

RU. 284702

Doc
T712c
2017



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

DOCTORADO EN DERECHO



**“Cambios introducidos al sistema de derechos
fundamentales por el Nuevo Constitucionalismo
Latinoamericano Descolonizador”**

Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho

Candidato: Hugo Gennaro Tórtora Aravena

Director de Tesis: Dr. Jaime Bassa Mercado



AGRADECIMIENTOS

Al término de este proceso he confirmado que aquello de “los proyectos personales” no es más que un eufemismo que esconde el egoísta afán de atribuirse para sí los méritos propios de esfuerzos colectivos. Por eso, aun cuando esta tesis llevará mi nombre en su portada, es el resultado de muchos y muchas que han colaborado para el logro de este objetivo.

Por lo mismo, quiero agradecer en primer término a Jaime Bassa, mi director de tesis quien, pese a mis reveses e inseguridades, siempre confió en mí. Mientras más flaqueaban mis fuerzas, mayor era su aliento y más presente estuvo con su siempre lúcido consejo.

También quiero agradecer a mi madre Ruby y a mi padre Hugo, no solo por su ejemplo de vida y esfuerzo que me ha motivado siempre a bregar por cada una de mis metas, sino por su porfiado empeño en apoyarme en los momentos más difíciles. A mis hermanas Claudia y Carola, por su cariñoso cobijo y por toda la energía que me dieron durante este camino.

Cómo no agradecer también a muchos amigos que de algún u otro modo colaboraron con esta investigación: don Jorge Tapia Valdés, Rodrigo Pavez, Felipe Rojas, Matías Valenzuela...

Quiero recordar también a las generaciones que vienen, a mi hermana Fiore, a mi sobrino Simón, a mis sobrinas Laurita, Angie y Amalia, por quienes siempre estos trabajos adquieren razón de ser.

Y por supuesto, dedicar como siempre, este esfuerzo a ti, mi querida Constanza, motor de mi vida, valiente heroína de mis mañanas, testigo oculto de mis tardes de estudio.

A todos ustedes, muchas gracias.

TABLE OF CONTENTS

1. Introduction	1
2. Theoretical Framework	5
3. Methodology	10
4. Results	15
5. Discussion	20
6. Conclusion	25
7. References	30
8. Appendix	35
9. Bibliography	40
10. Glossary	45
11. Index	50
12. Acknowledgements	55
13. Author's Note	60
14. Contact Information	65
15. Declaration of Interest	70
16. Funding Sources	75
17. Data Availability Statement	80
18. Ethics Statement	85
19. Conflicts of Interest	90
20. Author Contributions	95
21. Correspondence	100
22. Copyright	105
23. Permissions	110
24. Reprints	115
25. Distribution	120
26. Publishing Information	125
27. Contact Us	130
28. About Us	135
29. Mission Statement	140
30. Vision Statement	145
31. Core Values	150
32. History	155
33. Leadership	160
34. Board of Directors	165
35. Staff	170
36. Partners	175
37. Sponsors	180
38. Donors	185
39. Volunteers	190
40. Supporters	195
41. Friends	200
42. Members	205
43. Benefactors	210
44. Patrons	215
45. Advisors	220
46. Mentors	225
47. Role Models	230
48. Inspirations	235
49. Motivations	240
50. Encouragements	245
51. Support	250
52. Help	255
53. Assistance	260
54. Aid	265
55. Relief	270
56. Alleviation	275
57. Easing	280
58. Lessening	285
59. Diminishing	290
60. Reducing	295
61. Cutting	300
62. Lowering	305
63. Decreasing	310
64. Dropping	315
65. Falling	320
66. Declining	325
67. Diminishing	330
68. Lessening	335
69. Easing	340
70. Alleviation	345
71. Relief	350
72. Aid	355
73. Assistance	360
74. Help	365
75. Support	370
76. Encouragement	375
77. Motivation	380
78. Inspiration	385
79. Role Model	390
80. Mentor	395
81. Advisor	400
82. Patron	405
83. Benefactor	410
84. Member	415
85. Supporter	420
86. Partner	425
87. Sponsor	430
88. Donor	435
89. Volunteer	440
90. Friend	445
91. Friend	450
92. Friend	455
93. Friend	460
94. Friend	465
95. Friend	470
96. Friend	475
97. Friend	480
98. Friend	485
99. Friend	490
100. Friend	495

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	12
I.- Capítulo Primero: La incidencia del constitucionalismo en el desarrollo de los derechos fundamentales.....	19
1.- Usos de la expresión constitucionalismo. Opción que se adoptará para este trabajo	19
1.1. Constitucionalismo en sentido jurídico.....	20
1.2. Constitucionalismo en sentido político.....	23
1.2.1. Constitucionalismo político como formas históricas de organización.....	23
1.2.2. Constitucionalismo político como construcción intelectual.....	24
1.2.3. Constitucionalismo político como movimiento	26
1.2.4. Constitucionalismo político como modelo(s) ideal(es).....	27
1.4. Constitucionalismo y derechos fundamentales	30
2.- El constitucionalismo liberal.....	30
2.1. El enemigo potencial para los derechos en el constitucionalismo liberal: el poder estatal.....	34
2.2. Los derechos protegidos por el constitucionalismo liberal	36
2.2.1. Los derechos civiles.....	37
2.2.3. Los derechos políticos	38
2.2.3. La igualdad formal.....	39
2.3. Las garantías de los derechos en el constitucionalismo liberal	40
2.3.1. Las garantías políticas o institucionales del constitucionalismo liberal.....	41
2.3.2. Las garantías jurídicas o jurisdiccionales del constitucionalismo liberal.....	44
3. El constitucionalismo social.....	51
3.1. Las enemigas del constitucionalismo social: la pobreza y la desigualdad material.....	52
3.2. Los derechos protegidos por el constitucionalismo social	55
3.2.1. Los derechos sociales no prestacionales	55
3.2.2. Los derechos sociales prestacionales	57

3.3. Las garantías de los derechos en el constitucionalismo social	58
3.3.1. <i>El Estado social de Derecho como garantía política o institucional, en el constitucionalismo social</i>	58
3.3.2. <i>Las garantías jurídicas o jurisdiccionales en el constitucionalismo social</i>	60
4.- El constitucionalismo democrático	62
4.1. El enemigo del constitucionalismo democrático: el elitismo político	65
4.2. Los derechos protegidos por el constitucionalismo democrático: los derechos políticos, entendidos como derechos de participación	67
4.3. Las garantías de los derechos en el constitucionalismo democrático	68
4.3.1. <i>Ampliación subjetiva del derecho a sufragio</i>	68
4.3.2. <i>Ampliación objetiva de los derechos políticos</i>	70
4.3.2. <i>El Estado democrático de Derecho</i>	71
5.- El neoconstitucionalismo	74
5.1. Cuestión previa: ¿es el neoconstitucionalismo una forma de constitucionalismo político?	76
5.2. El enemigo potencial del neoconstitucionalismo político: los abusos e insuficiencias del legislador	78
5.3. Los derechos protegidos por el neoconstitucionalismo	81
5.4. Las garantías de los derechos en el neoconstitucionalismo	83
5.4.1. <i>El rol de la Justicia Constitucional</i>	83
5.4.2. <i>El Estado Constitucional</i>	85
6.- El constitucionalismo popular	87
6.1. El enemigo del constitucionalismo popular: la supremacía judicial como manifestación del elitismo constitucional	90
6.3. Los derechos protegidos por el constitucionalismo popular	92
6.4. Las garantías de los derechos en el constitucionalismo popular	94
6.4.1. <i>Eliminación o limitación de la justicia constitucional</i>	94
6.4.2. <i>Reformulación del Estado de Derecho</i>	97

II.- Capítulo Segundo: El “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador”, un nuevo modelo de constitucionalismo político 99

1.- El problema de la denominación 99

2.- El Sustantivo: Constitucionalismo..... 102

2.1. El NCLAD como forma histórica de organización: el paradigma refundacional 102

2.2. El NCLAD como construcción intelectual: algo más que un nuevo constitucionalismo latinoamericano 104

2.3. El NCLAD como movimiento: las movilizaciones en Bolivia y Ecuador 105

2.3.1. *El caso boliviano* 106

2.3.2. *El caso ecuatoriano* 110

2.4. El NCLAD como modelo: amenazas, derechos y herramientas..... 117

3.- El primer adjetivo: “nuevo” 118

3.1. El criterio cronológico de Rodrigo Uprimny 118

3.2. El criterio constituyente de Roberto Viciano y Rubén Martínez..... 120

3.3. El criterio biocéntrico de Eduardo Gudynas, Michelle Carducci, Lidia Castillo et.al. 121

3.4. El criterio descolonizador de Boaventura de Sousa Santos..... 123

4.- El segundo adjetivo: “latinoamericano” 125

4.1. El aporte de Raquel Yrigoyen para delimitar el NCLAD 126

4.1.1. *Antecedentes al constitucionalismo pluralista*..... 126

4.1.2. *El período multicultural y pluricultural*..... 127

4.1.3 *El período plurinacional: Ecuador y Bolivia (2006-2009)*..... 129

4.2. Constituciones excluidas del NCLAD 130

4.2.1. *Los casos guatemalteco y nicaragüense* 131

4.2.2. *Los casos brasileño y colombiano* 133

4.3. La situación especial de Venezuela 136

4.3.1. *Rasgos del modelo venezolano que lo aproximan al NCLAD*..... 137

4.3.2. *Razones para excluir el modelo venezolano del NCLAD*..... 143

5.- El tercer adjetivo: “descolonizador”	146
5.1. Bolivia y Ecuador: dos sociedades culturalmente diversas	146
5.2. Hegemonía y colonialismo	148
5.2.1. <i>Las nociones de hegemonía y subalternidad en Antonio Gramsci</i>	148
5.2.2. <i>El colonialismo contemporáneo en Latinoamérica, una realidad hegemónica</i>	150
5.3. Las cuatro áreas de colonialismo en América Latina.....	152
5.3.1. <i>El colonialismo en el ámbito cultural: el monoculturalismo y sus soluciones insuficientes</i>	152
5.3.2. <i>El colonialismo en el ámbito político: los enemigos internos y externos a la autodeterminación</i>	159
5.3.3. <i>El colonialismo en el ámbito jurídico: el monismo jurídico</i>	161
5.3.4. <i>El colonialismo en el ámbito económico: mercantilismo y depredación</i>	163
6.- Consecuencias del colonialismo en los derechos fundamentales	166
6.1. Afectación a derechos culturales	166
6.2. Afectación a derechos políticos	167
6.3. Afectación de derechos sociales	169
III.- Capítulo Tercero: El impacto del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador en el sistema de Derechos Fundamentales	171
1.- El Estado Plurinacional	172
1.1. Nación, nacionalidad, y plurinacionalidad.....	173
1.2. Manifestaciones de la plurinacionalidad en el NCLAD.....	175
1.2.1. <i>Manifestación de la plurinacionalidad en el modelo de democracia</i>	176
1.2.2. <i>Manifestación de la plurinacionalidad en el modelo territorial</i>	177
1.2.3. <i>Manifestación de la plurinacionalidad en el modelo de justicia</i>	177
1.2.4. <i>Manifestación de la plurinacionalidad en el modelo económico</i>	178
1.3. Manifestaciones de la plurinacionalidad en el modelo de derechos fundamentales	180
1.4. El buen vivir (o vivir bien) como principio inspirador del Estado Plurinacional y del NCLAD.....	182
1.4.1. <i>La recepción constitucional del buen vivir (o vivir bien)</i>	182
1.4.2. <i>Elementos conceptuales del buen vivir</i>	183
1.4.3. <i>Buen vivir, bien común e igualdad</i>	184
1.4.4. <i>Buen vivir y derechos fundamentales</i>	187

2. Aportes del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador en materia de derechos culturales..... 188

2.1.	Reconocimiento de los pueblos como titulares de derechos	189
2.1.1.	<i>Reconocimiento de los derechos de los pueblos en la CPB</i>	<i>189</i>
2.1.2.	<i>Reconocimiento de los derechos de los pueblos en la CPE</i>	<i>190</i>
2.1.3.	<i>Los derechos colectivos en el NCLAD.....</i>	<i>192</i>
2.2.	Reconocimiento de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas.....	194
2.2.1.	<i>Recepción constitucional de los símbolos de los pueblos indígenas</i>	<i>195</i>
2.2.2.	<i>Reconocimiento de la diversidad lingüística: el pluralismo lingüístico.....</i>	<i>197</i>
2.2.3.	<i>Reconocimiento de la naturaleza en clave plurinacional: la Pachamama.....</i>	<i>199</i>
2.3.	Reconocimiento del pluralismo jurídico	209
2.3.1.	<i>El pluralismo jurídico como principio constitucional del NCLAD.....</i>	<i>210</i>
2.3.2.	<i>El efecto del pluralismo jurídico en la concepción de Estado de Derecho</i>	<i>214</i>
2.3.3.	<i>El reconocimiento de la justicia indígena.....</i>	<i>216</i>

3. Aportes del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador en materia de derechos políticos..... 222

3.1.	Nuevas formas de participación en el NCLAD.....	223
3.1.1.	<i>El rol de la participación en el NCLAD.....</i>	<i>224</i>
3.1.2.	<i>La participación en la CPE.....</i>	<i>226</i>
3.1.3.	<i>La participación en la CPB.....</i>	<i>233</i>
3.2.	La participación política de los pueblos indígenas en el NCLAD.....	238
3.2.1.	<i>La ciudadanía indígena.....</i>	<i>240</i>
3.2.2.	<i>La libre determinación de los pueblos indígenas.....</i>	<i>243</i>

4. Aportes del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador en materia de derechos sociales	253
4.1. La resignificación de los derechos sociales en el NCLAD	253
4.1.1. <i>Reconocimiento pleno e igual jerarquía de todos los derechos</i>	254
4.1.2. <i>Catálogos no taxativos de derechos sociales</i>	255
4.1.3. <i>Función descolonizadora y lectura plurinacional de los derechos sociales</i>	257
4.2. El nutrido catálogo constitucional de derechos sociales	258
4.3. Las garantías judiciales de los derechos sociales en el NCLAD	264
4.3.1. <i>Las garantías judiciales de los derechos sociales en la CPE</i>	265
4.3.2. <i>Las garantías judiciales de los derechos sociales en la CPB</i>	269
 CONCLUSIONES	 272
 BIBLIOGRAFÍA	 281
1.- Bibliografía sobre constitucionalismo en general	281
2.- Bibliografía sobre constitucionalismo latinoamericano	292

INTRODUCCIÓN

“A mí sólo me mataréis,
pero mañana volveré y seré millones”

TUPAC KATARI, 15 de noviembre de 1781

I

Una de las cosas que pude observar durante el desarrollo de esta tesis fue la profundidad como se construye el conocimiento bajo la filosofía andina, que es algo muy distinto a como ocurre bajo la filosofía occidental¹.

Esta última, la filosofía *eurocéntrica*, se centra en la necesidad de descubrir la verdad a través de un procedimiento de cognición, por medio del cual una realidad oculta o desconocida (y, por lo tanto, “no-presente”) es develada (o “re-presentada”) a través de conceptos que reemplazan idealmente al objeto descubierto. En esta racionalidad, hay una permanente relación contradictoria entre el sujeto y el objeto; la realidad y la apariencia; el exterior y el interior; la temporalidad y la eternidad.

En la filosofía andina, en cambio, la realidad está presente siempre, pero de forma simbólica. El ser humano no busca “descubrir” aquello que le es ajeno o que le está oculto. Más bien, lo “re-crea”, haciéndolo co-presente a través de lo celebrativo. El símbolo predilecto no es la palabra ni el concepto, explica ESTERMANN, sino la realidad misma en su densidad celebrativa semántica.

Aún bajo el riesgo de reducir *al máximo*, se puede decir que bajo la filosofía andina no se trata de crear símbolos para traducir la realidad. Más bien, de lo que se trata es de entender que la realidad *es un símbolo*, cuyo mensaje podemos develar por medio del culto y de la celebración. De allí que las danzas, los cantos y los ritos permitan al ser humano sentirse parte de una realidad, la cual se revela como un conjunto holístico de símbolos significativos.

Aquella inserción del ser humano en lo que lo rodea, por supuesto, no es puramente “racional” en el sentido occidental del término. Para que pueda descubrir el mensaje que se expresa a través de la realidad simbólica, el ser humano deberá aprender a “escuchar” a la Pachamama y a “sentir” la realidad mediante el corazón.

¹ Las referencias a la filosofía andina, en contraposición con la occidental, se hacen en relación con: Eastermann, Josef, *Filosofía Andina*. Sabiduría indígena para un mundo nuevo, Instituto Superior Ecueménico Andino de Teología, La Paz, segunda edición, segunda reimpresión, 2009, pp. 97-120.

Entonces, sucede que el acceso a la realidad no será por vías necesariamente racionales, lo que tampoco quiere decir que sean “irracionales”. Más bien, se plantea que es posible llegar a ella también a través de los sentimientos, de las emociones e, incluso, por medio de ciertas relaciones cognoscitivas *para-psicológicas*, como las afectaciones psico-somáticas, los presentimientos y la comunicación telepática.

