la pertinencia de otro criterio de naturaleza histórica, esto es, la quiebra del modelo económico neoliberal y la reubicación de América Latina en el mercado mundial. Este es, como se verá enseguida, un criterio fundamental en el presente ensayo. Forma parte no solo de las condiciones materiales de los cambios constitucionales, sino de la emergencia de los sujetos sociales que los hicieron posibles.

Raquel Yrigoyen (2011), por su parte, parece recoger el mismo horizonte cronológico pero, desde un criterio específico, el del pluralismo, y establece tres ciclos del nuevo constitucionalismo: multicultural (1982-1988), pluricultural (1989-2005) y plurinacional (2006-2009). Llama la atención la ampliación del periodo hacia atrás, a la década de los ochenta (Canadá, 1982), pero nos conduce además –y esto es lo más importante– a identificar la verdadera ruptura que podría caracterizar el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Como se decía anteriormente, debemos referirnos a hechos históricos, excepcionales, que conducen a cambios paradigmáticos en la filosofía subyacente. Por ello no basta con examinar, como los casos más recientes, a Ecuador y Bolivia, ni tampoco se trata simplemente de la incorporación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Sin duda constituye un hecho histórico de primer orden, el desarrollo de este nuevo actor social –los pueblos indígenas– que, al llegar a un punto máximo de expresión política, en contra del colonialismo como fenómeno interno en cada Estado, tiende a rebasar necesariamente los límites de la modernidad. Como lo han señalado muchos, entre otros Viciano & Martínez (2011), una característica de los recientes cambios constitucionales en la región es que han sido llevados a cabo mediante asambleas constitucionales, y ya no por los congresos o por equipos de elite. Y quizás por primera vez es posible hablar de poder constituyente.

EL MARCO DE LA GRAN TRANSFORMACIÓN

De todo lo anterior es posible concluir que, en América Latina, el periodo que arranca en 1988 puede calificarse como de cambios constitucionales. No obstante, coinciden aquí procesos de diferente naturaleza. Y no es tan fácil esquematizarlo como el paso del Estado burocrático autoritario al actual, democrático y plurinacional. En primer lugar, es claro que, como parte de la transición a la democracia, se venían emprendiendo diversas reformas de diferente profundidad, desde la casi nula en Chile hasta la más avanzada en Brasil; el impulso seguramente se prolongó hasta el nuevo siglo y es responsable de la versión ampliamente difundida de que se trata de un enfoque puramente declarativo o programático que se fundamenta en una excesiva ampliación del catálogo de derechos. Pero, en segundo lugar, es también claro que simultáneamente se llevaron a cabo numerosos ajustes, casi siempre a través de los congresos y a veces puramente legislativos, encaminados a sustentar la implantación del famoso modelo económico del Consenso de Washington. Es un proceso que comienza en la “década perdida” de los ochenta, mediante los programas de “ajuste estructural” y se prolonga hasta finales de los noventa con las dos o tres generaciones de “reformas neoliberales”.

Entre los dos procesos existe una inocultable tensión. Es cierto que el discurso liberal del Estado mínimo o subsidiario no se opone, en principio, a la pretensión de desmontar los, supuestamente gigantescos, aparatos burocrático-autoritarios, y admite la declaración de un buen número de derechos políticos y civiles. No obstante, en lo que se refiere a los derechos económicos y sociales, se cuida mucho de que el reconocimiento no vaya a implicar la admisión de responsabilidades correlativas por parte del Estado. Igual sucede, como se verá más adelante, con los culturales y los relativos al ambiente (el tema del multiculturalismo, en particular, tendrá una referencia específica más adelante). La Constitución colombiana (1991) es una excelente ilustración de esta habilidosa operación doctrinaria, orientada a superar dicha tensión³. Este es, justamente, el punto en el cual se escenifica la aguda confrontación con los movimientos sociales.

En este orden de ideas, el proceso verdaderamente renovador de cambio constitucional se da después de las “transiciones democráticas” y es el que apunta a quebrar el imperio del modelo neoliberal. Ahí sí podría identificarse con la corriente “neoconstitucionalista”,

³ Se puede consultar el volumen preparado por ILSA y la Universidad Nacional de Colombia, *Debate a la Constitución* (Moncayo, 2002).

mencionada anteriormente, en la medida en que recupera la noción de fines y objetivos del Estado. El punto de partida sería entonces la Constitución venezolana de 1999. Es, en realidad, la columna vertebral de las nuevas constituciones en un proceso que llega hasta la primera década del siglo XXI. En algunos países se ha expresado simplemente con reformas legislativas, pero es sin duda la señal de identidad de la nueva América Latina.

Una manera sintética y rápida de calificarlo sería decir que se trata de un “retorno del Estado”; sin embargo, aunque contiene un explícito sesgo social, no consiste en una simple evocación del “Estado de bienestar”. Tiene al mismo tiempo un importante sello nacionalista, en la medida en que viabiliza la recuperación del control sobre los recursos naturales.

Pueden mencionarse dos determinantes de esta transformación. La primera es el ascenso de los movimientos sociales en el continente, muchos y variados, que nace de la resistencia frente a los impactos empobrecedores del modelo neoliberal y que no pudo ser conjurado con las fórmulas de descentralización y las ofertas de participación de la sociedad civil. Nuevos movimientos sociales se llamó a algunos de ellos, como los procesos de organización y acción de las mujeres y las luchas locales o a escala nacional de los pueblos indígenas, así como las corrientes de opinión y protesta basadas en las causas de derechos humanos o ambientalistas. Pero el punto culminante fue la confluencia de todos en la resistencia frente a la propuesta del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) por parte del gobierno de los Estados Unidos, propuesta que fue definitivamente derrotada en el 2005. Estos movimientos fueron la base del surgimiento de nuevos gobiernos en buena parte de los países de Suramérica y la fuente de donde extrajeron sus mandatos.

El segundo factor tiene que ver con la profunda reestructuración económica del mundo, que es a la vez geopolítica. Quiebra de la hegemonía de los Estados Unidos y surgimiento de nuevas potencias, una de ellas en Suramérica, Brasil. Se habla entonces de un nuevo mundo, ahora multipolar (ver Rego et al., 2011). Al mismo tiempo, el despliegue de una fase de elevación de los precios de las materias primas que lleva, año tras año, a considerables superávits de las balanzas comerciales. Cambia radicalmente el lugar de América Latina en el mercado mundial, por lo menos en cuanto a la diversificación de sus socios comerciales, aunque representa al mismo tiempo el retorno a un modelo exportador de productos primarios (Rosales, 2009; Moncayo, 2010). Se vuelve, así mismo, polo de atracción de las corrientes de inversión extranjera directa y más recientemente origen de flujos importantes de inversión

hacia el exterior (Cepal, 2009, y Unctad, 2009). Sobre decir que, en esa medida, se valoriza la extraordinaria dotación de recursos naturales con que cuenta la región, agudizando la disputa por estos e incrementando el riesgo de focalización de los países en las economías extractivas.

Arribamos, pues, a una redefinición de estos estados periféricos. Pero a la creación de condiciones externas se suma la dinámica de las presiones internas. El panorama dista de ser homogéneo, en buena parte debido a las diferencias en la naturaleza de esta dinámica. Persiste en América Latina, junto a la corriente transformadora que, sobre todo, toma distancia de los Estados Unidos, otro que se mantiene fiel a la vieja hegemonía. De ahí las contradicciones que amenazan a los nuevos procesos integracionistas (Riggirozzi & Tussie, 2012). Y por eso, al hablar de nuevo constitucionalismo latinoamericano, hay que guardar las debidas precauciones para no caer en excesivas y falsas generalizaciones. No gratuitamente de las más recientes “novedades” suelen excluirse México, buena parte de Centroamérica y otros países del sur.

Ahora bien, se ha dicho que este “retorno del Estado” es la columna vertebral del nuevo constitucionalismo y, en efecto, si hay algo de común tanto en los textos como en las gestiones de los gobiernos es esta redefinición, incluso en las experiencias notables de Bolivia y Ecuador. Y es esta la sustancia política más generalizada del poder constituyente. Simplemente, a manera de rápida ilustración, recuérdese que en Bolivia, dentro del ascenso de las luchas sociales, se hicieron famosas internacionalmente las, así llamadas, “guerras” del agua (2000), del gas (2003) y por la nacionalización de los hidrocarburos (2005). Tal es, pues, la tesis fundamental que aquí se sostiene.

Pero cabe la pregunta de qué tipo de Estado es el que aparentemente retorna. Y aquí las diferencias provienen también de dinámicas internas, de las naturalezas de los poderes constituyentes, las cuales tienen, por supuesto, una explicación histórica. Si se destacan las experiencias más recientes de Bolivia y Ecuador es precisamente porque allí, en la composición de dicho poder, aparecen como protagonistas sociales los pueblos indígenas. Es aquí donde podría encontrarse, verdaderamente, un nuevo o “novísimo” constitucionalismo. Sin duda, hay elementos de ruptura, particularmente en la consagración del principio de plurinacionalidad con impactos en el conjunto de la estructura constitucional y en su filosofía, como lo demostraría la tentativa de desplazarse hacia un punto de vista biocéntrico. Al parecer, la lucha contra el colonialismo conduce a una lucha contra el capitalismo en general. En estas circunstancias puede decirse que son constituciones que forman parte del empuje general, ya descrito, de

este periodo, pero que, al mismo tiempo, anuncian algo diferente que podría ser el comienzo, pero solo el comienzo, de un nuevo periodo. La pregunta es qué tanto han logrado y hasta dónde podrán avanzar.

EL NUEVO PROTAGONISMO SOCIAL Y POLÍTICO

Basta una simple mirada de conjunto para descubrir que si algo caracteriza este continente es la existencia de numerosos y variados pueblos indígenas u originarios cuyo peso en el desarrollo histórico y en la conformación cultural es innegable. Los mismos que fueron aplastados y reducidos durante la ocupación europea y la colonia, en algunos lugares con mayor éxito, como en los Estados Unidos. Estamos hablando de genocidio físico y cultural; de ahí que dicha gravitación se haya ejercido hasta ahora desde la subalternidad. Lo sorprendente es que sobreviven y que conservan, a pesar de todo, identidad; y más sorprendente aún, que en los últimos treinta años hayan recuperado su vitalidad y su fuerza. Para completar esta imagen de diversidad cultural del continente habría que añadir, por supuesto, la población afrodescendiente, resultado de esa crueldad y esa infamia llamada esclavismo que también forma parte de nuestra historia, aunque en términos de sujetos sociales no debe establecerse analogía.

La noción de diversidad cultural, sin embargo, se queda corta (en adelante solo nos referiremos a los pueblos indígenas y a América Latina). No se trata de una coexistencia pacífica y ni siquiera de “vecinos-adversarios”. Se trata del hecho brutal del colonialismo que se prolonga hasta hoy, en términos sociales, culturales y políticos, y que constituye una deuda histórica. La primera reivindicación que debieron arrancar los pueblos indígenas fue la renuncia por parte de los poderes establecidos a la pretensión de liquidarlos e incorporarlos como individuos ciudadanos –es decir, “asimilarlos”– en el conjunto de la “nación”. El sueño liberal acuñado durante el siglo XIX. Por otra parte, al hablar de diversidad es necesario aclarar, aunque sea brevemente, dos cuestiones que han sido frecuentemente motivo de confusión. La cuestión del mestizaje y la de la identidad indígena (nacional) de estos pueblos. Confusión abiertamente sesgada y cargada de intereses.

El concepto de mestizaje es complejo y altamente problemático, precisamente porque es indiscutible el mestizaje empírico. Es recibido, por cierto, con explicable y legítima hostilidad por parte del movimiento indígena. Pero existe: gran parte de la población es –y se considera– mestiza; al fin y al cabo es un resultado histórico (de larga duración) del colonialismo y de las políticas asimilacionistas más conocidas como “indigenistas”. Además, se sigue produciendo en las fronteras, ya sean estas físicas o demográficas o sociales. Pero la “mezcla”

empírica (biológica) dista mucho de su realidad (cultural, conceptual, vivencial), que no es de ninguna manera “igualitaria” o equilibrada como se ha querido presentar desde las alturas del poder. Aunque incluye numerosas y diferentes categorías sociales, el resultado tiende generalmente a una identificación forzada con lo blanco eurocéntrico. Como dice Boaventura de Sousa Santos (2010):

El mestizaje colonial es un mestizaje alienado porque separa las relaciones de producción del mestizaje del producto mestizo. El encuentro, muchas veces violento y siempre regulado unilateralmente por el ‘mestizador’, se oculta eficazmente por detrás del producto visiblemente bilateral.

Razones hay, pues, para la desconfianza. Desde luego, para el movimiento indígena no deja de ser un problema político, ya que incide en sus relaciones con otros movimientos sociales, en particular con el movimiento campesino. La reivindicación de la plurinacionalidad parecería excluir a los demás, condenándolos como “blancos”. Pero no es así: numerosas categorías sociales de mestizos, contradiciendo el peso de las imposiciones, tienden a tomar partido por las herencias culturales indígenas y sobre todo a hacer causa común en el terreno social y político. De hecho, en Bolivia por ejemplo, se ha acuñado el término de “originarios” (indígena-originaria) que ha permitido procesos organizativos de sectores que, siendo campesinos, se adscriben a la herencia cultural de sus ancestros, por ejemplo la Confederación Sindical de Colonizadores de Bolivia (CSCB). Y en Ecuador, recurriendo a la agregación, una de las organizaciones más representativas del campesinado (perteneciente a la Confederación Latinoamericana de Organizaciones Campesinas) se denomina Fenocin, es decir, Federación Nacional de Organizaciones Campesinas, Indígenas y Negras.

El proceso mismo está llevando a redefiniciones y reconfiguraciones y llevará en el futuro a producir mestizajes de nuevo tipo (De Sousa, 2010). La desconfianza es, en realidad, frente a las ideologías que interesadamente celebran el mestizaje.

El discurso del mestizaje tiene su correlato en el de la falsa identidad indígena. En efecto, se construye un sujeto que debería ser aislado, confinado a una localidad y estancado en el tiempo. Como quien dice, “pieza de museo”. Tal idealización, que constituye una reducción al absurdo, termina en negación de lo indígena. Es en cierto modo un producto de la antropología, pero ya no hay corriente seria de esta disciplina que sostenga los antiguos mitos del “hombre primitivo” y el “buen salvaje”; la idealización se mantiene, sin embargo, y es perniciosa aun en los casos en que está animada de buenas intenciones, ya sea la defensa frente a la aculturación o con miras al fortalecimiento de la crítica a la Modernidad capitalista.

Son varios los abordajes antropológicos, pero todos coinciden en que las culturas propias de los diferentes pueblos indígenas son realidades dinámicas que se transforman tanto por su propio desarrollo como en las relaciones interculturales. Siempre ha sido así y es factible identificarlas sin necesidad de recurrir a absurdos esencialismos; lo que ha cambiado en los últimos tiempos es la actitud en muchos casos pasiva, remplazada por manifestaciones claras de resistencia. Se trata precisamente de revolucionar dichas relaciones, quebrando la lógica de la imposición, sobre la base de la autonomía. Claro que, a esta altura, los pueblos indígenas son conscientes de que necesitan avanzar en la crítica de los elementos culturales impuestos y reflexionar deliberadamente sobre los núcleos esenciales de su cultura ancestral.

Por tal razón podemos afirmar que se trata ante todo de un hecho político. En efecto, si algo ha favorecido ya no solo la conservación, sino la reconstrucción de las identidades, es el desarrollo vertiginoso de lo que se ha llamado el nacionalismo indígena, más o menos desde los años setenta (sin desconocer, desde luego, la prolongada y dolorosa resistencia que viene desde la Conquista, incluyendo diversas etapas de levantamientos heroicos). Ha implicado significativos procesos de organización, diferentes de la propia comunitaria, a escala nacional, pero también con desarrollos internacionales, por lo menos desde el Consejo Indio de Suramérica (1980), todo lo cual les ha permitido levantarse como un interlocutor válido de los gobiernos y de los organismos multilaterales. Con no pocos éxitos, a pesar de las reacciones que también ha despertado. Superada definitivamente la fase del "indigenismo", pueden mencionarse como logros (Yrigoyen, 2010) el Convenio 169 de la OIT (1989) y la Declaración de las Naciones Unidas (2007). En realidad, vista ya la especificidad de nuestro continente, mencionada al principio, es algo que no debería sorprendernos.

Volvamos entonces al tema que nos convoca en este ensayo. Tenemos que concentrarnos en la región andina. Es un hecho que el desarrollo social y político en esta región les ha permitido interpelar con fuerza a los diferentes Estados. Y en dos de estos, a propiciar transformaciones constitucionales de considerable envergadura. Un primer problema que debería esclarecerse es cómo ha sido posible que, partiendo de la compleja diversidad de pueblos, se haya podido consolidar un pensamiento propio, de conjunto, sobre todo para confrontar la cultura dominante de esencia liberal burguesa. Obviamente tiene una explicación política. El segundo problema tiene que ver con la identificación de los elementos esenciales de dicho pensamiento.

Generalmente la región andina resulta asociada con los pueblos de la cordillera (serranos o collas) cuyas lenguas principales

son el aimara y el quechua (kichua), lo cual es ya una señal de identidad, aunque también deberían tenerse en cuenta los de la franja andino-amazónica y del Amazonas propiamente dicho. Al respecto, cabe recordar que el territorio, tal como se interpreta y asume en la cosmovisión indígena (diferente de “tierra” como medio de producción), forma parte esencial de su identidad. Al igual que la lengua y la filiación (parentesco). El concepto de identidad es, en principio, básico y elemental, es decir, cómo la comunidad se ve a sí misma. Otro problema es el de su construcción compleja y hacia “afuera”, es decir, en la relación intercultural, como aimaras, quechuas, guaraníes, etc. Más compleja aún es su construcción, como diferencia, en su conjunto, frente a la cultura “blanca”. Xavier Albó (2003) concluye –refiriéndose a los aimaras, aunque también, en cierto modo, a los quechuas– que, a esta altura, podrían decantarse algunos elementos comunes de cosmovisión y cultura. Así:

Casi todos mantienen una referencia a la naturaleza como fuente de vida y llena de vida. La *Pacha Mama* o madre tierra, al igual que los cerros protectores, con denominaciones diversas según la región, sigue siendo objeto de cariño y a la vez de temor reverencial que origina diversos ritos y ofrendas. Es también muy común el sentido de reciprocidad en las relaciones familiares y entre familias, aunque la organización global de la comunidad sea distinta; conceptos como *Ayllu*, *Ayni* y otros muchos son parte de un acervo cultural reconocido y apreciado por todos como común y propio.

Madre tierra, comunidad, reciprocidad o armonía, entrelazados en un conjunto, difícil de captar en el pensamiento occidental eurocéntrico, constituyen la base de una cosmovisión, o una espiritualidad, que los propios pueblos indígenas han querido postular. Conducen, por supuesto a una ética, un *ethos* que debería ser el fundamento de la sociedad y, diríamos nosotros, de su conformación en “Estado”. Es en este sentido como se ha venido insistiendo en el concepto de *suma qamaña* que, traducido como “vivir bien”, aparece en la Constitución boliviana; más o menos equivalente al de *sumak kawsay* (“buen vivir”) que aparece en la de Ecuador. Remite a las ideas básicas mencionadas anteriormente, pero parece difícil sostener que haya formado parte, como tal, del acervo cultural básico, por lo menos en su forma habitual, sobre todo si se le interpreta como noción alternativa de “desarrollo” o “bienestar”.

La discusión lleva ya varios años. Javier Medina (2011) nos cuenta que en Bolivia la expresión *suma qamaña* adquirió popularidad justamente como traducción de “desarrollo” a la lengua aimara, para responder a las necesidades de los tecnócratas y las agencias de cooperación que buscaban incorporarles participación popular a los planes de desarrollo que estaban asesorando a mediados de los noventa.

El concepto –y su equivalente quechua– fue adoptado y reorientado en un sentido alternativo por algunos de los intelectuales que participaron en las asambleas constituyentes. Tal es la fuente de los numerosos malentendidos, pese a la buena intención de quienes lo propusieron, con sus funestas implicaciones en la gestión gubernamental posconstitucional de ambos países. Sobra agregar que la discusión ha sido ardua; la controversia remite a diversos aspectos de extraordinaria profundidad, ya que implica ahondar en los contenidos de un pensamiento indígena que es extraño al razonamiento de la modernidad (Medina, 2011; Muruchi, 2012).

No cabe duda de que, en su acepción profunda, esta noción, que otros traducen como “correcto convivir” (Muruchi, 2012), sería el camino para avanzar en una transformación radical. Como dice Raúl Prada (año, p.), “[...] el proyecto descolonizador supone abrirse a un pasado no realizado, inhibido y contenido por la colonización”⁴. No obstante, los avatares por los que ha atravesado y las consecuencias que se han visto nos corroboran que no podía ser un “Estado indígena” lo que se buscaba. Incluso, que estamos muy lejos todavía del Estado anticolonial y poscapitalista que se ambicionaba. Pero el cambio constitucional es una realidad –no despreciable–, sobre todo en Bolivia y Ecuador.

Aparte de lo mencionado en capítulos anteriores, vamos a rescatar aquí, en el primero, la plurinacionalidad, y en el segundo, el giro biocéntrico. Mucho de ello se encuentra en el ímpetu del poder constituyente; otra cosa es el Estado finalmente establecido y su realidad actual. Nunca antes se vio tan claro cómo lo constituido congela la potencia que se alberga en el poder que lo configura. Llevando al extremo la tragedia, y esa es la tesis que queremos sostener aquí: el poder constituido se levanta frente al poder constituyente como su adversario implacable.

BOLIVIA: LA CONQUISTA DEL ESTADO PLURINACIONAL

A diferencia de otros países donde se realizaron cambios constitucionales, tanto en Bolivia como en Ecuador las luchas sociales que los precedieron también desembocaron en exigencias de reformas constitucionales. Y fueron, además, verdaderos levantamientos en

⁴ De hecho, ha sido ya apropiado por la mayoría de las expresiones del movimiento indígena continental, casi como horizonte programático, especialmente y por su evidente pertinencia cuando se pone de manifiesto la crisis climática frente a la cual han desarrollado –junto con el gobierno de Bolivia– un especial activismo internacional, particularmente en las conferencias de las Naciones Unidas. Ver CAOI (2010).

capacidad de derrocar gobiernos. En el lenguaje convencional del leninismo se hablaría de una prolongada “situación revolucionaria”. Desde luego, sería un exceso de empirismo afirmar que esta es la “prueba” de la validez del concepto de poder constituyente; muchos otros datos nos podrían indicar que no era esa una voluntad consciente; pero de ello no se trata, basta con reconocer en la sociedad una necesidad de cambio sustancial y un conjunto de actores sociales en capacidad de propiciarlos. Por ello no hablamos de “revoluciones” en sentido estricto; de hecho, en ambos casos, se llevan a cabo elecciones que dan como resultado gobiernos de nuevo tipo que expresan, naturalmente, un cambio en las relaciones de fuerza, pero no una sustitución del poder. De todas maneras, reciben el mandato de llevar adelante ese cambio y no pueden menos que propiciar una redefinición constitucional. Por eso representan una diferencia cualitativa dentro de la oleada de cambios referida antes.

Sin duda existen diferencias entre ambos países, pero curiosamente, o significativamente, se pueden subrayar los siguientes rasgos comunes: a) ascenso extraordinario de las luchas sociales; b) presencia destacada del movimiento indígena; c) configuración de un complejo poder en movimiento, de dimensión constituyente; d) conformación de nuevos partidos políticos de factura popular; e) reconocimiento, en una etapa anterior, de la existencia de la diversidad cultural; f) apertura previa del régimen político hacia la participación de expresiones indígenas; g) experiencias precedentes de ejercicio de gobierno por parte de los pueblos indígenas; h) triunfo electoral de nuevas corrientes políticas con apoyo popular; i) propuesta e impulso de una asamblea constituyente por parte de los gobiernos.

Tal vez la conformación misma de Bolivia, con 36 pueblos indígenas que representan cerca del 65 % de la población, y junto con los mestizos-indígenas más del 80 %, y su accidentada historia que incluye uno de los más destacados gobiernos nacional-populares de América Latina, explique en alguna medida la experiencia de hoy⁵. Pero no es indispensable evocarlo; lo fundamental es lo ocurrido en la época reciente. Sin querer hacer un recuento y un análisis de este rico proceso, pues no es este el cometido, vale la pena subrayar algunos aspectos que tienen que ver con el tema.

⁵ Se conoce con esta denominación a los gobiernos con liderazgo personalista que, más o menos a mediados del siglo XX, impulsaron, desde una perspectiva nacionalista, políticas de desarrollo a favor de los sectores populares, entre los que se cuentan el de Cárdenas en México, Perón en Argentina y Getúlio Vargas en Brasil. Se discute todavía la validez de la caracterización y más todavía su evaluación política, pero se admite la realidad del fenómeno. La denominación proviene justamente del connotado intelectual boliviano René Zavaleta Mercado.

1. En primer lugar, la extraordinaria dinámica de los movimientos sociales que ya se ha mencionado. Entre las formas de lucha empleadas debe ponerse especial atención en la realización de “marchas indígenas y campesinas”, generalmente hacia la “toma” de la ciudad de La Paz, que se repitieron varias veces desde 1980. Son formas que están impresas en la memoria histórica y en la cultura de los pueblos, toda vez que constituyen una evocación de la famosa, encabezada por Túpac Katari, en el siglo XVIII. Por otra parte, además de las conocidas “guerras” ya mencionadas, debe resaltarse el levantamiento de 2003 que obligó a la renuncia del presidente Gonzalo Sánchez de Losada, en el cual fue notable la participación de los habitantes de El Alto, poblado vecino de La Paz. Así mismo, las acciones y luchas de los campesinos cocaleros que fueron respondidas con la más intensa represión –con el apoyo militar estadounidense– y llevaron a una profunda convicción antiimperialista. Es de este proceso de donde surge la figura de Evo Morales. Y, en cierta forma, el fortalecimiento del movimiento político MAS.
2. Llama la atención, así mismo, la rica y compleja dinámica organizativa de estos movimientos sociales. En ella cabe notar la singular adaptación de la forma sindical, que sorprendería a muchos investigadores, ya que es muy diferente a la convencional, conocida en otras latitudes, empezando por su utilización creativa por parte de los campesinos (García et al., 2008). Encontramos, en primer lugar, la histórica Central Obrera Boliviana, que ha agrupado, principal aunque no únicamente, a los trabajadores mineros y todavía es el referente formal y simbólico de otras organizaciones. Se pueden mencionar además: Confederación Sindical Única de Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTCB), Confederación Sindical de Colonizadores de Bolivia (CSCB), Coordinadora de las seis Federaciones del Trópico de Cochabamba; Consejo de Federaciones campesinas de los Yungas. Entre los autodefinidos como indígenas: Consejo Nacional de Ayllus y Markas del Qullasuyu (Conamaq), y en cierta forma, a pesar de la denominación, la Federación Nacional de Mujeres Campesinas de Bolivia-Bartolina Sisa. Y entre los pueblos de tierras bajas, la Confederación de los Pueblos Indígenas del Oriente Boliviano (Cidob) y la Coordinadora

de Pueblos Étnicos de Santa Cruz (CPESC). En espacios urbanos, la Federación de Juntas Vecinales, en especial en El Alto (Fejuve-El Alto). Finalmente, aunque transitoria, debe mencionarse por su importancia la Coordinadora del Agua y el Gas.

3. El periodo que se abre en 1990 se caracteriza por la tensión entre el declive de la COB (propiciada por la crisis del estaño) y el ascenso de la CSUTCB (parte suya) que toma forma definitiva en los años ochenta, poniendo fin al anterior “pacto militar-campesino” y, en general, a la estrecha relación Gobierno-sindicalismo que venía desde la revolución nacionalista de los cincuenta. Este ascenso resulta íntimamente relacionado con el apogeo del Movimiento Katarista, radicalmente indigenista, surgido en los años setenta. La idea fuerza es aquí que la nación indígena es previa a la constitución de la república y tiene por lo tanto un derecho histórico de soberanía. En 1983 presentó sin mucho eco su tesis del Estado plurinacional. En su mejor momento se denominó Movimiento Revolucionario Túpac Katari de Liberación, contrapunto de los tradicionales partidos de izquierda, y supo acoger un buen número de intelectuales aimaras o no. A partir de 1992 comienza a perder fuerza, entre otras razones, por la cooptación de algunos de sus integrantes. El primer gobierno de Gonzalo Sánchez cuenta como vicepresidente con Víctor Hugo Cárdenas, importante líder e intelectual aimara. Esta confederación muestra, en todo caso, la complejidad del movimiento social boliviano en el cual se entremezclan lo indígena con lo campesino y lo sindical con lo político.
4. Esta misma década se nos aparece de manera contradictoria. Lo “indígena”, ciertamente, se abre espacio. Tanto en la opinión pública como en el régimen político. Es un logro que resulta, a la postre, instrumentalizado por el poder. Al igual que en otros países (y a tono con la evolución jurídica internacional), se adopta el “multiculturalismo”. Impulsado, entre otros, por el Banco Mundial, se reduce a un reconocimiento, desde el Estado, de la diversidad cultural y étnica. Se busca una alianza con el neoliberalismo. Varios analistas ya han hecho la crítica (Hale, 2007; Díaz Polanco, 2006). Como dice Fernando Garcés (2009), “mediante el reconocimiento de las diferencias se buscó

el reconocimiento de la homogeneidad del mercado y del Estado”. No se modificaba la jerarquía establecida entre las etnias y las culturas ni se alteraba la estructura uninacional y monocultural del Estado. Formaba parte, además, del discurso de la participación, coherente con la minimización del Estado. Al mismo tiempo se abrían los territorios a la inversión extranjera (Yrigoyen, 2011). En una primera experiencia de coalición, las principales organizaciones sociales intentaron poner fin a esta etapa con la Marcha del Siglo en 1996.