Muchos de estos saberes y de estas formas de conocimiento son objetados por cierta sociología, la *sociología de las ausencias* dice Boaventura de Sousa SANTOS, por considerárseles ignorantes, retrasados, inferiores, locales e improductivos. Ignorantes, porque no se ajustan a un canon oficial de construcción de la ciencia. Retrasados, porque se apartan de la monocultura del tiempo lineal, donde lo único interesante es lo que viene después, en cambio los conocimientos del pasado ya no sirven. Inferiores, porque provienen de seres humanos con una categoría inferior al “hombre blanco”, único portador de la sabiduría. Local, porque todo conocimiento que no se ajuste a criterios de universalidad o globalización, dejan de ser alternativas creíbles. E improductivos, porque si no generan beneficios económicos, son estériles y quienes los desarrollan quedan asociados a la pereza o a la descalificación profesional².

En definitiva, si algo aprendí durante este tiempo, es la necesidad de construir un conocimiento de modo más vivencial, involucrándose emotivamente con lo que se estudia y con lo que se construye.

Aprendí la urgencia de organizar lo que podemos llamar una “Academia” que incorpore lo afectivo, lo cósmico, lo originario. Un saber complejo y completo. No hablo de un conocimiento interdisciplinario donde ciencias edificadas a través de parámetros oficiales (al fin y al cabo, hegemónicos y culturalmente *colonizantes*) “inviten” a otras ciencias también generadas del mismo modo. Como cuando en un hogar se invita a primos y a tíos en las Navidades, pero todos miembros de una misma familia. Me refiero a un conocimiento diverso, rebelde, contrahegemónico, que aprenda – como dice EASTERMANN – a “sentir” una realidad de modo intenso y a “escuchar” con el corazón ese gran alfabeto simbólico que nos rodea.

Probablemente poco o nada de aquel paradigma andino del que hablo pude impregnar en el escrito que ahora presento. No culparé de este déficit a las exigencias técnicas de las investigaciones de postgrado. Ha sido mi propia ignorancia y mis limitaciones las que han dificultado el logro de ese propósito. Pero, al menos, este trabajo me ha permitido descubrir la hondura de formas alternativas de vivir un *multiverso* generoso en verdades y sensibilidades.

Y me permite decir, con toda propiedad, que aun cuando poco de mi origen étnico tenga que ver con caracteres propios de los pueblos originarios y aun cuando casi nada de la cultura donde me formé esté vinculada con los nobles saberes de las culturas indígenas, al término de este trabajo, me siento más vulnerable a la estética de lo diverso, más emparentado con una historia que antes no me pertenecía, me siento más indio que lo que era al inicio de todo.

Estas sensaciones también forman parte de este trabajo y luego de haber hecho este ejercicio, impertinente quizás para algún lector, pero imprescindible para mí, introduzco la tesis que se propone a continuación.

² Santos, Boaventura de Sousa, *Refundación del Estado en América Latina*. Perspectivas desde una epistemología del Sur, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Programa Democracia y Transformación Social, Lima, 2010, pp. 37-40

II

En el último cambio de siglo, algunos países latinoamericanos diseñaron un modelo jurídico-político que introdujo cambios sustanciales al sistema de derechos fundamentales, alterando de manera radical el curso de la historia del constitucionalismo político.

Se trata de un novedoso modelo de constitucionalismo que incorpora nuevos derechos y garantías, nuevos principios y nuevos actores que no habían sido visibilizados en las constituciones anteriores. Este modelo nace como reacción al fenómeno del colonialismo existente en la región, expresado tanto en materia cultural, como política, jurídica y económica.

El hecho colonial al cual se opone este modelo no se identifica con el período de conquista que finaliza con las independencias nacionales, sino con la permanencia de un modelo hegemónico mediante el cual una cultura/clase ha dominado durante casi dos siglos a una masa heterogénea compuesta por sujetos individuales (indígenas, trabajadores, campesinos) y colectivos (principalmente, pueblos indígenas).

He conceptualizado este modelo como Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador (NCLAD). Sus antecedentes se remontan a las Constituciones de Guatemala (1985) y Nicaragua (1987), como cartas que inauguran un ciclo multicultural. Más tarde, las Cartas de Brasil (1988) y de Colombia (1991) incorporan algunos rasgos relevantes, como la ampliación del catálogo de derechos sociales y culturales, y la constitucionalización de derechos colectivos. La misma Constitución colombiana, junto con la de Venezuela (1999) son fundamentales en cuanto nacen en virtud de actos democráticos derivados del ejercicio del poder constituyente por parte del pueblo.

Todas esas experiencias tributan para este “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador” (NCLAD), presente en las Constituciones Políticas de Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

Una característica importante de estas Constituciones es que, al nacer como consecuencia de movimientos sociales multitudinarios que aglutinaron a masas importantes y a grupos en situación de subalternidad, son verdaderos pactos sociales, no entre ciudadanos individuales –como lo plantea el contractualismo clásico– sino entre los pueblos o naciones que conforman al Estado. De esta forma, ambas Constituciones terminan siendo los instrumentos idóneos para “refundar” ambos países como Estados plurinacionales. Alejados de las políticas de reconocimiento, esta clase de Estados encierran una voluntad política de construir y participar en un gobierno común, que reconozca las diferencias culturales y las incorpore en sus instituciones³.

En ambos casos, además, se inspirarán en el principio de “buen vivir” o “vivir bien”, el cual tiene su origen en la cosmovisión andina y que promueve la inserción en todo aquello que lo rodea, con pleno respeto por la naturaleza, por las demás culturas, por las generaciones pasadas y las generaciones futuras⁴.

Ambos elementos –la plurinacionalidad y el buen vivir– tienen un claro carácter emancipatorio de las clases subalternas, las que buscan transformar aquel Estado bajo el cual se ha reproducido la colonización.

³ Tapia, Luis, *Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional*. En *Revista Osal. Observatorio Social de América Latina*, Clacso, Buenos Aires, número 22, año VIII, septiembre 2007, pp. 47-63, pp. 51-54

⁴ Huanacuni Mamani, Fernando, *Vivir Bien/Buen Vivir*. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales, Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas, La Paz, 4ta edición, 2010

Lo importante, para efectos de este estudio, es que el NCLAD no solo busca modificar las estructuras organizativas del Estado sino que, más que eso, va dirigido hacia el reconocimiento y la garantía de ejercicio de derechos fundamentales que se habían visto desconocidos o severamente afectados en su ejercicio a lo largo de la historia independiente.

En particular, lo que persigue este nuevo constitucionalismo es, en primer término, el reconocimiento de derechos culturales de naturaleza colectiva para los pueblos originarios y otros colectivos. También, pretende abrir nuevos espacios de participación para la ciudadanía y asegurar la libre determinación de los pueblos, en el ámbito de los derechos políticos. Y finalmente, consolida un generoso listado de derechos sociales, los que resignifica a partir de ciertos parámetros, como su reconocimiento pleno y en igual jerarquía, con catálogo abierto y una lectura descolonizadora y plurinacional de los mismos, además de establecer las mismas garantías jurisdiccionales que para los demás derechos constitucionales. Se trata, en definitiva, de procesos constituyentes que dan paso a nuevas formas jurídicas de organización del poder, cuyos resultados se explican dado el surgimiento de nuevos sujetos políticos. El contenido de estas constituciones (por ejemplo, en materia de derechos) se explica, precisamente, por cómo estos nuevos sujetos políticos han emergido para disputar el sentido común de determinado modelo de constitución, propio del paradigma colonizador.

III

La importancia de esta investigación radica, primero, en haber identificado los rasgos materiales de lo que he llamado el NCLAD, como una nueva forma de constitucionalismo político. Para ello, este modelo se inserta dentro de la historia general del constitucionalismo, el que comienza con las revoluciones burguesas de los Siglos XVII y XVIII y que ha ido adquiriendo diferentes formas, según sean las amenazas a los derechos que han surgido con el tiempo.

Al observar la doctrina de los autores que han intentado explicar este fenómeno, se puede constatar que, hasta ahora, la mayor parte de los estudios se habían centrado en los procesos constituyentes que dieron origen a las constituciones y, a partir de ello, se acuñó la expresión “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”.

Sin embargo, dicho término se ha utilizado para caracterizar a un conjunto de Constituciones sólo a partir de un ejercicio democrático del poder constituyente, sin mayor referencia al contenido de las mismas, ni mucho menos se ha revisado cuáles han sido los cambios al sistema de derechos fundamentales introducidos por ellas, si es que los hay.

En rigor, lo que la corriente del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano destaca es que con Cartas que se generaron a través de asambleas constituyentes y formas de participación directa de la ciudadanía, principalmente por medio de plebiscitos. Esto es lo que conduce a algunos de sus promotores a sostener que se trata de “un constitucionalismo sin padres”, ya que “nadie, aparte del pueblo, puede sentirse progenitor de la Constitución”, y comprendería a las Constituciones de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), aun cuando parte de la doctrina incluya también a la de Colombia (1991)⁵.

⁵ Cfr. Martínez Dalmau, Rubén, *Asembleas constituyentes e novo constitucionalismo en América Latina*. En *Tempo Exterior*, Instituto Gallego de Análisis y Documentación Internacional, Pontevedra, número 17, diciembre 2008, pp. 5-16; y Noguera Fernández, Albert y Criado de Diego, Marcos, *La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina*. En *Revista Estudio Socio-Jurídicos*, Universidad de Extremadura, Cáceres, enero-junio 2011, pp. 15-49.

En este trabajo se depura dicho concepto, con el objeto de descubrir en qué sentido este modelo latinoamericano ha podido impactar al sistema de derechos fundamentales, para lo cual se hace necesario atender a la característica material más relevante de este constitucionalismo, que es su carácter descolonizador.

Es así como, desde un punto de vista material, las únicas Constituciones que, obedeciendo a un plan descolonizador introducen cambios en el sistema de derechos, son las Constituciones de Ecuador (2008) y de Bolivia (2009). Sólo ellas, por lo tanto, dan cuenta del contenido propio del NCLAD, distinguiéndolo del simple “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”, por sus características internas y no solo las relativas a sus génesis.

Es importante señalar que en el trabajo se hace referencia a las cuatro manifestaciones del colonialismo contemporáneo que he identificado, a saber: el colonialismo cultural, el político, el jurídico y el económico. No obstante, aun cuando se hizo un estudio analítico y “por separado” de cada una de ellas, solo tuvo por objeto identificar sus propias particularidades conceptuales, pero, en ningún caso puede entenderse que son procesos aislados entre sí. Muy por el contrario, lo que este trabajo demuestra es que son sólo expresiones de un mismo proyecto hegemónico colonizador, a través del cual una cultura/clase dominante –la occidental eurocéntrica– ha desconocido importantes derechos fundamentales de las culturas/clases subalternas y de las personas vinculadas con ellas. Por la misma razón, el proceso descolonizador que se manifiesta en el NCLAD también es uno solo, el cual es capaz de unificar las diferentes exigencias provenientes de la base social y de los diversos colectivos, principalmente indígenas.

De esta manera, la tesis continúa con el análisis de las Constituciones nacionales de Ecuador y de Bolivia, por ser ellas las que se hacen cargo de estas diferentes pretensiones, a través de la incorporación de nuevos conceptos, pero fundamentalmente de nuevos derechos, nuevas perspectivas y nuevas garantías.

Se debe mencionar por último que, para abordar ambos textos, se intentó sintetizar el reconocimiento y regulación a los derechos fundamentales dentro del proceso descolonizador. Esta tarea tuvo por objeto demostrar que estas Constituciones recogen las pretensiones sociales antes señaladas, a través de cambios sustanciales al sistema de derechos fundamentales dirigido a subvertir de forma contrahegemónica el modelo colonizador antes referido.

En ese contexto, se trabajó con ambas Constituciones como fuente principal y con la doctrina de los autores como lectura especializada. Por lo mismo, se excluyó de la investigación, el análisis de las normas infraconstitucionales, así como también, de la jurisprudencia constitucional.

IV

La tesis se encuentra dividida en tres capítulos.

En el primero, se enuncia cuál será el sentido que se le dará a la expresión constitucionalismo para efectos de esta investigación. Para ello, se repasan los diferentes usos o sentidos del término, optando por la idea de “constitucionalismo político, entendido como modelo”. A continuación, se revisa su evolución, a través de sus modelos más relevantes, como son los constitucionalismos liberal, social, democrático, popular, además del neoconstitucionalismo.

El objetivo de esta primera parte es descubrir cuáles son los aportes que cada modelo de constitucionalismo ha hecho a la evolución del sistema de derechos fundamentales, para de ese modo poder insertar adecuadamente en esta evolución histórica al NCLAD. Para realizar este análisis

histórico, se propuso comparar cada modelo a partir de tres elementos: (1) el riesgo o enemigo contra el cual se enfrenta cada constitucionalismo, (2) los derechos que se encuentran amenazados por aquellos riesgos, y (3) las garantías que establece cada modelo para proteger a estos derechos frente a tales amenazas.

El capítulo segundo busca delinear el concepto de NCLAD, para lo cual se analizan los diferentes componentes de la expresión. Así, en primer lugar, se define en qué sentido puede ser identificado como un modelo de constitucionalismo, pero también, se revisa si se ajusta a las otras formas de entender el constitucionalismo político: como forma histórica de organización, como construcción intelectual y como movimiento. En seguida, se explica de qué manera este constitucionalismo es “nuevo”, para lo cual se considera que lo verdaderamente innovador de este modelo es su carácter descolonizador, entendido en los términos propuestos en la obra del sociólogo portugués Boaventura de Sousa SANTOS. Para abordar la idea de “latinoamericano”, se intenta refinar este parámetro, de modo de ajustarlo a las Constituciones que efectivamente pueden identificarse con el NCLAD, y será en este punto donde finalmente se advierte que sólo Ecuador y Bolivia pueden incluirse en él.

Finalmente, la última parte de ese capítulo se destina a estudiar en qué sentido este constitucionalismo debe ser considerado “descolonizador”. Para ello, se tiene presente que Bolivia y Ecuador son dos sociedades culturalmente diversas, donde conviven diferentes naciones y pueblos. A la vez, el orden histórico de estas sociedades se había estructurado a partir de una relación de hegemonía en términos *gramscianos*, la cual aún subsiste bajo el colonialismo contemporáneo en América Latina. Este fenómeno es, como ya se advirtió, uno solo, pero que se manifiesta en diferentes áreas: en el ámbito cultural, político, jurídico y económico. El colonialismo en estos términos ha producido un daño importante en tres categorías de derechos, como son: los derechos culturales, los políticos y los sociales.

Siguiendo el patrón diseñado el inicio, en el segundo capítulo se narra cuál es el riesgo o enemigo contra el cual se construye el modelo, como también los derechos que se ven amagados por aquellas amenazas. Así, el riesgo o amenaza está expresado por el fenómeno de la colonización moderna, mientras que los derechos afectados son los mencionados: los culturales, los políticos y los sociales. No se aborda en este apartado las herramientas o garantías de los que se vale el NCLAD para proteger esos derechos.

Esto último es lo que se desarrolla en el capítulo tercero, donde se explica, por ejemplo, de qué modo los principios de plurinacionalidad y bien vivir representan, por sí mismos, dos herramientas que protegen los derechos fundamentales en las sociedades plurales objeto de esta investigación.

A continuación, se expone que, bajo la colonización, los derechos culturales que se ven amenazados son aquellos de naturaleza colectiva. En atención a ello, la primera garantía dirigida a su protección es reconocer la calidad de sujetos de derecho a los pueblos que conforman el Estado y, luego, asegurar sus derechos colectivos. En seguida, se analiza cómo ambas Constituciones garantizan estos derechos por dos vertientes. Una, que consiste en el reconocimiento de ciertas manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, como son sus símbolos y sus lenguas. Con mayor detalle se analiza la forma como estas Constituciones incorporan a la naturaleza desde la cosmovisión indígena. La segunda vertiente se refiere al pluralismo jurídico, bajo el entendido que el Derecho es también una manifestación cultural. El pluralismo se expresará tanto en el reconocimiento de los diferentes ordenamientos jurídicos como de sus formas particulares de justicia.

En relación con los derechos políticos, el NCLAD incorpora nuevas formas de participación, precisamente en el contexto de una democracia participativa, expresamente recogida por las dos

Constituciones. También, se constitucionaliza de modo expreso el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, lo cual es probablemente uno de los rasgos más rupturistas del modelo.

Por último, respecto de los derechos sociales, es posible advertir que, en general, no es posible atribuir al NCLAD el surgimiento de un amplio listado de derechos. La generosidad de los catálogos de derechos sociales ya estaba presente, por ejemplo, en las cartas colombiana y venezolana, incorporándose, sin embargo, derechos sociales de personas que pertenecen a grupos vulnerables. También es posible encontrar garantías judiciales de derechos sociales en otras constituciones de anterior data. Lo más novedoso es, sin duda, una suerte de resignificación de estos derechos, una nueva comprensión enriquecida por un reconocimiento pleno de los mismos y en igual jerarquía de todos los demás derechos. Además, esta resignificación se expresará en la existencia de catálogos no taxativos de derechos sociales, así como en su función descolonizadora y en la lectura plurinacional de los mismos.

De esta manera, termina exponiéndose de qué modo las garantías específicas que incorporan estas constituciones, aseguran los derechos afectados por el fenómeno descolonizador. Ello permite comprobar que, efectivamente, se trata de un modelo innovador, que incide de modo trascendente en el sistema de derechos fundamentales construido evolutivamente a lo largo de toda la historia del constitucionalismo político.