5. La transformación (o intercambio) del movimiento social en movimiento político es otra característica importante de Bolivia. Resulta de una combinación entre aspiraciones de poder y necesidades pragmáticas. Por los resultados de hoy es inevitable referirse al MAS, reimpulsado por Evo Morales a principios de los noventa, después de algunos fracasos en el intento de crear formaciones nuevas, por la necesidad de contar con presencia y apoyo en los gobiernos locales de las regiones cocaleras. Sin embargo, el acontecimiento más significativo fue la creación, en medio de la lucha, del llamado Instrumento Político, en el Congreso de Santa Cruz, convocado por CSUTCB, CSCB y Cidob. A diferencia del MAS, que funciona como partido, de manera convencional, este tiene base sindical. Luego contará entre sus bases a otras organizaciones, como las Bartolinas. Se define como “brazo político” con propósitos electorales. Lo más significativo de la experiencia consiste en que si bien, en su desarrollo, terminó bajo la hegemonía del MAS, en principio fue entendido, por sus aspiraciones, como un ensayo de asamblea constituyente.
6. Otro contraste, que revela una vez más la complejidad de la historia boliviana, es el que se observa entre la CSUTCB y Conamaq. El primero, sindical y campesino, exhibe una posición radicalmente indigenista que obligaría, en palabras de uno de sus dirigentes, Felipe Quispe, a la destrucción del Estado y al sometimiento de la élite blanca; en cambio, el segundo, explícitamente indígena, busca la transacción. Cuatro han sido sus objetivos desde su fundación: respeto a la identidad nacional indígena; respeto a sus derechos y ejercicio de los mismos en el marco de la legalidad y la cooperación del Estado; participación en la toma de decisiones; construcción de una sociedad basada en el

pluralismo cultural, equidad y participación (García et al., 2008). Fue esta organización la que propuso en 2002 la realización de una asamblea constituyente. Reivindicando su identidad aimara y el objetivo de la autonomía en todas sus dimensiones, se encaminan claramente hacia la meta de un Estado plurinacional. Obsérvese que, por su parte, la CSUTCB siempre miró con desconfianza la propuesta de esta asamblea, aun después de haber sido respaldada por el movimiento social, sobre todo a causa de su probable composición. Escepticismo que corroboraría después en el hecho de haber sido convocada por el Gobierno y el Congreso y no impuesta por el movimiento social. Cabe anotar que en este escepticismo no fue secundada por las demás organizaciones, aunque en la mayoría de ellas sí existía preocupación por la forma de la convocatoria.

7. Evo Morales es elegido a la Presidencia de la República en 2005 y es refrendado, en ceremonia de gran efecto simbólico, por los indígenas. Inicia su mandato en 2006 con el apoyo de lo que se llamó Pacto de Unidad (Conamaq, Cidob, CSUCTB, Bartolinas, colonizadores), pacto materializado en un documento que se constituyó en un verdadero mandato popular. Surge así como un gobierno de nuevo tipo cuya legitimidad no proviene exclusivamente del ejercicio electoral, sino también de una escogencia social. No obstante, el asunto de la convocatoria y de las elecciones para la Asamblea Constituyente se convirtió, efectivamente, en el primer punto de quiebre. La representación no provino de las organizaciones sociales y los pueblos indígenas, de acuerdo con sus autónomos procedimientos internos, como era la exigencia (plurinacional), sino de las elecciones (partidocracia). Además, durante sus deliberaciones, el peso del gobierno (y del MAS) se volvió definitivo. Él mismo empezó a encargarse de las negociaciones con las fuerzas de la oposición. Desde la definición del reglamento, particularmente lo relacionado con la mayoría exigida para las aprobaciones que la bloqueó durante siete meses y obligó a los llamados “encuentros territoriales”. Perdida la autonomía de la Asamblea, comenzaba a emerger, prematuramente, el espectro del poder constituido.
8. La accidentada historia de la Asamblea de Bolivia llama la atención, además, sobre la necesidad de cualificar la

noción de poder constituyente. Ciertamente, la relación de fuerzas había cambiado a favor de los sectores populares, sobre todo indígenas, pero no era una situación estable. La reacción no se hizo esperar. Los grupos del poder existente (económico, social, racial y político), desplazados parcialmente, regresan con una enorme carga de violencia, simbólica y física. El racismo se exagera. Si bien aceptan finalmente el cambio constitucional, logran forzar una transacción con el chantaje de hacerlo imposible. En la práctica, el texto aprobado en Oruro debió ser “perfeccionado” en el Congreso en negociaciones con el ejecutivo. Se cambian 144 artículos, en contra de las aspiraciones del movimiento indígena, originario y campesino. Y ese fue el texto que se aprobó y refrendó en el referendo de enero de 2009.

9. Finalmente, es claro que uno de los aportes centrales del proceso boliviano es haber colocado en primer plano la noción de plurinacionalidad. Pese a las apariencias (superación del Estado-nacional monocultural basado en la ciudadanía), no es sencillo ni fácil de llevar a la práctica. Tuvo intensa y rica discusión desde la sustentación del Pacto de Unidad (Garcés, 2009). Tiene, al menos, dos grandes dimensiones: la territorial y la de la estructura del Estado. La primera implica derechos de los pueblos indígenas autónomos al territorio, la tierra y los recursos naturales; la segunda, participación efectiva –representación directa– en los poderes públicos (“cogobierno”). Pues bien, habilidosamente, la reacción oligárquica, al convertir la confrontación en una de naturaleza regional (la “media luna”, rica en recursos naturales), invadió y distorsionó el campo jurídico de la transformación. Nuevamente mediante el chantaje (el separatismo) llevó la discusión al terreno del federalismo o de la plurinacionalidad aceptable (Canadá, Bélgica, etc.), haciendo explícito el riesgo de la autonomía (oligárquica) en el manejo de los recursos naturales. La solución fue un “régimen de autonomía y descentralización”, en el cual caben las fórmulas tradicionales de departamentos y municipios junto con las territorialidades indígenas originario-campesinas. Sobra decir que la implementación es todavía el lugar de una intensa y confusa discusión, en la que no han faltado amenazas y tentativas golpistas.

ECUADOR: EL CONSTITUCIONALISMO BIOCÉNTRICO

Sin incurrir desde luego en generalizaciones impropiedades, puede decirse que son varias las semejanzas entre este país, también andino, y Bolivia. Obviamente la presencia poblacional directamente indígena es menor –se estima entre 20 y 40 %–, aunque la parte mestiza-indígena, que es considerable, pone de presente las dificultades estadísticas. Por ejemplo, quienes se atienen al criterio de la lengua admiten apenas un 10 % o menos. En cambio, los que ponen el énfasis en el criterio subjetivo –autorreconocimiento–, como las organizaciones indígenas, defienden las primeras cifras. En todo caso, es innegable su gravitación en la cultura llamada nacional. Eso sin considerar que, como suele suceder, el porcentaje no da cuenta de su importancia como movimiento social. En lo que se refiere al proceso constitucional, comparte, como ya se ha dicho, los rasgos que se describieron más arriba. Una de las particularidades del proceso vivido en Ecuador es el hecho de que allí ya se había adelantado una importante reforma constitucional en 1998. Otra particularidad, tal vez derivada de la anterior, y que se presenta aquí como hipótesis, consiste en que la nueva Constitución se nos aparece en una dinámica contradictoria, como un efecto retardado del despliegue del principal poder constituyente y, a la vez, como su negación. Al igual que en el caso anterior, nos limitaremos a destacar algunos aspectos fundamentales.

1. En Ecuador es también posible hacer una diferencia entre los pueblos de la Sierra y los de tierras bajas, más exactamente la Amazonia. Diferencia que se expresa también en términos sociales y políticos. En efecto, mientras que en la Amazonia, donde habitan pueblos shuar, aunque también quichuas y otros grupos menores, la expresión es decididamente étnica y la reivindicación, territorial, en la Sierra, donde la disolución de las haciendas da lugar a apropiaciones de parcelas, lo quichua se confunde dentro de lo campesino y la reivindicación es la reforma agraria. Es la confluencia de estos dos procesos la que da lugar al poderoso movimiento indígena encabezado por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (Conaie), que se funda en 1986. Los antecedentes, en la parte andina, tienen que ver con la Federación Indígena del Ecuador, influenciada por la izquierda comunista y relacionada con la Federación de Organizaciones Campesinas (Fenoc), pero el momento más importante es la creación de Ecuarrunari en 1972 bajo el estímulo de la iglesia católica. Luego abandona esa influencia y se orienta

más a la izquierda, relacionándose con la Federación Unitaria de Trabajadores (FUT). En la región amazónica, el proceso organizativo, propiamente étnico, es más antiguo. La Federación Indígena de Centros Shuar (FICSH) se crea en 1964. El proceso tiene influencias de comunidades católicas e iglesias evangélicas, pero es notable que desde muy temprano, en 1972, haya levantado la consigna de un “Estado ecuatoriano pluralista”. Sin embargo, no es ese su único aporte. Amenazados los territorios de estos pueblos por la irrupción y crecimiento de la explotación petrolera, se enfrentan a las multinacionales, una y otra vez, y exigen de los gobiernos protección del ambiente. Por esto se ha sugerido una convergencia entre el movimiento indígena y el ambientalista (Fontaine, 2003). Aunque muchos han criticado, por artificial, la construcción de la figura del “nativo ecológico”.

2. La dinámica de las luchas en el Ecuador se remonta a los años ochenta y crece en la resistencia frente a las medidas neoliberales y el incremento de la deuda externa, y enfrentando siempre la represión. Dadas las características “clasistas” del movimiento indígena andino, y contando con cierto declive del movimiento sindical, adquiere liderazgo la Conaie que, mediante el uso repetido de las marchas, ha mostrado capacidad de influir en los espacios urbanos, especialmente Quito. El punto más alto se da en 1996 con la creación del Frente Patriótico formado por la Conaie, el FUT, el Frente Popular y la Coordinadora de Movimientos Sociales (CMS). En todo caso, esta dinámica, que se acentúa en la segunda mitad de los años noventa y en la cual lo urbano es a la vez indígena, da razón a quienes han hablado de la “década de los levantamientos”. Con derrocamiento de gobiernos, podríamos añadir. Abdalá Bucaram en 1997; Jamil Mahuad en 2000.
3. En pleno periodo neoliberal, como en la mayor parte de América Latina, se da la apertura “multicultural”. Tal es la ubicación de la Constitución de 1998, pero como resultado, a la vez, de una dinámica social. En efecto, ya a finales de los años ochenta la idea de plurinacionalidad estaba instalada en la cultura política ecuatoriana. Una coalición, formada por Conaie, Fenocin y el Partido Socialista, elabora en 1988 un proyecto de Ley de Nacionalidades que es presentado –y rechazado– por el Congreso con el

argumento de que se necesitaría un cambio constitucional; pero al mismo tiempo el presidente Borja reconoce que Ecuador es un país pluricultural. Así, junto a la oleada de protestas y levantamientos que se va a registrar durante toda la década, se van produciendo ajustes legislativos, administrativos y constitucionales encaminados a dar reconocimiento a los pueblos indígenas, especialmente después del levantamiento de 1996 contra Durán Ballén. El derrocamiento de Bucaram produjo luego, entre sus resultados, la aceptación por parte del Congreso de convocar a una Asamblea Constituyente. Es de anotar que el Frente Patriótico, ante el aplazamiento de la misma, decidió crear su propia Asamblea “del pueblo” reforzada con una marcha organizada por la Conaie en pro de un “Estado plurinacional”. Aunque este proyecto fue también rechazado, finalmente una Asamblea elitista redactó una nueva Constitución y la promulgó en junio de 1998. Incorpora un reconocimiento de derechos colectivos y la posibilidad de circunscripciones indígenas, con evidente inspiración en la Constitución colombiana. Se trata del “multiculturalismo” ya explicado, con la particularidad de que simultáneamente se está desarrollando un programa del Banco Mundial, conocido como Propedine.

4. El movimiento indígena había dado lugar a la formación del Movimiento de Unidad Plurinacional, Pachakutik-Nuevo País, pero a diferencia de Bolivia no se trata de intercambio entre lo social y lo político; Pachakutik se conforma de manera convencional, incorporando cuadros intelectuales de diferentes orígenes ideológicos. Es cierto que los pueblos indígenas tanto de la Sierra como de la Amazonia habían mostrado siempre su disposición a combinar la movilización con la negociación –y participación– política, pero esta distancia no solo frente a las bases comunitarias sino también frente a sus múltiples formas organizativas locales y provinciales se constituye en su principal fuente de vulnerabilidad. Adicionalmente, la combinación de gobiernos autoritarios y de corrupción de la democracia representativa había llevado a una crisis permanente del régimen político que se expresaba en una desconfianza generalizada respecto de los partidos. La inestabilidad se agudiza con el derrocamiento de Mahuad y el gobierno extremadamente neoliberal y represivo de Noboa. De allí resulta el triunfo, rodeado de grandes expectativas, del

exmilitar Lucio Gutiérrez que comienza su gobierno con la participación de dos ministros provenientes de Pachakutik, al tiempo que cambiaba sus promesas por un sometimiento aún mayor a los Estados Unidos y al poder financiero. El movimiento indígena, que había experimentado una gran expansión y contaba con un legítimo liderazgo, comienza a pagar los costos del éxito representado en la participación en el gobierno. En el momento en que comienza a manifestar su frustración y descontento, Gutiérrez utiliza el sistema de la división y la cooptación selectiva.

5. Es importante referir lo ocurrido en el periodo inmediatamente anterior a la realización de la Asamblea Constituyente de 2007: en realidad, el derrocamiento de Lucio Gutiérrez en abril de 2005 fue obra de un levantamiento “ciudadano”, protagonizado por clases medias e incluso altas, asqueadas de la corrupción y la “partidocracia”. Y en alguna medida por el desvergonzado sometimiento a los dictados del gobierno de los Estados Unidos. La ausencia de la Conaie tiene dos explicaciones que pueden ser complementarias. Por un lado, su declive y descomposición originados en su vinculación con el gobierno; por otro, como resultado de una decisión en vista de que se encontraban en plena reorganización. El breve gobierno de Palacio, responsable de la represión en contra de los pueblos de Sucumbíos y Orellana, provincias petroleras de Oriente, les dio la oportunidad de reaparecer. Convocan, junto con Fenocin, una movilización hacia Quito con resultados satisfactorios. Pero fue algo breve y transitorio. El año 2006 estuvo caracterizado, más bien, por la campaña electoral y el lanzamiento de la candidatura de Rafael Correa, expresión de la nueva sensibilidad despertada dentro de la población, sobre todo de Quito. Aunque, individualmente, varios de los cuadros de Pachakutik se vinculan al nuevo movimiento *ad hoc* –Alianza País–, la Conaie no logra llegar a un acuerdo y termina lanzando su propio candidato con resultados raquíticos. Cabe anotar que en las provincias de la Sierra caracterizadamente indígenas, al menos la mitad de los votos fueron para el hermano de Gutiérrez, reflejando la permanencia de su ascendiente entre ellos. Correa gana en la segunda vuelta en contra del empresario Noboa, representante de la derecha.

6. Un rasgo fundamental aquí consiste en que la Asamblea Constitucional fue, en un todo, iniciativa del presidente, si bien contaba con el apoyo de todos los sectores populares. –La consulta o referendo de abril de 2007 aprobó por abrumadora mayoría la convocatoria–. Así, la elección de sus miembros –sin discusión mediante sufragio universal– excluyó, de entrada, el horizonte de la plurinacionalidad. Le otorgó una cómoda mayoría al movimiento Alianza País. Y fue notoria la intervención permanente de Correa, quien no ocultaba su resistencia en temas como la autonomía indígena, la protección de la naturaleza y los derechos sexuales y reproductivos. Intervención que suscitó un estado de permanente conflictividad en la Asamblea con la corriente más renovadora, al punto que su presidente, Alberto Acosta, hubo de renunciar antes de terminar las deliberaciones. En cambio la oposición, que decidió jugársela a la redacción del texto, concentró sus esfuerzos (con poco éxito) en dos sentidos. Uno, las demandas de la Iglesia católica, y otro, el más importante, en la defensa del modelo neoliberal, que sobra decir fue ampliamente derrotado. Fue este último tema el que, resaltando por contraste el argumento del intervencionismo de Estado, le dio el perfil más característico a la nueva Constitución, esto es, consagrar un modelo económico nacionalista y redistributivo.
7. En lo que se refiere a la plurinacionalidad, que solo aparece una vez como enunciado (a diferencia de Bolivia donde es claramente un criterio transversal), es necesario tener cuidado con la tentación de poner esta Constitución junto a la de Bolivia, lo cual conlleva un efecto de arrastre. Es decir, por el parentesco que se le atribuye en los análisis, se corre el riesgo de leer lo mismo. Sin embargo, la diferencia es notable. En realidad, los derechos colectivos de los pueblos indígenas (también afroecuatorianos y montubios) tienen solamente un tratamiento más amplio que en la de 1998, pero van en el mismo sentido. Por ejemplo, en materia territorial se consagra un régimen de descentralización y autonomías, en referencia a la división política y administrativa, en que las competencias serán definidas por la ley. Es en ese contexto donde aparece la posibilidad de crear “jurisdicciones” indígenas que contarían con los mismos atributos de autonomía. Nada parecido a la noción de soberanía territorial ancestral

y preexistente que es el núcleo del discurso en contra del colonialismo (Grijalva, 2009). Se desconoce así la propuesta de la Conaie. Claro está que la representación indígena en la Asamblea fue extremadamente reducida; fueron asambleístas no indígenas quienes, la mayoría de las veces, expresaron sus demandas.

En realidad, lo más notable de la Constitución ecuatoriana es la consagración de un amplísimo e innovador catálogo de derechos. En ese sentido daría razón a la interpretación propuesta por Uprimny (2011). Los títulos segundo y tercero comprenden 85 artículos que son la quinta parte del total; si se agregan los títulos sexto (régimen de desarrollo) y séptimo (régimen del buen vivir) consagrados a las “garantías”, se completan 142 artículos. Es evidente, entonces, que el marco conceptual es el mismo de todas las constituciones modernas. Obsérvese que, con la denominación de “buen vivir”, en realidad se incluyen los derechos que, convencionalmente, se han llamado económicos, sociales y culturales y el que recientemente ha tratado de teorizarse como “derecho al medio ambiente”. Es aquí donde se desarrolla la celebrada fórmula que aparece en el título II de los derechos: “La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”, la cual se amplía en su capítulo séptimo.

Investigadores y ambientalistas como Eduardo Gudynas (2009) han señalado que representa una novedad sin antecedentes históricos, especialmente con la utilización de esta noción de naturaleza, valorada por sí misma (“donde se reproduce la vida”), muy diferente de la de “medio ambiente” o “ecosistemas” que conserva el sello de una valoración por su utilidad para el ser humano; igualmente la consagración luminosa de su derecho a la “restauración” y la definición concomitante de responsabilidades por parte de las autoridades públicas. Gudynas saluda, así mismo, el que se utilice indistintamente el término de “Pachamama”, aunque tal vez exagera en la consideración de que supone la incorporación del pensamiento indígena, ya que se adapta a un discurso de la Modernidad; más acertado sería calificarlo, como efectivamente lo hace, de giro “biocéntrico” propio de las corrientes –occidentales– de lo que se ha llamado la “ecología profunda”.

Pese a este innegable avance, es preciso reconocer que su ubicación en el referido marco conceptual le confiere una dinámica contradictoria; es esto lo que se comprueba al examinar la parte correspondiente en el título del Buen Vivir que vuelve sobre las ideas de patrimonio natural y medio ambiente que enlazan con los presupuestos del modelo planteado de “desarrollo sostenible o sustentable”, y ello sin contar la reiteración del principio de propiedad de los recursos

naturales. Tal contradicción, sobra decirlo, tiende a pasar de los textos a la realidad de las confrontaciones sociales y políticas. Como quien dice, hasta ahora, se trata apenas de la apertura de una promisoriosa posibilidad de transformación del discurso constitucional y ojalá de las prácticas sociales.

CONCLUSIÓN

Una de las interpretaciones más audaces e imaginativas acerca del proceso que ha conducido a las nuevas constituciones es la ensayada por Boaventura de Sousa Santos. La lectura de los textos, tanto en el caso de Bolivia como en el de Ecuador, le sugiere un camino de transformaciones, revolucionarias, en la refundación de Estados que, abandonando el colonialismo interno, se encaminan hacia el poscapitalismo. Las dimensiones de estas transformaciones, tal como las define, no dejan de ser sugestivas y promisorias: estados plurinacionales, nuevo paradigma (no “moderno”), redefinición de la nación (Bolivia, Ecuador) hacia afuera, pluralismo jurídico, redefinición de la territorialidad, reconstrucción plurinacional del aparato de Estado y sus funciones, democracia intercultural, nuevo mestizaje poscolonial, entre otras. Queda sin embargo la inquietud de hasta dónde se asientan en la realidad política y dónde empieza su propia capacidad de deducción imaginativa. Sin duda, anticipándose a esta inquietud, y apoyado en el concepto de transición, termina aclarando que se trata por ahora de “experimentaciones”.

Una de las ventajas del experimentalismo es permitir una suspensión relativa de los conflictos y la creación de una semántica política ambigua en la que no hay vencedores ni vencidos definitivos. Crea un tiempo político que puede ser precioso para disminuir la polarización. Esta eficacia política es la dimensión instrumental del Estado experimental. Sin embargo, su defensa debe basarse en una cuestión de principio, ya que permite al pueblo mantener por más tiempo el poder constituyente, por todo el tiempo en que la experimentación tiene lugar y las revisiones son decididas. Se trata, en consecuencia, de un proceso constituyente prolongado que genera una tensión continuada entre lo constituido y lo constituyente (poner fuente de la cita).

Infortunadamente, la realidad histórica no parece muy aficionada a este tipo de experimentalismo tan conveniente, y no se ha verificado la “suspensión de los conflictos” ni la “prolongación del poder constituyente”. Por el contrario, el trágico episodio del Tipnis en Bolivia y las repetidas confrontaciones con el presidente, en Ecuador, ponen de manifiesto que hay todavía mucho del pasado. A golpes de realismo político, el discurso de la utopía languidece. El poder tradicional se

mantiene. Pero también del presente: lo cierto es que el nudo de las contradicciones del mundo contemporáneo se encuentra en la disputa por el territorio y los recursos naturales. La persistencia en modelos de economía extractiva es por eso el principal motivo de conflictos. De naturaleza socioambiental como los llaman algunos. Nuevos intereses internos emergen. Y es esto, justamente, lo que no se encuentra en camino de resolución. Estas nuevas constituciones, a pesar de todo, no lograron establecer un nuevo pacto, aunque los modelos nacional-redistributivos generan, ciertamente, apoyos sociales. Y no estamos en transición. Quizás el principal equívoco se encuentra entre lo que, con el deseo, creemos ver en las nuevas constituciones y lo que en verdad son.

REFERENCIAS

- ACOSTA, A. & MARTÍNEZ, E. (eds.) (2009). *El buen vivir: una vía para el desarrollo*. Quito: Abya-Yala.
- ALBÓ, X. (2003). *Pueblos indios en la política*. La Paz: Plural y Cipca.
- ALIANZA SOCIAL CONTINENTAL (2002). *El ALCA al desnudo: un análisis ciudadano de las negociaciones gubernamentales en torno al Área de Libre Comercio de las Américas*. Recuperado de www.asc-hsa.org.
- BERCHE, S. (2006). *Los derechos en nuestra propia voz. Pueblos indígenas y DESC: una lectura intercultural*. Bogotá: ILSA.
- BISCARETTI DI RUFFIA, P. (1996). *Introducción al derecho constitucional comparado*. México: FCE.
- BIZARRO, L. (2009). Los procesos de las asambleas constituyentes en Bolivia, Ecuador y Venezuela: la institucionalización de otros paradigmas. *Otra Economía*, III (4).
- BORÓN, A. & LECHINI, G. (2006). *Política y movimientos sociales en un mundo hegemónico*. Buenos Aires: Clacso.
- CAOI (2010). *Buen vivir/vivir bien*. Lima: CAOI.
- CARBONELL, M. (2007). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- CEPAL (2009). *Panorama de la inserción internacional de América Latina y el Caribe*. Recuperado de www.cepal.org/publicaciones.
- DE SOUSA SANTOS, B. (2003). *La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*. Bogotá: ILSA.
- DE SOUSA SANTOS, B. (2007). La reinención del Estado y el Estado plurinacional. *Ospal*, 22.
- DE SOUSA SANTOS, B. (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*. Quito: Abya Yala.

- DE SOUZA FILHO, C. F. (2008). Derecho a ser pueblo. *El Otro Derecho*, 39, 53-65.
- DÍAZ-POLANCO, H. (2006). *Elogio de la diversidad. Globalización, multiculturalismo y etnofagia*. México: Siglo XXI.
- DIPPEL, H. (2008). El surgimiento del constitucionalismo moderno y las constituciones latinoamericanas tempranas. *Pensamiento Jurídico*, 23.
- ELSTER, J. & SLAGSTAD, R. (1999). *Constitucionalismo y democracia*. México: FCE.
- FONTAINE, G. (2003). *El precio del petróleo. Conflictos socioambientales y gobernabilidad en la región amazónica*. Quito: Flacso.
- FUNDACIÓN SOLÓN (2007). Cumbre Social por la Integración de los Pueblos, 2006. En *Memoria*. La Paz: Fundación Solón.
- GARCÉS, F. (2009). Os esforços de construção descolonizada de um Estado plurinacional na Bolívia e os riscos de vestir o mesmo cavaleiro com um novo paletó. En *Povos indígenas. Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Inesc.
- GARCÍA, A. et al. (2010). *El Estado. Campo de lucha*. La Paz: Clacso, Comuna y Muela del Diablo.
- GARCÍA, A., CHÁVEZ, M. & COSTAS, P. (2008). *Sociología de los movimientos sociales en Bolívia*. La Paz: Plural.
- GARGARELLA, R. & COURTIS, C. (2009). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago de Chile: Cepal.
- GRIJALVA, A. (2009). O estado plurinacional e intercultural na Constituição Equatoriana de 2008. En *Povos indígenas. Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Inesc.
- GUDYNAS, E. (2009). La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución del Ecuador. *Revista de Estudios Sociales*, 32.
- HALE, C. (2007). ¿Puede el multiculturalismo ser una amenaza? En M. Lagos & P. Calla (comps.), *Antropología del Estado. Dominación y prácticas contestatarias en América Latina*. La Paz: PNUD.
- ILSA (2002). Pluralismo jurídico y alternatividad judicial. *El Otro Derecho*, 26-27.
- ILSA (2009). El derecho a la consulta previa en América Latina. *El Otro Derecho*, 40.
- INESC (2009). *Povos indígenas. Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Inesc.
- KYMLICKA, W. (1996). *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal del derecho de las minorías*. Barcelona: Paidós.
- LARREA, A. (2011). El buen vivir como contrahegemonía en la Constitución ecuatoriana. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 16 (53).
- MARTÍNEZ, M. (2011). *El cascabel del Gatopardo*. Quito: Abya Yala.

- MEDINA, J. (2011). *Suma qamaña, vivir bien y de vita beata*. Recuperado de www.bolpress.com/art.php.
- MEJÍA, O. (dir.) (2005). *Poder constituyente, conflicto y Constitución en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- MONCAYO, H. L. (2002). El constitucionalismo y los economistas. En *El debate a la Constitución*. Bogotá: ILSA y Universidad Nacional de Colombia.
- MONCAYO, H. L. (2010). ¿Existe una nueva división internacional del trabajo? En *Trabajo y capital en el siglo XXI*. Bogotá: ILSA.
- MURUCHI, P. (2012). Origen y contenido del buen convivir. Recuperado de www.bolpress.com/art.php Consultado 2013-02-28.
- NEGRI, A. (1994). *El poder constituyente*. Madrid: Libertarias y Prodhufi.
- ORTIZ, W. & OVIEDO, R. (eds.) (2009). *Refundación del Estado nacional, procesos constituyentes y populares en América Latina*. Medellín: Universidad Nacional de Colombia y Universidad de Nariño.
- PRADA, R. (2010a). La fundación de la segunda República. *OSAL*, 27.
- PRADA, R. (2010b). Transiciones en la periferia. *Crítica y Emancipación*, II (4).
- PRADA, R. (falta año). *El espíritu constituyente*. Recuperado de www.bolpress.com/art.php.
- RAMÍREZ, S. (2009). Sete problemas do novo constitucionalismo indigenista: as matrizes constitucionais latinoamericanas são capazes de garantir os direitos dos povos indígenas? En: *Povos indígenas. Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Inesc.
- REGO, A., SILVA, P. & BOJIKIAN, A. (2011). *Governança global e integração da América do Sul*. Brasília: IPEA.
- RIGGIROZZI, P. & TUSSIE, D. (2012). *The rise of post-hegemonic regionalism*. Serie de la Universidad de las Naciones Unidas.
- ROSALES, O. (2009). La globalización y los nuevos escenarios del comercio internacional. *Revista Cepal*, 97.
- SÁNCHEZ, C. (2009). Autonomía, Estados pluriétnicos e plurinacionales. En: *Povos indígenas. Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Inesc.
- SUSZ, P. (2005). *La diversidad asediada*. La Paz: Plural.
- TAYLOR, Ch. (1993). *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México: FCE.
- UNCTAD (2009). *Informe sobre el comercio y el desarrollo*. Recuperado de www.unctad.org/ecommerce.
- UNCTAD (2012). *Informe sobre las inversiones en el mundo 2011, 2012*. Recuperado de www.unctad.org/ecommerce.
- UPRIMNY, R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. César Rodríguez (coord.). Buenos Aires: Siglo XXI.