I.- CAPÍTULO PRIMERO:

LA INCIDENCIA DEL CONSTITUCIONALISMO EN EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La historia del Constitucionalismo es una narración acerca de la relación que se ha dado en el tiempo entre los derechos fundamentales y el poder, ya sea que se trate del poder político o del poder fáctico.

Cada estadio del Constitucionalismo ha pretendido la mejor protección de aquellos derechos, a través de herramientas o mecanismos que, habitualmente, terminan plasmados en las Constituciones o, al menos, en las prácticas constitucionales. Por lo mismo, ni el Constitucionalismo ni los derechos fundamentales son fenómenos estáticos que se hayan asentado en alguna época determinada y que se hayan quedado inalterados hasta nuestros días.

Un interesante punto de inicio sobre esta temática es la expresión de CONSTANT quien, luego de haber defendido el quiebre con el antiguo régimen francés, se levantó en contra de los excesos cometidos por el Régimen del Terror y por Napoleón Bonaparte, sosteniendo: “yo he defendido durante cuarenta años el mismo principio: la libertad en todo: en religión, en filosofía, en industria, en política; y por libertad entiendo el triunfo de la individualidad, tanto sobre la autoridad que quería gobernar desde el despotismo, como sobre las masas que reclaman el derecho de someter la minoría a la mayoría”⁶. Más allá del liberalismo moderado del autor, lo que hay detrás de sus palabras es la convicción que la libertad puede tener diferentes enemigos que se alzan como amenaza en contra de los derechos de las personas. Y es ahí donde el constitucionalismo comienza a operar, a partir de construcciones doctrinarias y movimientos sociales que logran construir modelos o arquetipos que se presentan como alternativas de solución al conflicto entre derechos y poder.

1.- Usos de la expresión constitucionalismo. Opción que se adoptará para este trabajo

Uno de los problemas que acarrea usar el vocablo “constitucionalismo” es que se trata de una palabra polisémica y que se emplea en diversos contextos. ATIENZA advierte que es una expresión ambigua⁷, mientras que FERRAJOLI sostiene que sobre este término existen “diversas concepciones”, por lo que la terminología corriente resulta, en varios aspectos, equívoca y engañosa⁸.

Precisamente FERRAJOLI trabaja con una distinción que será vital para este trabajo, cuando diferencia el constitucionalismo político del jurídico. El constitucionalismo *político* lo entiende como la práctica y la concepción de los poderes públicos dirigida a su limitación, en garantía de

⁶ Constant, Benjamin, *Mélanges de littérature et de politique*, Pichon et Didier Libraires-Éditeurs, Paris, 1829, p. VII. Traducción propia.

⁷ Atienza, Manuel, *Constitucionalismo, Globalización y Derecho*, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (ed.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, p. 264.

⁸ Ferrajoli, Luigi, *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 34, Marcial Pons, Madrid, 2012, cfr. pp. 16-18.

determinados ámbitos de libertad; mientras que el Constitucionalismo *jurídico* se circunscribe a la idea de subordinación de los poderes públicos, incluido el legislativo, a las normas superiores, específicamente a las normas constitucionales que establecen derechos fundamentales. Más tarde, propondrá que, dentro de la experiencia jurídica, existe tanto un constitucionalismo rígido presente en las actuales democracias constitucionales, caracterizado por la existencia *positiva* de una *lex superior* a la legislación ordinaria (que él denomina constitucionalismo jurídico o Estado constitucional de Derecho), como también un modelo jurídico donde, o bien no existe constitución, o bien se trata de una constitución flexible (Estado legal o Estado flexible). Lo importante de esta última distinción es que solo al constitucionalismo jurídico o Estado constitucional de derecho, lo llamará “constitucionalismo”⁹.

Esta última concepción es criticada certeramente por COMANDUCCI, entre otros motivos, por cuanto si esta palabra se usa solo para aludir al constitucionalismo jurídico, entonces habría que buscar otra manera de aludir al constitucionalismo *político*¹⁰. No obstante esto, la distinción primaria de FERRAJOLI es importante, ya que evidencia los dos usos que se le da a esta expresión, los cuales si bien son reconocibles, no funcionan aisladamente. Estos usos los denominaré constitucionalismo en un sentido *jurídico* y constitucionalismo en un sentido *político*, mientras que en este último distinguiré a su vez el constitucionalismo político como *formas históricas de organización*, como *construcción teórica*, como *movimiento*, y como *modelo*¹¹.

Al término de la revisión de los diferentes usos de la expresión constitucionalismo, se explicitará aquél desde el cual se construye la presente investigación.

1.1. Constitucionalismo en sentido jurídico

Entendemos por constitucionalismo en sentido jurídico, sus usos desde la perspectiva de la Teoría del Derecho, en especial, se refiere al rol que ocupa una constitución dentro de un ordenamiento jurídico, y los mecanismos que existen para hacerla efectiva.

El primero de estos usos jurídicos es lo que NINO denomina “constitucionalismo en sentido mínimo”, en oposición al “constitucionalismo en sentido pleno” y se refiere a la necesidad que todo Estado cuente con una constitución, vale decir, con una norma superior que restrinja la actividad legislativa normal. En este sentido, cada vez que un ordenamiento cuente con una constitución se cumple con las condiciones del constitucionalismo en sentido mínimo. De esta manera, agrega el autor, se puede afirmar que en la Unión Soviética de Stalin, o en la Sudáfrica del *apartheid*, o bajo la

⁹ Ídem, cfr. p. 15.

¹⁰ Comanducci, Paolo, “*Constitucionalismo*”: Problemas de definición y tipología. En Ferrajoli, op. cit., pp. 95-100, cfr. pp. 96-97.

¹¹ Es imposible ignorar el uso que le da Bellamy a la expresión “constitucionalismo político”, como opuesta a lo que él denomina “constitucionalismo legal”. Este autor señala que el constitucionalismo legal se identifica con aquella posición que entiende que cada constitución es obra del consenso racional de una sociedad que busca garantizar los valores democráticos en los que está comprometida. Para asegurar y garantizar el logro de los mismos, se confía en procesos judiciales más que democráticos. El constitucionalismo político en cambio, reacciona a dicha posición, ya que, en primer lugar, sostiene que tales consensos no son posibles y que siempre mantendremos desacuerdos razonables acerca de los ideales democráticos, y además, defiende la idea de que los procesos democráticos poseen mayor legitimidad que los judiciales para resolver esos desacuerdos. Como se señaló, no será este el camino que se seguirá en la presente investigación. Al respecto, véase: Bellamy, Richard, *Constitucionalismo político*, una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia. Traducción de José Urdániz y Santiago Gallego Aldaz, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp.17-28.

dictadura de Pinochet, había constitucionalismo¹². Este sentido es escasamente reconocido en la ciencia jurídica, salvo cuando es usado por algunos trabajos principalmente de Derecho Comparado, tanto en un sentido espacial o sincrónico, como histórico o diacrónico¹³, de modo trivial¹⁴.

Entre los dos usos que explica el autor argentino, se encuentra uno intermedio y es aquel que entiende por constitucionalismo el ordenamiento jurídico que cuenta con una constitución que limita a los órganos del Estado, pero con el objetivo de evitar el despotismo. Este constitucionalismo es denominado por TROPER “constitucionalismo *lato sensu*”¹⁵, y no podría ser aplicado a los ejemplos concretos que daba NINO anteriormente, ya que no todo sistema que cuente con Constitución es constitucionalista¹⁶. Con el constitucionalismo *lato sensu* se comprueba que la distinción entre constitucionalismo jurídico y político es meramente teórica, ya que la idea de un complejo normativo que busque poner frenos al poder tiene claramente una finalidad política que se expresa jurídicamente en los términos explicados.

Otro uso corresponde al aludido “constitucionalismo en sentido pleno” de NINO¹⁷, y que TROPER llama “constitucionalismo *stricto sensu*”¹⁸. En este caso, el límite al poder tiene un contenido específico, y corresponde a ciertos principios que buscan garantizar las libertades o derechos de las personas¹⁹. COMANDUCCI explica que mientras el anterior constitucionalismo (que él llama “en sentido amplio”) pretende la creación de una constitución que limite el poder y prevenga el despotismo, este busca un específico tipo de Constitución que cumpla dicho fin, a través de la defensa de los derechos fundamentales frente al poder estatal²⁰. El constitucionalismo en sentido pleno o en sentido estricto puede ser entendido como una manifestación jurídica del constitucionalismo político, ya que en este caso, la limitación al poder se expresa a través de la limitación específica a los órganos dotados de potestades normativas, principalmente el legislador, con el objeto de resguardar el contenido de la Constitución.

En mi opinión, cada uno de los sentidos reseñados involucra, además, distintas concepciones en torno a la idea de Constitución. En el primer, caso, se alude a una norma suprema, cúspide del ordenamiento jurídico, o sea “la norma o normas positivas que regulan la producción de normas

¹² Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional, Astrea, Buenos Aires, 2ª reimpr., 2002, cfr. pp. 2-3.

¹³ De Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, Universidad Nacional Autónoma de México, Secretariado Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche, México D.F., 2004, cfr. p. 50

¹⁴ En el primero de los sentidos: Brewer-Carías, Allan, *El constitucionalismo Latinoamericano y la Constitución para el Siglo XXI*, Discurso de Orden con motivo de la instalación de las V Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 25 de Octubre de 2000. Disponible en: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I.1.801.pdf>

(revisado el día 26 de julio de 2015); Carpizo, Jorge, *Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano*, en *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, número 23, diciembre de 2009, pp. 7-36; Weiler, J.H.H. y Wind, Marlene (edic.), *European constitutionalism beyond the state*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003. En el segundo, McIlwain, Charles Howard, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1991.

¹⁵ Troper, Michel, *Por una teoría jurídica del Estado*, Dykinson, Madrid, 2001, cfr. p. 183.

¹⁶ Hacemos la advertencia que usaremos el calificativo “constitucional” para aludir a aquello relativo a una Constitución, y “constitucionalista” a lo tocante al Constitucionalismo.

¹⁷ Nino, op. cit., cfr. p. 4.

¹⁸ Troper, op. cit., cfr. p. 184.

¹⁹ En este mismo sentido, véanse: Sánchez Agesta, op. cit., cfr. p. 46; Atienza, op. cit., cfr. p. 265 y Aguiló Regla, Josep, *Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la constitución*, en Carbonell y García Jaramillo, op. cit., pp. 247-263, cfr. p. 249.

²⁰ Comanducci, Paolo, *Formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico*, en Carbonell, Miguel (edic.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 4ª ed., 2009, pp. 75-98, cfr. p. 77.

jurídicas generales”²¹; en el segundo, a la noción de Constitución como límite que, siendo suprema, sea “el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder”²²; y en el tercero, a la Constitución como garante, que corresponde a la formulación contenida en el art. 16 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano que señala que: “una sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes esté determinada, no tiene Constitución”.

En atención a que –a menos que hablemos de constitucionalismo en sentido mínimo– el constitucionalismo en sentido jurídico siempre supone la existencia de normas limitadoras del poder político, los autores, construyen diversas categorías y clasificaciones. FERRAJOLI, por ejemplo, habla por una parte del *constitucionalismo principialista*, donde los derechos fundamentales operan con una normatividad débil, vale decir, no como reglas sino sólo como valores o principios morales susceptibles de ser ponderados por el legislador y por los jueces; y por la otra, del *constitucionalismo garantista*, que se caracteriza porque los derechos gozan de normatividad fuerte, imponiendo deberes positivos o negativos al legislador, cuyo incumplimiento puede generar “antinomias por acción o lagunas por omisión”²³. TROPER agrega a los dos sentidos ya expuestos, el constitucionalismo *strictissimo sensu*, que exige la necesidad del control de constitucionalidad de las leyes como medio para impedir el despotismo o para garantizar la libertad política²⁴.

Si se entiende a las constituciones primero, como límite al poder político, específicamente a las potestades normativas, que puede hacerse efectivo mediante garantías jurisdiccionales previstas en el mismo texto constitucional y, luego, como un ordenamiento dotado de principios que, bajo la visión de ALEXY, representan mandatos de optimización, los cuales deben ser concretados por la ley, la operatividad del constitucionalismo así entendido, va produciendo que el contenido de la constitución, al ser intangible para el legislador, permea, se filtre o se irradie a todo el ordenamiento jurídico²⁵. Lo anterior, por cuanto la Constitución limita la discrecionalidad del legislador y le impone deberes a la actuación para la realización de los derechos y del programa en ella contenidos²⁶. Este fenómeno es conocido como la “constitucionalización del Derecho”, y será abordado más adelante.

Como se advierte, por mucho que se intente hacer esfuerzos por deslindar el constitucionalismo jurídico del político, no existe una separación absoluta entre ambos. Es cierto que el constitucionalismo jurídico se construye a partir de la observación y de las exigencias que se puedan realizar respecto de los ordenamientos jurídicos, a través de lo que FERRAJOLI llama sus “garantías internas”²⁷, sin embargo, no es posible (a menos que se use la expresión constitucionalismo en su sentido mínimo) despojar a esta noción de la idea de Constitución como límite al poder del Estado, lo cual de por sí representa un contenido político de relevancia. De allí que ANSUÁTEGUI resuma el sentido del constitucionalismo de modo preciso, como “una propuesta doctrinal en relación con la limitación del Poder a través del Derecho.”²⁸

²¹ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México D.F., 15ª ed., 2007, p. 232.

²² Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 2ª ed., 1970, p. 150.

²³ Ferrajoli, op. cit., pp. 16-17.

²⁴ Troper, op. cit., cfr. p. 184.

²⁵ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2ª ed., 2012, cfr. pp. 67-68.

²⁶ Barroso, Luis Roberto, *El neconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., número 7, 2008, p. 20.

²⁷ Ferrajoli, op. cit., cfr. p. 13.

²⁸ Ansuátegui Roig, Francisco Javier, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho: Un enfoque filosófico-jurídico*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2013, p. 225.

1.2. Constitucionalismo en sentido político

Por su parte, vamos a entender por Constitucionalismo en sentido político, los usos que se le da a este término desde la perspectiva de la Teoría Política o de la Filosofía Política, a partir de una observación del fenómeno del poder y de su articulación al interior de una sociedad. Manteniendo el esquema propuesto por FERRAJOLI, el constitucionalismo político se manifiesta a través de lo que él denomina “garantías políticas externas” a los sistemas jurídicos, vinculadas en su visión a la limitación de los poderes públicos para garantizar determinados ámbitos de libertad²⁹.

Dentro del uso político de la expresión constitucionalismo, es posible advertir a su vez, cuatro manifestaciones, o si se permite, cuatro sub-usos de esta palabra, a saber: constitucionalismo como formas históricas de organización, como construcción teórica, como movimiento y como modelo.

1.2.1. Constitucionalismo político como formas históricas de organización

Esta primera perspectiva consiste en una descripción de los sistemas políticos que han contado con una constitución. Como a su vez el concepto de constitución ha ido variando con el tiempo, desde la idea de ella como *politeia*³⁰ o “el estado como es en la realidad”³¹, hasta aquél que reconoce en la constitución su carácter normativo, el constitucionalismo ha ido mutando también.

Hacia 1940, MCILWAIN afirmaba que la época era propicia para estudiar el constitucionalismo en un examen que atienda a los estadios propios de su desarrollo, asumiendo que su cualidad esencial es la limitación jurídica del gobierno, como antítesis del gobierno arbitrario o despótico, o sea, la sustitución del gobierno del capricho por un gobierno del Derecho³². Dicho de esta manera, cada forma de organización que cuente con una constitución que cumpla con dicho fin restrictivo, será una forma de constitucionalismo. Lo anterior lleva al autor a distinguir un primer constitucionalismo histórico, “el antiguo”, donde en mayor o menor medida era posible hallar límites al ejercicio del poder, tanto por la exigencia de un gobierno justo y moderado en Grecia, como por el sometimiento al Derecho Natural en Roma, según las ideas de CICERÓN. También forma parte del constitucionalismo antiguo, el de la Edad Media, caracterizado por la existencia de ciertos privilegios y libertades garantizados por el rey y que, por lo mismo, estaba obligado a respetar³³. Sin embargo, “el constitucionalismo moderno” se identifica con el sometimiento del gobernante a leyes emanadas del Parlamento, en un proceso que luego de décadas, se inicia el proceso de consolidación con la Gloriosa Revolución de 1688-1689 y el inicio de la monarquía constitucional en Inglaterra³⁴.

El término “constitucionalismo moderno” será recogido más tarde por DIPPEN para estudiar aquel fenómeno que tiene sus antecedentes en la mencionada revolución inglesa, pero que estrictamente se

²⁹ Ferrajoli, op. cit., cfr. p. 13.

³⁰ La idea de *politeia* es meramente descriptiva, tanto que hay una gran semejanza con la descripción de un organismo humano. Por lo mismo, llevó a un autor llamar la “acepción médica” de constitución. Dippel, Horst, *Constitucionalismo moderno*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 13

³¹ McIlwain, Charles Howard, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1991, cfr. p. 45.

³² Ídem, cfr. pp. 15-37.

³³ Ídem, cfr. pp. 108-111.

³⁴ Ídem, cfr. pp. 155-179.

inicia con la promulgación de la Declaración de Derechos de Virginia del 12 de junio de 1776³⁵, seguida de las Constituciones de Pensilvania de 1776, de Estados Unidos de 1787, la Jacobina de 1793, la del Reino de Westfalia de 1807, la de Cádiz de 1812, y el proceso de constitucionalización en Alemania desde 1831 a 1949, entre otros hitos relevantes. Este constitucionalismo se caracteriza por cinco primeros principios, como son los de soberanía popular, una Constitución fundada en principios universales, una declaración de derechos, un gobierno limitado y la Constitución como ley suprema. A ellos, se agregan otros cinco orientados a conseguir que las tareas constitucionales se adecuen a las metas perseguidas por el constitucionalismo moderno, a saber: un gobierno representativo, la separación de poderes, la rendición de cuentas y responsabilidad gubernamental, la independencia judicial, y un proceso ordenado para enmendar, corregir o completar la Constitución con el concurso del pueblo o de sus representantes³⁶.

1.2.2. Constitucionalismo político como construcción intelectual

Dentro de esta categoría se incluye el concepto que proporciona FIORAVANTI, quien en un primer trabajo señaló que el constitucionalismo “*es concebido como el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar en el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto del límite y de la garantía*”³⁷. Más tarde, desarrolla en mayor detalle esta idea, reformulando su definición al indicar que “*el constitucionalismo es, desde sus orígenes, una corriente de pensamiento encaminada a la consecución de finalidades políticas concretas consistentes, fundamentalmente, en la limitación de los poderes públicos y en la consolidación de esferas de autonomía garantizadas mediante normas*”. De esta manera, el autor destaca que el constitucionalismo encerraría tres aspectos: (1) es un conjunto de doctrinas o una corriente de pensamiento; (2) es evolutivo, encontrando sus antecedentes en la filosofía política griega, pero concretándose solo a partir de las revoluciones liberales que comienzan en el siglo XVII en Europa; y (3) tiene por finalidad, limitar los poderes públicos para garantizar normativamente “*esferas de autonomía*” tanto la de los estamentos y las ciudades frente al señor territorial a comienzos de la edad moderna, como la de los derechos fundamentales presentes en las constituciones actuales³⁸.

Sin poder adentrarnos con mayor detalle en el pensamiento de FIORAVANTI, su estructura conceptual nos será útil para distinguir que el constitucionalismo político, entendido como construcción intelectual se acerca a la fórmula “*constitucionalismo es un X que busca Y en o a partir de Z*”. En esta ecuación, la variable X representa el elemento *sustantivo*, esto es, la categoría conceptual a la cual pertenece el constitucionalismo como objeto de estudio; la variable Y simboliza el elemento *finalista*, que son los objetivos que pretende el constitucionalismo; y la variable Z se refiere al elemento *histórico* que permite situar al constitucionalismo, como tal o en sus orígenes, en una época determinada.

Respecto del elemento sustantivo, desde esta perspectiva, el constitucionalismo es un conjunto de elaboraciones teóricas, que pueden estar más o menos recogidas por la comunidad científica, pero que no necesariamente se manifiestan en cambios en los textos constitucionales mismos, ni se transforman en reivindicaciones sociales de importancia³⁹.

³⁵ Dippel, op. cit., cfr. p. 185.

³⁶ Ídem, cfr. pp. 44-45.

³⁷ Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001, p. 85.

³⁸ Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Trotta, Madrid, 2014, pp. 9-17.

³⁹ Así como Fioravanti denomina al constitucionalismo un conjunto de doctrinas, otros autores usan otras expresiones pero siempre aludiendo a él como una construcción intelectual. Así, Zagrebelsky lo llama

En relación con el elemento finalista, se advierten distintos objetivos del constitucionalismo, siendo tres los más habituales o recurrentes. El primero de ellos alude a la limitación del poder político⁴⁰, fundamentalmente como un conjunto de reglas escritas que frenan los excesos de los gobernantes. Para obtener esta finalidad, el constitucionalismo se servirá, tal como lo abordaremos en las próximas páginas, de diferentes herramientas como por ejemplo, la separación de los poderes.

Un segundo objetivo es aún anterior a la restricción del poder: generar la organización política de la comunidad. El fundamento está en las teorías contractualistas inauguradas por HOBBS en el Capítulo XVII del *Leviatán*⁴¹. Y si bien este concepto del suele ser entendido bajo la lógica de la constitución como contrato⁴², de lo cual deriva el principio que el poder constituyente originario reside en el pueblo⁴³, también puede ser interpretado bajo el *decisionismo* de Carl SCHMITT, para quien el poder constituyente puede o no pertenecer al pueblo, puesto que lo entiende como aquella “voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política”⁴⁴. En este segundo objetivo, el constitucionalismo no tiene por función *limitar* al Estado sino *crearlo*, organizando sus poderes⁴⁵ y determinando la “esencia estructural y funcional de la vida política”⁴⁶.

Finalmente, el tercer objetivo⁴⁷ se refiere a la garantía de los derechos fundamentales. Estos derechos, y la proclama de la libertad constituyen el eje del “programa histórico” del constitucionalismo, según nos dice BLANCO⁴⁸. La soberanía que, bajo la tesis de BODIN sólo reconocía como límite el derecho natural y los acuerdos suscritos por el monarca⁴⁹, reconoce frenos

“doctrina”, Tajadura usa la expresión “ideología”, y Ansuátegui, “propuesta doctrinal”. Para ello, véase, respectivamente: Zagrebelsky, Gustavo, *Constitucionalismo*. En *Revista Derechos y Libertades*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, número 29, época II, junio 2013, pp. 19-38, cfr. p. 20; Tajadura Tejada, Javier, *¿El ocaso de Westfalia? Reflexiones en torno a la crisis del constitucionalismo en el contexto de la mundialización*. En *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, número 123, enero-marzo 2004, pp. 315-349, cfr. p. 318; y Ansuátegui, op. cit., cfr. p. 225.

⁴⁰ *Ibidem*; Peralta, Ramón, *La Constitución como sistema de libertad*. Fundamentos político-jurídicos de la república constitucional, Actas, Madrid, 2008, cfr. p. 31.

⁴¹ Hobbes, Thomas, *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2ª ed., pp. 137-141.

⁴² “En dos siglos de constitucionalismo son sorprendentemente abundantes las concepciones que se han sucedido sobre el concepto y la significación de la Constitución en la teoría y la práctica (...) El elemento más esencial y característico de la idea es el pacto”. Muñoz Machado, Santiago, *Constitución*, Iustel, Madrid, 1ª ed., 2004, p. 19.

⁴³ Sobre la calidad del pueblo como titular del Poder Constituyente, véase Bockenförde, Ernst, *El poder constituyente del pueblo*. Un concepto límite del derecho constitucional. En Bockenförde, Ernst, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 159-180. En Chile, Bassa Mercado, Jaime, *Elementos para una teoría constitucional democrática*, Librotecnia, Santiago de Chile, cfr. pp. 93-106.

⁴⁴ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1ª ed., Madrid, cfr. pp. 93-94.

⁴⁵ Sánchez Agesta, Luis, *Curso de derecho constitucional comparado*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, sección de publicaciones, Madrid, 7ª ed., 1988, cfr. p. 46.

⁴⁶ Pérez Serrano, Nicolás, *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1997, cfr. p. 438.

⁴⁷ Se ha excluido conscientemente otros principios que algunos autores han identificado como propios del constitucionalismo, por entender que más que objetivos del mismo, representan técnicas o herramientas para hacer efectivos tales objetivos, como sucede con la separación de los poderes o la existencia de un sistema democrático. Al respecto véanse Tajadura, op. cit., cfr. p. 316 y Alterio, Ana Micaela, *La “esfera de lo indecible” en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico*. En *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, número 13, enero 2011, pp. 3-36, cfr. pp. 3-7.

⁴⁸ Blanco Valdés, Roberto L., *La Constitución de la libertad*. Apuntes para una historia del constitucionalismo europeo, Alianza, Madrid, 2010, cfr. p. 139.

⁴⁹ Bodin, Jean, *Los seis libros de la República*, Tecnos, Madrid, 3ª ed., 1997, cfr. pp. 47-66.

en la doctrina constitucionalista correspondientes al respeto por estos derechos, de allí que la única finalidad del Estado bajo el constitucionalismo, en palabras de DÍEZ-PICAZO, sea “proteger esos derechos”⁵⁰. Con el tiempo, los derechos fundamentales no sólo se relacionarán con el Estado limitando su poder (exigencias negativas), sino que también imponiéndole deberes asociados a la garantía de la dignidad humana (exigencias positivas). Esto último explica por qué entendemos que este objetivo es diferente al primero, esto es, el de limitar el poder, puesto que es más amplio y no se satisface con la sola inactividad por parte de los órganos estatales.

En lo que respecta al tercer elemento del constitucionalismo, el histórico, este dependerá en buena medida de las opciones que se hayan adoptado en relación con el elemento sustantivo, pero fundamentalmente, con el elemento finalista. Así, si entendemos que el objetivo del constitucionalismo será el de crear y organizar el poder, su origen arrancará en el contractualismo principalmente de HOBBS, lo que nos permite, según SCHIERA “sacar al constitucionalismo de la perspectiva algo reduccionista de mera oposición al absolutismo del antiguo régimen para darle, en cambio, un valor más amplio y estructural como elemento esencial de la dinámica del Estado moderno”⁵¹. En este mismo sentido, se ha sostenido que la construcción de un Estado dotado del monopolio de la fuerza y de la jurisdicción se inicia a partir de la Paz de Westfalia (1648), al término de la Guerra de los Treinta Años, siendo éste el momento en el que se inicia la implementación de las ideas constitucionalistas de HOBBS referidas a la construcción del Estado⁵². Ahora bien, si el constitucionalismo busca limitar el poder, LOEWENSTEIN sostiene que es posible hablar de constitucionalismo en el antiguo régimen teocrático de los hebreos, ya que allí era posible encontrar límites al poder político, representados por “la ley del Señor”⁵³. No obstante ello, el constitucionalismo moderno, en los términos ya estudiados de MCILWAIN y DIPPEL, caracterizado por la existencia de normas jurídicas emanadas del pueblo o de sus representantes, solo encontrará sus inicios en los movimientos liberales burgueses del Siglo XVII y XVIII en Inglaterra, Estados Unidos y Francia⁵⁴.

1.2.3. Constitucionalismo político como movimiento

Esta concepción es complementaria a aquella forma de concebir al constitucionalismo como construcción intelectual, ya que entiende que el constitucionalismo no se reduce a teorías filosóficas o científicas sino que tiene manifestaciones sociales, expresadas en reivindicaciones de derechos frente a quienes ejercen el poder. El matiz es sutil, pero relevante. Sostengo que es posible separar los trabajos académicos que se discuten en los distintos círculos de debate, de las fuerzas sociales que persiguen cambios políticos en el plano de la reforma o de la revolución.

André HAURIUO sostiene que en una estructura social existe un antagonismo permanente entre poder y libertad. Con el objeto que el ejercicio de esta última no devenga finalmente en disgregación, actúa el poder oponiéndose a esa amenaza. Esto alimenta un rechazo o “impugnación” a la autoridad, que puede ser reprimido, como sucedería con las sociedades orientales (Medio Oriente, India, China), o bien aceptado y aprovechado para el funcionamiento de los mecanismos políticos⁵⁵. Esto último

⁵⁰ Díez-Picazo Giménez, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 4ª ed., 2013, p. 27.

⁵¹ Schiera, Pierangelo, *El constitucionalismo como discurso*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 24.

⁵² Tajadura, op. cit., cfr. p. 322.

⁵³ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 2ª ed., 1970, cfr. p. 154.

⁵⁴ Al respecto, véase Segovia, Juan, *Ley natural, contrato social y poder constituyente en el pensamiento anglosajón y francés*, en Ayuso Torres, Miguel (dir.), *El problema del poder constituyente. Constitución, soberanía y representación en la época de las transiciones*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 35-83, cfr. p. 37.

⁵⁵ Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Ariel, Barcelona, 2ª ed., 1980, cfr. pp. 50-57.

constituiría, en la visión de HAURIOU, un invento occidental que se desarrollaría a través del diálogo y una organización racional. Esta dialéctica entre poder y libertad, o entre autoridad e impugnación se formaliza o expresa a través de los movimientos constitucionales, los cuales se caracterizan por que “los factores conscientes o voluntarios predominan sobre los inconscientes o sobre los accidentes”. Un “movimiento constitucional” corresponde a “un impulso de origen nacional por el que el un pueblo se esfuerza en limitar lo arbitrario del poder que le dirige, reivindicando la ‘libertad política’, es decir, el derecho de los ciudadanos a participar del gobierno e incluso a proporcionar a los gobernantes, al mismo tiempo que las ‘libertades individuales’”. Agrega que estos movimientos son locales, que se producen en épocas determinadas, por lo que describirlos es hacer historia constitucional comparada, y además deberán ser espontáneos para que sean auténticos y sinceros. Por último, contienen un componente *jurídico*, representado por la *fe jurídica*, o sea, aquella confianza de que las “peripecias de la lucha, las iniciativas de los ciudadanos o las resistencias de los gobernantes, de lo que se trata es de la sumisión del Estado al Derecho”⁵⁶.

Es en este contexto en el que el constitucionalismo puede ser entendido como un movimiento constitucional, un impulso político que trata de incidir en mayores espacios de participación política y en el resguardo de los derechos y libertades que, aun cuando tiene expresiones locales, su sistematización histórica puede llevar a concluir ciertas líneas comunes, y una determinada evolución. JIMÉNEZ ASENSIO explica acertadamente esta idea cuando señala que el fenómeno del constitucionalismo no es otra cosa sino que “la lucha por la limitación del poder y la conquista de la libertad frente a la arbitrariedad y el despotismo”⁵⁷, demostrando el carácter sociológico del constitucionalismo y no meramente teórico.

Entendido de esta manera, el constitucionalismo político tiene además un carácter *conflictual* en relación con quien detente el poder, lo que ha llevado a que su estudio y divulgación se encuentre prohibido en regímenes dictatoriales, como en China⁵⁸. Es que este constitucionalismo se transforma, según se analizará más adelante, en una incomodidad para todo quien ostente algún tipo de poder, ya que lleva insito la idea de límite y resistencia al mismo.

1.2.4. Constitucionalismo político como modelo(s) ideal(es)

En el campo de la Metodología Jurídica, el autor RODRÍGUEZ CEPEDA entiende por modelo la abstracción que se realiza de la realidad que se investiga, a fin de facilitar el examen de las relaciones entre los elementos de un sistema⁵⁹. En términos similares, ANDER-EGG señala que un modelo es una representación de la realidad, con la que se trata de reducir la variedad y complejidad del mundo real mediante el uso del lenguaje simbólico. Si bien el trabajo con modelos puede simplificar

⁵⁶ Ídem, cfr. pp. 196-210.

⁵⁷ Jiménez Asensio, Rafael, *El Constitucionalismo: Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 3ª ed., 2005, p. 24.

⁵⁸ Anne Peters menciona el caso de un profesor de Derecho de la Universidad de China Oriental que fue sancionado, retirándole su acreditación docente por haber enseñado e investigado en sus aulas acerca del constitucionalismo, palabra cuyo uso está prohibido por el Partido Comunista y el Estado chino, por atentar en contra de la “dictadura democrática del pueblo”. Peters, Anne, *El constitucionalismo como conquista global*, en *Constitución: norma y realidad*, Teoría constitucional para Antonio López Pina; González, Jorge y Gutiérrez, Ignacio (eds.), Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 245-256, cfr. p. 247.

⁵⁹ Rodríguez Cepeda, Bartolo, *Metodología jurídica*, Oxford University Press México, México D.F., 2006, p. 38.

excesivamente la realidad que siempre será más compleja, permite manejar e identificar las variables que la componen con mayor facilidad⁶⁰.

Como lo aclara BUNGE, las teorías y los modelos son conceptos diferentes, pero las teorías incluyen modelos, los cuales pueden ser teoréticos o materiales. Mientras los primeros son creaciones mentales que representan objetos reales, los segundos son sistemas reales como sucede, por ejemplo, con los túneles de viento. Dentro de los modelos teoréticos, encontramos modelos ideales o bien interpretaciones de una teoría abstracta. La diferencia radica en que los ideales representan simbólicamente los sistemas reales, mientras que los segundos se limitan a un sistema deductivo de esquemas, donde aparecen símbolos sin interpretar, es decir, símbolos abstractos⁶¹.

En este caso, la expresión constitucionalismo es usada como arquetipo o patrón que representa de modo ideal los sistemas jurídico-políticos, o sea, según lo reseñado, es un modelo teorético ideal. Las características de este modelo pueden cambiar según la tradición del constitucionalismo (liberal, social, democrático) a partir de la cual se construya el patrón, las cuales pueden servir a su vez para medir o determinar la legitimidad de las experiencias concretas, a partir de su cercanía o lejanía con dicho modelo.

Una característica importante de este uso de la expresión constitucionalismo es su *atemporalidad* y *abstracción*, toda vez que no está asociada necesariamente a una época determinada de la Historia, adquiriendo autonomía como baremo. El modelo constitucionalista, en genérico, o aquél particular del constitucionalismo social, liberal, democrático, etc., será el resultado de elaboraciones doctrinarias (constitucionalismo como construcción teórica) o de exigencias sociales (constitucionalismo como movimiento), pero que se mantendrá de modo autónomo, disociándolo de su origen⁶².