- VICIANO, R. & MARTÍNEZ, D. (2011). *¿Se puede hablar de un nuevo Constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?*
- VICIANO, R. (2012). *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- WILHELMI, M. A. (2009). Possibilidades e limites do constitucionalismo pluralista. En: *Povos indígenas. Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Inesc.
- YRIGOYEN, R. Z. (2009). Aos 20 anos do convenio 169 da OIT. En: *Povos indígenas. Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Inesc.
- YRIGOYEN, R. Z. (comp.) (2010). *Pueblos indígenas, constituciones y reformas políticas en América Latina*. Lima: IIDS, Inesc e ILSA.
- YRIGOYEN, R. Z. (2011). El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. En *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. César Rodríguez (coord.). Buenos Aires: Siglo XXI.
- ZAVALETA, R. (1986). *Lo nacional popular en Bolivia*. La Paz: Plural.

Razonamiento judicial en Colombia y nuevo constitucionalismo

DANILO ROJAS BETANCOURTH*

Recibido: 1 de octubre de 2013 – Aprobado: 30 de noviembre de 2013

*No soy de muchas palabras
Y no hay mucho que contar.
Las cosas se cuentan solas.
Solo hay que saber mirar.*

Piero



RESUMEN

Parte del producido jurisprudencial de las altas cortes colombianas, al resolver asuntos relacionados con el conflicto armado interno, presenta algunas características que generan reflexiones en torno a la teoría jurídica, la teoría constitucional y la ética judicial. En su conjunto, igualmente sugieren una modesta contribución al constitucionalismo latinoamericano. La sustentación de esta hipótesis se hace a partir de algunas de las más relevantes decisiones de las cortes colombianas relacionadas con la guerra interna.

Palabras clave: nuevo constitucionalismo latinoamericano, sentencias emblemáticas, Cortes colombianas, interpretación judicial, argumentación judicial.



ABSTRACT

Part of the judicial precedent rendered by the Colombian High Courts regarding the internal armed conflict, encounter certain characteristics that instigate critical reflections on legal theory, constitutional theory and judicial ethics. As a whole, they also suggest a modest contribution to the Latin American constitutionalism. This scenario finds its support in the most relevant decisions ruled by the Colombian courts related to the armed conflict.

Keywords: New Latin American Constitutionalism, emblematic sentences, Colombian Courts, judicial interpretation, judicial argumentation.

* Profesor asociado, Universidad Nacional de Colombia. Magistrado del Consejo de Estado de Colombia. Correo electrónico: drojasb@unal.edu.co

Una ruta de exploración acerca de la forma como se viene construyendo lo que se ha denominado nuevo constitucionalismo es la vía hermenéutica; y, en el interior de ella, una particularmente privilegiada, merced a los resultados normativos que su ejercicio comporta, es la interpretación judicial. Quisiera argumentar que en ciertos escenarios judiciales colombianos se viene construyendo un modo de razonamiento que tiene efectos directos sobre la teoría jurídica, la teoría constitucional y la ética judicial, aspectos que, en su conjunto, contribuyen a perfilar cada vez mejor alguna fase del constitucionalismo latinoamericano.

El análisis de una serie larga de sentencias proferidas por jueces colombianos quizá pueda corroborar la hipótesis propuesta, pero ello supera el espacio y la capacidad para hacerlo. Al escoger solo algunos casos que tengan las características deseadas, queda claro que no es posible llegar a conclusiones contundentes; a lo sumo se mostrarán tendencias. En todo caso, para atemperar el resentimiento metodológico del trabajo, se impone justificar brevemente esa precisa selección.

Los jueces de cierre son los que tienen las mejores posibilidades de estipular reglas estables por vía hermenéutica. Ello puede justificar la escogencia de sentencias proferidas por altas cortes. Pero en un país donde existen tres cortes de justicia con competencias diferentes –Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado–, la sola delimitación burocrática no es suficiente. Por ello sugeriré, como criterio adicional, el producido jurisprudencial que de manera importante toca la sociedad colombiana y ese no puede ser otro que el relacionado con el conflicto armado interno¹.

A partir de estos dos criterios, que podría llamar orgánico y funcional, escogí dos de las providencias más relevantes proferidas recientemente por cada alta corte colombiana. Dos de las más representativas sentencias de la Corte Constitucional son las relativas a la llamada ley de justicia y paz, que determinó el marco jurídico de la desmovilización de los paramilitares, y al llamado estado de cosas

¹ Las solas cifras oficiales serían suficientes para mostrar la relevancia del tratamiento judicial de la guerra interna que padecemos. En el reciente informe general presentado al gobierno y a la sociedad colombiana por el Grupo de Memoria Histórica (Sánchez, 2013) se confirman las siguientes y dramáticas cifras oficiales: “[...] entre 1958 y 2012 el conflicto armado ha ocasionado la muerte de por lo menos 220.000 personas” (p. 20), “81,5 % corresponde a civiles [...] 25.007 desaparecidos, 1.754 víctimas de violencia sexual, 6.421 niños, niñas y adolescentes reclutados por grupos armados, 27.023 secuestros [...] 10.189 víctimas de minas antipersonal y 4.744.046 personas desplazadas[...]” (pp. 32-33). Por eso quienes hemos sufrido la insensatez de la violencia, la zozobra, el miedo y la incertidumbre generada por el conflicto interno colombiano, acentuada en el tránsito al presente siglo, celebramos vivamente el proceso de diálogo que el gobierno actual adelanta con las FARC en La Habana (Cuba).

inconstitucional en materia de desplazamiento forzado. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por su parte, profirió dos condenas en contra de reconocidos políticos, una con ocasión de una de las tantas masacres ocurridas en nuestra historia reciente y otra en el contexto de la llamada parapolítica, expresión que en Colombia trata de describir la asociación delincuencia de paramilitares con políticos de oficio. Finalmente, del Consejo de Estado se escogió la sentencia que condenó al Estado por la toma de la base militar Las Delicias (Putumayo) y la que revivió el partido político Unión Patriótica (UP).

En la primera parte del trabajo se hará una síntesis de las sentencias escogidas y se intentará hacer una caracterización general de las mismas; en la segunda se indicarán las reflexiones que sugieren tales decisiones judiciales, para luego arribar a algunas conclusiones.

SENTENCIAS EMBLEMÁTICAS ESCOGIDAS

Corte Constitucional

Control constitucional. Pena alternativa y ponderación entre justicia y paz

Con ocasión del análisis de constitucionalidad de la Ley 975 de 2005 –llamada ley de justicia y paz–, que facilitó la desmovilización de la estructura paramilitar existente, la Corte Constitucional impartió una serie de órdenes de inconstitucionalidad y constitucionalidad condicionada en distintos pronunciamientos, con las que puede decirse se inauguró la reflexión judicial sobre justicia transicional en Colombia. La principal sentencia proferida en ese marco fue la C-370 de 2006.

Allí la Corte hizo, apoyada en el derecho internacional de los derechos humanos, una extensa disertación inicial sobre el contenido de los derechos a la paz, la justicia, la verdad, la reparación y la no repetición. Luego trazó las pautas que hay que seguir a efectos de realizar una ponderación entre tales derechos y finalmente acometió el análisis de cada uno de los cargos de inconstitucionalidad contra la ley demandada.

La escogencia expresa de la ponderación como medio de solución del conflicto normativo –por cierto, muy frecuente en las decisiones de la Corte– obedeció a la idea de “sopesar los derechos constitucionales que se encuentran en colisión, en aras de alcanzar una armonización entre ellos, de ser posible, o de definir cuál ha de prevalecer” (párr. 5.4).

La ponderación se ha de llevar a cabo, en consecuencia, entre las diferentes maneras en que las normas demandadas afectan la justicia, y los demás valores y derechos constitucionales a proteger, a saber:

la paz, el derecho a la verdad, el derecho a la reparación y el derecho a la no repetición de las conductas violatorias de derechos humanos (párr. 5.7).

El debate más importante giró en torno a la concesión penal hecha por el legislador a los grupos al margen de la ley que se desmovilizaran, con lo cual se cumpliría el propósito de paz. Se trata de una pena alternativa de máximo ocho años de prisión –cualquiera que fuese el delito cometido– a quienes colaboraran con la justicia y en ciertas circunstancias confesaran sus delitos. La tensión de derechos era clara: por un lado, el derecho a la paz, y por otro, el derecho a la justicia y a la verdad –también a la reparación, pero en otro circuito de argumentos–.

Realizada la ponderación, la Corte estimó exequible la pena alternativa por no encontrar desproporcionada la afectación al valor justicia,

el cual aparece preservado por la imposición de una pena originaria (principal y accesoria), dentro de los límites establecidos en el Código Penal, proporcional al delito por el que se ha condenado, y que debe ser cumplida si el desmovilizado sentenciado incumple los compromisos bajo los cuales se le otorgó el beneficio de la suspensión de la condena (párr. 6.2.1.4.9).

Sin embargo, condicionó la constitucionalidad de algunas expresiones “en cuanto pueden contener medidas que, no obstante estar orientadas al logro de la paz, podrían entrañar una desproporcionada afectación del valor justicia y particularmente del derecho de las víctimas” (párr. 6.2.1.5.).

Una ponderación semejante hizo la Corte entre el derecho a la paz y el derecho a la verdad, pues la pena alternativa exigía como contrapartida la confesión de los delitos cometidos en condiciones tales que, en suma, dependía de la mera voluntad del desmovilizado, y no de su deber de hacerlo luego de ser beneficiario de una pena abiertamente favorable, independientemente de la gravedad del delito cometido.

En términos de teoría constitucional, lo que hizo la Corte fue determinar que para que las propiedades de la ley coincidieran con las de la Constitución, en lo relevante, fue necesario circunscribir la hermenéutica de aquella a un entendimiento compatible con la Carta, por la vía de la condicionalidad de la decisión.

Acción de tutela. Desplazamiento forzado y estado de cosas inconstitucional

La más importante sentencia proferida por la Corte Constitucional colombiana en materia de tutela de derechos (acción de amparo) y relacionada con el conflicto armado, sin duda es la

que resolvió declarar el estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado por la violencia armada –sentencia T-025 de 2004–. Se trata de un caso ejemplificativo en materia de órdenes, argumentos y consecuencias, como puede observarse desde la formulación del principal problema jurídico planteado:

¿Procede la acción de tutela para examinar las acciones y omisiones de las autoridades públicas respecto de la atención integral a la población desplazada para determinar si problemas en el diseño, implementación, evaluación y seguimiento de la respectiva política estatal contribuyen de manera constitucionalmente relevante a la violación de sus derechos constitucionales fundamentales?

En un resumen hecho en la misma sentencia, la Corte respondió al anterior problema en los siguientes términos:

[...] por las condiciones de vulnerabilidad extrema en las cuales se encuentra la población desplazada, así como por la omisión reiterada de brindarle una protección oportuna y efectiva por parte de las distintas autoridades encargadas de su atención, se han violado tanto a los actores en el presente proceso, como a la población desplazada en general, sus derechos a una vida digna, a la integridad personal, a la igualdad, de petición, al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la educación, al mínimo vital y a la protección especial debida a las personas de la tercera edad, a la mujer cabeza de familia y a los niños [apartados 5 y 6]. Esta violación ha venido ocurriendo de manera masiva, prolongada y reiterada y no es imputable a una única autoridad, sino que obedece a un problema estructural que afecta a toda la política de atención diseñada por el Estado, y a sus distintos componentes, en razón a la insuficiencia de recursos destinados a financiar dicha política y a la precaria capacidad institucional para implementarla. Tal situación constituye un *estado de cosas inconstitucional* que será declarado formalmente en esta sentencia.

[...]

La declaratoria formal del estado de cosas inconstitucional tiene como consecuencia que las autoridades nacionales y territoriales encargadas de atender a la población desplazada deben ajustar sus actuaciones de tal manera que se logre la concordancia entre los compromisos adquiridos para cumplir los mandatos constitucionales y legales y los recursos asignados para asegurar el goce efectivo de los derechos de los desplazados. Esta decisión respeta las prioridades fijadas por el Legislador y por el Ejecutivo y el experticio de las autoridades nacionales y territoriales responsables que definieron el nivel de sus propios compromisos, pero exige que estas adopten a la mayor brevedad posible los correctivos que sean necesarios para que dicho estado de cosas inconstitucional sea remediado.

Al igual que en los juicios en que el juez debe determinar si una cierta conducta corresponde o no con las propiedades descritas

en el supuesto de hecho de una norma, en los casos (habituales) de tutela de derechos fundamentales se trata de determinar si el Estado –excepcionalmente un particular– ha violado uno de tales derechos por acción u omisión.

A pesar de que la Corte se había pronunciado en 17 sentencias anteriores sobre el tema del desplazamiento y había dado órdenes de protección de sus derechos, ante la persistencia de la violación múltiple de tales derechos, por múltiples instituciones y no solo a unas pocas personas –los demandantes–, sino a todo un conglomerado identificable –los desplazados por la violencia armada–, la Corte decidió acumular 108 casos que cobijaban los reclamos de cerca de 5.000 personas. Este tipo de situaciones ha sido denominado “estado de cosas inconstitucional”.

Corte Suprema de Justicia

Masacre de Segovia

En el año 1988 se celebró por primera vez la elección popular de alcaldes en el municipio de Segovia, localidad del departamento de Antioquia, en la región noroeste colombiana. Un nuevo partido político, denominado Unión Patriótica, conformado por varias fuerzas de izquierda en el país, incluyendo a las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y al Partido Comunista Colombiano, con el apoyo del gobierno del presidente Belisario Betancur en el marco de un proceso de paz adelantado a mediados de 1985, irrumpió en la política nacional y logró constituirse como una fuerza electoral mayoritaria en varias zonas del país, entre ellas en el municipio de Segovia, una población que durante años habían dominado los partidos tradicionales –liberal y conservador– como consecuencia de un sistema de designación de la primera autoridad local sin participación popular. A las organizaciones de ultraderecha no les agradó ese nuevo escenario y muy pronto se les notificó a los segovianos de la aparición de un movimiento autodenominado “Muerte a Revolucionarios del Nordeste”, que restauraría el orden en el municipio.

El 11 de noviembre de 1988, en horas de la noche, un ejército privado al mando de Alonso de Jesús Baquero, un paramilitar apodado “Vladimir”, asesinó a 43 personas y afectó la integridad personal de otras 45, en un acto de retaliación política contra los habitantes de ese municipio. Luego de haberse constatado la participación de alias “Vladimir” en los hechos, este le contó a la justicia, tiempo después, que en una finca del Magdalena Medio Henry Pérez le ordenó ejecutar ese acto, que se ha dado en llamar para la historia negra colombiana como la “Masacre de Segovia”, luego de explicarle que César Pérez García, un reconocido político, era el gestor de semejante acto, lo que llevó a que

la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia lo condenara el 15 de mayo de 2013 como autor del delito de concierto para delinquir y como determinador de homicidio agravado.

Parte importante de esta sentencia incluye, para los efectos de lo que aquí se quiere mostrar, el análisis del contexto en que se produjo el suceso, lo que permitió a la Corte Suprema fijar los hechos del caso con las propiedades adecuadas para facilitar la tipificación del ilícito como delito de lesa humanidad. Así, la Corte refirió la exclusión histórica de los movimientos ajenos al bipartidismo colombiano, el ascenso político de la Unión Patriótica, la presencia de “escuadrones de la muerte” de tendencia antidemocrática, el apoyo o tolerancia de los agentes estatales frente a los grupos ilegales y la relación de César Pérez García con este “aparato organizado de poder”, a partir de lo cual concluyó que la “Masacre de Segovia” es apenas un episodio de un conjunto de acciones sistemáticas y generalizadas que llevaron al exterminio de la Unión Patriótica.

Por otro lado, la Corte tomó el precedente de la condena impuesta al expresidente Alberto Fujimori por parte de la Corte Suprema de Justicia del Perú, para afirmar la posibilidad de calificar la conducta como un hecho punible a la luz de la legislación interna y, al mismo tiempo, como un “crimen de lesa humanidad”, pues al momento de los hechos Colombia ya había suscrito tratados internacionales que acentúan la sistematicidad y generalidad del ataque como criterios diferenciadores.

Que se configuraba un crimen de lesa humanidad, fue afirmado en resolución previa –auto de mayo 13 de 2010–, cuando la Corte decidió avocar el conocimiento del caso; y en un franco reto a la forma tradicional de entender el principio de legalidad en materia penal afirmó que “sería posible aplicar el contenido de un tratado internacional reconocido por Colombia respecto de algún delito allí prohibido y sancionado, aun sin existir ley interna previa en dicho sentido, sin atentar contra el principio de legalidad”.

La definición del caso como crimen de lesa humanidad permitió a continuación a la Corte declarar su no prescriptibilidad, para lo cual aplicó la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad”, de 1968, a pesar de que el Estado colombiano no había ratificado dicho tratado, ni entonces ni ahora. Razonó así la Corte:

Debe tenerse en cuenta que las normas relativas a los derechos humanos hacen parte del gran grupo de disposiciones de derecho internacional general, las cuales son reconocidas como normas de *ius cogens*, razón por la cual, aquellas son inderogables, imperativas

(no dispositivas) e indisponibles, situación que acontece con el principio de derecho internacional “sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad”, cuya vocación es universal, de donde se colige que la no adhesión al mismo por parte de un Estado no lo sustrae del cumplimiento de una norma internacional como compromiso *erga omnes* adquirido para prevenir y erradicar graves violaciones a los derechos humanos que desconocen la humanidad y su dignidad².

Parapolítica

A raíz de las confesiones (versiones libres) realizadas a partir del año 2007 por miembros de grupos paramilitares desmovilizados conforme a la ley de justicia y paz –Ley 975 de 2005–, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia procedió a investigar y enjuiciar a miembros de la Cámara de Representantes y del Senado, así como a gobernadores (todos ellos aforados), que formaron parte, o contribuyeron a la formación, consolidación y expansión de los grupos paramilitares.

Hasta noviembre de 2012, 14 personas habían sido juzgadas y condenadas en el marco del proceso de “justicia y paz”, entre ellas siete líderes o comandantes de unidades paramilitares, y 23 líderes de estos grupos habían sido condenados en el marco del sistema de justicia ordinaria. Más de 50 excongresistas habían sido condenados por la Corte Suprema por el delito de concierto para delinquir para promover grupos armados al margen de la ley.

El caso escogido puede sintetizarse así: en la última década del siglo XX, con apoyo de oficiales de la fuerza pública, algunas personas del departamento de Córdoba, especialmente ganaderos, decidieron tomar partido en el conflicto social que se desarrollaba en esa región y

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, auto de 13 de mayo de 2010, radicación 33.118, ponente: María del Rosario González de Lemos. Algo semejante ocurrió cuando la Sala de Casación Penal dispuso reabrir la investigación que había sido precluida por la Fiscalía desde 2004 a favor del exgeneral Rito Alejo del Río, antiguo comandante de la Brigada XVII del Ejército colombiano: “Comoquiera que el militar procesado ha rendido descargos por un delito de lesa humanidad, la consecuencia inmediata para el orden jurídico interno consiste en evitar a toda costa la impunidad de los crímenes presuntamente cometidos y, con ello, mostrar a la comunidad internacional que no es necesaria la intervención de la justicia penal internacional porque Colombia sí está en capacidad de juzgar e imponer las consecuencias punitivas establecidas en la ley penal nacional a los responsables de tales delitos” (sentencia de marzo 11/09, ponente: Yesid Ramírez). La Corte sigue así una línea que no es común, pero que se presenta en el derecho judicial comparado, como lo muestra el caso de Klaus Barbie (Corte de Casación de Francia, sentencia de 20 de diciembre de 1985) y también el de “Alfredo Astiz sobre nulidad” (juez federal n.º 12 de Argentina, sentencia 24 del 4 de mayo de 2000) (ver citas y reflexión en O’Donnell, 2001, p. 55).

enfrentar a los grupos de guerrilla que operaban en el departamento, como parte de una estrategia militar contrainsurgente. En principio lo hicieron colaborando de las más distintas maneras con la fuerza pública y luego, bajo su propia visión, crearon un ejército con el que lograron “derrotar al enemigo” y paulatinamente someter a poblaciones enteras sumidas en un Estado de facto en el cual las autodefensas impusieron sus propias normas y una muy particular concepción acerca del poder y de la sociedad.

En los primeros años centraron su estrategia en lo militar, pero a medida que dominaban partes importantes del departamento crearon un imperio que se fue plasmando en “abonados sociales”, en nada diferentes a las poblaciones sometidas por una fuerza ilegal que pretendía lograr una artificiosa cohesión social mediante la intimidación, el desplazamiento y la muerte. Con el tiempo, luego de afianzado su dominio, decidieron intervenir en el manejo de lo público: vetaron a los que no compartían sus ideas, auspiciaron a quienes compaginaban con sus propósitos o se congraciaban con ellos y se apoderaron, sin importar los medios, de instituciones de la región.

En ese escenario, Salvatore Mancuso, cabeza del movimiento Autodefensas Unidas de Colombia, convocó a personalidades y a políticos de la costa caribe colombiana a la reunión que habría de realizarse el 23 de julio de 2001 en Santa Fe de Ralito, corregimiento del municipio de Tierralta, justo cuando el gobierno del presidente Andrés Pastrana intentaba consolidar, pese a las voces opuestas de las autodefensas, un proceso de negociación con las FARC.

En dicha reunión, a la que concurrieron, entre otros, los senadores Juan Manuel López Cabrales y Reginaldo Montes Álvarez, además de escuchar conferencias sobre experiencias internacionales en procesos de paz y a los principales dirigentes de las autodefensas, se suscribió un documento en el que políticos, empresarios y funcionarios se comprometieron con los altos mandos de las autodefensas a “refundar la patria” y celebrar un “nuevo pacto social”.

El contenido del pacto se conoció a finales de 2006, cuando el exsenador Miguel de la Espriella dio a conocer lo acontecido en esa reunión, tras haber visitado previamente en la concentración del municipio de La Ceja a Salvatore Mancuso Gómez, quien hizo entrega del documento en la sesión de versión libre rendida ante un fiscal el 15 de enero de 2007. Posteriormente, el proceso permitió conocer que entre algunos de los asistentes y las autodefensas se pactaron acuerdos políticos, solo posibles entre quienes tenían propósitos comunes por fuera de la legalidad.

De este caso, igualmente, hay que destacar la descripción y uso del contexto para reforzar el indicio que llevó a la Corte a concluir que se había cometido un ilícito. Así, luego de relatar la dinámica del conflicto armado en Córdoba y de describir la fuerte presencia y actuación de los grupos paramilitares en el departamento, así como su control sobre la vida social y política, la Corte aclaró que, si bien el hecho de hablar con un paramilitar no necesariamente implicaba un delito, ese acontecimiento, unido a otros elementos de juicio, sí podía interpretarse como el indicio de un acto ilegal.

Los congresistas se reunieron con jefes paramilitares para “refundar la patria”, una estrategia de las autodefensas dirigida a conferirle contenido político a una acción armada. Aunque en el documento suscrito se habla de paz y se citan los artículos de la Constitución Política, de su contenido se infiere que la finalidad de los firmantes era crear un Estado paralelo mediante la promoción del grupo armado ilegal. De esta forma, concluye, se generó un peligro para la seguridad pública, con lo cual se puso en riesgo el bien jurídico tutelado. Los congresistas, que fueron libremente a la reunión y suscribieron el acuerdo, debieron informar al gobierno y denunciar el hecho a las autoridades competentes, pero guardaron silencio, razón por la cual con su conducta incurrieron en concierto para delinquir.

Consejo de Estado

Toma guerrillera de la base militar de Las Delicias

En el conflicto armado interno colombiano es habitual que de parte de la institucionalidad combatan no solo soldados profesionales (voluntarios), sino conscriptos (que prestan el servicio militar obligatorio). Para la época de los hechos el auge militar de las guerrillas de las FARC era evidente y la audacia y efectividad de episodios como este lo revela con claridad.

El día 30 de agosto de 1996, más de 2.000 subversivos fuertemente armados irrumpieron a sangre y fuego en la base militar de Las Delicias, municipio de la Tagua (Putumayo). El Ejército reaccionó infructuosamente, solicitó apoyo militar por radio, que solo llegó 24 horas después, cuando ya habían masacrado cerca de treinta hombres y sesenta más habían sido secuestrados por los guerrilleros³.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 25 de mayo de 2011, radicación 1538 y otros acumulados, consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

La providencia advierte que los hechos ocurridos son resultado del conflicto armado interno que el país viene sufriendo desde hace varias décadas,

lo que hace exigible al Estado un deber positivo de protección no solo respecto a los ciudadanos o población civil, sino también en relación con los propios miembros de la fuerza pública, y especialmente con aquellos que cumpliendo el deber constitucional de prestar el servicio militar obligatorio ostentan la calidad de ciudadanos-soldados.

Encuentra que el hecho dañoso es atribuible al Estado, por varias razones: a) por la omisión del Estado de haber adoptado las medidas razonables para prevenir la violación de los derechos humanos de las que fueron objeto los ciudadanos-soldados; b) porque el Estado creó la situación objetiva de riesgo, comprendida por la existencia de la base militar de Las Delicias en un ámbito espacial, de orden público y de posibilidades de defensa y protección limitada, sin que se hubieren los deberes de salvamento, apoyo y protección suficiente.

La providencia es reiterativa en señalar que la responsabilidad que se imputa al Estado se debe a que a) no se emplearon suficientes instrumentos de prevención, b) la calidad que se tuvo para defender a los miembros de la fuerza militar fue tardía, limitada, insuficiente y propia de la falta absoluta de planeación y coordinación que exige la estrategia y desarrollo militar, y c) el apoyo o reacción del Estado fue tardío, insuficiente y drásticamente limitado. Agregó que se demostró que durante el enfrentamiento hubo errores tácticos, derivados de la falta de entrenamiento, que impidieron que se hiciera la labor de inteligencia que es ordinaria en este tipo de bases para detectar movimientos o actividades riesgosas.

La novedad del fallo radica no solo en tratarse quizás del primer reproche en sede judicial sistemático y articulado a la forma como se adelanta la lucha antisubversiva en el país, sino también porque cada una de las premisas que componen los argumentos está construida sobre las particularidades que encierra razonar jurídicamente en un contexto de conflicto armado.

La resurrección de la UP

Como antes se recordó al describir el contexto de la masacre de Segovia, en mayo de 1985 nació el partido político de izquierda Unión Patriótica (UP), como parte de los resultados del acuerdo de paz celebrado en ese entonces entre las FARC y el gobierno del presidente Belisario Betancur. En 1986 la UP irrumpió como el gran fenómeno electoral que alcanzó la mayor votación histórica de la izquierda en Colombia y logró elegir un número importante de senadores, representantes a la cámara,

diputados a las asambleas departamentales, concejales y alcaldes en los municipios.

Una arremetida violenta y sin precedentes se produjo contra este grupo político en el lustro siguiente a su aparición, en el que fueron asesinados dos candidatos presidenciales, senadores, representantes, diputados, concejales, alcaldes, candidatos y militantes de la UP en un número entonces calculado en un millar de víctimas selectivas, lo que llevó a considerarse por muchos –incluido un presidente de la república– como un genocidio político.

Una norma del régimen de partidos –el artículo 1 de la Ley 134– disponía que los partidos políticos que en una justa electoral no alcanzaran a obtener 50.000 votos o no eligieran un congresista –senador o representante a la Cámara– perderían su personería jurídica, lo que significaba desaparecer como partido. A la contienda electoral para elecciones de senadores y representantes a la Cámara de 2002, la UP se presentó diezmada por la violencia padecida y solo inscribió un candidato regional de representante a la Cámara y ningún senador.

Como el resultado electoral fue nefasto, el Consejo Nacional Electoral (CNE) produjo el acto de supresión de la personería jurídica de la UP. El CNE no atendió la reclamación jurídica pertinente hecha en el sentido de que la situación en que se produjo la falta de apoyo electoral fue anormal y cruzada por el exterminio de sus miembros, con lo cual no se habría hecho valer el fin de la norma que no era otro que castigar a los partidos que no tuviesen apoyo electoral por razones políticas, ideológicas o de otra índole, pero no por violencia en contra de sus integrantes.

Los miembros de la UP demandaron la decisión y la Sección Quinta del Consejo de Estado encontró que el CNE actuó mal al no tener en cuenta que la realidad violenta que ofrecía en el caso obligaba a una lectura distinta a la meramente literal de la norma en la que se apoyó la autoridad electoral. El argumento central de la sentencia fue el siguiente:

[...] no era jurídicamente posible que el CNE le atribuyera al partido político UP la consecuencia de supresión de la personería jurídica, pues las circunstancias que en su caso se presentaron no encajaban en la situación que consagra el numeral 1.º del artículo 4.º de la Ley 130 de 1994, disposición que le sirvió de apoyo normativo al órgano administrativo electoral para la toma de la decisión administrativa que es objeto de este control judicial.

Porque lo que le ocurrió a la UP fue que no contó con las condiciones de garantía indispensables para vincularse a la contienda electoral al Congreso del año 2002 con una pluralidad de candidatos avalados y

en un escenario de normalidad participativa⁴. Consecuencia de ello, por obvias razones estaba en imposibilidad de obtener cincuenta mil (50.000) votos, o de conservar al menos una curul en esa Corporación de elección popular.