A manera ejemplar, PISARELLO explica que la noción de constitucionalismo supone un sistema axiológico de la modernidad ligado a la necesidad de establecer límites y vínculos al poder y a garantizar la autonomía de las personas, lo que permitiría detectar casos de constituciones que no se ajustan a dichos parámetros (“constituciones no constitucionalistas” o “constituciones sin constitucionalismo”) y prácticas que ajustándose a dichos principios no tienen manifestación en textos fundamentales concretos (“constitucionalismo sin constitución”)⁶³.

Como sostiene LA TORRE, las dos versiones del constitucionalismo, la de los antiguos y la de los modernos, no sólo puede ser entendida desde un punto de vista histórico o diacrónico, sino también desde una perspectiva ideal-típica, que permitiría constatar en la actualidad que ambas versiones pueden coexistir, manifestándose en experiencias concretas de constitución⁶⁴. Otro autor, reconocerá también como dos formas de constitucionalismo, el *aspiracional* y el *preservador*, siendo el primero aquél que busca el progreso, y el segundo el que persigue la limitación del poder, siendo ambos,

⁶⁰ Ander-Egg, Ezequiel, *Técnicas de investigación social*, El Ateneo, México D.F., 23ª. ed., 1993, p. 146.

⁶¹ Bunge, Mario, *La investigación científica: su estrategia y su filosofía*, Ariel, Barcelona, 2ª ed. corr., p. 456.

⁶² En un sentido similar, pero referido al Estado Constitucional, Peter Häberle ha indicado que ha funcionado como “arquetipo” que tiene como elementos fundamentales la dignidad humana y la soberanía popular. Véase Häberle, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000, cfr. p.33.

⁶³ Pisarello Prados, Gerardo, *¿Constitucionalismo sin Constitución o Constitución sin constitucionalismo?* En *Revista de derecho constitucional europeo*, Instituto Andaluz de Administración Pública y Universidad de Granada, Granada, número 5, año 2006, cfr. pp. 247-248.

⁶⁴ La Torre, Massimo, *Constitucionalismo de los antiguos y de los modernos*. Constitución y “Estado de excepción”. En *Revista Derechos y Libertades*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, número 24, época II, enero 2011, pp. 45-65, cfr. p. 46.

nuevamente “tipos ideales”, ya que se trata de una distinción de “carácter más analítico que descriptivo”⁶⁵.

1.3. La posición adoptada para la presente investigación

Como hemos revisado, no es posible encontrar un único y correcto concepto de constitucionalismo, sino más bien existen diferentes preferencias metodológicas y políticas que permiten optar por un sentido u otro. El contexto en el que se emplee el término permitirá definir el uso que se le dará al mismo.

Por lo mismo, corresponde que, para efectos de continuar con la presente investigación, se establezca el sentido que se le dará a la palabra en cuestión. De esta manera cuando se aluda al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano se usará la expresión constitucionalismo en un sentido jurídico y no político. Esto, por cuanto no se referirá exclusivamente a los mecanismos de garantías internas de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico, sino que al proceso político mediante el cual la norma constitucional, a partir de ciertos principios fundantes, es apta para su efectividad en un sistema determinado.

Así las cosas, debo cerciorarme de encontrar qué uso es el que corresponde a aquella narración dinámica del constitucionalismo en estadios sucesivos desde el constitucionalismo burgués-liberal hasta los fenómenos actuales de constitucionalismo. En ese contexto, dentro de los diferentes conceptos políticos de constitucionalismo, rechazaremos *a priori*, sus usos como forma de organización y como movimiento. El primero, por cuanto escapa al paradigma de constitución moderno-normativo y convive con un paradigma antiguo-descriptivo que no es útil para explicar el fenómeno del poder en los términos indicados. El segundo, ya que abordar los movimientos constitucionales o, mejor, constitucionalistas, implica una investigación propia de otras disciplinas como la Historia Social o la Sociología.

Metodológicamente, la alternativa entre el constitucionalismo como construcción teórica o como modelo, será resuelta en favor de esta última, por cuanto el objetivo es reconocer los diferentes patrones o arquetipos de constitucionalismo, y revisar, como se relacionan con los derechos fundamentales.

A pesar de existir diferentes formas o tradiciones de constitucionalismos, se puede elaborar un concepto común del constitucionalismo político entendido como modelo, y será aquel diseño de la relación existente entre el poder y la población de un Estado, cuyo objetivo principal es obtener el respeto y protección de los derechos fundamentales a través de herramientas establecidas en un sistema constitucional orientado a ese efecto. Por cierto que este mínimo conceptual será enriquecido por las tradiciones de constitucionalismo que determinarán a qué poder se refiere, cuáles son los derechos protegidos y a través de qué medios, todo ello dentro de un sistema constitucional compuesto por su contenido sustancial y por las formas previstas para hacerlo efectivo.

A partir de ahora, cuando se hable de constitucionalismo será en el sentido de “constitucionalismo político como modelo”.

⁶⁵ García Villegas, Mauricio, *Constitucionalismo aspiracional*. En *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Universidad de Sevilla, Sevilla, número 29 (monográfico: “Colombia: Desafíos y posibilidades de una nación en construcción”), primer semestre de 2013, pp. 77-97, cfr. p. 80.

1.4. Constitucionalismo y derechos fundamentales

El objetivo central del constitucionalismo es entregar una fórmula constitucional que permita proteger los derechos fundamentales, en relación con las amenazas o riesgos provenientes del ejercicio del poder, a través de herramientas contempladas en el sistema constitucional. De este modo, se sostendrá que existen tres criterios o variables que permitirán diferenciar las diversas formas o tradiciones del constitucionalismo, en lo referente a dicha relación entre poder y derechos fundamentales.

La primera variable será la determinación del tipo de poder que es asumido como una amenaza a los derechos fundamentales. Esto por cuanto en algunos casos, se entiende que los riesgos provienen exclusivamente del Estado y de sus órganos, pero en otras formas de constitucionalismo, aquellos pueden emanar de otras vías de poder o dominación.

El segundo criterio se relaciona con el tipo de derechos fundamentales que se sienten amenazados por aquel poder que se asume como riesgo. La historia de los derechos fundamentales reconoce diferentes generaciones de los mismos, las cuales se han construido principalmente en virtud de esta relación que se produce entre derechos y poder. Cada tradición de constitucionalismo se ocupará de enfatizar alguna categoría de derechos que está especialmente amenazada por quien detenta jurídica o fácticamente el poder dentro de una comunidad.

La tercera de las variables serán las herramientas que propongan cada forma o tradición de constitucionalismo para obtener la protección de los derechos fundamentales amagados por el ejercicio del poder. En este caso, se entra al ámbito de las “garantías de derechos”, entendiendo por ellas no solo el “conjunto de medios que el ordenamiento prevé para la protección, tutela o salvaguarda de los derechos fundamentales” como se define comúnmente⁶⁶ y propio de un análisis de *lege data*, sino que más bien en las propuestas de diseño de la relación poder-derechos y por lo mismo, que se desarrolla a nivel de *lege ferenda*, sin perjuicio que dichas ideas se plasmen o no en la constitución escrita.

En las próximas páginas de este capítulo se analizará cada una de estas variables en cuatro tradiciones de constitucionalismo, a saber: el constitucionalismo liberal, el constitucionalismo social, el constitucionalismo democrático, el neoconstitucionalismo y el constitucionalismo popular. Las dos primeras tradiciones tienen en común que se tratan de modelos que han sido recogidos positivamente *en las constituciones*, mientras que las dos posteriores se trata más bien de aproximaciones *acerca de las constituciones* sin que necesariamente existan concreciones normativas específicas. En los capítulos siguientes se extenderá este análisis en relación con el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

2.- El constitucionalismo liberal.

El modelo propio del constitucionalismo liberal nace a partir de las grandes revoluciones de los siglos XVII y XVIII, en particular, la Revolución Gloriosa británica de 1688, la Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica de 1776 y la Revolución Francesa de 1789⁶⁷. SÁNCHEZ explica que

⁶⁶ Díez-Picazo, op. cit, p. 69.

⁶⁷ La narración histórica de estos procesos se puede encontrar en: Dippel, op. cit.; Jiménez Asensio, op. cit.; Fioravanti, op. cit., pp. 17-58; Ortega Santiago, Carlos, *El derecho constitucional en su contexto: El ámbito cultural del constitucionalismo*. En *Teoría y realidad constitucional*, Universidad Nacional de Educación a

sus bases son de dos tipos: sociales e ideológicas, siendo las primeras el ascenso de la burguesía y las segundas, la aparición del liberalismo⁶⁸.

Respecto del término “burguesía”, históricamente se origina para aludir a los mercaderes habitantes de los *burgos* durante la Baja Edad Media. Ya en el Siglo XVII, la población burguesa comenzó a sentirse como una potencia política tan independiente que, en palabras de LASSALLE se dijo “no quiero seguir siendo una masa sometida y gobernada, sin voluntad propia: quiero tomar en mis manos el gobierno y que el príncipe se limite a reinar con arreglo a mi voluntad y a regentar mis asuntos e intereses”⁶⁹. Es por eso que SIEYÈS, al entender que formaba parte del Tercer Estado, expresaba la modesta intención de disponer en los Estados Generales “de una influencia a lo menos igual a la de los privilegiados”⁷⁰. No obstante ello, el uso de la expresión *burguesía* trasciende a su contexto histórico de origen y, tal como anota WEBER, puede ser entendido como “determinadas categorías de clases sociales, caracterizadas por unos ciertos intereses económicos”⁷¹, o de acuerdo a MARX y ENGELS, como aquella clase que luego de surgir de las ruinas de la sociedad feudal creó nuevas formas de opresión que pervive, generando nuevas condiciones de opresión sobre la clase social sometida, como es el proletariado⁷².

En relación precisamente con el liberalismo de los movimientos burgueses, GARCÍA-PELAYO asevera que se caracteriza por una concepción individualista, es decir, donde los individuos y no los grupos intermedios “constituyen la verdadera esencia”; donde los valores individuales son superiores a los colectivos, y el individuo “decide su destino y hace la Historia”⁷³. De esta manera, “el constitucionalismo se transforma en el cauce ideal para el liberalismo” dice MATTEUCI⁷⁴, por cuanto “es una técnica de la libertad contra el poder arbitrario”⁷⁵, específicamente en su origen, el poder del monarca absoluto⁷⁶.

John LOCKE (1632-1704) y el Barón de MONTESQUIEU (1689-1755) son dos de los autores más importantes de esta corriente, al punto de ser denominados “los padres del liberalismo”⁷⁷.

En relación con LOCKE, mientras en su Primer Tratado sobre el Gobierno Civil (1660) intenta destruir con argumentos bíblicos el argumento de FILMER en torno a que “*todos los hombres, salvo*

Distancia (UNED), número 21, 2008, cfr. pp. 331-353; Matteucci, Nicola, *Organización del poder y libertad*. Historia del constitucionalismo moderno, Trotta, Madrid, 1998 y Carbonell, Miguel, *Para comprender los derechos*. Breve historia de sus momentos clave, Palestra, Lima, 1ª ed., 2010.

⁶⁸ Sánchez Ferriz, Remedio, *El Estado Constitucional: Configuración histórica y jurídica*. Organización funcional. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1ª reimpr., 2009, cfr. p. 91.

⁶⁹ Lasalle, Fernando, *¿Qué es una constitución?*, Traducción de W. Roces, Cenit, Madrid, 1931, p. 80.

⁷⁰ Sieyès, Emmanuel-Joseph, *¿Qué es el tercer estado?* En *Revista de la Universidad Nacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., número 21, 2009, p. 40.

⁷¹ Weber, Max, *Historia económica general*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 8ª reimpr., 2001, p. 176.

⁷² Marx, Karl y Engels, Friedrich, *Manifiesto comunista*, traducción de Elisa Dapia, Ediciones Brontes, Barcelona, 2009, cfr. pp. 80-94.

⁷³ García-Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional comparado*. Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 8ª ed., 1967, p. 143. Ello explica por qué bajo el constitucionalismo liberal “*se pone al individuo como sujeto único de derecho*”, como se sostiene en: Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales*. Apuntes de historia de las constituciones, Trotta, Madrid, 6ª ed., 2009, cfr. p. 55.

⁷⁴ Matteucci, op. cit., p. 261.

⁷⁵ Ídem, p. 24.

⁷⁶ Ortega, op. cit., cfr. p. 332.

⁷⁷ Sánchez Ferriz, Remedio, *Veinte años de derechos fundamentales*, Anuario Jurídico de La Rioja, Universidad de La Rioja, número 4, 1998, pp. 187-208. Particularmente respecto de Locke, Jiménez Asensio afirma “*En un plano doctrinal, no cabe duda de que el constitucionalismo inglés conoce con Locke su cénit en cuanto a la aportación teórica al constitucionalismo moderno*”. Jiménez, op. cit., p. 113.

uno de ellos, han nacido esclavos”, en el Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil (1662) construye la tesis de que la sociedad política o civil nace a partir de la libertad natural y del consentimiento de los hombres, lo cual aparece como una reacción al absolutismo⁷⁸. Respecto de lo expuesto en este Segundo Tratado, es importante señalar que para su autor, los hombres han nacido naturalmente libres y, por lo mismo, ninguno puede ser extraído de ese estado ni sometido al poder político de otro, sin su propio consentimiento⁷⁹. De aquí que del origen libre de la sociedad civil se colige que su gobierno sea esencialmente revocable por parte de la comunidad, toda vez que la sociedad civil conserva siempre la última decisión o poder soberano. Ahora, si se tiene presente que para LOCKE existen derechos que son naturales y, por lo tanto, anteriores a la formación del Estado, entonces aquellos operarán como límite al ejercicio del poder político cuyo desconocimiento justifica, incluso, la resistencia civil⁸⁰.

Por su parte, el núcleo del pensamiento de MONTESQUIEU consiste en la crítica del despotismo, y el análisis de las condiciones de la libertad política⁸¹, constituyendo su obra más relevante “El Espíritu de las Leyes” (1748). En ella, describe al despotismo como un gobierno sin ley, donde las decisiones quedan entregadas a la voluntad y capricho del gobernante, distinguiéndose así de la monarquía y de la república, que son modelos moderados caracterizados por leyes fijas y establecidas⁸². La libertad política según este autor no consiste en hacer lo que se quiere sino en poder hacer lo que se debe querer y en no ser obligado a hacer lo que no debe quererse. Así, la libertad de este modo concebida sólo tendrá lugar en los gobiernos moderados, los cuales pueden llegar a convertirse en despóticos si no se evitan los abusos derivados del poder, ya que nos ha enseñado una experiencia eterna que todo hombre investido de autoridad abusa de ella. Por esta vía, MONTESQUIEU perfecciona la tesis ya iniciada por LOCKE, relativa a la división de los poderes, en “el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes y el Poder Ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil”, ya que entiende que gracias a ella los ciudadanos pueden tener la tranquilidad gozan de seguridad y ninguno podrá temer de los demás⁸³.

Además de los referidos autores, parece necesario destacar el trabajo de Emmanuel-Joseph SIEYÈS (1748-1836), en particular por su tesis relativa a la soberanía nacional, por el valor de la representación política para la formación de la voluntad general, por poner de relevancia los instrumentos de garantía como mecanismos para limitar los poderes públicos⁸⁴, y por su construcción teórica en torno a la idea de poder constituyente⁸⁵.

Más tarde, entre 1787 y 1788, en Norteamérica, Alexander HAMILTON (1755-1804), James MADISON (1751-1863) y John JAY (1745-1829) publicaron en diversos periódicos de Nueva York setenta y siete artículos bajo un seudónimo común: *Publius*, los cuales –más otro ocho escritos posteriores– fueron publicados en mayo de 1788, bajo el nombre de “El Federalista”⁸⁶. Su aporte más

⁷⁸ Godoy, Óscar, *Absolutismo, tiranía y resistencia civil en el pensamiento político de John Locke*, Estudios Públicos, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, número 4, 2004, pp. 247-280, cfr. p. 263.

⁷⁹ Locke, John, *Tratado del gobierno civil*, Claridad, Buenos Aires, 2ª ed., 2005, cfr. p. 77.

⁸⁰ “Así pues, el pueblo conserva siempre el poder de liberarse de las empresas de toda especie de personas, y aun de sus legisladores si estos llegasen a ser tan ilusos o malvados que quisiesen formar designios contra la libertad y prosperidades de sus súbditos”. Locke, John, op. cit., p. 113.

⁸¹ Abellán, Joaquín, *Liberalismo clásico (de Locke a Constant)*, en Mellón, Joan Antón (ed.), *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*, Tecnos, Madrid, 2ª ed., 2006, 2ª reimpr., 2012, cfr. p. 23.

⁸² Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*. Análisis de la obra y elogio del autor por Jean D’Alembert, Montesquieu por Charles-Agustin Sainte-Beuve, Heliasta, Buenos Aires, 2005, cfr. p. 51.

⁸³ Ídem, cfr., p. 180-182

⁸⁴ Fioravanti, *Constitucionalismo*, op. cit., cfr. p. 39.

⁸⁵ Dippel, op. cit., cfr. pp. 79-86.

⁸⁶ Véase prólogo de El Federalista. En Hamilton, Alexander; Madison, James y Jay, John, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2ª ed., 2001, 2ª reimpr., 2006, p. XI.

relevante radica en entender a la Constitución como un texto escrito que opera como ley fundamental que diseña un poder público limitado principalmente a través de la división del mismo, además por la exigencia de contar con un Poder Judicial que opere tanto como fiel guardián de los derechos y libertades que esta consagra, como quien debe controlar la constitucionalidad de las leyes⁸⁷.

El modelo liberal tiene como primeras concreciones positivas, las Constituciones de los Estados Unidos y Francia, de 1787 y de 1791, respectivamente. El caso británico es complejo, por cuanto no es posible encontrar una constitución escrita en su proceso revolucionario, pero igualmente en su historia emergen los principios liberales, aun cuando Inglaterra “carezca de una codificación explícita por una especie de resistencia que caracteriza la tradición política inglesa a formas excesivas de racionalización”⁸⁸.

A partir de estas experiencias, el liberalismo logra impregnar otros movimientos constitucionales, como sucedió con la influyente Constitución de Cádiz de 1812⁸⁹ y con las constituciones de Holanda (1815), Portugal (1822), y Bélgica (1831)⁹⁰. El caso alemán es particular, ya que la construcción de un constitucionalismo liberal tomó muchos años, desde la Constitución napoleónica del Reino de Westfalia de 1808, pasando por la Constitución del Ducado del Principado de 1831, hasta la Constitución de Fráncfort de 1849 que termina por consolidar una monarquía constitucional para el estado nacional⁹¹.

La llegada de las ideas liberales a América Latina se produce durante la época de la Independencia, tanto por políticos españoles que se radicaron en estas tierras – es el caso, por ejemplo, de José Joaquín de MORA⁹²–, como también por el regreso a tierras americanas de criollos que habían conocido de estas ideas en sus estudios en Europa. Esto último ocurrió con el mexicano José María MORA y el argentino Bernardino RIVADAVIA⁹³. Aunque probablemente no sea del todo decisiva, HEISE reconoce cierta influencia del liberalismo español, manifestado en la revolución liberal de 1808 a 1812, en los criollos americanos a través de tres notables lecciones: el derecho a la independencia; el repudio al absolutismo y el ejercicio activo de la soberanía; y el reconocimiento del poder constituyente en la nación⁹⁴. De este modo, tal como lo constata GARGARELLA, es posible reconocer el influjo de los textos constitucionales norteamericano, francés y gaditano, en las constituciones de Chile de 1828; de Perú de 1823, 1828, 1834, 1856 y 1867; de Colombia de 1823 y 1853; de Venezuela de 1858 y 1864; de México de 1857 y de Argentina de 1853⁹⁵.

⁸⁷ Sobre la importancia de El Federalista, véanse prólogo de Velasco R., Gustavo en Hamilton, Alexander; Madison, James y Jay, John, op. cit.; Fioravanti, *Constitucionalismo*, op. cit., pp. 40-42; Hampsher-Monk, Iain, *Historia del pensamiento político moderno*. Los principales pensadores políticos de Hobbes a Marx, Ariel, Barcelona, 1ª ed., 1996, pp. 233-303 y García García, José Francisco, *Tres aportes fundamentales de El Federalista a la teoría constitucional moderna*. En *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. 20, número 1, 2007, pp. 39-59.

⁸⁸ Matteuci, op. cit., p. 26

⁸⁹ Dippel, op. cit., cfr. p. 99.

⁹⁰ Blanco, op. cit., cfr. pp. 340-341.

⁹¹ Para revisar la historia de la evolución constitucional del liberalismo alemán, véase Dippel, op. cit., cfr. pp. 99-162.

⁹² Sobre el pensamiento liberal de José Joaquín de Mora véase: Ibarz, Virgilio y León, Ramón, *José Joaquín de Mora (1783-1864): un introductor de la escuela escocesa del sentido común en el Perú, Bolivia y España*. En *Revista de Historia de la Psicología*, Publicacions de la Universitat de València, Valencia, volumen 30, número 2-3 (junio-septiembre), 2009, pp. 2009, pp. 145-152.

⁹³ Gargarella, Roberto, *Los fundamentos legales de la desigualdad*. El constitucionalismo en América (1776-1860), Siglo Veintiuno Editores, Madrid, 1ª ed., 2005, cfr. p. 200.

⁹⁴ Heise González, Julio, *150 años de evolución institucional*, Andrés Bello, Santiago de Chile, 3ª ed., 1977, cfr. pp. 16-17.

⁹⁵ Gargarella, op. cit., cfr. p. 216.

Sin embargo, el constitucionalismo liberal no queda circunscrito a las revoluciones europeas ni a la formación de los nuevos estados independientes americanos. Tal como subraya PERALTA, el siglo XX conoció otros autores liberales que se preocuparon de la teoría liberal, de la autonomía individual y de la protección de la libertad frente a las amenazas modernas, como es el caso de HAYEK, RAWLS y NOZICK⁹⁶. A partir de las reformulaciones del liberalismo, es posible constatar la existencia de constituciones *neoliberales*, con un importante énfasis en las libertades en el ámbito del emprendimiento y el comercio, como la de Ecuador de 1979⁹⁷, la de Chile de 1980⁹⁸, o la frustrada Constitución Europea cuyo proyecto consta en el Tratado de Roma de 2004⁹⁹.

Según vamos a revisar en las próximas páginas, el enemigo potencial o la principal amenaza a los derechos fundamentales según el constitucionalismo liberal, es el poder estatal o político, particularmente cuando su ejercicio sea arbitrario. Los derechos que resultan especialmente amagados, y que trata de proteger son: las libertades individuales, entendidas estas en su sentido negativo; el derecho a sufragio como principal derecho político; y la igualdad formal, esto es, la interdicción a las diferencias arbitrarias. Para proteger estos derechos, el constitucionalismo liberal ideó una serie de herramientas, dirigidas principalmente a limitar aquel riesgoso poder, a las cuales bien podríamos llamar “garantías en sentido extenso”¹⁰⁰. Algunas de ellas operan en el plano de la organización política como son la división del poder (vertical y horizontal), y el Estado legal de Derecho, mientras que otras representan recursos más directos de protección como la constitucionalización o positivación de los derechos y su protección judicial.

2.1. El enemigo potencial para los derechos en el constitucionalismo liberal: el poder estatal

DE ASÍS señala que cuando se comienzan a plantear los límites al poder religioso, se visualiza también la necesidad de limitar el poder estatal, en atención a la estrecha relación que existía entre ambos durante los siglos XVI y XVII. Agrega que solo con la llegada del contractualismo clásico, particularmente de LOCKE, esta idea pasa a encontrar formulaciones precisas¹⁰¹. Sobre este último, su obra constituye una reacción a dos importantes pensadores de la modernidad: Thomas HOBBS (1588-1679) y Robert FILMER (1588-1653).

⁹⁶ Peralta, op. cit., cfr. pp. 71-83.

⁹⁷ Sobre el particular, véase el capítulo denominado “Neoliberalismo en gramática populista”, en Montúfar, César, *La reconstrucción neoliberal*. Febres Cordero o la estatización del neoliberalismo en el Ecuador 1984-1988, Ediciones Abya-Yala, Quito, 2000, cfr. pp. 55-92.

⁹⁸ Viera Álvarez, Christian, *Libre iniciativa económica y Estado Social*. Análisis al estatuto de la libertad de empresa en la Constitución chilena, Legal Publishing, Santiago de Chile, 1ª ed., 2013, cfr. pp. 158-173.

⁹⁹ Sanz Cintora, Ángel, *El Tratado para una Constitución Europea y la sacrosanta competitividad: Limitaciones para las políticas sociales nacionales*. En *Acciones e Investigaciones Sociales*, Universidad de Zaragoza, número 21, 2005, cfr. pp. 109-136.

¹⁰⁰ La noción de garantías en sentido extenso se distancia de la expresión restrictiva de garantía constitucional, circunscrita sólo a la mención de los derechos constitucionalizados o garantizados en una constitución. Una definición de garantía en sentido extenso es aquella que “hace referencia al conjunto de medios que el ordenamiento prevé para la protección, tutela o salvaguarda de los derechos fundamentales [, por lo que] se trata de un conjunto heterogéneo, pues abarca procedimientos de distinta índole como requisitos sustantivos, cuyo rasgo común es precisamente estar dirigidos a asegurar la observancia y la efectividad de los derechos fundamentales”. Díez-Picazo, op. cit., p. 69.

¹⁰¹ De Asís Roig, Rafael, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Editorial Debate, Madrid, 1992, cfr. p. 41.

HOBBS planteaba que en la génesis del Leviatán, todos los hombres debían, en virtud de la razón, renunciar a todos sus derechos a favor de una persona o de un grupo de personas que los gobernase, con la sola excepción de que no se puede abdicar del derecho a resistirse a quien, por la fuerza, pretende arrebatarle la vida a otra persona¹⁰², de tal modo que “con el contrato se renuncia a la libertad y a cualquier derecho que pudiera poner en peligro la paz”¹⁰³.

LOCKE, en cambio, entiende que los derechos son intrínsecos, y por lo mismo, los gobernantes están obligados a hacerlos efectivos ya que ello “*es justo natural y moralmente*”¹⁰⁴. Estando los hombres sujetos a leyes naturales, las cuales se resumen en la prohibición de dañar tanto su existencia y posesiones como la existencia y posesiones de los demás, la sociedad civil debe respetarlas, ya que en caso contrario se da origen a un estado de guerra¹⁰⁵. De este modo, el pacto en ningún caso implica renuncia absoluta de derechos, los cuales pasan a ser inalienables en relación con los individuos¹⁰⁶, y por lo mismo deben limitar el accionar de los gobernantes¹⁰⁷. Su desconocimiento implica la existencia de un gobierno arbitrario o despótico y permitirá al pueblo ejercer su derecho de rebelión.

Pero LOCKE se enfrenta de modo más directo y explícito con FILMER, en especial porque este último señalaba que si Dios había concedido la propiedad a Adán, entonces éste la había heredado a todos los monarcas del mundo y no a los súbditos; mientras que si la había concedido a todos los hombres, la idea de propiedad privada era un imposible¹⁰⁸. LOCKE critica señalando que ello es contrario a la razón, que el hombre tiene derecho a conservarse y por lo mismo de usar los bienes de la naturaleza para poder subsistir. Pero también es contrario a una correcta interpretación bíblica, ya que no se debe olvidar la concesión que Dios hizo de todas las cosas a Adán primero y a Noé después, y a toda su descendencia, de lo cual deriva el derecho de la propiedad privada¹⁰⁹.

De ambos contrapuntos, se puede colegir que en el pensamiento de LOCKE, los derechos son en primer lugar *naturales*¹¹⁰, por lo que, al ser anteriores a la sociedad organizada, son inherentes a los hombres y no concesiones provenientes del gobernante; y además, *inalienables*, lo que implica su

¹⁰² Véase: Hobbes, op. cit. capítulos XIV, pp. 106-117, y XVII, pp. 137-141.

¹⁰³ Cardona Restrepo, Porfirio, *Poder político, contrato y sociedad civil: de Hobbes a Locke*. En *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, vol. 38, número 108, enero-junio 2008, pp. 123-154, cfr. p. 133.

¹⁰⁴ Sabine, George H., *Historia de la teoría política*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 3ª ed., 1994, 7ª reimp., 2006, pp. 404-405.

¹⁰⁵ Locke, op. cit., cfr. pp. 12-29.

¹⁰⁶ Sobre el particular, véase Fernández Peychaux, Diego Alejandro, *El concepto de Derecho en Locke*. En *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Universidad de Sevilla, Sevilla, año 13, número 26, segundo semestre de 2011, cfr. pp. 26-45.

¹⁰⁷ Locke, op. cit., cfr. p. 160.

¹⁰⁸ Hampsher-Monk, op. cit., cfr. p. 113.

¹⁰⁹ Locke, op. cit., cfr. pp. 31-32.

¹¹⁰ La concepción de “derechos naturales” de Locke es de carácter racionalista y no clásica o tomista, toda vez que más que sostener que las leyes naturales vengan dadas por la divinidad, advierte que estas son elaboraciones propias de la razón. No obstante ello, es evidente la influencia del pensamiento de Tomás de Aquino en la obra de Locke, principalmente a través de Richard Hooker, *el juicioso*. Para revisar la raigambre iusnaturalista de Locke, véanse Sabine, op. cit., cfr. pp. 404-405; Facio Moreno, Ángel y Trias Vejarano, Juan, *Dos notas en torno a la idea de derecho natural en Locke*. Hooker en el segundo tratado de gobierno civil. Pufendorf y la fundamentación individualista de la sociedad y el estado. En *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, número 109, Madrid, 1960, cfr. pp. 159-174 y Labrada Rubio, Valle, *Introducción a la teoría de los derechos humanos: Fundamento, historia, Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948*, Civitas, Madrid, 1ª ed., 1998, cfr. pp. 41-42.

inviolabilidad y un límite al poder de quien ejerza el poder. En su pensamiento, por lo tanto, comienza a forjarse la idea de límite del poder político a través de los derechos.

El liberalismo posrevolucionario y *posnapoleónico* francés agudiza más aún el ámbito de protección de las libertades individuales, ya que no sólo las resguarda de las arbitrariedades del monarca, sino en general de todo el poder estatal. Por ejemplo, Benjamín CONSTANT (1767-1830), describe una concepción de libertad individual como independencia del individuo y el disfrute de su autonomía. A partir de ella, todo el ámbito político queda subordinado a los derechos de los individuos, por lo que, a diferencia de ROUSSEAU, el poder proveniente del pueblo no es ilimitado, sino que reconoce en dichos derechos su límite preciso.¹¹¹

Esta tradición de desconfianza hacia el poder político perdura hasta ciertas manifestaciones del liberalismo contemporáneo que construyen la tesis de un estado limitado, encargado de ciertas funciones que se estiman esenciales pero con reducido campo de acción, de modo de permitir el pleno desarrollo de las libertades individuales, especialmente en el plano económico. Es el caso de los autores que integraron la llamada “Escuela Austríaca”¹¹², como Ludwig von MISES (1881-1973)¹¹³ y Friedrich HAYEK (1899-1992)¹¹⁴. Será en definitiva Robert NOZICK (1938-2002), quien en “Anarquía, Estado y utopía” acuñará el término “estado mínimo” al señalar que el Estado sólo se justifica si queda “limitado a las estrechas funciones de protección contra la violencia, el robo y el fraude, de cumplimiento de contratos, etcétera”, agregando que “cualquier Estado más extenso violaría el derecho de las personas de no ser obligadas a hacer ciertas cosas y, por tanto, no se justifica; que el Estado mínimo es inspirador, así como correcto”¹¹⁵.

2.2. Los derechos protegidos por el constitucionalismo liberal

El constitucionalismo liberal, entendido según se ha propuesto, como “modelo”, se ocupa de asegurar aquella categoría de derechos denominados civiles y políticos. Los primeros buscan el resguardo de ámbitos de autonomía de las personas, a los que podemos llamar también “libertades individuales”. Los segundos corresponden a derechos de participación política¹¹⁶.

¹¹¹ Abellán, op. cit., cfr. pp. 27-28.

¹¹² Marrone, Pierpaolo, *Los intentos de una nueva fundación: neoliberalismo, neocontractualismo, comunitarismo*, en Duso, Giuseppe (coord.), *El Poder. Para una historia de la filosofía política, Siglo Veintiuno Editores, México D.F., 2005, pp. 387-401, cfr. pp. 387-390.*

¹¹³ “Frente a tanto dogmatismo y formal legalismo conviene reiterar que el fin único de las normas legales y del aparato estatal de coacción y violencia es el permitir que la cooperación social pacíficamente funcione. Goza el gobierno, desde luego, de poder para decretar precios máximos y subsiguientemente castigar e incluso ajusticiar a quienquiera ose contravenir tales disposiciones”. Mises, Ludwig Von, *La acción humana. Tratado de economía*, Unión Editorial, Madrid, 4ª ed., 1980, p. 1047.

¹¹⁴ “En una comunidad libre, el Estado constituye sólo una de las muchas organizaciones que pueblan el entorno social, aunque sea precisamente aquella que debe realizar la labor de facilitar un marco efectivo dentro del cual pueden ir surgiendo los diversos órdenes autogenerantes. Se trata, sin embargo, de una institución organizada cuya actividad deberá en todo momento estar limitada al ámbito del quehacer gubernamental y que en ningún caso puede condicionar la concreta actividad de individuo alguno” Hayek, Friedrich A., *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Unión Editorial, Madrid, 2ª edic., 1985, tomo III, p. 238.

¹¹⁵ Nozick, Robert, *Anarquía, estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1ª ed., 1988, p. 7.

¹¹⁶ Véase Aldunate Lizana, Eduardo, *Derechos Fundamentales*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 1ª ed., 2008, cfr. p. 59. Cabe hacer presente que otros autores definen en términos más amplios los derechos civiles,

Una diferencia importante entre ambos es que mientras los civiles son innatos, pues se predicen de todo individuo, en cuanto parte del género humano, los políticos corresponden solo a los individuos que califican para un estatus previamente definido, vinculado tanto con la nacionalidad como con la calidad de ciudadano¹¹⁷. Las dos categorías de derechos se unen, sin embargo, por cuanto representan dos esferas de autonomía, una en el plano individual y otra en el plano social o político, que deben ser respetados por el poder y que se resumen en la máxima liberal del “Gobierno representativo limitado por el Derecho”¹¹⁸

2.2.1. Los derechos civiles

Como señalamos previamente, para el constitucionalismo liberal solo los derechos civiles, y no los derechos políticos, pueden ser identificados como derechos innatos o naturales¹¹⁹. Al tener este carácter, estos derechos pasan a tener –bajo esta concepción– un alcance universal, que “afectan”, en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, a toda la humanidad en cualquier circunstancia. Además, permitirán configurar un pacto social, donde el nuevo orden ha de ser respetuoso de ellos, como un verdadero programa de acción política¹²⁰.