Estas fueron las verdaderas razones, de carácter de fuerza mayor, que le impidieron, en igualdad de condiciones a los demás partidos, y con garantía de libertad, poder ejercer este derecho político, derecho que es de naturaleza fundamental.

En efecto, en el expediente obra prueba documental sobre la situación de exterminio del que venían siendo objeto los militantes y simpatizantes de la UP. En especial ello se evidencia del análisis del estudio titulado “Informe del Defensor del Pueblo para el Gobierno, el Congreso y el Procurador General de la Nación” de octubre de 1992, donde se dan a conocer las conclusiones del “Estudio de casos de homicidio de miembros de la Unión Patriótica y del movimiento político Esperanza, Paz y Libertad”. Este documento preexistía a la fecha en la que se expedieron los actos acusados. Tal informe tuvo origen en la orden que al respecto impartió a la Defensoría del Pueblo la Corte Constitucional en la sentencia T-439 de julio 2 de 1992, cuando amparó los derechos a la libertad personal, la vida, la integridad, la igualdad, la intimidad, la libertad de conciencia y la participación política del señor Luis Humberto Rolón Maldonado (sobreviviente de la UP).

Técnicamente, el Consejo de Estado encontró la existencia de la causal de anulabilidad del acto administrativo expedido por el CNE, conocida como desviación de poder, pues no se tuvo en cuenta la finalidad para la cual fue proferida la norma que sirvió de apoyo para proferir dicho acto que, como se indicó, no era otra que evitar la existencia de partidos políticos sin apoyo electoral, lo cual no fue el caso de la UP, o si lo fue, se debió a razones de violencia no previstas en la misma norma.

CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LAS SENTENCIAS RESUMIDAS

Como se indicó en el introito, afirmar que el razonamiento judicial en Colombia y su efecto sobre el constitucionalismo tiene tal o cual propiedad, o es un ejemplo de alguna particular concepción del

⁴ Al proceso se aportó certificación del director de Gestión Electoral del CNE en el sentido de que la UP presentó un único candidato a la Cámara de Representantes por el departamento de Arauca para las elecciones del 10 de marzo de 2002. En cuanto al Senado, se certificó que “no hubo inscritos” (fl. 391 c. ppal.). No obstante, las resoluciones del CNE que se demandan no aducen ni se refieren a esta circunstancia, que por lo tanto careció de relevancia.

derecho, exigiría un estudio de casos más profundo que el que aquí se intenta hacer o un espectro de sentencias más ambicioso, apoyado tal vez en las herramientas que proporcionan no solo la teoría de la argumentación, sino también las ciencias sociales y la cuantificación y cualificación metodológica. De modo que la escogencia de los casos –arbitraria como toda selección–, a partir de los criterios señalados inicialmente, se insiste, quizá solo pueda servir para señalar alguna tendencia sobre el tema. Dicha tendencia parece que pretendiera eludir expresamente el formalismo jurídico de corte benthamiano o propio de la tradición boca-de-la-ley y, por esa ruta, parece que quisiera lanzar un reto (por lo menos parcial) al modelo deductivo como aquel capaz de describir con suficiencia lo que pasa en el quehacer judicial y sus efectos normativos y sociales. Para sustanciar esta hipótesis voy a destacar tres aspectos de las sentencias descritas: a) el tipo de órdenes impartidas, b) los argumentos que las sustentan y c) algunos de sus efectos.

El tipo de órdenes impartidas

Se trata de órdenes que, en general, se salen de un esquema típico, tradicional y ortodoxo de decisiones judiciales. El ejemplo más notorio quizá lo muestra la Corte Constitucional en las decisiones que habitualmente profiere –constitucionalidad y tutela–. Como se vio en el ejemplo de sentencia de constitucionalidad, la Corte se sale de la forma binaria tradicional de decisión que hasta 1991 en Colombia se profería en la materia: exequible o inexecutable, e incorpora la modalidad de la condicionalidad de la decisión, para darles fuerza a nuevos principios incorporados por el constitucionalismo contemporáneo, como los del efecto útil de las normas, conservación del derecho y, en últimas, el principio democrático. De paso, adquiere y reivindica su condición ya no solo de legislador negativo –como señaló en su momento Kelsen–, sino de legislador positivo. Corolario de ello, el sistema de fuentes formales del derecho en Colombia varió radicalmente.

También es claro que las órdenes impartidas por las altas cortes colombianas sobrepasan la mera pretensión de dar finiquito a un conflicto *inter partes*. Así, muchas órdenes judiciales tienen el claro propósito de promover reformas estructurales y otras tantas, sin ser tan pretensiosas, buscan incidir así sea modestamente en una determinada política pública.

El ejemplo más notorio, que no el único, es el del estado de cosas inconstitucional declarado por la Corte en materia de desplazamiento forzado. Las órdenes allí impartidas y el monitoreo que a las mismas se ha venido haciendo –aún hoy– a través de una Sala Especial de

Seguimiento muestran de lejos un papel judicial bien diferente del tradicional. La Corte movió con esta sentencia toda la agenda de la política pública en materia de desplazamiento forzado, con el claro propósito de mejorar las condiciones de las víctimas de este fenómeno, generado particularmente por el conflicto armado interno.

Esta clase de órdenes no es común encontrarlas en las otras cortes colombianas, quizá porque el papel que cumplen en el sistema judicial y la naturaleza de los casos que allí se resuelven –asuntos ordinarios, y no típicamente constitucionales– no lo permitan. Con todo, tímidamente se han producido algunas órdenes que desbordan el marco preciso de solución del caso y que se encuentran orientadas a promover cambios, si no estructurales, al menos funcionales en las instituciones, como miras a un mejor desempeño democrático. Los llamaré cuasiestructurales.

Donde más frecuentemente se observa esta situación es en los casos resueltos por el Consejo de Estado, merced a su posición de juez especial de la administración⁵ y a partir de la relectura de una norma que dispone la reparación integral de las víctimas que demandan al Estado –artículo 16 de la Ley 446/98–. Quizá no sea exagerado decir que de un tiempo acá el Consejo de Estado decidió incorporar el entendimiento que a la noción de reparación integral le ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que incluye, como se sabe, no solo los conceptos de indemnización, sino también los de verdad, justicia y garantías de no repetición.

Así, en el caso de la toma guerrillera de la base militar, el Consejo de Estado, además de ordenar la típica indemnización económica de perjuicios, dispuso entre otras cosas: a) la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad por parte de las entidades demandadas; b) la provisión a las víctimas y sus familias de un tratamiento psicológico que les permita su reinserción social y la superación de las huellas de la guerra, y c) la realización de un informe de violación de los derechos humanos en los hechos de la toma guerrillera. Ordenó asimismo d) compulsar a la Procuraduría General

⁵ Ello no ha sido óbice para que la Corte Suprema de Justicia haya hecho excursos en ese tipo de órdenes: “3°. Exhortar al Gobierno Nacional para que convoque a las principales fuerzas sociales –representaciones de los tres poderes, organizaciones de víctimas, de derechos humanos y otras agrupaciones civiles–, en orden a estudiar la conformación de una comisión de la verdad, que paralelamente con los juicios penales que se siguen a la luz de la Ley de Justicia y Paz, ayude a establecer la verdad sobre el pasado que aquí se juzga” (auto de septiembre 21/09, ponente Sigifredo Espinosa; caso contra el desmovilizado paramilitar del Bloque Calima de las Autodefensas Unidas de Colombia, Gian Carlo Gutiérrez).

de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación para que se investigue disciplinaria y penalmente los actos u omisiones de los altos mandos militares de la época de los hechos.

Un interesante efecto circular de estas órdenes se ve en el caso de la Unión Patriótica. Cuando un sobreviviente de la UP solicitó a la Corte Constitucional y esta protegió en concreto sus derechos fundamentales vulnerados –sentencia T-439 de 1992–, dispuso además:

Cuarto. Solicitar al señor Defensor del Pueblo que, dentro de la órbita de sus competencias y para los fines indicados en el artículo 282 de la Constitución, elabore, en el término de tres (3) meses un informe con destino al Congreso Nacional, al Gobierno y al Procurador General de la Nación, sobre el estado en que se encuentran las investigaciones penales y disciplinarias que se adelantan como consecuencia de las muertes de miembros del partido político Unión Patriótica y del movimiento político Esperanza, Paz y Libertad, así como promover ante las autoridades judiciales competentes las acciones necesarias para el definitivo y total esclarecimiento de estos hechos.

Como se recuerda en la sentencia del Consejo de Estado aquí reseñada, el informe así ordenado se produjo y fue incorporado como prueba al caso. Este documento contenía información sobre la violencia padecida por los miembros de la UP, que fue decisiva para resolver el asunto de contenido electoral a favor de los demandantes.

La argumentación no formal

Las sentencias analizadas muestran claramente dos cosas: por un lado, la (re)construcción y asignación de significado de la premisa normativa en un ejercicio característico menos de una argumentación dogmática y más de corte analítico y con ingredientes morales –como la que propugna la vigente teoría de la argumentación desde Alexy–, y por otro, la (re)construcción de los hechos a partir de inferencias cuyas bases probatorias son fortalecidas por el contexto en el que se desarrollaron las conductas calificadas de injurídicas.

Escogida explícitamente la ponderación como técnica de análisis, como se vio en el caso del análisis de constitucionalidad de la ley de justicia y paz –sentencia C-370/06–, la Corte dio cuenta de los cargos de inconstitucionalidad en un típico ejercicio de aplicación de técnicas de argumentación jurídica. Se escogieron *ex profeso* los argumentos que llevaron a declarar la constitucionalidad condicionada de las normas demandadas para mostrar no solo la presencia de argumentos extrajurídicos, sino también ejemplos claros de la llamada por Alexy *ley de la colisión*, pues resultado de la ponderación se dispuso

por la Corte una nueva regla del caso consistente en la norma originaria más la condición hermenéutica impuesta que permite una lectura constitucional.

En los demás juicios ordinarios sintetizados, los jueces colombianos han expuesto argumentos no solamente semánticos o explicitado los entimemáticos, sino también han apelado a argumentos extrajurídicos orientados no solamente a identificar el derecho aplicable, sino a resolver el caso (Atienza resumiendo a Bulygin), pero incluso a proponer una reforma estructural que lo cobija, tal como lo mostró la Corte en la sentencia que declaró el estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado por la violencia.

Lo propio se observa en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, pues no de otro modo puede entenderse un argumento que recurre no solo al derecho interno para tipificar una conducta – concierto para delinquir y homicidio agravado–, sino al derecho judicial comparado –caso Fujimori de la Corte Suprema del Perú– y al derecho internacional de los derechos humanos para que la tipificación como delito de lesa humanidad quede incluida dentro de aquellos imprescriptibles. Y lo que es más importante, para que el caso concreto se declare imprescriptible con aplicación de una norma que no es en estricto sentido derecho positivo en el derecho interno, pues se trata de un tratado internacional no suscrito por Colombia. Esto, me parece, es claramente un razonamiento no positivista.

Mención especial merece la lectura no formal de las reglas de admisibilidad de pruebas y el análisis probatorio alimentado por la descripción del contexto de violencia donde ocurrieron los hechos. Ello es notorio en los casos de la masacre de Segovia y paramilitarismo decididos por la Corte Suprema de Justicia y en los del Consejo de Estado sobre desaparición forzada y toma guerrillera de la base militar.

En tales casos, el antiformalismo se ve reflejado en la flexibilidad de las reglas de admisibilidad probatoria –por ejemplo, la incorporación a casos de derecho interno, de pruebas que aparecen en casos de la CIDH, los hechos notorios y la analogía “fáctica”– y quizá también en el apoyo que a las pruebas indiciarias puede proporcionar la inclusión del contexto en el análisis.

En el caso de la Unión Patriótica fue igualmente significativo el análisis hecho del contexto a partir de un documento oficial que daba cuenta del estado de violencia padecido por los miembros de la UP –incorporado ese sí formalmente al proceso–, con apoyo en otros documentos de Naciones Unidas e incluso de una ONG como Amnistía Internacional.

Las cortes colombianas coinciden así en la ruta de análisis probatorio trazado por la Corte IDH al resolver casos de masacres –como se observa en muchas de las sentencias contra Colombia y por la versión más moderna del derecho procesal, como la defendida por Taruffo (año).

Las consecuencias de las decisiones

En los casos analizados, las consecuencias de las sentencias, definitivamente, sobrepasaron el habitual espacio reducido en el que suele moverse una decisión judicial, sea porque los involucrados directamente así lo perciben o expresan o porque, al ser resaltados por los medios masivos de comunicación, el conocimiento o la expectativa ciudadana en torno a la idea que se tenga de justicia es diferente.

Quizá lo más notorio sea la percepción que suele tenerse en el medio académico, así como en cierto sector social ilustrado, de las posibilidades y capacidades de los jueces colombianos para reconfigurar reglas de comportamiento social o reconducir políticas públicas.

También es importante la contribución de las decisiones judiciales a la cultura jurídica colombiana en general, cuyos indicadores más claros son la irradiación de la estructura y razonamiento hecho en las altas cortes a los jueces de inferior jerarquía y a los usuarios habituales del derecho en sede judicial, y la relativa eficacia de las órdenes impartidas a los poderes concernidos, en especial al legislativo y al ejecutivo.

No corresponde a un rasgo particular señalar que las decisiones sobre la inconstitucionalidad de normas legales o su constitucionalidad condicionada tienen grandes consecuencias sociales, pues alterar en algún sentido normas expedidas por el legislador ordinario es de suyo relevante. El caso colombiano en este punto no es la excepción, y lo decidido por la Corte respecto de la Ley 975 de justicia y paz determinó desde entonces el comportamiento gubernamental y judicial a seguir en relación con la desmovilización paramilitar.

En cambio sí es una propiedad particular –quizá no exclusiva– del razonamiento judicial en Colombia, me parece, la movilización institucional, académica o social generada por casos como el del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado⁶. Y es que, vuelve a resaltarse, no se está aquí ante un caso de control constitucional de normas legales, sino ante uno que originalmente

⁶ Así lo demostró un extenso estudio realizado por Rodríguez Garavito & Rodríguez Franco (2010).

estaría llamado a ser resuelto tradicionalmente como un conflicto *inter partes*, con unas órdenes específicas para proteger el derecho de uno de los sujetos procesales concernidos –la parte demandante–, pero que por voluntad de la Corte, de su visión integral del conflicto, el caso se tornó en un juicio con pretensiones de reforma estructural, abandonando el modelo de adjudicación propio de la solución de conflictos.

Lo propio ocurrió con los casos adelantados en la Corte Suprema de Justicia por la llamada parapolítica. El solo hecho de haber juzgado, condenado y encarcelado más de 50 congresistas –entre senadores y representantes a la Cámara– generó un impacto ciudadano sin precedentes y una percepción diferente tanto del Congreso como de la Corte. La reacción del gobierno del presidente Álvaro Uribe, afecto a los parlamentarios condenados, culminó en uno de los mayores escándalos políticos conocidos en la historia judicial colombiana reciente, en que se demostró que la central de inteligencia colombiana, es decir, el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), filtró las sesiones de la Corte e interceptó ilegalmente las líneas telefónicas de sus magistrados.

El caso fallado por el Consejo de Estado a favor de la Unión Patriótica generó igualmente un enorme despliegue de prensa que lo registró como un paso importante en el contexto de las actuales conversaciones de paz con la guerrilla de las FARC. Entrevistado el principal vocero de las FARC en La Habana, alias “Iván Márquez”, señaló que se trataba de “un acto de justicia, que, aunque tardío, es una buena señal y les dice a las élites que la intransigencia y el exterminio del opositor no conducen a la victoria definitiva sobre una alternativa política” (*El Tiempo*, 14/VII/2013, p. 2). Los principales diarios de circulación en el país, en efecto, además de dar gran despliegue a la noticia y de revivir parte de la historia de la UP, dedicaron sendos editoriales al hecho. “Renace la Unión Patriótica” tituló su editorial el diario *El Tiempo* y destacó que “el regreso de la UP debe llevar a reflexionar sobre la importancia de garantizar un lugar para la oposición, con reglas claras para no repetir graves episodios del pasado” (*El Tiempo*, 11/VII/2013, p. 20). “El regreso de la UP” fue el título del editorial del diario *El Espectador* y cerró diciendo:

Enhorabuena, pues, el regreso de este partido de izquierda a balancear un panorama político [...] Ojalá este país haya evolucionado algo en 20 años y podamos dar una mirada más democrática a quienes representan una visión distinta y alterna de la forma en la que se ha hecho política tradicionalmente. (*El Espectador*, 11/VII/2013, p. 30).

Otros efectos importantes pueden esperarse en casos como los analizados, pues en los juicios adelantados en el Sistema

Interamericano de Derechos Humanos, las condenas que el derecho interno realiza suelen ser consideradas por la Corte IDH como parte de su argumentación en torno a los hechos y la reparación misma.

REFLEXIONES QUE SUSCITA LA JURISPRUDENCIA COMENTADA

De teoría jurídica

Descartado como queda que los fallos analizados no son una buena muestra de formalismo jurídico, ¿a qué concepción del derecho podría responder este conjunto de fallos cuyos más salientes contornos argumentativos y decisionales se han destacado? No se ve muy claro que respondan igualmente a una concepción positivista, pues son muchos los axiomas extrajurídicos que sirven de base a las decisiones. Tampoco parecen enmarcarse bien con una concepción iusnaturalista en la que a partir de una cierta concepción no discutida de justicia se imparten órdenes de corte decisionista.

Podría decirse que la concepción del derecho como argumentación, de Manuel Atienza⁷, que cobija aspectos materiales y pragmáticos –además de los formales– sería suficiente. Y lo es. Sin embargo, un aspecto esencial del razonamiento judicial no quedaría suficientemente explicado por dicha concepción, y es la orden estructural. Podría decirse que el foco del derecho como argumentación son las premisas y no tanto la decisión judicial, que es precisamente lo que enfatiza una concepción diferente como la de Owen Fiss y la del realismo norteamericano o escandinavo –o por lo menos algún sector de tales teorías–, o de la más reciente versión del mismo: el llamado iusrealismo genovés –de Mauro Barberis, Paolo Comanducci y Pierluigi Chiassoni–.

Los positivistas⁸ encontrarán, en los argumentos expuestos, ejemplos claros de argumentación entimemática, mientras que no positivistas como Atienza dirán que lo son, pero de argumentación pragmática. No obstante, cuando el argumento está orientado no solo a identificar el derecho ni a resolver el caso, sino a afectar una estructura funcional o burocrática, parece que hay un componente del iusrealismo que puede ser útil para describir mejor el acontecer judicial.

También Bulygin reclamará que el recurso habitual de los jueces de incluir la normativa internacional –como se constata en los

⁷ Un buen resumen de su tesis puede verse en Atienza (1996).

⁸ Ver, por ejemplo, Alchourrón & Bulygin (1991).

casos expuestos– en nada modifica el modelo positivista⁹. Sin embargo, la aplicación no solo de tratados de derechos humanos suscritos por los estados partes –positivismo ampliado–, sino también de *ius cogens*, en conjunto con derecho positivo estricto –como cuando se aplican los Principios sobre Desplazamiento Forzado aprobados por la ONU, que no es un tratado, junto con otras normas internas e internacionales, o como ocurrió con la aplicación de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad en el caso de la masacre de Segovia, que a pesar de ser un tratado, no ha sido ratificado por Colombia–, ponen de presente un nuevo escenario que reta el modelo positivista del siglo XIX¹⁰ y contribuye eficazmente a resolver el llamado problema de encuadre del pensamiento jurídico latinoamericano, según el cual mientras este

continúa centrado en el Estado nación –y en ese sentido, corresponde a un paradigma westfaliano–¹¹, la práctica jurídica regional está marcada por dilemas regulatorios y por conflictos sociales y legales poswestfalianos [...] El problema ha sido debatido ampliamente en las ciencias sociales, donde el nacionalismo metodológico (Beck, 2007) ha sido criticado por trabajar con herramientas analíticas que continúan asumiendo la convergencia de territorio, autoridad política y eficacia jurídica en el Estado-nación (Faria, 2001; Sassen, 2006). Una crítica similar en el pensamiento jurídico implica retomar y revisar instrumentos cartográficos familiares, como los del derecho comparado y el derecho internacional, y a la vez desplegar algunos nuevos que den cuenta de fenómenos transnacionales que no encajan en los moldes forjados por esas disciplinas (Rodríguez Garavito, 2011, p. 70).

La tentación mayor quizá sea visitar el iusrealismo de corte norteamericano y en especial alguna línea de trabajo posterior que muestre el papel central que en el sistema jurídico colombiano desempeñan allí los jueces (de altas cortes), como la desarrollada por

⁹ “No creo que el llamado neoconstitucionalismo constituya un nuevo paradigma del derecho: no hay en él nada esencialmente nuevo más que la ampliación de la lista de los derechos fundamentales que ya estaban contenidos en las viejas constituciones del siglo XIX [...] el llamado neoconstitucionalismo no tiene por qué ser interpretado como un neoiusnaturalismo, pues es perfectamente compatible con el positivismo jurídico [...]” (Bulygin, 2007, pp. 185-186).

¹⁰ De hecho, el mismo Bulygin así lo reconoce: “Me parece que el viejo modelo según el cual todo derecho es fundamentalmente derecho estatal está en profunda crisis, no solo por el surgimiento de autonomías regionales y órdenes jurídicos supranacionales, sino también por la creciente injerencia del derecho internacional” (Bulygin, 2007).

¹¹ “[3] Esta denominación hace alusión al Tratado de Westfalia (1648) que dio lugar al sistema y al imaginario políticos modernos a escala internacional y están centrados en estados nacionales soberanos que se reconocían mutuamente”.

Fiss (2009): derecho como razón pública, cuya tesis central es que la adjudicación (proceso judicial) es la actividad mediante la cual los valores contenidos en un texto jurídico dotado de autoridad, tal como la Constitución, son provistos de significado concreto y expresión. En la época de los derechos civiles el modelo de adjudicación orientado a la resolución de conflictos cambia al de reforma estructural. Esta nueva forma de adjudicación tiene dos características:

- La constatación de que la amenaza a nuestros valores constitucionales no proviene de individuos, sino del funcionamiento de organizaciones a gran escala: las burocracias del Estado moderno.
- La constatación de que las amenazas a estos valores no pueden y no serán eliminadas, a menos que las organizaciones que las generan sean reestructuradas.

Ante este panorama teórico, formulo la siguiente hipótesis. La manera como el tipo de decisiones judiciales analizadas generan no solo impactos sociales, sino institucionales y normativos, pone de presente la necesidad de una teoría jurídica que describa y reinterprete de mejor forma lo que actualmente constituye un sistema jurídico como el colombiano. Esa teoría debería tener en cuenta no solo la importancia y legitimidad de las reglas jurídicas establecida por órganos competentes (iuspositivismo), ni el carácter justo o correcto de las mismas (iusnaturalismo), sino también el papel central que viene desempeñando el juez en esa reconfiguración normativa y social (iusrealismo). Quizá lo adecuado sea pensar en propiciar una concrecencia teórica que tome lo mejor de cada una, de modo que dicho constructo teórico pueda dar cuenta adecuada de lo que realmente muestra el sistema jurídico colombiano. Sugeriré el nombre de *posirrealismo incluyente*.

De teoría constitucional

Decisiones judiciales que a) para preservar el principio democrático, acuden a la figura de la condicionalidad de las sentencias; b) para contribuir a que se garanticen efectivamente los derechos de grandes poblaciones altamente vulnerables como los desplazados por la violencia armada, imparten órdenes que afectan directamente políticas públicas probadamente ineficaces; c) para evitar la impunidad por delitos que afectan a toda la humanidad, como una masacre, alteran la versión clásica del principio de estricta legalidad; d) para habilitar partidos de oposición radical, releen el contexto de persecución política que motivó la desaparición física de sus miembros; y finalmente e) para dignificar a las víctimas por las violaciones padecidas a sus derechos por parte del aparato estatal, imparten órdenes en clave de reparación

integral; todo bajo una hermenéutica marcadamente *pro homine*, llevan a pensar en que se ha producido una lectura distinta de la tradicional de las normas constitucionales vigentes.

Esa lectura no solamente ha incorporado todo el DIDH, sino que se ha tomado en serio los avances del constitucionalismo entendido como lucha por los derechos, de modo de hacer visibles las víctimas de un conflicto armado que ya lleva más de 50 años. La atención mundial a la guerra interna que sufre Colombia, los apoyos recibidos y un nuevo escenario jurídico que desde 1991 es pródigo en derechos y garantías, han hecho mella en la cultura jurídica colombiana, lo que ha permitido que actores sociales cada vez más organizados demanden instituciones fuertes y garantes de derechos, pero también ha contribuido a generar un entendimiento normativo distinto y a moldear la sensibilidad y el compromiso ético y social de los jueces de manera que se produzcan resultados judiciales como los que aquí se han descrito.

Quizá sea una contribución modesta y todavía aislada a lo que se ha querido llamar “constitucionalismo latinoamericano” que, sin desconocer los aportes que el pensamiento constitucional de países centrales ha hecho y más bien valiéndose de ellos, intenta dar sentido y reordenar una historia económica, social y política particular en la cual la desigualdad, la discriminación y la recurrente violación a los derechos humanos es la regla (el pan de cada día). Se trata quizá de un rasgo característico del actual desarrollo del derecho colombiano que, puesto en la escena latinoamericana, intenta contribuir –a lo mejor sin mucha consciencia– con el nuevo mapeo del pensamiento jurídico del siglo XXI (Rodríguez Garavito, 2011).

De ética judicial

Este novedoso marco judicial, caracterizado por el giro heterodoxo en torno al tipo de decisiones judiciales que se imparten, la forma del razonamiento en línea con las técnicas de la teoría de la argumentación y las consecuencias (algunas de ellas) evidentes de los fallos, muestra igualmente un juez distinto del tradicional y un entendimiento particular de la función judicial.

Es claro que se está no ante un juez boca de la ley, sino ante un juez garante y protector de derechos en el más amplio sentido de la acepción, pues no solo se preocupa por resolver el caso, sino por valerse de este para reintegrar el derecho –como cuando condiciona la legalidad de una norma a un cierto tipo de interpretación–, proteger la institucionalidad –como cuando posterga los efectos de su decisión–, y sobre todo, procurar remedios cuasiestructurales –como cuando se instituye como escudero de los derechos de las personas e imparte

órdenes simbólicas de reparación orientadas a la no repetición de violaciones graves de los derechos humanos–.

Parece más el tipo de justicia que debe impartirse en una sociedad en construcción democrática –en el caso colombiano en transición del conflicto armado al posconflicto social–. Una justicia que se decanta por la verdad, la reparación integral y la contribución al derecho de no repetición; una justicia cuyo entramado argumentativo no pierde de vista las consecuencias de sus decisiones y, al contrario, reestructura el orden jurídico para así fortalecer la institucionalidad y la estabilidad democrática.

ALGUNAS CONCLUSIONES

- La estructura y el razonamiento de las sentencias en Colombia –el de las sentencias escogidas, en realidad– retan aquella hipótesis según la cual el derecho es un discurso “neutral” que reproduce relaciones sociales de poder dominantes. Lo que se muestra es un compromiso de los jueces con un vector social habitualmente excluido –víctimas, partidos minoritarios–, a través de una hermenéutica constitucional garantista y a tono con el derecho internacional de los derechos humanos.
- Deben incorporarse, como parte de la estructura de las decisiones analizadas, las órdenes dispuestas no solo para resolver el caso concreto, sino orientadas a promover reformas estructurales, a veces de manera decisiva y fuerte y otras veces de modo más modesto –sentencias cuasiestructurales–.
- Quizá una nota saliente de las sentencias analizadas es la visibilidad discursiva del contexto en que se desarrolla el caso. Como es sabido, una característica del formalismo es la reducción del análisis a lo demostrado en el proceso, a través de los medios de prueba atados a las reglas de admisibilidad de las mismas. Lo que muestran en cambio los fallos estudiados es una tendencia a incluir una descripción del contexto, que puede entenderse de distintas formas: a) como parte de la “pedagogía del caso”, b) como un apoyo inductivo para hacer inferencias en un escenario probatorio difícil, y c) como una nueva forma de la narrativa relativa al discurso jurídico que se incorpora a la teoría del derecho y a la cultura jurídica locales. Quizá sea, en fin, una expresión de la función transformadora y reformadora del derecho¹².

¹² “El derecho, en lo sustancial, cumple un rol formalizador y reproductor de las relaciones sociales establecidas, y a la vez, un rol en la remoción y transformación de tales relaciones. Cumple, a la vez, una función conservadora y reformadora” (Cárcova, 2006, p. 151).

- Puede afirmarse que la tendencia del razonamiento judicial en Colombia de usar la ponderación como técnica de solución de conflictos jurídicos –particularmente en sede de control de constitucionalidad– muestra claramente la vocación de uso de la (teoría de la) argumentación jurídica, y no la de un análisis centrado en deducciones a partir de premisas normativas constituidas con hermenéuticas meramente dogmáticas.
- El actual quehacer judicial en Colombia muestra claramente las principales líneas de un nuevo paradigma jurídico a la manera habermasiana:

Un paradigma jurídico es algo que en primera línea se infiere de las decisiones judiciales que, en virtud de los criterios que fuere, se consideran ejemplares, y las más de las veces suele equiparse a la imagen implícita que de la sociedad tienen los jueces ... [a su] visión social. Esta constituye el contexto cuando los jueces, al fundamentar sus decisiones, establecen hechos y refieren los hechos a las normas. (Habermas, 1998, p. 469).
- Todo ello –cierto tipo de razonamiento judicial y su incidencia en la teoría jurídica, la teoría constitucional y la ética judicial– muestra igualmente una nueva forma de entender el derecho como instrumento de transformación social. Y parece que ese es el principal vector del constitucionalismo latinoamericano en construcción.