GARCÍA-PELAYO afirma que uno de los elementos centrales de la fórmula liberal es la afirmación de unos derechos naturales que arrancan con los hombres, los que representan la concreción de la teoría abstracta del Derecho Natural, que se revelan a la razón y, en consecuencia, son concebidos como anteriores al Estado, que no los crea, sino simplemente los reconoce¹²¹. PECES-BARBA, en tanto, destaca que la expresión “derechos naturales” supone: (1) unos derechos previos al poder y al Derecho positivo, pero que como provienen del Derecho Natural tienen una dimensión jurídica; (2) se descubren por la razón en la naturaleza humana; y (3) se imponen a todas las normas del Derecho creado por el Soberano y son un límite a la acción¹²².

El carácter natural de los derechos se plasma, por ejemplo, en la Declaración francesa de Derechos del Hombre y el Ciudadano del año 1789, que indicaba “*Los hombres nacen libres e iguales en derechos*” y, antes, en la Declaración de Independencia norteamericana de 1776: “*Sostenemos como incontestables y evidentes por sí mismas las siguientes verdades: que todos los hombres han sido creados iguales; que han sido dotados por el Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos derechos están, en primer lugar, la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad*”. Estas declaraciones son importantes, según BOBBIO ya que a partir de ellas los derechos naturales dejan de

no asociados exclusivamente a las libertades, sino también incluyen inviolabilidades como el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, y también la igualdad ante la ley, entendida como igualdad formal. Al respecto, véase Díez-Picazo, op. cit., cfr. p. 35. Trabajaré con la expresión “derechos civiles”, aun cuando en otro apartado revisaré con mayor detalle la situación de la igualdad formal o ante la ley.

¹¹⁷ Aldunate, op. cit., cfr. p. 57.

¹¹⁸ Peralta, op. cit., cfr. pp. 33-34.

¹¹⁹ Símbolo de dicha aseveración se descubre en el art. 29 letra c) de la Convención Americana de Derechos Humanos que dispone que: “*Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno*”, constatándose que los derechos de naturaleza política no son naturales.

¹²⁰ García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos*, la formación del Derecho Público europeo tras la revolución francesa, Alianza Editorial, Madrid, 2ª. reimpresión, 1991, pp. 58-59.

¹²¹ García-Pelayo, op. cit., cfr. pp. 149-150.

¹²² Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*. Teoría general, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, cfr. p. 26.

ser una aspiración ideal, y se transforman en verdaderas pretensiones jurídicamente reconocidas y protegidas contra eventuales violaciones por parte de particulares y de los poderes públicos¹²³.

Las libertades individuales para el constitucionalismo liberal son entendidas como espacios de autonomía individual frente a la amenaza de intromisión antijurídica de los poderes estatales en la esfera privada¹²⁴, o sea, como aquella libertad negativa que BERLIN –extendiendo su ámbito de protección más allá del Estado– entiende como “el ámbito en que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros”¹²⁵. Por lo mismo, tales derechos implican un deber negativo de abstención para el Estado, esto es, un comportamiento pasivo o, cuando más, una intervención estrictamente limitada por parte de las autoridades públicas¹²⁶.

Por ello, bajo este constitucionalismo el derecho a la vida se satisfará si el Estado no mata, o la libertad de movimiento si el Estado no detiene injustamente, o la libertad de expresión si el Estado no censura, o el derecho de propiedad si no priva injustamente de los bienes, o el derecho a la vida privada si el Estado no se inmiscuye en ella, sino que siempre se exigirá cierta actividad positiva del poder público de modo de permitir que estos derechos puedan ejercerse eficaz y libremente. HOLMES y SUNSTEIN abordarán este punto con mayor claridad cuando demuestran, a partir del célebre caso *Roe vs. Wade* de 1973, que en el campo de las libertades, el Estado no sólo debe abstenerse de afectarlas sino que también le corresponde asegurar el derecho constitucional a los recursos financieros para aprovechar todas las variedades de elección protegidas. De allí que finalmente todos los derechos, incluso estas libertades individuales, terminan siendo derechos positivos, generan un costo y no pueden garantizarse solo a partir de la inmovilidad del aparato público¹²⁷.

2.2.3. Los derechos políticos

Los derechos políticos pueden ser definidos como aquellos que tienen como finalidad garantizar la gestión democrática de los asuntos públicos¹²⁸. A diferencia de lo que sucede con las libertades individuales, que operan como libertades negativas, estos derechos representan libertades positivas, entendiendo por tales aquellos que permiten a las personas que sus vidas y decisiones dependan de sí mismas y no de fuerzas exteriores¹²⁹. Así lo sostiene PERALTA, toda vez que se refieren a la participación en la toma de las decisiones al interior de la comunidad¹³⁰.

¹²³ Bobbio, op. cit. cfr. p. 39

¹²⁴ Peralta, op. cit., cfr. p. 237.

¹²⁵ Berlin, Isaiah, *Dos concepciones de libertad*, p. 3. Disponible en: <http://kybernavutas.mx/filesblog/37c454c7-c87f-4d15-81a3-516f13de354f.pdf> (revisado el día 26 de agosto de 2015).

¹²⁶ Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *La naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales*. La posibilidad de definirlos jurídicamente, en Madrazo Cuéllar, Jorge (Dir. Gral.), *Anuario jurídico XII*. Memoria del Seminario sobre protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Memoria del Primer Seminario Nacional de derecho procesal penal, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1ª ed., 1985, pp. 239-256, cfr. p. 240.

¹²⁷ Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *El costo de los derechos*, por qué la libertad depende de los impuestos, traducido por Stella Mastrangelo, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011, cfr. pp. 55-69.

¹²⁸ Díez-Picazo, op. cit., cfr. p. 35. No corresponde a este apartado identificar si el constitucionalismo liberal logró, por sí mismo, la plena efectividad de aquella gestión democrática de los asuntos públicos. Más adelante, a partir del constitucionalismo liberal volveré sobre este punto.

¹²⁹ Berlin, op. cit., cfr. p. 8.

¹³⁰ Peralta, op. cit., cfr. pp. 247-248.

En ese contexto, el modelo liberal entiende que la efectividad de los derechos políticos se cumple con el ejercicio de la democracia representativa¹³¹. Esto por cuanto supone que gracias a la representación, el actuante da presencia a un ser no operante, al pueblo-nación, dotando al ejercicio del poder político de legitimidad más que de mera legalidad¹³². Dicha legitimidad radica, precisamente en que la actuación del gobernante sirva para expresar la voluntad de los ciudadanos, la cual, a su vez, se despliega a través de los derechos políticos. Aun cuando la titularidad de estos derechos aún es insuficiente, toda vez que todavía quedaba un importante número de personas sin poder ejercerlos, es gracias al constitucionalismo político que se empieza a elaborar el problema de la legitimidad del poder a partir de la mayor participación de las personas en las decisiones públicas.

Los derechos políticos se enmarcan dentro de un concepto más amplio, como es el de las libertades políticas, de las cuales provienen. Los derechos políticos son la concreción de la libertad política, y su ejercicio quedará restringido a los ciudadanos. La libertad, en tanto, fuente de aquellos derechos también permitirá fundar, décadas después, otra autonomía: la de los pueblos¹³³. Esta se comienza a construir con el contractualismo, particularmente de LOCKE quien enmarca el pacto en miras del resguardo de derechos, es decir, lo conjuga en un cuadro teórico favorable al constitucionalismo¹³⁴. Sin embargo, se sistematiza con la construcción teórica atribuida a SIEYÉS, como fue el concepto de “poder constituyente”. En su opúsculo “¿Qué es el Tercer Estado?” (1789), critica el sistema estamental, que excluye al estado llano, a la Nación, quien es en definitiva la titular del poder constituyente, y desde dicha calidad crea a los poderes constituidos¹³⁵.

Aun así, y tal como he venido diciendo, la construcción de LOCKE y SIEYÉS, a pesar de representar un notable avance en la configuración de la idea moderna de poder constituyente, sigue siendo germinal, ya que seguía débil en la inclusión de todos los actores políticos, al estar acotada exclusivamente a los burgueses, y no a toda la comunidad. Y es que la participación política ha tenido una expansión desde las primeras formulaciones liberales. Tal como lo anota DAHL, la constitución del pueblo o demos en la construcción del primer liberalismo resulta insatisfactoria para los estándares posteriores. En efecto, aquel pueblo estaba integrado solo por varones blancos adultos, pero quedaban fuera las mujeres, los esclavos, los negros libres y los indígenas, en el caso norteamericano. Con el tiempo estas exclusiones, serán consideradas, en general, no-democráticas¹³⁶.

Lo importante es que, a partir de estas ideas, como lo recalca BOCKENFÖRDE, el orden social y político deja de ser una ordenación natural, impuesta por decisión divina, sino que es creación de la voluntad y decisión soberana de los hombres, quienes “toman en sus manos su propio destino y la misma ordenación del mundo”¹³⁷.

2.2.3. La igualdad formal

Hemos hecho referencia anteriormente que, para el constitucionalismo liberal, los derechos son naturales, por lo que si todos gozan de las mismas libertades es porque “todos los hombres han

¹³¹ Sobre la relación entre derechos y democracia, véase Dahl, Robert, *La Democracia*. En *POSTData*, Revista de reflexión y análisis político, Buenos Aires, número 10, diciembre 2004, pp. 11-55, cfr. p. 13.

¹³² García-Pelayo, op. cit., cfr. p. 174

¹³³ La relación entre derechos políticos y libertad política puede encontrarse en Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Ariel, Barcelona, 2ª ed., 1980, cfr. pp. 211-228.

¹³⁴ Segovia, op. cit., cfr. p. 81.

¹³⁵ Pisarello, Gerardo, *Procesos constituyentes*. Caminos para la ruptura democrática, Trotta, Madrid, 2014, cfr. pp. 36-39.

¹³⁶ Dahl, op. cit., cfr. p. 23.

¹³⁷ Bockenförde, op. cit., p. 164.

sido creados iguales”, según dispone la Declaración de Independencia norteamericana (1776). De allí que BOBBIO sostenga que la igualdad es proclamada como condición fundamental para la libertad, y no como un derecho¹³⁸.

Dicha igualdad es interpretada por el constitucionalismo liberal en sentido de igualdad formal o igualdad ante la ley, vale decir como la seguridad que se gozará de una identidad de posición de los ciudadanos ante la ley, como equiparación de situaciones frente a los efectos y los alcances de la ley¹³⁹.

A partir de esta concepción, se generan dos efectos importantes. En primer lugar, se busca abolir la sociedad estamental proveniente del Antiguo Régimen, en la que cada grupo social poseía su propio estatuto jurídico. De ahí que la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789) estableciera en su artículo 6º que la ley “debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga”. Lo que pretende este modelo, por lo tanto, es eliminar las inmunidades y privilegios jurídicos hasta ahora existentes¹⁴⁰. En los hechos, sin embargo, la eliminación de los estatutos personales no traerá necesariamente como consecuencia una igualdad efectiva de clases, toda vez que solo se trata de igualdad jurídica, y no social ni económica. Como lo sostiene DíEZ-PICAZO, sólo cuando las normas jurídicas influyan en “la distribución de la estima o de la riqueza” tiene sentido aplicar el principio de igualdad ante la ley, respectivamente, al ámbito social o económico¹⁴¹.

En segundo término, se prohíben de manera genérica aquellas diferencias de trato que sean arbitrarias, injustificadas o irrazonables. Vale decir en uno y otro caso, la igualdad formal aparece revestida de un signo negativo, que se manifiesta en la prohibición tanto de mantener un régimen estatutario diferenciado, o de establecer diferencias arbitrarias¹⁴².

De este modo, para el modelo en análisis, de la misma forma como sucede con las libertades individuales, la igualdad también exige del Estado un rol pasivo. La libertad y la igualdad reclaman un rol pasivo del ente público, la primera dirigida a la no intervención en la esfera individual de los sujetos, la segunda a la no diferenciación injusta de personas o clases.

2.3. Las garantías de los derechos en el constitucionalismo liberal

En relación con las garantías elaboradas por el constitucionalismo liberal, dirigidas a resguardar la efectividad de los derechos fundamentales, distinguiré dos clases: aquellas de carácter político o institucional, y aquellas de carácter jurídico o jurisdiccional. Mientras las primeras se refieren a diseños de organización del poder político, las segundas se refieren al trato que el ordenamiento jurídico hace de los derechos.

¹³⁸ Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1ª ed., 1991, cfr. p. 38.

¹³⁹ López Guerra, Luis, et al., *Derecho Constitucional*. Volumen I: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos, Tirant lo Blanch, Valencia, 8ª ed., 2010, cfr. p. 153.

¹⁴⁰ Sobre este punto, véanse: Díez-Picazo, op. cit. cfr. pp. 177-178; y Fernández, Encarnación, *Igualdad y Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1ª ed., 2003, p. 57.

¹⁴¹ Díez-Picazo, op. cit., cfr. p. 177.

¹⁴² “La igualdad [ante la ley] equivale, pues, a la prohibición de discriminación, identificándose ésta con la arbitrariedad, con la desigualdad carente de justificación objetiva y razonable y con la no estimación, igualmente justificada, de diferencias jurídicas igualmente razonables”. Torres del Moral, Antonio, *Lección 4: Principios fundamentales del estatuto jurídico de los derechos*. En Gimeno Sendra, Vicente, et al., *Los Derechos Fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, Madrid, 1ª ed., 2007, pp. 101-130, cfr. p. 114.

Como garantías políticas, se encuentran la división del poder y el estado legal de derecho. Dentro de las garantías jurídicas o jurisdiccionales, ubicaremos la constitucionalización o positivación de los derechos y la protección judicial de los mismos.

2.3.1. Las garantías políticas o institucionales del constitucionalismo liberal

a) La división del poder

Una de las formas que ideó el constitucionalismo liberal para evitar los abusos de quien detenta el poder y proteger las libertades es limitando dicho poder a través de su división. Esta división implica el ejercicio de diversas formas de control, ya sea que opere entre los órganos del Estado o bien, entre el nivel central y las unidades geográfico-administrativas que componen dicho Estado, distinción que LOEWENSTEIN denomina controles horizontales y verticales respectivamente¹⁴³. De aquí se concluye que en el modelo del constitucionalismo liberal se puede hablar de una primera separación del poder, que opera de modo *horizontal*, esto es, entre diversas funciones del Estado que gozan de la misma jerarquía. Y también existe una separación *vertical* que es aquella que ocurre al interior del Estado Federal, entre la Federación y las entidades federativas, y por lo mismo tiene lugar entre niveles políticos de distinta jerarquía (hacia *arriba*)¹⁴⁴.

La separación horizontal de los poderes es más que un mecanismo constitucional de dar un orden institucional al ejercicio de la soberanía: es también una garantía de derechos individuales. SÁNCHEZ nos recuerda que ha sido tan reiterada la mención de que la separación de los poderes y la protección de la libertad son los pilares del modelo liberal, que no nos hemos detenido a comprender bien la relación que existe entre ambos elementos¹⁴⁵. Es por ello que LUCAS VERDÚ advierte que la separación de poderes es un postulado indispensable para asegurar la libertad de los ciudadanos. Esto, debido a que la concentración del poder en un individuo, en un grupo de individuos o en una asamblea puede devenir en tiranía¹⁴⁶.

Es LOCKE quien construye la tesis de la separación de los poderes cuando entiende que el contrato por medio del cual se da origen a la sociedad organizada debe contemplar “una ley establecida, aceptada, conocida y firme”, un juez reconocido e imparcial, y “un poder suficiente que respalde y sostenga la sentencia cuando ésta sea justa”. Dicha construcción teórica la elabora desde el contractualismo, para la edificación de un Estado que permita resguardar la libertad y, fundamentalmente la propiedad, y de esa manera abandonar los temores y peligros que subyacen en el estado de naturaleza, caracterizado por una inseguridad constante¹⁴⁷. Se trata de una garantía que opera *ab-initio*, desde la génesis del Estado, como una cláusula –probablemente la más importante– del pacto constitutivo.

¹⁴³ Al respecto, véase Loewenstein, op. cit., p. 39.

¹⁴⁴ Pereira Menaut, por su parte la denomina separación de poderes *territorial*, para oponerla a la *institucional*, que es la clásica que distingue entre poder ejecutivo, legislativo y judicial. Véase Pereira Menaut, Antonio Carlos, *Teoría constitucional y otros escritos*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2ª ed., 2006, cfr. p. 116. También: Häberle, op. cit., cfr. p. 332.

¹⁴⁵ Sánchez, *El Estado Constitucional: Configuración histórica y jurídica. Organización funcional*, op. cit. cfr. p. 361.

¹⁴⁶ Lucas Verdú, Pablo, *Curso de Derecho Político. Volumen II: La crisis de la teoría del Estado en la actualidad. Federalismo y el Estado federal. La teoría de la constitución en el marco del derecho político*, Tecnos, Madrid, 3ª ed., 1981, cfr. p. 133.