REFERENCIAS

- ALCHOURRÓN, C. & BULYGIN, E. (1991). *Análisis lógico y derecho*. Madrid: CEC.
- ATIENZA, M. (1996). *Derecho y argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BULYGIN, E. (2007). Tecla Mazzarese sobre el positivismo y la globalización del derecho. En J. J. Moreso y M. C. Redondo (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*. Madrid: Marcial Pons.
- CÁRCOVA, C. (2006). Acerca de las funciones del derecho. En E. E. Marí et al., *Materiales para una teoría crítica del derecho*, 2ª ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Abeledo-Perrot.
- FISS, O. (2009). *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons.
- HABERMAS, J. (1998). Paradigmas del derecho. En *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.

- O'DONNELL, D. (2001). Introducción al derecho internacional de los derechos humanos. En *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Bogotá: Oacnudh Colombia.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C. & RODRÍGUEZ FRANCO, D. (2010). *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (2011). Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina. En C. Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- SÁNCHEZ, G. (coord.). (2013). *¡Basta Ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad*. Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica, Departamento para la Prosperidad Social.

Nuevo constitucionalismo, Constitución y Congreso

Entre Ulises y Procusto

JOSÉ IGNACIO NÚÑEZ LEIVA*

Recibido: 1 de octubre de 2013 – Aprobado: 30 de noviembre de 2013



RESUMEN

El texto aborda las tensiones generadas en la actualidad por el paradigma constitucional, destacando de éstas las que se dan entre el constitucionalismo y su modelo de garantía con el principio democrático. Para ello se parte de la construcción conceptual del constitucionalismo desde tres perspectivas (como categoría histórica, como doctrina política y como virtud), analizando las principales características que éste tiene en el siglo XXI, las cuales han sido retomadas de la tradición norteamericana y francesa; adicionalmente se exponen las tensiones que en el contexto del constitucionalismo contemporáneo se producen entre Constitución y democracia, a partir de los mitos de Ulises y el de Procusto. Se presentan al final dos conclusiones, una de tipo metodológica y una institucional sobre el razonamiento judicial y sobre el modelo de justicia concentrado.

Palabras clave: constitucionalismo, democracia, control jurisdiccional de constitucionalidad, Ulises, Procusto.



ABSTRACT

This paper addresses the tensions which currently spring out of the Constitutional paradigm, stressing those tensions between Constitutionalism

* Abogado. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Derechos Humanos por la Universidad Católica del Uruguay. Posgraduado en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha. Especialista en Constitucionalismo y Garantismo (2009) y especialista en Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales (2012). Magíster en Derecho Público por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diploma de Estudios Avanzados y doctor en Derecho por la Universidad de Castilla La Mancha. Profesor de la Universidad Alberto Hurtado. Miembro de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. Coordinador del Círculo Nuevas Perspectivas en Derecho Público. Correo electrónico: jinunez@uc.cl

and its model of guarantees with the democratic principle. For this purpose we use a conceptual framework for Constitutionalism deriving from three approaches (as a historical category, as a political doctrine, and as a virtue), analysing its main characteristics in the 21st Century -which come from the North American and French traditions. Furthermore, the tensions produced between Constitution and Democracy in the context of contemporary Constitutionalism are explored, using two myths: Ulysses and Procrustes. Two conclusions are reached on judicial reasoning and on the model of concentrated justice, one of a methodological order and another which is institutional.

Keywords: constitutionalism, democracy, constitutionality's jurisdictional control, Ulysses, Procrustes.

PRESENTACIÓN

El propósito de este trabajo es poner en evidencia algunas de las tensiones que genera el paradigma constitucional vigente o –al menos– con mayor aplicación en la actualidad. Problematiza las tensiones que el constitucionalismo actual y su modelo de garantía (jurisdiccional y mayoritariamente concentrada) generan con el principio democrático. Con el afán de alcanzar tal objetivo, se emplea el siguiente itinerario. En primer lugar, se revisan los tres sentidos en que se puede entender al constitucionalismo. A continuación se analizan los principales perfiles que adquiridos por el constitucionalismo del siglo XXI. Posteriormente se estudian las relaciones que en el contexto del constitucionalismo contemporáneo se producen entre la Constitución y el Congreso. Luego se repasan críticamente los argumentos con que suele justificarse la existencia de constituciones (pese a las notorias fricciones de estas con el principio democrático), acudiendo para ello al contraste de dos alegorías de la mitología griega: la de Ulises y la de Procusto. Finalmente, se proponen algunas ideas para no sucumbir ante el canto de las sirenas –del que quiere escapar Ulises– ni perecer en manos de Procusto.

EL CONSTITUCIONALISMO: UN CONCEPTO HISTÓRICO, UNA DOCTRINA POLÍTICA Y UNA VIRTUD

Santiago Sastre Ariza propone que el término *constitucionalismo* puede ser concebido genéricamente de tres formas. Como concepto histórico, que nosotros ligaremos a la codificación, como una doctrina (política) y como una virtud. El primero alude a su origen; la segunda, a su contenido, y la tercera, a una actitud frente al derecho (Sastre, 1999, p. 127).

La codificación del derecho público

El constitucionalismo es una noción histórica porque con ella se designa una realidad vinculada a una estructura política específica, que encuentra su momento a finales del siglo XVIII y representa la plasmación positiva del iusnaturalismo racionalista e ilustrado, que hizo de los derechos naturales el fundamento de la comunidad política y del contrato social, el artefacto para sustentar las instituciones políticas (Sastre, 1999, p. 127).

Tal como afirma Alfonso Ruiz Miguel, las teorías del Estado y del derecho propias del iusnaturalismo racionalista produjeron dos fenómenos decisivos y de duradera influencia, no solo para el Estado y el derecho, sino para la teoría jurídica. Se trata de la codificación y el constitucionalismo (Ruiz, 2009, p. 269), corrientes que comparten sus orígenes, pero también sus marcos teóricos e improntas: la seguridad jurídica, el espíritu ilustrado y, para los más escépticos, la cimentación del capitalismo (De Cabo, 2000, p. 46).

El constitucionalismo procede de las mismas ideas que alentaron la codificación civil. En primer lugar, la primacía del derecho legislado sobre la dispersión normativa. Se despreció la dedicación al *ius commune*, a favor de la dedicación a los textos positivos. Esta tendencia resultó fértil gracias a la conformación de los estados modernos, pues la centralización del poder, en desmedro de los centros de poder medievales (fundamentalmente el poder y la justicia señoriales), implicó la ruptura de las ataduras que mantenían las relaciones de vinculación *tierra-hombre* típicamente feudales, con el efecto subjetivo de separar al individuo o al trabajador –a la persona– de los medios de producción, transformándolo en sujeto. Así, la ley se instaló sobre la costumbre y la interpretación de esta por encima de la doctrina jurídica y los precedentes. Aunque su evolución resultó distinta en el tránsito al constitucionalismo¹, se optó por el dominio de la voluntad del presente por sobre la autoridad del pasado, fenómeno indirectamente beneficiado por los efectos de la consolidación del absolutismo monárquico que sentó las bases de la organización de producción normativa centralizada que vino a remplazar los poderes locales (Ruiz, 2009, p. 270).

En segundo lugar –operativamente–, se prefirió la codificación, esto es, una ordenación racional del material de un sector jurídico,

¹ Tal como lo explicitan los numerosos críticos de la impronta conservadora de las constituciones y que Carlos de Cabo resume con meridiana claridad al afirmar: “La Constitución, que tiene su origen en la circunstancia histórica apuntada, desempeña objetivamente una finalidad específica: no solo expresa formalmente el nuevo orden, sino que contribuye a crearlo y defenderlo” (De Cabo, 2000, p. 47).

comenzando de nuevo o al menos elaborando desde un comienzo las relaciones concretas, con el fin de evitar contradicciones, redundancias o lagunas, todo en lugar de la mera recopilación, técnica tradicional en la época, pero profundamente antirracionalista (Ruiz, 2009, p. 271). Esta opción se continúa utilizando y reconociendo hasta nuestros días (Guastini, 2000, p. 98).

En tercer lugar, la Ilustración y las revoluciones liberales alentaron la necesidad de la codificación como un factor de control del poder político y su manera de producir las leyes (Ruiz, 2009, p. 273).

Así, el constitucionalismo supone la creación de un *supracódigo* ordenado y destinado a regular el poder político (Ruiz, 2009, p. 275) y cruzado por la intención trascendente –intersubjetivamente– de dispensar seguridad jurídica a través de un texto escrito simple y claro que facilite su conocimiento.

Durante gran parte de la historia del pensamiento político es posible detectar ideas que destacan la necesidad de un derecho superior al ordinario (sea de origen humano o metafísico) y de la subordinación del poder al derecho, aunque aquellas no se consolidaran y proyectasen su influencia a otras naciones antes que las más famosas revoluciones liberales de fines del siglo XVIII. Los neoescolásticos en España, el juez Coke en Gran Bretaña y el proyecto de Cromwell de 1653, que intentó dotar a Inglaterra de un instrumento de gobierno, son un ejemplo de esto último (Aragón, 2008, p. 110). El constitucionalismo (funcional) británico evolucionó dando pasos diferentes a su equivalente (material) europeo. Su Constitución (en sentido antiguo y lejano del constitucionalismo, como veremos más adelante) se liberalizó y democratizó paulatinamente, aunque sin abandonar su condición flexible y consuetudinaria (Aragón, 2008, p. 110), a diferencia de la genealogía constitucional europea continental, drástica e hija de las revoluciones.

España, por ejemplo, desde el siglo XVI (precediendo incluso al mismísimo John Locke, nacido en 1632 y designado con frecuencia como el padre del constitucionalismo) fue testigo del surgimiento de la *neoescolástica*, movimiento intelectual domiciliado principalmente en la escuela de Salamanca, aunque también en Coímbra, y puesto en marcha por Francisco de Vitoria (conocido también como el Sócrates español) secundado por un grupo de sacerdotes de la Compañía de Jesús: Francisco Suárez, Juan de Mariana y San Roberto Bellarmino.

Suárez, por ejemplo, en su obra *Defensio Fidei* confrontó las ideas absolutistas de Jacobo I, quien afirmaba que “todos los gobernantes reciben su poder directamente de Dios, que solo ante Él son responsables, y que los súbditos deben obedecer sin posibilidad de

resistencia alguna”. Tan incómodas resultaron para la corona británica y para los monarcas absolutos en general las ideas del llamado Doctor Eximio, que su obra fue quemada en Londres el 1.º de diciembre de 1613 y en París en 1614 (Rodríguez, 2004, pp. 13 y ss.).

Suárez, Bellarmino y De Mariana afirmaron que la soberanía provenía de Dios, pero, a diferencia de los monarquistas absolutistas, sostuvieron que no existía ningún intermediario entre Dios y el pueblo, que el gobierno es una institución humana, y que el poder de los gobernantes se basa en un contrato suscrito con el pueblo. Juan de Mariana, en 1598, ya había adelantado estas ideas en su obra *Del rey y de la institución real*, donde sostuvo que el gobierno es mejor en cuanto se halle limitado por leyes, entre las que cuenta no solo las morales, sino también las positivas instituidas por la voluntad del pueblo, cuya autoridad e imperio son superiores a los del príncipe (Rodríguez, 2004, p. 21).

Bellarmino fue tal vez el más crítico del poder ilimitado de las monarquías absolutas, pues con rotundidad afirmó:

El poder secular o civil, según ha sido instituido por los hombres; reside en el pueblo, a menos que este se lo otorgue a un príncipe. Este poder reside de modo inmediato en la totalidad de la multitud, como sujeto del mismo; porque este poder reside en la ley divina pero esta ley divina no ha dado este poder a ningún hombre en particular [...] Si se prescinde de la ley positiva, no queda razón alguna para que dentro de una multitud (en la que todos son iguales) uno determinado pueda imponer su voluntad a los demás [...]” (Rodríguez, 2004, p. 31).

En Francia y en los Estados Unidos las revoluciones marcaron la ruptura entre la concepción “antigua” y la “moderna” de la Constitución (Comanducci, 2000, p. 125). En el Viejo Continente, entre otros múltiples efectos, la primacía de las constituciones fue lo que permitió la edificación de las monarquías constitucionales. En la antigua colonia británica permitió la instalación del régimen de gobierno que pervive hasta hoy. En aquellos espacios jurídicos –que presentan algunas importantes diferencias que más adelante revisaremos– se inspira la codificación constitucional del resto de América (Ruiz, 2009, p. 276).

La doctrina política: constitución de los modernos y Estado de derecho

En términos de doctrina política, el constitucionalismo alude directamente al contenido de las constituciones (Sastre, 1999, p. 128) o más bien a “la constitución del constitucionalismo”. La filosofía política constitucionalista no hace suya cualquier acepción de constitución ni

le es indiferente su contenido. En términos generales, una constitución es cualquier conjunto de reglas (codificadas) que dan identidad al sistema jurídico. De hecho, en su pretérita concepción, en el sentido aristotélico (Salazar, 2008, p. 17), o como constitución de los antiguos, parafraseando a Constant (Aragón, 2008, p. 110), correspondía al ordenamiento de las magistraturas (Salazar, 2008, p. 72). Con tal significado neutro y genérico, todo Estado tiene y ha tenido constitución. Incluso algunos, como Fioravanti, sostienen que la constitución ha sido un continuo en desarrollo durante la historia de la humanidad, comprendiendo un modelo “antiguo”, otro “medieval” y un tercero, de los “modernos” (Fioravanti, 2007, pp. 33 y ss.).

En cambio, *la constitución del constitucionalismo* tiene una función precisa: limitar el poder político con la finalidad de proteger los derechos fundamentales individuales (Salazar, 2008, p. 72). Esta semántica se apoya en una razón histórica bien conocida: las constituciones escritas, que son un fenómeno reciente en la historia, nacen junto con las declaraciones de derechos fundamentales de libertad, a las que posteriormente terminan por incluir dentro de ellas. A consecuencia de esto, en sentido preciso, solo irá acompañado del adjetivo constitucional el Estado o gobierno que cuente con una estructura de poder normativamente estipulada y que esté orientada, como lo prescribe el artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, a la “conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre” (Salazar, 2008, p. 18). Por eso, justo y apropiado es que se sintetice este pensamiento en el famoso artículo 16 de la citada Declaración en cuanto expresa: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida, carece de Constitución” (Sastre, 1999, p. 128).

Manuel Aragón explica la misma idea con lucidez. La identificación del constitucionalismo no puede ser meramente originaria o histórica. Se lo reduciría a una simple cronología. Nicola Matteucci, por su parte, reconocerá como generalmente aceptado que el constitucionalismo es la “técnica de la libertad”, o sea, la técnica jurídica a través de la cual se asegura a los individuos el ejercicio de sus derechos, pero al mismo tiempo el Estado es anulado –jurídicamente– como potencial violador de estos (Aragón, 2008, p. 115).

El acto de fe por la norma que clausura el sistema desde afuera

Finalmente, el constitucionalismo como virtud –completando la triple taxonomía de Sastre Ariza– consiste en una actitud o disposición de subordinación a los preceptos que integran las cartas fundamentales

(Sastre, 1999, p. 128). Hecho que no obedece a una mera constatación empírica de la obediencia al derecho (incluso constitucional), sino que revela una cierta fe en las constituciones. Este aspecto es notablemente significativo, toda vez que el valor normativo (jurídico) de las constituciones no puede tener su fundamento en normas del propio sistema u ordenamiento, sino que radica en el hecho de que la judicatura, los ciudadanos y en general el Estado han aceptado –y en la cúspide de sus sistemas de fuentes– una norma necesariamente ubicada fuera del sistema, en el sentido de que no ha sido elaborada por ninguna fuente de producción generada por aquel y no existe norma –fuera de ella misma– que ordene reconocerla como fuente suprema de tal orden jurídico (Sastre, 1999, p. 128).

En tal sentido, el constitucionalismo puede ser vinculado con dos fundamentos diametralmente opuestos. Para algunos, las constituciones serán el repositorio del derecho natural que desde afuera subordina al derecho positivo. Para ellos, su confianza en las constituciones derivará de aquella razón. Para otros –entre los que me incluyo– la Constitución (y todo el derecho) no serán nunca algo natural, sino una institucionalidad artificial diseñada como artefacto para resolver pacíficamente la convivencia humana: el contrato social.

La anterior no es de manera alguna una tesis que postergue las consideraciones éticas sobre el derecho. Por el contrario, la identificación del derecho y las constituciones con un orden moral inmutable –paradójicamente– termina empatándose con una de las peores versiones del positivismo: el legalismo ético. Si derecho y moral son lo mismo, entonces deberíamos renunciar a cualquier crítica ética al derecho vigente.

EL CONSTITUCIONALISMO EN EL SIGLO XXI

El constitucionalismo que se observa en el siglo XXI es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales que desde sus comienzos caminaron separadas (Prieto, 2007, p. 111) geográfica y filosóficamente.

Una primera que concibe a la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos jurisdiccionalmente garantizado que permite asegurar la autonomía de los individuos como sujetos privados y como agentes políticos, con el fin de que sean ellos, en un marco democrático y relativamente igualitario, quienes desarrollen su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momentos histórico. En líneas generales, esta es la tradición originaria de los

Estados Unidos, que se cimienta en la idea de supremacía constitucional y en su consecuente garantía jurisdiccional (Prieto, 2009, p. 107).

La segunda tradición, en cambio, entiende a la Constitución como la encarnación de un proyecto político estrictamente articulado con intenciones transformadoras y transicionales (Prieto, 2007, p. 112). En esta segunda tradición la constitución no es solo una regla del juego, sino parte del mismo a través de la inclusión de numerosas disposiciones materiales o de principio; en suma, cláusulas materiales o con denso contenido axiológico que pretenden incidir en la agenda política en áreas tan diversas como el modelo económico o la acción del Estado en las esferas de educación o sanidad (Prieto, 2009, p. 108). También en líneas generales este es el modelo iniciado por la Revolución francesa, que, pese a basar su sistema en una norma suprema, confirió la competencia de ponerlo en marcha a la acción política del parlamento, depositario de la soberanía popular en términos rousseaunianos, es decir, ilimitados y, por tanto, carente de controles heterónomos (Prieto, 2009, p. 109).

Ambas reseñas de las mencionadas tradiciones son, sin lugar a dudas, síntesis que simplifican al máximo los hechos. Sería erróneo pensar que la Constitución de los Estados Unidos careciese absolutamente de normas sustantivas y estuviere exclusivamente poblada por normas procedimentales y de competencia (Prieto, 2009, p. 109). En igual equivocación se incurriría si se sostuviese que el modelo francés careció de toda clase de control de la vigencia de la Carta Fundamental. Con todo, las matrices generales de ambas son claras y dispares.

Hoy, el constitucionalismo (alimentado doctrinariamente por lo que se ha dado en denominar *neoconstitucionalismos*) reúne y destaca los elementos diferenciadores de ambas tradiciones: 1) un fuerte programa normativo cargado axiológicamente, en especial dirigido al legislador, como ocurrió en Francia, pero sin controles heterónomos, y 2) la garantía jurisdiccional para que aquello se cumpla, y no solo por aquel sino por cualquiera, tal como lo idearan los estadounidenses a través de la *judicial review*.

De las constituciones garantizadas al estilo revolucionario estadounidense –afirma Prieto– deriva una noción de poder constituyente más liberal que democrático, que se traduce en la existencia de límites frente a las decisiones de la mayoría, no en el empoderamiento de la ciudadanía por intermedio del legislador. De las constituciones que copiaron el modelo francés se sigue un ambicioso programa político (Prieto, 2007, p. 114), que va mucho más allá de la mera organización del poder mediante las reglas del juego político, pues

designa como artífice de las transformaciones perseguidas al legislador: un constitucionalismo más democrático que liberal.

En pocas palabras, el resultado de esta combinación podría resumirse así: la existencia de sistemas normativos encabezados por una Constitución –imbuida por un esquema particular de separación de poderes– que pretende condicionar de modo importante las decisiones de las mayorías a través de su carga axiológica y de las instituciones jurisdiccionales que garantizan su supremacía y donde, a consecuencia de lo anterior, el protagonismo en la concreción de las disposiciones constitucionales no corresponde al legislador, sino a los jueces.

LA CONSTITUCIÓN Y EL CONGRESO

Hechas las anteriores precisiones en torno a lo que es la Constitución hoy, emergen ciertas tensiones entre tradicionales e importantes ideas y los perfiles de una Carta Fundamental.

En primer lugar, surge una tensión entre la noción tradicional de democracia y el concepto de constitución. Si la democracia es la forma política que –entre otras cosas– permite la adopción de las decisiones públicas mediante la participación igualitaria de sus destinatarios a través de la regla de la mayoría, la dinámica actual de las constituciones altera dicha lógica definiendo un programa basado en principios y valores al que debe adecuarse y someterse toda decisión de las mayorías, incluso las que albergan el Congreso. Hay, en este contexto, mayorías o voluntades más soberanas y preponderantes que otras. Las decisiones adoptadas en el momento constituyente resultan –en la práctica– mucho más sólidas y protegidas que las posteriores. Eso es, y de eso se trata, lo que se denomina *el precompromiso*: decisiones previas, privilegiadas en razón de ser adoptadas en un estado de racionalidad perfecta con el objetivo de disciplinar actos futuros ejecutados en un estado de racionalidad imperfecta (Moreso, 2000, p. 35).

En segundo lugar, aparece la tensión entre el concepto de constitución y algunos elementos tradicionales de la teoría del Estado. En efecto, la división tripartita de poderes o funciones del Estado reserva la resolución de las cuestiones políticas al que considera representante por excelencia de la soberanía popular: el Congreso. En cambio, la dinámica actual de los sistemas políticos al amparo del Estado constitucional de derecho despoja al Congreso de parte importante de las decisiones políticas. Pero no solo eso; monopoliza la competencia de dirimir conflictos políticos mediante la facultad de invalidar las opciones contenidas en ciertas leyes, depositando dicha competencia a entes no representativos: la justicia constitucional (Bickel, 1962, pp. 16 y ss.).

En efecto, hoy las constituciones están dotadas no solo de normas formales, de competencia o procedimiento, dirigidas a orientar el ejercicio de los poderes estatales y la relación entre estos, sino también –y sobre todo– de normas sustantivas que pretenden trazar límites negativos y vínculos positivos a lo que dichos poderes están en condiciones de decidir legítimamente.

Siguiendo al maestro Prieto Sanchís, justamente aquello que Kelsen temía es el sello de identidad de este nuevo derecho: gira en torno y se subordina a derechos, valores, principios y directrices constitucionalmente reconocidos (Prieto, 2007, p. 215). Ya no en torno a la soberanía del Congreso. Ha cambiado el centro de gravedad de la antigua definición de ley que contempla el artículo primero del Código Civil chileno: “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”. En el actual constitucionalismo la ley no es tanto una manifestación de la voluntad soberana, sino una decisión del cuerpo legislativo que encuentra su fundamento de validez formal y sustancial en la constitución. Ello no solo pone en crisis la idea de omnipotencia del legislador y la idea de la Constitución Westminster –resumida en la afirmación de que el parlamento lo puede todo, salvo convertir a un hombre en una mujer–, sino también la decadencia de las ideas de la separación (absoluta) entre derecho y moral y de la estatalidad del derecho.

EL CONGRESO Y LA CONSTITUCIÓN: LA ESTRATEGIA DE ULISES Y EL PELIGRO DE PROCUSTO

Numerosos autores han sostenido que las constituciones políticas son mecanismos de precompromiso o autorrestricción, elaborados por un cuerpo político con el fin de protegerse a sí mismo contra su previsible tendencia a adoptar decisiones imprudentes (Elster, 2002, p. 111). Para defender lo positivo de la existencia de estas restricciones anticipadas o precompromisos se ha usado con frecuencia una idea propuesta por Jon Elster en 1979 en su conocido ensayo *Ulises y las sirenas*: Ulises, sabiéndose débil para comportarse racionalmente al oír el canto de las sirenas, y queriendo escuchar dicho canto, diseñó una estrategia consistente en hacer que sus marineros lo ataran al mástil de la nave y se taponaran los oídos con cera. Ulises no era completamente racional, pues un ser que goza en plenitud de aquella característica no habría necesitado ese recurso. Tampoco era el pasivo e irracional vehículo de sus deseos, pues resultaba capaz de lograr por medios indirectos el mismo propósito que una persona completamente racional habría alcanzado por un camino directo. Ser

débil y reconocer aquella debilidad es lo que a juicio de Elster motiva el diseño de estos recursos mitigadores de la debilidad de voluntad (Moreso, 2009, p. 128).

Empero, como resulta casi evidente, dicha comparación no es exacta ni apropiada. Como advierte Francisco Laporta (2001, pp. 459 y ss.), en el episodio mítico, es el mismo Ulises el de antes y el de después. Más allá de que tal limitación constitucional pueda ser teóricamente aceptable o no –expresa Gargarella–, lo cierto es que la violación del requisito de identidad (un requisito que es dejado de lado, a menos que se presuma, poco razonablemente, que siempre hablamos de una misma y única sociedad, aunque hayan cambiado la totalidad de sus miembros) distorsiona por completo el sentido del ejemplo de Ulises, y la justificabilidad que en aquel caso acompañaba al ejercicio del paternalismo. Aunque tenemos razones para pensar que cada uno de nosotros puede limitar legítimamente sus propias acciones futuras, resulta mucho más difícil sostener que una generación puede limitar a las que la siguen (Gargarella, 2000, p. 55).

Además, el Ulises que decide atarse ostenta un nivel mayor de racionalidad y perfección de voluntad que aquel que oír el canto de las sirenas. Sin embargo, en la práctica, dada la vigencia prolongada de las constituciones, quienes resultan atados por las decisiones adoptadas en el momento constituyente son las generaciones posteriores, y ni el constituyente es un ente racionalmente superior, ni los destinatarios de la Constitución son un conjunto de sujetos irracionales.

Por otra parte, un *precompromiso* individual, como el de Ulises, no puede compararse sin más con uno colectivo. No poseen idéntica legitimidad la decisión por la cual un sujeto, anticipándose a futuras y propias irracionalidades, limita su voluntad y aquella en la cual algunos sujetos atan, ahora y en el futuro, la racionalidad de muchos, porque le temen. Este hecho determina una nueva y significativa diferencia en relación con la leyenda griega dado que, en el caso de la sociedad que dicta su constitución, aparece una trágica posibilidad (ausente en el ejemplo de Ulises): la posibilidad de que la minoría que elaboró la constitución “ate las manos” del resto de la sociedad, dejando libres las propias (Gargarella, 2000, p. 56).

Finalmente, para que la moraleja del mito de Odiseo sea equivalente –sin más– a la existencia de precompromisos constitucionales, han de concurrir al menos otros dos requisitos: que el generador del compromiso futuro sea completamente libre y soberano (rasgo cuestionable respecto del proceso de generación de la Constitución chilena vigente) y que las ataduras elaboradas por el custodio del futuro sean transitorias o de vigencia condicionada. De

lo contrario, si la instrucción impartida por Ulises a sus argonautas hubiere sido categórica y no hipotética, jamás estos debieron haber atendido a la instrucción de desatarlo, una vez sorteado el peligro (Riberi, 2011, pp. 118-119).

Tan significativa es esta diferencia que el mismo Elster ha comenzado a admitirla en algunos trabajos posteriores a *Ulises y las sirenas*. De hecho, en *Ulises desatado*, cuya primera versión fue publicada en 2000, el autor noruego reconoció el impacto que experimentó al recibir las observaciones que a su anterior trabajo formuló su mentor Jens Arup Seip, especialmente aquella en que afirma: “En política, la gente nunca trata de atarse a sí misma; solo de atar a los demás” (Elster, 2002, p. 11).

Considerando lo anterior –tal como lo señala Bayón citando ideas de Waldron–, el constitucionalismo (especialmente en el siglo XXI)

no consistiría –como suele decirse– en un procedimiento de decisión con restricciones sustantivas, sino en una combinación de procedimientos, ensamblados de tal modo que algunos de ellos sirven para tomar decisiones colectivas acerca de los límites de funcionamiento de otros.

En los momentos de política constituyente –ya sean originarios o de reforma constitucional– la pregunta acerca de qué es lo que no se permitirá en el futuro decidir a la mayoría no la responde un listado de criterios sustantivos, sino el resultado –cualquiera que sea– que arroje un procedimiento (el de aprobación –o revisión– de la Constitución). Y en los momentos de política constituida, el límite real al funcionamiento del procedimiento mayoritario no viene dado tampoco por un conjunto de criterios sustantivos, sino por los resultados que arroje otro procedimiento más, el de control jurisdiccional de constitucionalidad, cualesquiera que estos sean. El límite real al poder de decisión de la mayoría no son los derechos constitucionalizados, sino lo que el órgano que ejerza el control jurisdiccional de constitucionalidad –o incluso meramente la mayoría de sus miembros– establezca que es el contenido de esos derechos: porque, por discutibles o infundadas que puedan parecernos las decisiones que adoptan, su firmeza no está condicionada a su corrección material (Bayón, 2000, p. 71).

El estado de la cuestión haría entonces que la existencia del binomio constitución-justicia constitucional, especialmente en sistemas como el nuestro, se distancie de la romántica justificación en la hazaña de Odiseo y se aproxime al mito del bandido y posadero del Ática conocido por el nombre de Procusto. Este invitaba a los viajeros que se detenían en su morada a recostarse en una cama de hierro donde, mientras el huésped dormía, era amordazado y atado a las cuatro esquinas del lecho. Si la víctima era alta, Procusto la acostaba en una cama corta y procedía a serrar las partes de su cuerpo que sobresalían:

los pies y las manos o la cabeza. Si por el contrario era más baja, la invitaba a acostarse en una cama larga, donde también la maniataba y descoyuntaba a martillazos hasta estirla. Como escépticamente señala Pablo Riberi, el funcionamiento concreto de las jurisdicciones constitucionales se aproximaría al ardid de Procusto: mediante estratagemas interpretativas (políticamente motivadas, por prejuicio e incluso por motivaciones personales) los jueces constitucionales a veces estiran o mutilan el alcance de los preceptos jurídicos arbitrariamente y el lecho en que lo hacen es la Constitución, especialmente la que se enmarca en el prototipo axiológico de Carta Fundamental que prolifera en la actualidad (Riberi, 2011, pp. 115 y ss.).

ALGUNAS IDEAS PARA NO SUCUMBIR ANTE LAS SIRENAS NI PERECER EN MANOS DE PROCUSTO

Este escenario nos ubica –como lo explica con lucidez Prieto Sanchís– ante un indudable desafío:

No es preciso comulgar con ningún realismo extremo para reconocer que los jueces no son una boca muda que pronuncia las palabras de la Constitución o de la ley, es decir, para reconocer que ejercen un cierto grado de discrecionalidad valorativa o subjetiva, muy especialmente en la aplicación de normas como puedan ser los principios explícitos o los derechos que la Constitución reconoce. Pero, al mismo tiempo, parece también que la garantía de la Constitución y de los derechos fundamentales representa una exigencia insoslayable derivada del principio de supremacía y del concepto de Constitución que acabamos de exponer. En la medida en que aceptemos lo primero, ha de reconocerse un grado de ilegitimidad democrática en el control de constitucionalidad de las leyes; pero en la medida en que reconozcamos lo segundo, hemos de conceder un espacio a la actuación de unos jueces que son, no ya los garantes de las libertades en abstracto, sino necesariamente –en el esquema institucional del Estado de derecho– los únicos garantes de nuestros derechos en concreto (Prieto, 2001, p. 31).

La respuesta a esta interrogante se torna más compleja si se tiene en cuenta el modelo de constitución que promueve el constitucionalismo del siglo XXI –un constitucionalismo militante, principialista, axiológico y jurisdiccionalmente garantizado–. Más aún si tenemos en cuenta que en el corto plazo este modelo, lejos de ser sustituido, será probablemente ambicionado por los grupos cuyos intereses se vean actualmente postergados. Dicho de otra manera, este modelo, que en la actualidad se vale de armas conservadoras para obtener objetivos progresistas, resulta atractivo tanto para progresistas radicales que aspiran a instalar su agenda política como para los

conservadores derrotados por el progresismo jurídico que redescubren en el derecho constitucional una herramienta refractaria al cambio.

El desafío enunciado nos pone en la necesidad de promover en nuestro medio una seria reflexión –académica y política– que se oriente al menos en dos sentidos, especialmente en un sistema constitucional al que ya se le imputan vicios de legitimidad de origen.

Tal meditación, a mi juicio, no debe pretender remontarse nostálgicamente a modelos institucionales como los propuestos por Kelsen y su prototipo de constitución neutra, minimalista, competencial y reglamentaria, afiliado al paleopositivismo. Tampoco debe encandilarse con la crítica fácil en contra de la labor judicial que la considera una actividad realmente más constituyente que aplicadora de la Constitución porque, si resulta que los jueces no aplican, sino que elaboran la Constitución, es lícito pensar que algo similar harán con las leyes. Alguien podría contestar que no es lo mismo, que las leyes son reglas, mientras que las normas constitucionales son principios, pero esto es fácilmente discutible: primero, porque la inclusión de parámetros morales no es un factor endémico de las cartas fundamentales, sino que siempre, y tal vez ahora en mayor medida, las leyes adquieren muchas veces la misma fisonomía que los preceptos de la Constitución. De manera que la preocupación por la naturaleza antidemocrática de la interpretación constitucional debe prolongarse en la interpretación legal; si los jueces inventan la Constitución, ¿perfectamente pueden inventar también la ley? (Prieto, 2001, p. 28)

La preocupación que propongo abordar es, en primer lugar, metodológica. Estimular a la ciencia jurídica nacional para que sea capaz de interiorizar las complejidades y virtudes de las teorías de la interpretación surgida en el constitucionalismo reciente, con miras a que los modelos de razonamiento jurídico operen no solamente como meros contenidos bizantinos insertos en programas académicos, sino como un elemento más de *accountability* y de control de los márgenes de discrecionalidad judicial.

Y en segundo lugar es institucional. Debemos preguntarnos sobre la conveniencia de la mantención de un modelo de justicia constitucional concentrado como el nuestro, actualmente similar al originariamente propuesto por Kelsen solo en el hecho de estar radicado en un tribunal constitucional, pues la hipertrofia de competencias de la magistratura constitucional chilena es evidente. En los sistemas encabezados por constituciones axiológicamente generosas, dotadas de amplios catálogos de derechos fundamentales –con independencia de la naturaleza de principio o regla predicable de las normas que contemplen a estos últimos–, la mayor parte de los asuntos constitucionales, es

decir, de los problemas jurídicos en que se hace presente la constitución, discurren fuera del tribunal constitucional. Y no puede ser de otra forma. Lo decisivo es que una constitución con un denso contenido material que impregna todo el orden jurídico y que además se pretende garantizada, solo puede ser hecha valer a través de los procedimientos ordinarios para la defensa de los derechos e intereses; y los jueces necesariamente han de tomarla en consideración en todos los procesos, junto a la ley, pero con preferencia a la ley. Es más, lo primero que han de hacer es comprobar si la solución legal se adecúa a la constitucional. Y aquello se logra en plenitud –y con menores tensiones hacia la soberanía legislativa– en sistemas de jurisdicción constitucional difusa (Prieto, 2001, p. 34).

Este diseño tiene, además, una indudable ventaja desde la perspectiva del problema que nos ocupa, y es que en ningún caso desemboca en una declaración formal de nulidad de la ley, con lo que no solo se salvaguarda el principio mayoritario, la dignidad del Congreso y la presunción de constitucionalidad de la ley, sino que esta sigue vigente para la eventual regulación de otros casos. Es verdad que en Estados Unidos se alcanza un resultado análogo al de la nulidad mediante el juego conjunto del principio *stare decisis* y del criterio de jerarquía y unidad jurisdiccional, pero, al margen de que en nuestra tradición la fuerza del precedente es incuestionablemente menor, existe una diferencia fundamental y es que la sentencia del juez ordinario y un control concreto de constitucionalidad operan siempre sobre una determinada interpretación de la norma a la luz del caso que examina y nunca sobre una norma propiamente tal. De este modo, cuando una ley sea clara y manifiestamente inconstitucional en toda circunstancia, su desaplicación terminará siendo equivalente a la nulidad, pero, en general y en línea de principio, lo que el juez declara es que una ley resulta inadecuada para disciplinar un caso a la vista de que el resultado de su aplicación se muestra contrario a la Constitución, pero sin que ello prejuzgue que en otro caso diferente la misma ley no pueda ser perfectamente válida y aplicable (Prieto, 2001, p. 35).

REFERENCIAS

- ARAGÓN, M. (2008). El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad. En VVAA, *Jueces y derecho*. México: Porrúa.
- BAYÓN, J. C. (2000). Derechos, democracia y constitución. *Discusiones*, 1.
- BICKEL, A. (1962). *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press.
- DE CABO, C. (2000). La función histórica del constitucionalismo. En M. Carbonell (comp.), *Teoría de la constitución. Ensayos escogidos*. México: Porrúa y UNAM.
- ELSTER, J. (2002). *Ulises desatado*. Barcelona: Gedisa.
- FIORAVANTI, M. (2007). *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta.
- GARGARELLA, R. (2000). Los jueces frente al coto vedado. *Discusiones*, 1.
- GUASTINI, R. (2000). Sobre el concepto de Constitución. En M. Carbonell (comp.), *Teoría de la constitución. Ensayos escogidos*. México: Porrúa y UNAM.
- LAPORTA, F. (2001). El ámbito de la Constitución. *Doxa*, 24.
- MORESO, J. J. (2000). Derechos y justicia procesal imperfecta. *Discusiones*, 1(5).
- MORESO, J. J. (2009). *La Constitución: un modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons.
- PRIETO, L. (2001). Constitución y parlamento. *Parlamento y Constitución*, 5.
- PRIETO, L. (2007). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra.
- PRIETO, L. (2007). El constitucionalismo de los derechos. En M. Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*. México: Trotta y UNAM.
- PRIETO, L. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- RIBERI, P. (2011). Límites sobre el poder constituyente: subjetividades y agonías del criptoconstitucionalismo. En J. Núñez Leiva (coord.), *Nuevas perspectivas en derecho público*. Santiago: Librotecnia.
- RODRÍGUEZ, A. (2004). La neoescolástica y las raíces del constitucionalismo. *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, XXXI.
- RUIZ, A. (2009). *Una filosofía del derecho en modelos históricos*. Madrid: Trotta.
- SALAZAR, P. (2008). *La democracia constitucional, una radiografía teórica*. México: Fondo de Cultura Económica.
- SASTRE, S. (1999). *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. Madrid: McGraw-Hill.

Hegemonía y resistencia en los tribunales constitucionales de los países pluriculturales latinoamericanos

Aproximación teórica a propósito del caso peruano

AARÓN VERONA BADAJOZ*

Recibido: 15 de octubre de 2013 – Aprobado: 30 de noviembre de 2013



RESUMEN

Las discusiones sobre las funciones de los tribunales constitucionales no son extrañas en la doctrina, pero sí lo son aquellas sobre el papel específico de estas instituciones en contextos pluriculturales como los latinoamericanos. En estos casos se revela con especial fuerza el doble potencial inherente a este particular órgano jurisdiccional, el que es necesario explorar. Por un lado, está el potencial por el que se legitiman y fortalecen la estructura y principios de los estados constitucionales modernos, y por el otro, aquel por el que dichos elementos se transforman para atender a nuevas circunstancias: reivindicaciones identitarias de carácter étnico, constitucionalización de nuevos derechos, reformulación de conceptos como ciudadanía, nación o desarrollo. El rol de los tribunales constitucionales frente a tales circunstancias debería enmarcarse dentro de un enfoque intercultural, aunque no como interlocutor de la principal herramienta de este, el diálogo intercultural, ya que su naturaleza jurisdiccional lo haría imposible. Su papel debe apuntar a la generación de condiciones positivas para el desarrollo de diálogos entre el Estado, los pueblos indígenas y entre estos mismos, a partir de los cuales se logren consensos interculturales reales.

Palabras clave: Constitución, interculturalidad, Tribunal Constitucional, hegemonía, cultura, pueblos indígenas, doble potencial, imparcialidad.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor a tiempo parcial del Departamento Académico de Derecho de la misma universidad. Correo electrónico: averonab@pucp.edu.pe.



ABSTRACT

The discussions on the roles of the Constitutional Courts are relevant to the doctrine, but it is not the case for the specific role of these institutions in cultural diversity contexts such as the Latin-American ones. In said cases, the dual potential inherent to this particular legal body is particularly evident, a duality that needs to be explored. On one hand, there is one by which the structure and principles of the modern Constitutional States are legitimized and strengthened, and on the other hand, there is one by which said elements are changed to meet the new conditions: identity claims of ethnic nature, the constitutionalization of new rights, the reformulations of concepts such as citizenship, nation or development. The role of the Constitutional Courts in regards to the circumstances should be framed within an intercultural approach, but not as an interlocutor of the main tool thereof, the intercultural dialogue, because its jurisdictional nature will make it impossible. Its role should aim at the creation of positive conditions for the development of horizontal dialogues among the State, the indigenous peoples and among them, as from which true intercultural consensus are reached.

Keywords: Constitution, multiculturalism, Constitutional Court, hegemony, culture, indigenous people, double potential, impartiality.

INTRODUCCIÓN

En uno de sus artículos sobre hegemonía y resistencia, Mindie Lazarus-Black (1994) hace un recorrido a través de las sociedades esclavistas del Caribe inglés para mostrar que uno de los escenarios en los cuales se manifiesta esta disputa es en el derecho. Lo mismo hace Steve Stern (1986) respecto de los indios huamanguinos de fines del siglo XVI e inicios del XVII. En ambos casos, a la inversa de lo que la mayor parte de la bibliografía académica sobre el tema concluía, los negros e indios, respectivamente, utilizaron distintos tipos de tribunales (desde los populares hasta los coloniales) para demandar justicia por los abusos de los que eran víctimas, desde la falta de alimentación hasta el exceso tributario. Los autores resaltan la maleabilidad del derecho, el que puede servir como un instrumento de resistencia para impugnar el propio orden del que emana; sin negar, por supuesto, que también se instrumentaliza para oprimir.

En efecto, no debe perderse de vista que el derecho puede servir tanto a la resistencia más heroica como a la opresión más macabra. En una entrevista de 1977 a Manuel Scorza, en el programa español *A fondo*, él hablaba sobre los “delirios de la realidad” y contaba que la

inspiración para su famoso capítulo de *Redoble por Rancas* sobre el “infarto colectivo” fue un suceso real. Ocurrió que un patrón envenenó a los quince miembros de la junta directiva de un sindicato, y que este crimen fue avalado judicialmente por los tribunales peruanos¹. Tener en cuenta esta dicotomía, esta fuerza dual que transforma y reafirma el rol jurisdiccional, es esencial para explorar las funciones de un tribunal constitucional (TC) en el marco de un Estado constitucional de derecho (ECD) culturalmente plural.

REVISANDO LAS PREMISAS: EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMO ESCENARIO DE DISPUTA CULTURAL

Es necesario hacer una descripción de las principales características de un ECD antes de entrar en materia. Si bien existe una variedad de características y elementos inherentes al ECD de posguerra² (concepto derivado del llamado neoconstitucionalismo), Häberle establece dos como fundamentales (2003, pp. 172-174, 1-3), a partir de los cuales se derivarían los demás: *soberanía popular* y *dignidad humana* (premisa antropológico-cultural de toda la estructura democrática). De ambas, la segunda constituye el eje del ECD. En términos generales, esta sirve para posicionar al ser humano como eje y punto de referencia de la actuación del Estado y de los particulares. De ella se desprenden los derechos fundamentales, individuales y colectivos.

Alrededor de esta premisa gira el conjunto de principios y valores que sustentan al ECD, más allá de las decisiones virtualmente ilimitadas que emergerían de la *soberanía popular*, la cual puede estar representada por el legislativo, constituyente o cualquier órgano legitimado para ello. Sin la dignidad humana como referente, la soberanía popular podría situarse incluso dentro de la simple lógica autorreferencial de una perspectiva positivista clásica (normativista), es decir, una que dé valor a una norma por el solo hecho de haber sido emitida mediante el procedimiento preestablecido (Häberle, 2003, pp. 173-174; Landa, 2002b, pp. 50-51; López, 2006, pp. xxiii-xxvi). Es importante recalcar que la relevancia de la *dignidad humana* coincide con paradigmas modernos tan interesantes como *la igualdad abstracta* (a veces homogeneizante) *de todo ser humano*, ciertamente matizada

¹ El extracto de la entrevista puede verse en <<http://www.youtube.com/watch?v=DN8EwEh9TG8>>.

² División de poderes, independencia judicial, etcétera (Grández, 2010, pp. 24-25; Landa, 2009, p. 45).

por el aún modesto reconocimiento de las diferencias, y el *principio de libertad subjetiva*, sustento individualista³.

A partir de la dignidad se derivan los derechos fundamentales, y es en función de la soberanía como se ha ido construyendo la estructura institucional general del Estado. No obstante, así como los primeros responden a ideales de la *sociedad moderna* y a partir de ello se develan otras características más allá de la teoría constitucional, la estructura del Estado responde a los paradigmas de la idea de Estado nación, de los cuales quisiera destacar especialmente cuatro:

- a. *Centralidad del poder, la violencia y el derecho*. El Estado se arroga el monopolio de la producción del derecho y pretende subordinar cualquier otra fuente de él, negar su legalidad o ignorar su legitimidad y funcionalidad (Guevara, 2009, pp. 43-44; Benda-Beckmann & Benda-Beckmann, 2006). El Estado abarca todo lo público, y lo demás, como las diferencias culturales, pertenece al ámbito privado.

A esta centralidad se le da además un sentido científico, de carácter positivo. La aspiración de alcanzar certezas refuerza la idea del derecho como una herramienta de ingeniería social que transforma y predice la realidad (De Sousa, 2009, pp. 34-37, 41), como si fuera autónomo a esta última, la cual, como los individuos, debe ajustarse a las normas jurídicas. Considérese, por ejemplo, el excesivo formalismo que a veces muestra el TC peruano al fallar sobre casos que involucran pueblos indígenas. En la sentencia recaída en el expediente 0033-2005-PI/TC (provincia de Lauricocha), el TC arguye que, si una norma ha sido emitida por el órgano pertinente, la posibilidad de que vulnere derechos fundamentales es inexistente, razón por la cual desestima en bloque todos los argumentos del demandante. Sucede lo mismo cuando sustenta, en contradicción con sus sentencias previas, que la inaplicación del derecho a la consulta se debe a la falta de desarrollo legislativo de tal derecho (Aidesepe I).

Asimismo, el Estado tiene el monopolio de la fuerza que respalda el cumplimiento y adecuación de la realidad

³ A partir de las clasificaciones de Giddens (1999) y De Sousa (2009) se pueden deducir otros paradigmas como disociación entre lo público (identidad universal) y lo privado (identidades particulares), la racionalización como requisito de validez, disociación entre tiempo y espacio, desanclaje de las relaciones sociales, discontinuidad en el desarrollo de la sociedad, promesa de seguridad y bienestar universales y progresivos.

a las normas jurídicas. Establece los términos de las transacciones económicas y sociales, ignorando la funcionalidad y ventajas de otras prácticas para contextos específicos, y legitimándose a sí mismo. Es el caso de la propiedad privada como referencia universalizada de propiedad.

- b. *Presunción de consentimiento* derivado de un *contrato social*, en cuya conformación virtual estuvieron representados todos los actores sociales que luego lo conforman efectivamente. Esto evidencia, como dice Clavero (2008, pp. 105-124), una falta de “constituyencia” originaria del Estado y su estructura orgánica y de derechos, ambas expresadas en la Constitución, que no consideró perspectivas y expectativas de un amplio sector indígena de la población, tanto en ese entonces como ahora. Tómese en cuenta, por ejemplo, que el derecho indígena más invocado ante el TC peruano es la consulta previa y, como se verifica más adelante, con modestos avances.

Si bien la idea de consenso pretende superar la suposición de unanimidad dada por el contractualismo que sustenta en un primer momento la legitimidad de un Estado de derecho y de la Constitución (De Vega, 1988), aun así este consenso parte de una suposición de representación suficiente de todo actor social.

Tal vez este sea el más redundante de los paradigmas autorreferenciales del Estado nación. La suposición de consenso sobre los principios que sustentan un Estado se legitima a sí misma de forma circular; cualquier conflicto sobre su legitimidad se remite a tal suposición *democrática* y así deviene en axiomática, con lo que convierte el conflicto en una paradoja.

- c. *Presunción de uniformidad*. Supone una lealtad política, motivada por un sentido de pertenencia común que se basa en el carácter homogéneo de la colectividad humana que la conforma (nación), en un sentido cultural, histórico y lingüístico, en el que las diferencias no sean significativas. En ese sentido, se asume una neutralidad estatal respecto de estos temas, replegándolos a un espacio privado (Kymlicka, 1996, pp. 151-164; Taylor, 2009 [1994], pp. 94, 101-102, 134-135). Esto puede verificarse, por ejemplo, en los argumentos racialistas del Estado peruano, citados en

algunas sentencias del TC⁴, dirigidos a forzar la idea de que los derechos indígenas son inaplicables en el Perú, debido a que las diferencias culturales se han diluido con el mestizaje.

No obstante, la propia historia de formación de los estados nación sugiere la idealización del concepto para generar una ilusión política de unidad que en realidad nunca fue tal (Hobsbawm, 1992). Debe resaltarse, además, que esta característica sustenta el contenido y las limitaciones de la ciudadanía como factor de inclusión/exclusión en la institucionalidad estatal y en la asignación de derechos (Gibney, 2008; Alfaro, 2008, pp. 202-213).

- d. *Es exclusivo y excluyente respecto de cualquier otra forma de organización social en un mismo territorio.* Ello es consecuencia de los puntos anteriores. Cada perspectiva cultural tiene una pretensión de universalidad que exagera la validez de valores y principios para varios contextos. El Estado mismo es la manifestación de una forma específica de significar la realidad socialmente (Tubino, 2004a, pp. 9-11; De Sousa, 2009, pp. 447-448; Eagleton, 2001, p. 75). Otras formas de organización serían percibidas como amenazas o competidoras. Ante ellas, por ejemplo, el Tribunal ha optado a veces por la asimilación, como en el caso del expediente 018-96-I/TC (Sevicia), o por la invisibilización a través de la indiferencia, como es el caso de los expedientes 127-2000-AA/TC y 1206-2005-PA/TC (Comunidad Campesina Santo Domingo de Olmos y Cuenca del Mazán).

Ahora bien: tanto estos elementos como las instituciones jurídicas que se desprenden de ellos se encuentran plasmados de forma general en la Constitución, un documento que, por su jerarquía y procedimiento especial de transformación (establecidos en él mismo), constituye la norma de más alto rango en el ordenamiento jurídico estatal⁵.

⁴ Sentencias de los expedientes 00022-2009-PI/TC (Tuanama Tuanama I), 00023-2009-PI/TC (Tuanama Tuanama II), 00024-2009-PI/TC (Tuanama Tuanama III) y 00027-2009-PI/TC (Tuanama Tuanama VI). Todas estas serán analizadas en los siguientes capítulos.

⁵ Sobre el hecho de que la Constitución contiene los principales valores, considérense, por ejemplo, en el caso de la Constitución peruana, principalmente, los artículos 44 y 45: el reconocimiento constitucional de la dignidad humana (“Son deberes del Estado [...] garantizar la plena vigencia de los derechos humanos [...]”) y de la soberanía popular (“El poder del Estado emana del pueblo [...]”), respectivamente.

Tradicionalmente, ella se descompone en una parte dogmática (derechos fundamentales) y una orgánica (estructura del Estado). En ese sentido, su contenido establece un parámetro de control de todo el espacio público, estatal e incluso privado⁶, que puede tener un sentido *negativo* por cuanto previene la intervención de terceros en el ejercicio y disfrute de derechos; o uno *positivo* porque verifica que tal ejercicio y disfrute de derechos se vea realizado a través de actividades concretas de promoción de ellos cuando sea necesario (Landa, 2002a, p. 112; Ruiz, 2011, pp. 61, 81-82, 112-113)⁷,⁸. Asimismo, la fuerza normativa de la Constitución es una característica innegable de esta, ya que sin ella sería simplemente una declaración de principios que solo vincularía a través de su desarrollo por normas de menor rango (Landa, 2011; De Vega, 1998). En otras palabras, perdería su jerarquía especial y sería simplemente un documento referencial.

Así, la Constitución representa el mito fundacional del contrato social que constituiría el origen del Estado moderno, el consenso social de valores esenciales para que en un ECD funcione la democracia. Con relación a los paradigmas de un Estado nación, esta sería una de las principales expresiones de un estadio cultural de la población de un país que comparte una historia de desarrollo como nación (Häberle, 2003, pp. 5, 134-135; Landa, 2002a, pp. 124-126); es decir, como un grupo humano culturalmente uniforme, circunstancia que no es posible encontrar en la realidad, no al menos en Latinoamérica y menos aún en el Perú.

Sin embargo, Häberle acierta al señalar que el sistema de valores predominante expresado constitucionalmente es una expresión cultural⁹, aunque, y aquí nos separamos de su postulación, hegemónica y excluyente respecto de otras perspectivas que se agrupan en función

⁶ Como el TC peruano ha señalado, no hay zonas exentas de control constitucional: expedientes 2409-2002-AA/TC, sobre control del Consejo Nacional de la Magistratura; 2366-2003-AA/TC (f. 4-6); 5854-2005-PA/TC (f.7-8,19-21,24, 29-30, 34-37); 00007-2007-PI/TC (f.22-23,56.f); las tres últimas sobre el control del Jurado Nacional de Elecciones.

⁷ Sobre su contenido como parámetro de control positivo, considérese el artículo 44 de la Constitución peruana (“[...] promover el bienestar general [...]”); y como parámetro de control negativo, considérese el artículo 45 del mismo documento (“[...] Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”).

⁸ Asimismo, los deberes de “protección”, “respeto”, “garantía” y “promoción” de los derechos humanos han sido reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos principalmente, y, de forma general, en su preámbulo y artículos 1, 2 y 41.

⁹ Häberle desarrolla la idea de una sociedad abierta y plural, aunque en un sentido predominantemente político (partidos políticos); y al hacer referencia a la cultura, lo hace a partir de manifestaciones contraculturales populares como el *rock n’ roll*, sin referencias étnicas (2003, p. 241).

de una etnicidad específica y que se reivindican como distintas. Así, la construcción del derecho, a un nivel tan alto como el constitucional, se revela como el escenario de una disputa (López, 2006, p. xxi) que puede ser política y cultural por la representación hegemónica de valores y principios en el documento jurídico que contiene las reglas mismas de la convivencia, estructura y relaciones jurídicas en un ECD, condicionadas precisamente por tales valores o ideales.

Esta disputa por la representación efectiva de subjetividades históricamente subalternas se manifiesta, por ejemplo, en la pugna por la constitucionalización de *nuevos* derechos indígenas, para que se les dé contenido y rango *fundamental* en un sentido material y no meramente formal, como el TC peruano hace en ocasiones, con lo que torna retórica su argumentación sobre derechos fundamentales e institucionalidad democrática. Tómese, por ejemplo, la sentencia recaída en el expediente 03343-2007-PA/TC (Cordillera Escalera), en el cual reconoce la diversidad cultural y el derecho a la consulta, para afirmar finalmente que los talleres informativos realizados por empresas equivalen a tal derecho. Esta constitucionalización, en sentido material, debería estar orientada a garantizar un mejor escenario de diálogo horizontal entre los pueblos indígenas y el Estado, que permita la incorporación de distintas perspectivas culturales en un proyecto societal compartido.

No bastaría, entonces, con una pluralidad reconocida y bien tenida en cuenta; por ejemplo, una flexibilización formal de paradigmas tradicionales que no sería extraña. Este reconocimiento puede estar presente en el enfoque menos plural e inclusivo, como en el que lo es más. Por ejemplo, el propio TC peruano establece la pluralidad y diversidad cultural como principio democrático, sin reconocer necesariamente los derechos de los pueblos indígenas. Este es el caso de las sentencias recaídas en los expedientes 0042-2004-AI/TC, 00006-2008-PI/TC y 00027-2009-PI/TC (Corrida de toros, Hoja de Coca II, Tuanama VI). Esto es importante porque se trata de una práctica que iría en contra de su naturaleza y sus funciones en estados pluriculturales, como se verá a continuación.

SOBRE LAS FUNCIONES INTERPRETATIVA Y ARGUMENTATIVA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN ESTADOS PLURICULTURALES

La relevancia del TC en el ECD pluricultural y en el escenario de disputa que se acaba de describir se encuentra en su labor interpretativa sobre la Constitución. Jurisdiccionalmente, es a través

de ella, en última instancia, como se resuelve esta contradicción entre hegemonía y resistencia, entre la preservación de una institucionalidad basada en paradigmas hegemónicos y las reivindicaciones de derechos diferenciados que la cuestiona.

Desde luego, existe un conjunto de factores que evidencian la necesidad de interpretar el texto constitucional. Algunos se derivan del carácter hegemónico de los valores que representa, de la naturaleza misma de la Constitución (texto jurídico de mayor rango) y de las condiciones de la realidad plural en la cuales se aplican sus reglas y principios. Estos son:

- a. *El derecho constitucional como escenario de disputa por la hegemonía.* Referido a la ya mentada pugna por la constitucionalización de *nuevos* derechos en un sentido material, o lo que también puede entenderse como la resistencia a la prevalencia de una forma excluyente de entender el contenido de los derechos fundamentales y su clasificación como tales.
- b. *La generalidad de las disposiciones constitucionales.* Consecuencia necesaria de que la Constitución sea la norma fundamental, de que contenga los parámetros elementales que pretenden guiar la estructura y la acción social (Atienza, 2007, p. 217; Guastini, 2008, p. 23), y de su vocación de permanencia y trascendencia en el tiempo más allá del momento y el contexto que le dio origen (Castillo, 2008, p. 52; Häberle, 2003, pp. 58-59, 124).
- c. Lo anterior determina, a su vez, la *necesidad de actualización y adaptación de las normas constitucionales a través del tiempo*, en virtud de los cambios indefectibles en la dinámica, valores y principios sociales. Los cambios no implican necesariamente la eliminación de estos principios, sino su transformación (Häberle, 2003, pp. 7, 36, 54, 62-63; Grández, 2010, pp. 75, 93, 127-128). Si esto no se diera, entonces se configuraría una auténtica “tiranía de los valores”¹⁰ en la medida en que, por ejemplo, los valores inmutables derivados de una perspectiva individualista (cierta concepción de la dignidad humana) constituirían una traba para el reconocimiento y *constitucionalización* de los derechos colectivos.

¹⁰ Landa cita a Häberle al utilizar este concepto y lo usa para referirse a los perjuicios de caer en una radicalización iusnaturalista (2009, p. 246).

Otro ejemplo sería la resistencia irreflexiva de una perspectiva neoliberal cuya forma de entender los valores democráticos abogue por una política no intervencionista del Estado, frente a una que promueva activamente la eficacia de los derechos sociales y culturales a través de la intervención estatal (Ruiz, 2011, pp. 81-82, 110-111; Landa, 2002b, pp. 67-69).

- d. Finalmente, también a partir del segundo punto, *los valores orientadores pueden verse confrontados mutuamente en situaciones concretas*, en cuyo caso es necesario realizar un ejercicio de ponderación e interpretación para poder resolver el conflicto o dilema que nos presenta la realidad (Atienza, 2001, pp. 120-130, 219; Häberle, 2003, pp. 96-98; Bernal, 2003), y que no puede ser resuelto con un mero ejercicio de subsunción.

Como señala Guevara (2009, p. 69), “[...] el derecho jamás se aplica en forma mecánica; la interpretación de normas, principios y procedimientos es un elemento fundamental de la operación de cualquier sistema legal”, especialmente si se considera la pluralidad (cultural, política, religiosa) como característica de la realidad social.

Si bien la interpretación necesaria del texto constitucional recae sobre el Tribunal Constitucional, algo que se deriva de una tradición europea occidental, esto no implica que sea el único que pueda hacerla de manera autorizada, e incorporarla formalmente al ordenamiento jurídico. Sin embargo, sí es quien tiene la palabra en última instancia, pudiendo desplazar incluso a otras consideradas previamente como válidas (Ruiz, 2011, pp. 92-93; Grández, 2010, pp. 95-98), ya que su jurisprudencia goza de un lugar privilegiado en el sistema de fuentes del derecho (López, 2006, pp. 266-268, 303; Castillo, 2008, pp. 40, 61, 65).

El derecho, constitucional en este caso, manifiesta una relación constante de influencia mutua con la realidad; el TC es uno de sus principales intermediarios y en cuyo quehacer jurisdiccional se confrontan constantemente los cuatro factores señalados. De hecho, la importancia del TC es tal que se reconoce su capacidad de ejercer un control sobre los otros poderes del Estado y dar contenido a la Constitución (Landa, 2009), así como una reordenación de las relaciones entre los “poderes clásicos” (Grández, 2010, pp. 79, 92-93, 100-101), en la cual se incorpora al TC como un cuarto elemento en la dinámica de pesos y contrapesos. A propósito de esto, sea que se asuma lo anterior con o sin reparos, la indudable importancia y poder del TC conlleva la necesidad de justificarlo y de otorgarle legitimidad,

no solo respecto de su labor interpretativa, sino también de la revisión de interpretaciones y productos de otras fuentes y poderes.

Esto hace que se atribuya al Tribunal una legitimidad otorgada por el constituyente de forma indirecta, como menciona Grández (2010, p. 74), condicionada necesariamente a la preservación de derechos a través de, precisamente, su actividad interpretativa (Atienza, 2007, p. 221). Teóricamente, tal legitimidad podría ser eliminada por el legislativo en ejercicio de sus funciones, pero mientras no sea así tiene tareas constitucionalmente otorgadas. Además, estas son legitimadas casuísticamente cuando el ciudadano las activa al acudir a él. Por último, el TC se ve ante la obligación de legitimarse a sí mismo constantemente en el ejercicio de su labor interpretativa, a través de una adecuada motivación de sus argumentos: principio de interdicción de la arbitrariedad y derecho a la debida motivación¹¹ (Atienza, 2007, pp. 206, 221, 125-126; Castillo, 2008, pp. 85, 95).

Esta última es la forma de legitimación que más atención demanda, ya que precisamente esta suerte de autocontrol será satisfactoria y legitimadora en la medida en que exista coherencia en el propio desarrollo de sus fallos individuales y de su jurisprudencia. Esto no quiere decir que se aspire a una línea argumentativa invariable y estática, pues tal cosa sería contradictoria con lo que se ha venido argumentando, sino que, incluso en sus giros más radicales, exista una lógica que los justifique.

Según lo dicho hasta ahora, y adaptando libremente para este caso la clasificación de De Sousa (2009, pp. 99-104) respecto de la judicatura en general, se propone la siguiente clasificación de funciones que el TC cumple en el ECD respecto al conflicto cultural, o disputa por la hegemonía, que en él se suscita:

- a. *Jurídico-instrumentales*. Asociadas al cumplimiento eficaz y eficiente de sus tareas constitucionales y su contribución al orden social en general. Estas pueden ser:

Jurisdiccionales: función clásica consistente en la solución de controversias. Comprende desde la resolución misma de un litigio hasta la solución de un recurso de queja o la aclaración de una sentencia.

¹¹ Reconocidos por el mismo TC peruano en el expediente 0090-2004-AA/TC, en el cual incluso señala que corrige una línea jurisprudencial sobre una facultad discrecional del Ejecutivo (ff. 4, 5, 8, 9, 12-18); expediente 3943-2006-PA/TC, en el que establece los supuestos de una motivación indebida (f. 4); expediente 05601-2006-PA/TC (f. 3); y reiteradas todas las anteriores en el expediente 00728-2008-PHC/TC (ff. 6-9).

Control social: se deduce de lo anterior y consiste en “mantener y recuperar” el orden social (Grández, 2010, pp. 72-73; Guevara, 2009, pp. 81-82) según los parámetros constitucionales. Es que la judicatura, en especial la constitucional, se debe a la Constitución y su contenido. Esta función evidencia algo muy importante: el TC se encuentra en el *dilema interminable de equilibrar dos fuerzas* (a las que se volverá en el apartado 4): *proteger la vigencia de los valores y principios de la Constitución (hegemónica) e interpretar y actualizar las disposiciones constitucionales a los nuevos contextos sociales a través del tiempo (contrahegemónica)*. Esta actualización constituye también un ejercicio de control social.

Con respecto a la protección de los valores de un orden determinado, es preciso aclarar que si bien un orden puede ser injusto e inequitativo en la práctica, más allá de los valores que pregone, es indudable que la función de control está dirigida a velar por esas aspiraciones, y no por la práctica injusta. Sin embargo, hay que considerar también que la forma de entender un valor o paradigma puede ser un freno para el reconocimiento de *nuevos* derechos y de relaciones sociales más justas, o al logro de aspiraciones todavía no alcanzadas por el propio orden, como la igualdad material universal. Ello ocurriría si se impone una manera específica de entender el desarrollo, que excluya o subordine expresiones culturales distintas.

Por eso corresponde al TC argumentar una interpretación contraria que maximice la dignidad humana e incorpore nuevos derechos de ser necesario, o que redefina los existentes. Para ello resulta imprescindible una labor independiente e imparcial que no priorice intereses arbitrarios o se incline desproporcionadamente por el *statu quo*, descuidando su potencial transformativo o contramayoritario (Atienza, 2007, pp. 197, 221).

- b. *Políticas*. En esta función también se puede encontrar el afán por el *control social*, considerando que el TC es parte de un sistema y una dinámica políticos, en el que ejerce una cuota importante de poder, por cuanto su jurisprudencia es fuente de derecho y tiene una jerarquía especial, ya que es intérprete supremo de la Constitución. Por eso, en la medida en que legitima y transforma un orden social, hace lo mismo con el poder político. En consecuencia, se verifica

una vez más el conflicto de las dos fuerzas mencionadas en el punto anterior.

- c. *Simbólicas*. El afán por el control social también se encuentra aquí, pero resaltando el impacto de la actividad del TC en el imaginario social. Se puede cumplir con mantener o transformar un orden social formalmente establecido, pero eso no significa que el resultado sea interiorizado por la población de un Estado. Esto ocurre cuando los paradigmas abstractos de tal orden no satisfacen las aspiraciones de justicia e igualdad de ciertos grupos, en este caso los pueblos indígenas que han vivido en una situación de desigualdad histórica. En ese caso, el TC tiene la función de legitimar ese orden no solo respecto de sí mismo, sino principalmente en relación con los propios ciudadanos, ya sea reafirmando o reinterpretándolo.

EL DILEMA DEL DOBLE POTENCIAL

El mentado conflicto de fuerzas resulta ser más bien un dilema inacabable entre dos potencialidades: una hegemónica y otra de resistencia o, como la llama De Sousa, contrahegemónica (1997). El derecho constitucional es un escenario de disputa para el cambio o para el reconocimiento de valores que pueden provenir de distintas perspectivas culturales, lo que se traduce en la *constitucionalización* de *nuevos* derechos en sentido material; en esa medida están en juego distintas expectativas y perspectivas sobre los términos del ECD.

Esto no es extraño a la sociedad moderna ni a los estados nación, ni exclusivo de un análisis que parta de lo cultural; pero, dependiendo justamente del enfoque con el que se aborde, puede verificarse que la disputa es más o menos democrática, plural y horizontal. Resulta más fácil lograr esto último si las expectativas se mueven dentro de paradigmas más tradicionales (si se discute sobre los límites políticos de la participación ciudadana, por ejemplo), que si se cuestionan dichos paradigmas, como puede ser el caso de lo cultural, en especial cuando se habla de los pueblos indígenas en condiciones de vulnerabilidad.

El equilibrio entre ambas potencialidades depende en gran parte del TC. Ese “quantum de utopía” o “principio de la esperanza” (Häberle, 2003, pp. 7, 10-11, 172, 303-306) que corresponde a las expectativas que pugnan por ser representadas en la manifestación del consenso social, que en teoría es la Constitución, debería ser debidamente canalizado por el Tribunal para preservar un conjunto esencial de valores como la soberanía y la dignidad humana que hagan

funcional la convivencia en un Estado. Pero, a su vez, se deben adaptar a las necesidades y reivindicaciones de los nuevos derechos, como la *autodeterminación* o la *propiedad comunal*, o de otros no tan nuevos que son sistemáticamente violados, como el derecho a la consulta o a la identidad cultural.

Lo último incluye, como ya se ha comentado, la realización de ideales no alcanzados o frustrados, derivados del sistema de valores y principios vigente: igualdad, justicia social, representación, calidad de vida, etcétera. Se trata de aspiraciones de diferentes grupos de personas que han sido retrasadas muchas veces, y que a pesar de ello persisten en la voluntad humana para ser reivindicados y romper ciclos malsanos.

El hecho de que el TC medie entre los conflictos de la realidad y los ideales de las normas constitucionales le da una responsabilidad especial, porque debe equilibrar sus dos potencialidades a través del ejercicio de la interpretación y argumentación que le es inherente. Mediante estos ejercicios, la razón motivada de una transformación puede imponerse válidamente sobre el poder y la fuerza del *statu quo* instituido (Castillo, 2008, pp. 48-49, 52; Grández, 2010, pp. 76-78). No se debe olvidar que el respeto por la dignidad humana y la pluralidad no es suficiente para exigir que haya una devoción de todas las perspectivas culturales a valores únicos, pero sí que exista una fidelidad política a un orden social democrático respetuoso de los derechos fundamentales y de la diversidad.

La extensión de la imparcialidad como propuesta de equilibrio

Así, en función del dilema tratado debe explorarse una fórmula para alcanzar el mayor equilibrio cuando, en el ejercicio de sus funciones, el Tribunal aborde la pluralidad cultural dentro de un ECD y los derechos de los pueblos indígenas. Dicha fórmula debería enmarcarse dentro de un enfoque intercultural, el cual se considera aquí como el de mayor capacidad para lograr una convivencia pacífica y horizontal dentro de contextos pluriculturales latinoamericanos. No obstante, elaborar una propuesta específica para una institución como el TC no resulta algo sencillo.

La interculturalidad y su principal herramienta, el diálogo intercultural, implican la voluntad de superar los propios prejuicios y transformar los presupuestos de una comprensión particular del mundo en argumentos susceptibles de ser interpelados y enriquecidos (De Sousa, 2009, p. 456; Taylor, 2009 [1994], pp. 108-116; Etxebarria, 2001,

pp. 29-35). Se trata de validar al “otro” u “otros” como interlocutor(es) igualitario(s) y a sus argumentos como cuestionamientos legítimos a los propios (Tubino, 2008; Ansión, 2007, pp. 43-45). El objetivo es lograr consensos basados en la comprensión mutua de las perspectivas culturales. Por eso el diálogo intercultural no solo implica valorar la diferencia, sino también los diversos enfoques sobre ella, pero no para celebrar la diversidad en sus condiciones actuales de desigualdad, sino para transformarlas a través del intercambio horizontal.

Entonces, dado que un Tribunal Constitucional es una entidad eminentemente jurisdiccional, no es posible que este se constituya como un interlocutor en el marco de un diálogo intercultural¹²; lo que correspondería más bien es que al momento de analizar un caso y emitir un fallo tome en consideración que estará o no estará generando condiciones para que este diálogo se dé. De esta forma, mientras que a los actores que sean interlocutores se les exigirá que se adecúen a los modelos ideales del diálogo, al Tribunal se le pedirá que se atenga a una *imparcialidad cultural*, distinta de la neutralidad, que no empeore o genere situaciones de imposición cultural o paternalismo, por ejemplo. Mientras que la neutralidad niega la propia contingencia y falibilidad, de modo que genera una autopercepción de *absolutez* y superioridad frente a cualquier debate, la imparcialidad cultural asume la propia contingencia y, teniendo conciencia de ella, busca la objetividad.

Los magistrados del Tribunal tendrán su propio bagaje cultural y estarán sujetos a su influencia indefectible, como sucede con las ideas políticas, religiosas, filosóficas, etcétera, de todo magistrado, que marcarán una tendencia, pero no necesariamente un interés subjetivo en que el caso se resuelva de forma favorable a alguna de las partes. Al juez se le exige que resuelva, dentro de su formación, contexto y creencias, en función de elementos que garanticen la mayor objetividad (normas, principios, valores y hechos). Resolverá, desde luego, sobre un conflicto que no le concierne personalmente y respecto de partes con las que no guarda ningún vínculo que pueda ser motivo para favorecerlas.

De esta manera, su propia conducta estará supeditada a las referencias objetivas que le permitirán actuar con la imparcialidad que se exige en cualquier caso, y a las que se deberán añadir las derivadas de la interculturalidad. El objetivo es garantizar que frente a un conflicto producido en un marco de interacciones culturales, en el que estén en juego los derechos especiales de pueblos indígenas, el Tribunal no imponga su propia perspectiva cultural. Ahora: recordemos que cada

¹² A menos que este, como institución, actúe como sujeto político fuera de un proceso jurisdiccional.

cultura tiene postulados que aspiran a ser universales, lo que hace que cada sujeto se incline por privilegiar la suya (Tubino, 2008, p. 10). Por ello, es indispensable que el TC sea consciente de su propio bagaje, para que se pueda situar como parte de la diversidad, y no apele a la neutralidad cultural que vuelve sus perspectivas culturales axiomáticas. Urge, aquí, recurrir a la conciencia de “incompletitud”, porque permite admitir la posibilidad de que el juez revise sus propias premisas culturales (De Sousa, 1997, pp. 7-9). En esto precisamente se diferencian la neutralidad y la imparcialidad.

Es importante recalcar que solo la interculturalidad proporciona elementos para que la imparcialidad se expanda en pos de un diálogo horizontal e igualitario cuya meta sea el consenso y la construcción de nuevos paradigmas en el marco de un ECD.

Finalmente, debe siempre tenerse en cuenta que el diálogo intercultural es a la vez una expectativa y una herramienta. *Es una expectativa* en la medida en que el enfoque *intercultural* debe incorporarse a la integralidad de la estructura estatal, siempre en el marco de la disputa cultural por la hegemonía, ya sea en el debate político o en la jurisdicción constitucional o a cualquier otro nivel. *Es una herramienta* porque servirá, mientras la expectativa no se realice, para que los que aboguen por ella demanden, a través de sus postulados, que la disputa sea pacífica, que las relaciones no sean jerarquizadas, que se reconozcan las subjetividades indígenas y los derechos especiales que equiparen situaciones históricas de desigualdad.

COROLARIO

Los contextos pluriculturales latinoamericanos han implicado la reformulación de distintas instituciones. En el ámbito constitucional no son escasos los análisis sobre la creación de nuevos textos constitucionales y el reconocimiento de nuevos derechos. No obstante, muchas veces el reconocimiento formal de estos no ha sido traducido en un ejercicio efectivo de los mismos. Esto es así porque precisamente la existencia de distintas perspectivas culturales convierte al derecho, especialmente al constitucional, en un constante escenario de disputa. Para garantizar que dichos conflictos no devengan en situaciones de violencia (física o simbólica, puntual o institucionalizada), la labor interpretativa que cumplen los tribunales constitucionales es esencial, y con mayor razón aún dado que son los intérpretes últimos de las constituciones.

Pero, para que ello sea posible, estos deben superar viejos paradigmas estatales e incorporarse a sí mismos en la dinámica descrita

como portadores de una perspectiva cultural entre varias. Deben superar sus pretensiones de *neutralidad cultural* y abogar por una *imparcialidad cultural* consciente de su falibilidad. Esta imparcialidad se deberá manifestar de tal modo que sus decisiones apunten a construir o transformar las condiciones para que eventualmente se produzca un efectivo diálogo intercultural entre las partes que están en medio de un conflicto y acuden ante él. Un TC culturalmente parcializado anula la posibilidad de cualquier diálogo y avala vulneraciones a los derechos que se interpretan jerárquicamente.

Por último, a manera de reflexión, no hay que perder de vista que, en el ejercicio de sus funciones, el TC no puede romper el equilibrio de poderes y abarcar facultades que trasciendan su competencia (Atienza, 2001, p. 227). Más allá del alcance que pueda tener la resolución de un caso concreto con circunstancias específicas (Castillo, 2008, p. 54; Grández, 2010, pp. 99-100), el Tribunal no debería constituirse en una instancia que compense la falta de acción de otros poderes del Estado actuando por ellos, por ejemplo en la distribución de los servicios sociales, porque estaría excediendo en este caso su potencial contrahegemónico. Esto no quiere decir que no cumpla un papel activo en el logro de la justicia social, sino que lo hace dentro de sus límites institucionales.

REFERENCIAS

- ALFARO ROTONDO, S. (2008). Diferencia para la igualdad: repensando la ciudadanía y la interculturalidad en el Perú. En S. Alfaro, J. Ansión & F. Tubino (eds.), *Ciudadanía intercultural. Conceptos y pedagogía desde América Latina* (191-216). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- ANSIÓN, J. (2007). La interculturalidad y los desafíos de una nueva forma de ciudadanía. En J. Ansión et al., *Educación en ciudadanía intercultural* (37-61). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- ATIENZA, M. (2001). La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 24, 115-130. Recuperado de <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/101900>.
- ATIENZA, M. (2007). Constitución y argumentación. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 24, 197-225. Recuperado de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2769946>.
- BENDA-BECKMANN, F. & BENDA-BECKMANN, K. (2006). How communal is communal and whose communal is it? Lessons from Minangkabou. En F. Benda-Beckmann et al. (eds.), *Changing properties of property* (194-217). New York: Berghahn Books.

- BERNAL PULIDO, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, 225-238. Recuperado de http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10074/1/doxa26_12.pdf.
- CASTILLO CÓRDOVA, L. (2008). *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*. Lima: Palestra.
- CLAVERO, B. (2008). *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre constituciones mestizas*. México: Siglo XXI.
- DE SOUSA SANTOS, B. (2009). *Sociología jurídica crítica*. Bogotá: Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos.
- DE SOUSA SANTOS, B. (1997). Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos. *Análisis Político*, 31, 1-15. Recuperado de <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/colombia/assets/own/analisis31.pdf>.
- DE VEGA GARCÍA, P. (1988). En torno a la legitimidad constitucional. En Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Estudio en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas, I* (803-825). México: Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/641/38.pdf>.
- DE VEGA GARCÍA, P. (1998). El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, 1, 65-87. Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/1/est/est3.pdf>.
- EAGLETON, T. (2001). *La idea de cultura. Una mirada política sobre los conflictos culturales*. Barcelona: Paidós.
- ETXEBARRÍA, X. (2001). Derechos culturales e interculturalidad. En M. Heise (comp.), *Interculturalidad. Creación de un concepto y desarrollo de una actitud* (17-38). Lima: Programa Forte-PE.
- GIBNEY, M. (2008). Who should be included? Noncitizens, conflict and the constitution of the citizenry. En F. Stewart, *Horizontal inequalities and conflict. Understanding group violence in multiethnic societies* (25-40). Oxford: Centre for Research on Inequality, Human Security and Ethnicity, Department of International Development.
- GIDDENS, A. (1999). *Consecuencias de la modernidad*. Madrid: Alianza Editorial.
- GRÁNDEZ CASTRO, P. (2010). *Tribunal Constitucional y argumentación jurídica*. Lima: Palestra.
- GUASTINI, R. (2008). Una teoría cognoscitiva de la interpretación. *Isonomía*, 29, 15-31. Recuperado de <http://www.biblioteca.org.ar/libros/211528.pdf>.
- GUEVARA GIL, J. A. (2009). *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la antropología e historia del derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

- HÄBERLE, P. (2003). *El Estado constitucional*. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- HOBSBAWM, E. (1992). *Naciones y nacionalismo desde 1780* (2.^a ed.). Barcelona: Crítica.
- KYMLICKA, W. (1996). *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós.
- LANDA, C. (2002a). Dignidad de la persona humana. *Cuestiones Constitucionales*, 7, 109-138.
- LANDA, C. (2002b). Teoría de los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales*, 6, 49-71.
- LANDA, C. (2011). La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales. En V. Bazán & C. Nash (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. La fuerza normativa de la Constitución* (17-42). Montevideo: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Konrad-Adenauer-Stiftung.
- LAZARUS-BLACK, M. (1994). Slaves, masters, and magistrates: Law and the politics of resistance in the British Caribbean, 1736-1834. En M. Lazarus-Black, *Contested states: Law, hegemony and resistance (after the law)* (252-281). Londres: Routledge.
- LÓPEZ MEDINA, D. (2006). *El derecho de los jueces* (2.^a ed.). Bogotá: Legis.
- RUIZ MOLLEDA, J. & ROEL ALVA, L. (2011). *Manual de herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas*. Lima: Instituto de Defensa Legal.
- SCORZA, M. (2005). *Redoble por Rancas*. México: Siglo XXI.
- STERN, S. (1986). *Los pueblos indígenas del Perú y el desafío de la conquista española. Huamanga hasta 1640*. Madrid: Alianza.
- TAYLOR, C. (2009). La política del reconocimiento. En C. Taylor, *El multiculturalismo y "la política del reconocimiento"* (2.^a ed.) (54-116). México: Fondo de Cultura Económica.
- TUBINO, F. (2004a). El interculturalismo latinoamericano y los estados nacionales. Presentado en el Foro Latinoamericano sobre Interculturalidad, Ciudadanía y Educación, organizado por Flape. Cuetzalán. Recuperado de <http://test-red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/interculturalismo_latino.pdf>.
- TUBINO, F. (2004b). Del interculturalismo funcional al interculturalismo crítico. Recuperado de <<http://fongdcam.org/wp-content/uploads/2012/01/delinterculturalismoTubino.pdf>>.
- TUBINO, F. (2007). El interculturalismo frente a los desafíos del pluralismo jurídico. Recuperado de <<http://www.ibcperu.org/doc/isis/12994.pdf>>.
- TUBINO, F. (2008). Aportes y límites de la hermenéutica diatópica al diálogo intercultural sobre los derechos humanos. Actas de las Cuartas Jornadas Peruanas de Fenomenología y Hermenéutica, ClphER-PUCP. Lima. Recuperado de <<http://eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/sites/eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/files/TubinoHermDiatopica.pdf>>.

Sentencias del Tribunal Constitucional peruano

- Expediente 018-96-I/TC, del 29 de abril de 1997.
- Expediente 127-2000-AA/TC, del 5 de abril de 2000.
- Expediente 2409-2002-AA/TC, del 7 de noviembre de 2002.
- Expediente 2366-2003-AA/TC, del 6 de abril de 2004.
- Expediente 0090-2004-AA/TC, del 5 de julio de 2004.
- Expediente 0042-2004-AI/TC, del 13 de abril de 2005.
- Expediente 5854-2005-PA/TC, del 8 de noviembre de 2005.
- Expediente 0033-2005-PI/TC, del 29 de agosto de 2006.
- Expediente 3943-2006-PA/TC, del 11 de diciembre de 2006.
- Expediente 1206-2005-PA/TC, del 20 de abril de 2007.
- Expediente 00007-2007-PI/TC, del 19 de junio de 2007.
- Expediente 05601-2006-PA/TC, del 16 de julio de 2007.
- Expediente 00006-2008-PI/TC, del 11 de junio de 2008.
- Expediente 00728-2008-PHC/TC, del 13 de octubre de 2008.
- Expediente 03343-2007-PA/TC, del 19 de febrero de 2009.
- Expediente 00022-2009-PI/TC, del 9 de junio de 2010.
- Expediente 00023-2009-PI/TC, del 21 de septiembre de 2010.
- Expediente 00027-2009-PI/TC, del 5 de enero de 2011.
- Expediente 00024-2009-PI/TC, del 26 de julio de 2011.

Hacia una (re)construcción de la izquierda constitucional en Latinoamérica: una discusión con Roberto Gargarella

DIEMER LASCARRO^{*}, CARLOS LASCARRO^{**} Y LEONEL MARTÍNEZ^{***}

Recibido: 1 de octubre de 2013 – Aprobado: 30 de noviembre de 2013

Escarbando en la historia constitucional, Roberto Gargarella (2005a) ha sostenido que, en la etapa fundacional del constitucionalismo latinoamericano, asistieron fuertemente –en muchos casos en constante tensión– tres proyectos. Las ideas radicales, el proyecto conservador y el liberal. Pese a sus múltiples divergencias, estas inclinaciones ideológicas convergieron en una tradición “constitucional latinoamericana que pone énfasis en la autoridad centralizada y el fortalecimiento del poder presidencial” (Gargarella, 2013, p. 247). De ahí que Gargarella sostenga –haciendo eco a su maestro Carlos Nino– que la pesada herencia del constitucionalismo en la región haya sido el “hiperpresidencialismo”. Haciendo un salto en la historia, el profesor argentino ha argumentado lúcidamente que, a pesar de las reivindicaciones significativas que supone el denominado nuevo constitucionalismo latinoamericano, este parece de igual forma dejar intacta la “sala de máquinas”, es decir, la organización del poder, y mostró en cambio una excesiva energía en delinear derechos. De ahí entonces la crisis de la izquierda constitucional en Latinoamérica: pues las recientes “iniciativas promovieron una

^{*} Abogado. Estudiante del programa de maestría en Derecho, área investigativa, de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá. Correo electrónico: Diermer_21@hotmail.com.

^{**} Abogado. Estudiante del programa de Maestría en Derecho, área investigativa, de la Universidad Nacional, sede Bogotá. Conferencista invitado en varias universidades en Colombia y escritor de múltiples artículos en España, México y Colombia. Correo electrónico: Luses99@hotmail.com.

^{***} Estudiante de Derecho. Escritor e investigador colombiano. Entre sus publicaciones se encuentran “Constitucionalismo liberal contemporáneo vs. democracia”. *Oxímora*, España, 2012; “Diálogos con Ricardo Sanín: crítica al constitucionalismo liberal contemporáneo”. *Oxímora*, España, 2012.

reconciliación de algunos sectores de la izquierda política con las ideas acerca del derecho y el constitucionalismo”. Obviamente, la violencia y el agotamiento sistemático de alternativas (de ideologías) fueron elementos que coadyuvaron a dicha crisis: “Resumidamente: *porque estaban interesados en modificar la estructura de los derechos, se preocuparon prioritariamente por modificar, de modo acorde, la organización del poder*” (Gargarella, 2013, p. 254).

Estos temas y otros fueron el motivo de una larga conversación con Roberto, en la que discutimos sobre la función del constitucionalismo en contextos como el latinoamericano.

Es un autor, sobra decir, influenciado por sus maestros Carlos Nino y Ronald Dworkin. Uno de los principales referentes del constitucionalismo; ha incursionado de igual forma en temas como la filosofía política, derechos humanos, derecho penal, entre otros. Actualmente es profesor de las universidades de Buenos Aires y Torcuato di Tella. Entre sus publicaciones se encuentran *El derecho a resistir al derecho, De la injusticia penal a la justicia social, Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860), El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes y Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina*. A continuación, el diálogo con el profesor Gargarella.

1. D.C.L.¹: Para comenzar, profesor Roberto, en alguna ocasión² mencionó que la *izquierda constitucional* había fracasado en Latinoamérica por haberse concentrado en solicitar un “amplio catálogo de derechos constitucionales” en sus textos superiores, perdiendo de vista totalmente la parte orgánica de las constituciones, dando como resultado “incipientes” democracias y “pálidas” instituciones. En ese sentido, ¿cómo podemos empezar a *(re)construir la izquierda constitucional en Latinoamérica?*; ¿cuáles serían los presupuestos teóricos de dicho pensamiento político-constitucional?; ¿qué autores nos pueden servir para esta necesaria y ardua tarea?

R.G.: Primero, a mí me interesa mucho concentrar mi atención en el área que más conozco –además, que es muy importante– y es la que tiene que ver con el constitucionalismo. Sin embargo, antes de empezar directamente a hablar del texto constitucional, me gustaría

¹ Las iniciales D.C.L. corresponden a los nombres de Diemer, Carlos y Leonel.

² Ver Gargarella (2011, pp. 87-109).

aclarar que, por un lado, entiendo la vida pública de un país vinculada con diversos elementos que incluyen de un modo relevante –más relevante de lo que se piensa– a la Constitución, pero que obviamente no tengo la creencia de que cambiando la Constitución, o nuestro acercamiento a la Constitución, uno cambia un país. Yo creo que uno debe hacer un esfuerzo por cambiar a la sociedad y en ese esfuerzo también pensar de un modo distinto a la Constitución. Yo insisto en que las bases materiales de un país requieren una atención prioritaria para cualquiera que esté interesado en la vida pública. En todo caso, ahí ya tenemos una primera conexión importante con el constitucionalismo.

Creo que los primeros constitucionalistas latinoamericanos –en contra de lo que se podría pensar– fueron muy conscientes de las necesidades de vincular la reflexión jurídica con la reflexión de la organización económica. En un libro que he terminado de escribir sobre el constitucionalismo latinoamericano, parte de lo que digo tiene que ver con eso, la perspectiva de reconocer que nuestros viejísimos antecesores tenían una clarividencia mucho mayor que la nuestra en ese tipo de cuestiones. No solo en la parte específica de tu pregunta, en cuanto que eran absolutamente conscientes de que la reflexión sobre los derechos no podía abandonar la reflexión sobre la cuestión de la organización del poder, sobre la que luego volveremos; sino también sobre la necesidad de vincular la reflexión constitucional con la reflexión sobre las bases materiales de la sociedad: qué tipo de organización económica necesitamos para el tipo de sociedad que queremos ser. Eso como punto introductorio. Reconozco perfectamente que la vida de un país trasciende ampliamente el texto constitucional, aun cuando este texto es muy relevante en la vida pública de un país.

Dicho esto, no sé si la izquierda ha fracasado. Creo que han pasado muchas cosas en distintos países, pero algunas son más o menos generalizables. La izquierda jurídica, por un lado, se ha visto diezmada por la violencia. Entonces, aun cuando yo tengo muchas críticas que hacer a la izquierda jurídica de la región, lo primero que habría que reconocer es el hecho de que, por un lado, fue diezmada por la violencia política. En segundo lugar, sus posibilidades de formación también se vieron limitadas por los abusos

que ha habido en materia de libertad de expresión y de persecución en la región, que también han hecho que en materia de formación intelectual muchos de nuestros viejos colegas no pudieran formarse bien. Por lo tanto, hay problemas en los cuales la izquierda no es responsable directamente. Luego, sí hay cosas sobre las cuales uno podría detenerse y donde sí hay mayor responsabilidad teórica y práctica política de nuestra izquierda. Una de ellas es que la vieja formación ortodoxa marxista hizo que se olvidara y se desplazara como poco importante la cuestión superestructural y eso quedó allí enmarcado en el derecho. Esto claramente perjudicó el desarrollo de una reflexión profunda sobre el derecho, lo cual es una pena porque se ha perdido mucho tiempo y porque, para decirlo en términos simplistas, la derecha en cambio se formó mucho, sofisticó su educación en estos temas, de modo que no fueran propios de la izquierda. Así que, en ese sentido, nos llevan mucha ventaja. Y más allá de la formación o de ciertos dogmatismos teóricos, me parece que algunas experiencias –pienso muy en particular en la de Cuba y Fidel Castro– ayudaron a reforzar ciertas ideas que yo creo que son nocivas en la región, como la de que la concentración de poder o aun la pérdida de ciertas libertades básicas no solo puede ser compatible sino que hasta puede ser funcional al desarrollo de una sociedad más igualitaria. Y el punto me parece muy preocupante porque una izquierda democrática igualitaria lo primero que tiene que reconocer es que junto a la igualdad económica se requiere la igualdad política. Entonces, si la oferta política que me hacen es concentrar la autoridad en una persona para que esa persona clarividente y magnánima iguale a la sociedad y ponga fin a las diferencias, yo ni lo creo (históricamente no ha sido así) ni lo acepto, porque me parece que el igualitarismo que uno defiende debe ser simultáneo. En consecuencia, no debemos aceptar ni desigualdades económicas para mejorar las libertades políticas ni desigualdades políticas para mejorar las injusticias económicas.

2. **D.C.L.:** En consonancia con lo anterior, usted reivindica en un reciente debate con Ernesto Laclau (2012)³ una

³ Véase, sobre este debate, la intervención de Laclau en www.perfil.com/ediciones/2012/10/edicion_719/contenidos/noticia_0080.html y la de Gargarella en www.perfil.com/ediciones/2012/10/edicion_721/contenidos/noticia_0041.html.

vertiente republicana/radical del constitucionalismo, que (basado en el radicalismo político de los siglos XVIII y XIX) pretende democratizar el poder, arrebatándoles la autoridad a las viejas oligarquías, a las grandes empresas y al poder político centralizado y autonomizado, para fortalecer la capacidad popular; lo que en últimas se traduce en una concepción antagónica del presidencialismo latinoamericano. ¿Cuál es la respuesta que ofrece su tradición a los piqueteros rebeldes, movimientos sociales críticos, caceroles y grupos indigenistas? ¿En qué se diferencia esa propuesta del reduccionismo liberal reaccionario? Y lo más importante: ¿es esto una versión emancipadora del constitucionalismo?

R.G.: Sí, uno lo puede defender con esa tradición o sin esa tradición, ya que no hace falta suscribirse a ella para ser un igualitarista radical. Se debería, pero no es necesario aprobarme doscientos años de la historia del orden jurídico para afirmar esta posición. Uno puede ser hoy un igualitarista radical simplemente porque está consciente de las virtudes del igualitarismo radical. En todo caso, siempre están en tensión con ideas que son propias del universo discursivo, de realidades incómodas, en cuanto a que son muy críticas de las vías de concentración de poder como salidas igualitarias. Yo veo una enorme tensión conceptual entre el igualitarismo que uno reivindica y la concentración de poder. Para decirlo de modo concreto: si uno define la democracia radical, esta es incompatible con el poder ejecutivo concentrado. No digo que esa sea la fuente de todos los problemas imaginables, sino que es una gran fuente de problemas compatibles con las desigualdades económicas de la región. Dichas desigualdades son un problema de difícil solución, pero yo nunca las solucionaría incrementando o poniendo por encima de las desigualdades económicas también unas desigualdades políticas o acentuándolas. Eso es inaceptable para un demócrata radical. El demócrata radical debe reivindicar el igualitarismo económico junto con la democracia política, y esto último no es una frase retórica, sino que incita a que no haya alguien que por razones de promesas futuras se arroge todo el poder para sí mismo. Eso me parece que es inaceptable para cualquier demócrata radical. Siempre, aquí, en el siglo XVIII, XIX, o donde sea.

Por supuesto, la propuesta que yo suscribo es emancipadora. Ahora, eso hay que demostrarlo en los datos y detalles finos y espero que las cosas que expida tengan esa capacidad. Digo esto no solo como autocrítica, sino como crítica a otros proyectos que dan vuelta, que gastan en retórica lo que no gastan en un estudio para fundamentar lo que dicen. Me parece que la tradición crítica latinoamericana debe modernizarse en el modo de pensar porque lo que hace es inflamar la jerga antes que profundizar en estudios serios. Hay trabajos que son interesantes, hay autores que son interesantes. A mi modo de ver, Boaventura de Sousa Santos es una persona interesante; pero es mucho lo que aparece como interesante (no es el caso de Boaventura) que en realidad es papel pintado de plagio, es vacío. Y existe al mismo tiempo, entre muchos de nosotros, una enorme avidez por leer literatura crítica, por leer literatura emancipadora y entonces hay mucha disposición a quedarse con el lado de ser tejedores de chucherías o de ser tejedores de espejos blindados, ser encantadoras de serpientes. Me parece que hay muchas encantadoras de serpientes dando vueltas por ahí...

- 3. D.C.L.:** Últimamente se han presentado algunos trabajos teóricos⁴ que conservan cierta tendencia a buscar familiaridades entre el modelo de democracia que propone el neoconstitucionalismo y la democracia que irrumpe en el nuevo constitucionalismo latinoamericano (fundamentado en los recientes procesos constitucionales de Venezuela, Ecuador y Bolivia). ¿Se puede identificar alguna analogía? O, por el contrario, ¿son dos tipos de democracias antagónicas? ¿Hay una continuación de proyecto o supone una verdadera ruptura radical, capaz de enfrentar las bases del Estado liberal?

R.G.: Me parece que el campo está mucho más diezmado de lo que preguntas. Los procesos de reforma en Bolivia y en Ecuador, en primer lugar, son distintos. En segundo lugar, no responden a una visión particular, sino a una búsqueda de iniciativas muchas veces contradictorias entre sí, que incluyen elementos muy interesantes, y otras, no tanto. Incluyen elementos de un autoritarismo, de una concentración de poder atroz, junto con una reivindicación

⁴ Uprimny (2011), Viciano & Martínez (2010) y Tremolada (2008).

de ciertos derechos de grupos. Ahora, como sugería en mi anterior respuesta, en constituciones como las de Ecuador y Bolivia, a veces se pone acento en derechos, pero no hay ninguna razón para pensar que, dado como se organiza el poder, esos derechos se van a ejercer.

Les pongo el ejemplo de mi visita a Montecristi. Resulta que cuando se discutía la Constitución de Ecuador, a mí me habían invitado a participar y lo primero que dije cuando vi la cantidad de fascinantes propuestas que había, en el sentido de incluir más derechos y más participación, es que si no se reformaba la estructura del poder (que se concentraba y se centralizaba todo en una sola persona), esos derechos se iban a convertir en papel limitado. La verdad es que desgraciadamente la realidad tendió a darme la razón, en el sentido de que –al menos en todo lo que he seguido el caso de Ecuador, que ha sido bastante– las principales iniciativas que hubo para tratar de poner en marcha los derechos consagrados en la Constitución fueron bloqueadas y descabezadas por el poder ejecutivo. Entonces, en ese sentido, este nuevo constitucionalismo latinoamericano es tremendamente problemático. Incluso, en muchas cosas más. Yo creo que muchas veces –y muy en particular desde Europa– se ha idealizado irresponsablemente lo que ha ocurrido en estos países porque eso tiene todas las riquezas y las imperfecciones que uno conoce. Es decir, tiene fallas estructurales muy fuertes que no se refieren simplemente a que el proceso no ha sido del todo perfecto; no, en realidad confirman que lo mejor que tienen estas constituciones está en problemas. Entonces, las reflexiones que haría al respecto son en su mayoría muy problemáticas por no tomar en cuenta este tremendo fracaso estructural que se ha instalado dentro de la misma Constitución.

4. **D.C.L.:** ¿Cuál piensa que debe ser el rol de los profesionales del derecho frente al modelo imperante de neoconstitucionalismo (caso Colombia, por ejemplo), que ha logrado hegemonizar el campo discursivo de la teoría constitucional, hasta el grado de que la ha definido con sus propios parámetros: técnicas novedosas, protagonismo de los jueces, amplios catálogos de derechos fundamentales, etc., imponiéndonos, en últimas, un constitucionalismo estrictamente interpretativo? ¿Cómo escapar de esta

“prisión” neoconstitucional impuesta por Occidente? ¿Quisiera referirse a algún autor o teoría en particular?

R.G.: Por supuesto que uno pelea por una sociedad decente con todos los medios que puede y busca ayuda donde encuentra una mano tendida. Por esa razón, no me parece malo que un abogado busque litigar por causas justas. Yo mismo me siento comprometido vitalmente a pelear por una interpretación distinta del derecho y por una lectura diferente del constitucionalismo. Eso no es una pelea absurda, yo creo que tiene su importancia, dado que uno se ha especializado en esta área. Está bien que dediquen parte de su energía a ello. Ahora bien, me parece que del neoconstitucionalismo se ha hablado más de la cuenta y allí hay cosas mucho menos novedosas de lo que se presenta. Algunas de las cosas que dice el llamado neoconstitucionalismo eran novedad hace cincuenta años, no ahora. También es un título grandilocuente para una mezcla de autores y posiciones que tienen mayor o menos interés.

Un eje especialmente rico es el de Ferrajoli, autor enormemente influyente en América Latina, más que en Europa. Me parece que es el típico caso de un autor que tiene intereses, que en comparación con el tipo de derecho penal de la barbarie que ha dominado a América Latina, es un autor extraordinario, y uno no puede sino agradecer el peso creciente que ha ido ganando en las últimas décadas. Entonces uno agradece la difusión de ese tipo para bien. Ahora, puesto a mirar con más detenimiento su teoría, pienso que tiene un componente antidemocrático y antimayoritario gravísimo. Entonces, a veces me siento con estos autores que llaman neoconstitucionales como Ferrajoli, con una posición que tiene una reivindicación del papel que pueden cumplir, dado el contexto de oprobio en el que nos movemos, pero, al mismo tiempo, mucha prevención frente a escritos que tienen componentes de elitismo muy fuerte. Considero que eso es muy propio de la izquierda penal latinoamericana, que ha asumido posiciones, aun en el mejor de los casos, muy autoritarias.

Creo que hay una preocupación por leer en el derecho un punto de vista moral que merece ser visto. Hay un llamado a reflexionar sobre el deber ser del derecho, que hoy, un día después de la muerte del extraordinario filósofo

jurídico Ronald Dworkin, es bueno retomar. Autores como este merecen ocupar un lugar muy central en una reflexión nueva sobre el constitucionalismo, pero al mismo tiempo son autores que han venido escribiendo desde hace unos cincuenta años. Entonces, me parece que muchos de los autores vinculados con el neoconstitucionalismo han puesto nuevos ropajes a viejos textos, como los que Dworkin, o gente como él, venía haciendo hace cincuenta años. Por eso digo que depende de en quién estemos pensando. Hay textos y autores muy interesantes que nos ayudan a pensar el derecho de un modo mucho más fresco. También es cierto que necesitamos reverdecir nuestro acercamiento a esos autores. Por ejemplo, cuando nacen los primeros textos de Dworkin, eso implicó, por un lado, romper con visiones positivistas que presentaban una versión del derecho que tenía en América Latina una influencia que no necesitaba ser así, pero que terminó siendo nefasta. Si uno ve el modo en que los juristas chilenos defendían el pinochetismo, eran los argumentos del positivismo jurídico: si el poder tiene la fuerza, entonces tiene la capacidad para dictar leyes y nosotros debemos obedecerlos. ¿Por qué? Porque tienen la fuerza. Eso es una derivación espantosa del viejo positivismo latinoamericano que Dworkin ayudó a criticar, y también ayudó a criticar lo que era el viejo tomismo, un tipo de iusnaturalismo. Entonces la llegada de gente como Dworkin al derecho ha sido muy saludable. Pero, repito, esto es algo que ocurrió hace cincuenta años.

Para Latinoamérica algunos de estos aportes llegaron muy tarde –bienvenidos sean, aunque hayan llegado muy tarde–, pero me parece que esas discusiones han sido importantísimas, han sido grandes aportes a la reflexión. La idea básica dworkiniana, que fue también la idea de Carlos Nino, por ejemplo, en Argentina, es la siguiente: mire, por más que usted tenga una fuerza, de ahí no se deriva que usted tenga el derecho de dictar leyes y yo tenga el deber de obedecerlas. Esa reflexión es muy importante. Entonces yo no la llamaría neoconstitucionalismo, porque creo que tiene que ver con las raíces de lo que el neoconstitucionalismo pueda reivindicar, pero en todo caso me parece que lo que han hecho autores como Dworkin o Nino ha sido extraordinario, dada esa reflexión espantosa que cruzaba al derecho en toda América Latina:

porque esto tiene fuerza, esto debe ser obedecido. La Corte argentina en 1930 dijo exactamente eso: aquí hubo un golpe de Estado, hay una gente que tiene la fuerza de las armas y nosotros tenemos que obedecerla, y el pueblo debió obedecer por el derecho a la fuerza. Eso es una barbaridad, con la cual el derecho latinoamericano estuvo comprometido por muchos años. Entonces, de la reflexión desde el mundo anglosajón con Dworkin, o desde Argentina con Carlos Nino o Genaro Carrió, uno agradece ese tipo de servicios. Pero es algo sobre lo que tenemos que seguir pensando y reflexionando y no quedarnos en eso exclusivamente.

5. **D.C.L.:** Sobre la democracia judicial que pregona Luigi Ferrajoli y la democracia deliberativa que defiende usted, ¿cuál es su propuesta concreta sobre la función judicial, los riesgos del mayoritarismo político y los modos de pensar el castigo penal? ¿Cuáles son las condiciones que pueden ayudar a que, a través del proceso de toma de decisiones, elaboremos respuestas colectivas que sean respetuosas de los reclamos de todos los potencialmente afectados?

R.G.: Antes de responder, agradezco que hayan realizado todo este tipo de lecturas. Eso habla muy bien de ustedes, no porque me hayan leído a mí, sino porque me parece que está bien que hagan un recorrido de lecturas que incluyan textos nuevos y divergentes en sus posiciones. El caso de Ferrajoli desde Italia, como Zaffaroni en Argentina (un juez que ha tenido mucha influencia en el desarrollo penal latinoamericano), es que han hecho aportes excelentes, pero me parece que también muy problemáticos en el punto que tiene que ver con su antimayoritarismo. En el caso de Ferrajoli, me ha asustado por la influencia de los medios en Italia, y luego por una lectura muy indebida de lo que es el acercamiento democrático al derecho penal. Debía tomar una posición frente a esa posición elitista, que me parece que hay que criticar, puesto que tiene que ver con esta barbaridad de lo que se ha llamado neopunitivismo. Hay mucha gente que desde posiciones muy conservadoras busca una defensa de esas posturas en penal, que implica subir las penas, cargar al Estado de armas, etc. Han buscado justificarlo con argumentos, que han pretendido llamar argumentos democráticos. La mayoría de la gente en América Latina quiere mano dura o penas más altas.

Por lo tanto, muchos penalistas se asustan con eso, de ver encuestas en que la gente dice que quiere pena de muerte y cosas por el estilo, y se terminan aglomerando en un elitismo judicial con posiciones políticamente excluyentes y jurídicamente muy defensoras del papel del juez, que también implica un elitismo jurídico. Me parece que esa posición tiene una cantidad enorme de problemas porque bastardea el concepto de democracia.

Para mí, que parto de una visión deliberativa de la democracia, una encuesta que implique ponerle un micrófono delante de los familiares de las víctimas después de cometido un crimen, no tiene nada que ver con la democracia. Encuestar a los vecinos de quien ha sido víctima de una masacre –por supuesto que esa gente va a estar muy enojada y va a expresar muchas veces un sentimiento de venganza– no tiene nada que ver con la democracia. Quienes defendemos la noción de la democracia deliberativa vemos la democracia como una discusión pública e inclusiva, y no con ese proceso que tiene más que ver con una encuesta de mercado y con lo que una empresa de papel higiénico o de jabones puede querer hacer con los consumidores que van al supermercado. Para ellos puede tener algún sentido ponerle un micrófono a la gente o hacer una encuesta con el consumidor que va a comprar, pero cuando pensamos en justicia no podemos razonar en esos términos. Entonces, la idea de llamar democrático a lo que diga una encuesta en que alguna gente se pronuncia a favor de aumentar las penas me parece que es una ofensa a la democracia. Y eso tiene que ver con el haber partido de una idea paupérrima de la democracia. Cuando uno parte de la idea de la democracia, más robusta, más compleja, de ningún modo llama a eso democrático. Por eso yo me reivindico democrático. Pienso que la democracia también tiene que llegar al derecho penal, pero no partiendo de una concepción tan absurda y paupérrima de la democracia. En consecuencia, me parece que las conclusiones a las que llega Ferrajoli derivan de un punto de partida que tiene que ver con una definición brutal de la democracia.

6. **D.C.L.:** En ese sentido, en el texto denominado *El derecho a resistir al derecho* (Gargarella, 2005) se plantea la tesis de que las víctimas de violaciones de derechos, de privaciones

y de sufrimientos tenían el derecho a luchar, incluso, con medios extralegales contra el Estado. Las dudas que surgen son: ¿cuál debe ser la posición de los tribunales constitucionales ante manifestaciones populares por fuera del derecho? ¿Cuál es su posición sobre el papel que deben llevar a cabo estos tribunales en relación con el modelo económico? Es decir, ¿hay posibilidades de resistencia o están dedicados a ser simples mediadores del sistema, es decir, dándole un rostro humano al capitalismo perverso⁵?

R.G.: Me parece que en la misma pregunta hay un problema y es depositar demasiadas esperanzas en los tribunales. Ojalá que los tribunales estén al servicio de la emancipación social, pero me parece que si alguien está comprometido con la emancipación social, mejor que empiece a mirar más allá de los tribunales. Ahora, respecto de los que protestan, la respuesta es que si el derecho primero denomina ilegales a las acciones de protesta, o sea, pone un cerco y deja fuera de ese cerco a todo lo que es una crítica al poder, es obvio que las protestas sociales van a ser todas extralegales. No porque por su naturaleza no sean acciones que merezcan una protección constitucional, sino simplemente porque le hemos puesto un cerco y las hemos dejado afuera. Entonces las pasamos a llamar extrajurídicas, extralegales, cuando son expresiones que deberían formar parte de la vida pública y constitucional. Ahora bien, vivimos en sociedades donde ese cerco es cada vez más estrecho y por eso quedan, por un lado, más y más acciones ilegalizadas, y por otro lado, las injusticias aumentan, con lo cual hay más razones para cuestionar al derecho. Uno lo cuestiona no porque sea una persona hostil al derecho, sino porque esta manera de pensar el derecho no merece ser defendida por nadie. El derecho no surge de Dios, sino que es una creación humana que debe tener alguna forma de justicia. Cuando las realidades en que vivimos son profundamente injustas y el derecho se pone al servicio del estado de cosas dominante, el problema está en quienes han creado el derecho de esa manera. Entonces, no se extrañen que haya cuestionamientos profundos.

Hay un dato que es el punto de partida, el enojo que está detrás de un libro como *De la injusticia penal a la justicia social* (Gargarella, 2005), que es que nuestros países,

fuertemente heterogéneos, tienen cárceles asombrosamente homogéneas. Entonces, a menos que haya una raza que tenga en su sangre una malignidad innata, no se explica cómo puede darse este fenómeno en toda la región. Y esto tiene que ver en cómo están funcionando las estructuras institucionales, con injusticias que se han trasladado también a los diferentes órganos. Por eso digo que la fe en los tribunales debe ser muy moderada. Esto es un consejo muy especial para los colombianos, donde yo entiendo que frente al accionamiento de la estructura institucional general, y frente al nivel radical de violencia que han tenido que enfrentar a lo largo de su historia, han podido encontrar un apoyo y una fuente de esperanza en las decisiones de los tribunales superiores (algunas modestas, otras interesantes). Pero lo que diría es que sepan moderar esas expectativas porque la emancipación va a trascender largamente a los tribunales, en otros niveles donde se concreta. En resumen, por razones estructurales, no debemos esperar demasiado de los tribunales. Por supuesto que uno quiere que esa estructura –que no se va a cambiar de la noche a la mañana– sirva a los mejores valores posibles, pero, al mismo tiempo, uno no puede perder de vista que el cambio social no empieza en los tribunales ni termina en ellos.

- 7. D.C.L.:** Muchas veces la indiferencia de los jóvenes frente al actual estado de cosas lleva a los teóricos críticos a asumir una posición de misantropía que busca generar posibilidades de cambio. ¿Cuál es su posición frente a esto?

R.G.: Durante los años que estuve como profesor visitante en España noté que siempre se decía que el estudiante español era pasota y que la juventud española era pasota, como sinónimo de apática. Y la verdad es que cuando la ciudadanía española se tuvo que poner de pie, tanto para protestar en su momento contra las armas nucleares que había instalado Felipe González, como cuando tuvo que apoyar a los indignados, salió miles de veces a la calle a protestar y demás. Pero lo que quiero decir es que a veces afirmamos esta idea de la apatía con más ligereza de lo necesario. Lo mismo me pasó en el conocimiento de

Estados Unidos, ya que siempre se hablaba de una sociedad despolitizada, desarmada, apática, y con independencia de que a Obama le haya ido mal, o no nos guste lo que haga, lo cierto es que cuando se lanza por primera vez en campaña fue el mejor Obama, el que parecía la reivindicación de la igualdad en Estados Unidos, la emancipación de una raza, y tenía un acompañamiento extraordinario de la gente joven y de la ciudadanía en general, con lo cual traía a uno a pensar en lo acertado de ese comentario de la apatía. Considero –y esto me parece que también es aplicable a Barranquilla– que muchas veces los estudiantes van a clases con apatía porque lo que reciben es espantoso, aburrido, dogmático, autoritativo; entonces, frente a eso, me parece que una respuesta totalmente razonable es la apatía. Quiero decir que muchas veces eso no es un problema de estudiantes, sino de profesores, como en el caso político no es un problema de la gente, sino que es un problema de los políticos. Por supuesto, admitiendo que hay interacciones y demás. No obstante, me parece que muchas veces uno dice a la ligera: “Bueno, el ciudadano norteamericano es tan apático”, pero ve que cuando había un candidato que parecía al menos extraordinario salió con una energía vital increíble. Yo viví en esa época en Estados Unidos. Lo que uno veía en las calles era la energía de una gente extraordinaria, y yo decía “Este es el pueblo al que llamamos apático, desinteresado por la política, en un plan netamente consumista”. No, cuando hay una oferta política claramente interesante, la gente se despierta; lo mismo ocurre si aparece un buen profesor, los estudiantes lo reconocen y le agradecen sus enseñanzas. Entonces a veces me parece que la apatía tiene que ver con una enseñanza dogmática, radicalista y una política conservadora y mentirosa.

- 8. D.C.L.:** Finalmente, ¿cuál cree que ha sido su mayor aporte a la teoría constitucional latinoamericana y cuál su mayor desacierto? ¿En qué proyectos se encuentra trabajando ahora?

R.G.: Me parece que por enojo, por bronca, trabajé unos años con el tema de la protesta social y ayudé a mostrar que desde el derecho no era necesario suscribir esas defensas absurdas de un orden conservador en el contexto de una vida social caótica e injusta, y entonces creo que el derecho

podría, sin hacer trampas –eso es muy importante–, sin mentir, con la frente bien en alto, tomar un compromiso con el enojo de la protesta social. Eso me parece que es valioso políticamente y sé que ha sido valioso políticamente y que ha tenido algún sentido jurídico. Sé de muchos jueces que han cambiado su posición en la materia cuando han visto que tenían espacio académico para hacerlo. En ese orden de ideas, siento que participé en la creación de ese espacio académico que pudo dar alguna seguridad a jueces que sentían que estaban haciendo algo mal cuando privaban de su libertad a la gente que estaba protestando por lo que le correspondía. Entonces, eso me parece que tiene algún sentido. Es más, en materia institucional, esta reflexión sobre lo que yo llamaría la sala de máquinas de la Constitución: la idea de que una visión emancipadora del derecho no se puede quedar con la parte dogmática del derecho y con conquista de derechos, sino que tiene que tomar por asalto finalmente la sala de máquinas del constitucionalismo y cambiar la organización del poder para que sea más democrática; lamentablemente, hemos hecho todo lo contrario en los últimos cincuenta años, incluso desde mucho más, desde la Constitución de México de 1917. Seguimos en ese camino equivocadísimo, desvincular lo social con un poder concentrado. Creo que eso también es una reflexión importante.

Autocríticamente no sé. Me parece que con el tiempo he venido refinando mi reflexión sobre la revisión judicial. La verdad es que yo siento que ha sido un camino bastante consistente de evolución, pero sí hay un registro de refinamientos que no estaban en la primera etapa. Y también me puedo reprochar el atractivo que me genera la teoría y que ha hecho que no me involucrara en algunas batallas relacionadas con los detalles del derecho. Puedo decir que trabajo demasiado en un terreno que muchas veces es abstracto. Esa crítica la he recibido mil veces, la recibía mi maestro Carlos Nino, y la recibimos con dolor. Nosotros hacemos esto porque creemos que es lo que corresponde. Pero bueno, entiendo que a veces alguien puede expresar eso, que uno se debe perfeccionar; entonces es una crítica de la que uno se tiene que hacer más cargo.

Barranquilla-Buenos Aires, 2013

REFERENCIAS

- GARGARELLA, R. (coord.). (2005). *El derecho a resistir al derecho*. Madrid: Miño y Dávila.
- GARGARELLA, R. (2005). *De la injusticia penal a la justicia social*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- GARGARELLA, R. (2005). *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- GARGARELLA, R. & COURTIS, C. (2009). *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*. Santiago de Chile: Cepal-ASDI.
- GARGARELLA, R. (2011). Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. En C. Rodríguez (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- GARGARELLA, R. (2012). *El equívoco presidencialista “que apela directamente a las masas”*. Recuperado de www.perfil.com/ediciones/2012/10/edicion_721/contenidos/noticia_0041.html.
- GARGARELLA, R. (2013). Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Anacronismo e Irrupción. Revista de teoría y política clásica moderna*.
- LACLAU, E. (2012). *El constitucionalismo busca mantener el poder conservador*. Recuperado de www.perfil.com/ediciones/2012/10/edicion_719/contenidos/noticia_0080.html.
- UPRIMNY, R. (2011). Las transformaciones recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En C. Rodríguez (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.
- VICIANO, R. & MARTÍNEZ, D. (2010). Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. En *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito: Corte Constitucional de Ecuador.
- ŽIŽEK, S. (2006). La máscara humanitaria de la explotación: los comunistas liberales de Porto Davos. *Rebelión*. Recuperado de www.rebelion.org/noticia.php?id=33679.