¹⁴⁷ Para la separación de los poderes en este autor, véase Locke, op. cit., cfr. pp. 95-98.

Luego, será con MONTESQUIEU, que la separación de poderes tendrá una orientación distinta, como garantía de dicha autonomía, al sostener que la libertad política dentro del Estado consiste “en el derecho de hacer lo que las leyes permitan [ya que] si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, no tendría más libertad, porque los demás tendrían el mismo poder”. Para él, tal libertad sólo existe en los gobiernos moderados, entendiendo por estos, aquellos donde el poder se encuentra limitado, o sea, “donde el poder contenga al poder”, ya que así nadie podrá ser “obligado a hacer lo que la ley no manda expresamente ni a no hacer lo que expresamente no prohíbe”. De este modo, observando la constitución inglesa, distingue tres clases de poderes: “el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes y el Poder Ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil”¹⁴⁸. A diferencia de LOCKE, el autor francés previene esta división como una reacción frente al poder despótico, por lo que es una garantía que opera ex-post, una vez constituido el poder y como garantía frente a él. Sin embargo, si hay un punto que conecta a ambos pensadores es que los dos otorgan de cierto modo una primacía al Poder Legislativo¹⁴⁹, ya sea porque es la única fuerza capaz de frenar los excesos de la monarquía o bien, por el principio de la igual sujeción a la ley, o principio de legalidad.

El principio de separación de poderes también está presente en Estados Unidos de América, el cual si bien no está expresamente recogido en su constitución, “recorre todos los recovecos del texto constitucional”¹⁵⁰. En el N° 47 de El Federalista, MADISON reconoce los méritos de MONTESQUIEU, por ser quien expuso tal principio y lo recomendó eficazmente a atención de la humanidad, para luego revisar de qué modo dicha división se había manifestado en las constituciones de los distintos Estados miembros, pero sin que ello hubiere significado una separación o aislación total¹⁵¹. Sin embargo, en el N° 78 se puede advertir la distinción sustancial de este modelo con el europeo, ya que a diferencia de este, se percibe una alta desconfianza hacia las decisiones que pudieran provenir del legislativo –precisamente el eje del diagrama propuesto por LOCKE y MONTESQUIEU–. En razón de lo anterior, es necesario, según HAMILTON, contar con tribunales de justicia independientes que controlen excesos del Parlamento que vulneren las constitucionales¹⁵². Los constituyentes norteamericanos, afirma JIMÉNEZ ASENSIO, huyen de la omnipresencia parlamentaria que puede devenir en tiranía, para lo cual no sólo insertan al poder judicial como revisor de las decisiones legislativas, sino que además, dividen al Congreso en dos ramas, y se dota al ejecutivo de un relativo poder de veto¹⁵³.

En relación con la segunda separación de poderes, la llamada separación *vertical*, GARCÍA ESCRIBANO explica que la estructura del federalismo generada por los Estados Unidos de América está intrínsecamente ligada a la *no concentración* del poder, mediante la distribución del mismo, en antagonismo con la realidad centralista de los Estados europeos. Esto contribuye a que la división vertical garantice, junto con los derechos fundamentales, la libertad política¹⁵⁴.

Esta doble división del poder como garantía de libertad se advierte en El Federalista, donde se señala que en una república unitaria todo el poder que cede el pueblo es administrado por un solo gobierno, evitando las usurpaciones, dividiéndolo en departamentos separados y diferentes. No ocurre lo mismo en lo que denomina “la compleja república americana”, donde el poder se divide primero

¹⁴⁸ Para la separación de los poderes en este autor, véase Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*. Análisis de la obra y elogio del autor por Jean D’Alembert, Montesquieu por Charles-Agustin Sainte-Beuve, Heliasta, Buenos Aires, 2005, cfr. pp. 179-190.

¹⁴⁹ Peralta, op. cit., cfr. p. 142.

¹⁵⁰ Jiménez Asensio, op. cit., p. 60.

¹⁵¹ Madison en Hamilton, et al., op. cit., cfr. pp. 204-209.

¹⁵² Ídem, cfr. pp. 330-336.

¹⁵³ Jiménez, op. cit., cfr. p. 61.

¹⁵⁴ García Escribano, Juan José, *Federalismo: El caso español*. En *Daimon Revista de filosofía*, Departamento de Filosofía, Universidad de Murcia, número 27, 2002, pp. 55-60, cfr. p. 56.

en dos gobiernos distintos, y luego la porción que le corresponde a cada uno, se subdivide entre departamentos diferentes y separados. Por lo mismo, de aquí surgiría “una doble seguridad para los derechos de los pueblos”, pues los diferentes gobiernos se controlarían mutuamente, al propio tiempo que cada uno se regularía por sí mismo¹⁵⁵.

b) El Estado legal de Derecho

Si bien la expresión Estado de Derecho surge en Alemania a partir de los escritos liberales de WELCKER, von MOHL y von ARETIN¹⁵⁶, y no obstante los antecedentes medievales de la preeminencia de la ley constatados en la obra de Marsilio de PADUA, su arranque directo proviene del principio de legalidad recogido por el liberalismo burgués del XVIII¹⁵⁷, en especial por el influjo de la obra de LOCKE y MONTESQUIEU¹⁵⁸.

Para LOCKE, el poder legislativo, como órgano representativo, es el poder soberano, toda vez que quienes proponen las leyes deben ser considerados naturalmente superiores al resto, de lo que concluye que todos los demás miembros del Estado quedarán subordinados a él. Sin embargo, para este autor, influido por el iusnaturalismo ilustrado, el poder del legislador no era absoluto, ya que quedaba sujeto al *Common Law*, que es una combinación de lo histórico con lo justo natural, según lo explica PEREIRA MENAUT¹⁵⁹. El legislativo tampoco puede atentar en contra de la vida y los bienes del pueblo, pues el poder de la asamblea en ningún caso puede ser superior al de los individuos cuyas voluntades confluyeron para su formación, y como éstos en virtud de la ley natural no pueden obrar en contra de sí mismos ni de sus posesiones, la autoridad legislativa tampoco podrá hacerlo. De esta manera, en los inicios del *rule of law*, LOCKE nos presenta una doble limitación del poder, la primera, derivada del principio de legalidad por la primacía del Parlamento, la segunda, generada por las restricciones que impone el pacto social y la ley natural que vincula también al legislativo¹⁶⁰.

Es MONTESQUIEU, por su parte, quien entiende que la libertad consiste en “el derecho de hacer lo que las leyes permitan. Por ello, sostiene la preponderancia de la ley ya no tanto en el carácter representativo del Parlamento, como lo hacía LOCKE, sino en fundarse en la razón: “[I]a ley, en general, es la razón humana en cuanto aplica al gobierno de todos los pueblos de la tierra; y las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser otra cosa sino casos particulares en que se aplica la misma razón humana”¹⁶¹.

A partir del Siglo XVIII, el modelo liberal que se construye a partir de las revoluciones burguesas comienza a reconocer un proceso de diferenciación del Poder, distinguiéndose el poder público del privado, o como lo explica ANSUÁTEGUI, la diferenciación del sistema político-jurídico respecto de otros subsistemas sociales, como el ético-religioso y el económico¹⁶². Esta distinción hacía necesario imponer límites al poder estatal de modo de no afectar la libertad ni la propiedad, dos

¹⁵⁵ Hamilton, et al., op. cit., cfr. pp. 221-222.

¹⁵⁶ Bockenförde, Ernst, *Origen y Cambio del concepto de Estado de Derecho*. En Bockenförde, Ernst, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Trotta, Madrid, 2000, cfr. p. 19.

¹⁵⁷ También parece relevante mencionar la jurisprudencia de comienzos del Siglo XVII del Juez Edward Coke dirigida a que el rey Jacobo I de Inglaterra quedara sujeto al *Common Law*, y el *Act of Settlement* de 1700 que dispuso que ya que los reyes habían asumido el poder en virtud de las leyes de Inglaterra, deberán administrar el gobierno conforme a ellas. Sobre el particular, véase Pereira, op. cit., cfr. p. 80.

¹⁵⁸ Lucas Verdú, op. cit., cfr. p. 238.

¹⁵⁹ Pereira, op. cit., cfr. p. 81.

¹⁶⁰ Locke, op. cit., cfr. p. 102-114.

¹⁶¹ Montesquieu, op. cit., p. 49.

¹⁶² Ansuátegui, op. cit., cfr. p. 107.

principios fundamentales de este modelo¹⁶³. Para ello, se impuso la necesidad de sujetar el ejercicio del poder, especialmente la actividad administrativa, a la ley, aparentemente representativa de la voluntad nacional¹⁶⁴.

Esta legalidad significaba, según ZAGREBELSKY, que la ley se transformaba en “el acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera sea su fuente o fundamento”¹⁶⁵. Por lo demás, en el Estado liberal de Derecho, se establece la reserva de ley en materia de derechos, lo cual implica que la Administración quedaba excluida de poder regularlos¹⁶⁶.

El principio de legalidad, la sujeción de la Administración a la ley y la reserva legal en materia de derechos fundamentales siguen siendo garantías de los derechos fundamentales en el modelo liberal. Como lo señala RISSO, en la actualidad la atribución de las materias relativas a derechos fundamentales se explica primero como garantía democrática, toda vez que quien termina decidiendo la regulación de esos derechos es “el órgano representativo por excelencia, [e]l cuerpo en que están representadas todas o prácticamente todas las tendencias sociales relevantes”¹⁶⁷. Pero también, la actuación del Parlamento en estas materias ofrece garantías de publicidad, favoreciendo el debate y el control ciudadano, gracias a que la discusión legislativa es difundida por diferentes vías, lo que marca notoria diferencia con la actuación del Ejecutivo, cuyas decisiones “se adoptan entre cuatro paredes”¹⁶⁸.

2.3.2. *Las garantías jurídicas o jurisdiccionales del constitucionalismo liberal*

a) *La positivación de los derechos*

La teoría de la existencia de derechos naturales es, tal como lo analizamos en páginas anteriores, una de las bases del constitucionalismo liberal, y se expresa sintéticamente como la existencia de libertades del individuo que operan como límite frente al poder del Estado¹⁶⁹.

Estos derechos naturales requieren ser asegurados por el Derecho, pues se hace necesario dotarlos de un estatuto jurídico, que permita su aplicación eficaz y la protección real de sus titulares¹⁷⁰. Así surge el fenómeno conocido como el de la positivación de los derechos, el cual es definido por LABRADA como “el proceso por el que los derechos humanos se han ido reconociendo y protegiendo por los ordenamientos jurídicos de cada Estado”¹⁷¹. Más específicamente, SQUELLA lo entiende como el proceso por el cual los derechos del hombre “se han ido de hecho incorporando progresivamente al derecho positivo interno de los Estados, especialmente a través de las Constituciones de éstos”¹⁷².

¹⁶³ Bockenförde, op. cit., cfr. pp. 18-24.

¹⁶⁴ Bassa, op. cit., cfr. p. 37.

¹⁶⁵ Zagrebelsky, op. cit., p. 24.

¹⁶⁶ Ídem, cfr. p. 28.

¹⁶⁷ Risso Ferrand, Martín, *Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2ª ed., 2011, p. 78.

¹⁶⁸ Ídem, p. 79.

¹⁶⁹ Aldunate, op. cit., cfr. p. 111.

¹⁷⁰ Peces-Barba, op. cit., cfr. p. 157.

¹⁷¹ Labrada, op. cit., p. 63.

¹⁷² Squella Narducci, Agustín, *Introducción al derecho*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1ª ed., 2000, p. 192.

Para algunos autores como PERALTA¹⁷³ y ALDUNATE¹⁷⁴, o la ya citada LABRADA¹⁷⁵ a partir de la positivación es posible distinguir entre derechos humanos y derechos fundamentales. Mientras los primeros son prerrogativas naturales, anteriores al Estado y al Derecho, los segundos son la reformulación de los derechos humanos en categorías técnico-jurídicas, que operan como límite y justificación de la existencia del Estado.

Bajo la concepción de los derechos como derechos naturales, su inclusión al Derecho positivo nada añade a la esencia del derecho, pero es imprescindible para su ejercicio pacífico¹⁷⁶. Autores como THOMASIO, HOBBS o KANT planteaban la necesidad de positivizar los derechos naturales, ya que el Derecho Natural está privado de coactividad mientras no sea respaldado por el Estado¹⁷⁷.

Antes de la llegada del constitucionalismo liberal, las sociedades estaban organizadas en estamentos, lo que implicaba que los individuos gozaban de ciertos derechos según al grupo al cual pertenecían¹⁷⁸. En esta época sólo es posible encontrar documentos denominados "cartas" donde el monarca concedía privilegios patrimoniales y de libertad para determinados estamentos¹⁷⁹. Así reconocemos, por ejemplo, el Convenio de León o "Carta Magna Leonesa" de 1188, que estableció garantías personales de la libertad personal, el derecho de propiedad y la inviolabilidad del hogar¹⁸⁰, y naturalmente, la Carta Magna inglesa de 1215. Según CARBONELL, esta última representa un ejemplo de "constitución otorgada", ya que es un documento expedido por el monarca, en este caso Juan sin Tierra, sin participación del pueblo¹⁸¹.

Estos instrumentos son relevantes por cuanto constituyen las primeras formas de escrituración de derechos, a través de compromisos formales adquiridos por el monarca frente a los nobles, que actuaron como vías de autolimitación del poder. No obstante, tienen ciertas características que impiden reconocerlos aún como formas de positivación. En primer lugar, son parciales tanto por cuanto reconocen una porción muy reducida de derechos, como por su carácter estamental y regional marginando a una porción importante de la sociedad¹⁸². Además, al tratarse de concesiones regias, podrían eventualmente ser revocadas en cualquier momento, ya que requerían ser renovadas cada cierto tiempo, generando inseguridad en torno al respeto de su contenido¹⁸³. Por estos motivos, muchos autores han entendido que estos textos son sólo antecedentes para el proceso de positivación pero que no deben ser entendidos como integrantes del mismo¹⁸⁴.

Será con el constitucionalismo liberal, especialmente a partir del influjo doctrinario del iusnaturalismo racional y el contractualismo del Siglo XVII, que la positivación aparecerá como una

¹⁷³ Peralta, op. cit., cfr. p. 237.

¹⁷⁴ Aldunate, op. cit., cfr. p. 13.

¹⁷⁵ Labrada, op. cit., cfr. p. 66.

¹⁷⁶ Ídem, cfr. p. 63

¹⁷⁷ Alvarado Planas, Javier, *Fundamentación historicista de los derechos humanos*, en Gómez (coord.) *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México D.F., 2004, pp. 61-91, cfr. p. 71.

¹⁷⁸ Gómez Sánchez, Yolanda, *Derecho constitucional europeo: Derechos y libertades*, Sanz y Torres, Madrid, 1ª ed., 2005, cfr. p. 36.

¹⁷⁹ Labrada, op. cit., cfr. p. 72.

¹⁸⁰ Pacheco, Máximo. *Los derechos fundamentales de la persona humana*, en Cançado Trindade y González (compil.) *Estudios básicos de derechos humanos II*, Instituto interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1995, pp. 67-104, cfr. p. 75.

¹⁸¹ Carbonell, op. cit., cfr. p. 65.

¹⁸² Gómez, op. cit., cfr. p. 37.

¹⁸³ Aldunate, op. cit., cfr. p. 15.

¹⁸⁴ Véanse Labrada, op. cit., p. 72; Fioravanti, *Los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 30-31; Carbonell, op. cit., pp. 55-63 y Gómez, op. cit., p. 37.

garantía fundamental de los derechos¹⁸⁵, plasmándose en un primer momento a través de declaraciones, y luego a través de las constituciones escritas.

Con un carácter aún precario, a partir del Siglo XVIII tienen lugar las primeras declaraciones nacionales de derechos, las cuales a diferencia de las cartas medievales, tienen como autores a los ciudadanos y no al rey. A pesar de ello, tienen el mérito de abrir la titularidad de los derechos a todas las personas con carácter general, al punto tal que según PÉREZ ROYO, a través de ellas los derechos “se presentan en sociedad”, sustituyéndose la concepción corporativa de los mismos asociados a un estamento, por la de derechos individuales cuyo titular es el ser humano¹⁸⁶.

La primera declaración liberal data de 1776 y corresponde a la “Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia”, cuya redacción se atribuye a George MADISON (1763-1816). En materia de derechos, destaca la exigencia de un juicio justo (enunciados VIII a XI), la libertad de prensa (enunciado XII) y si bien alude al modelo de la virtud cristiana no es confesional, respetando de modo incipiente la tolerancia y libertad religiosas (enunciado XVI)¹⁸⁷. El ejemplo de Virginia fue seguido por otras siete colonias que generaron más tarde sus propias declaraciones¹⁸⁸. También de 1776 data la “Declaración de independencia de los Estados Unidos”, la cual además de proclamar dicha independencia, establece que “todos los hombres son creados iguales, [y] son dotados por su creador de ciertos derechos inalienables entre los cuales está la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”¹⁸⁹.

En Francia en tanto, el florecimiento cultural de raigambre liberal del Siglo XVIII contrastaba profundamente con las instituciones del antiguo régimen, que ya se habían ocupado de sofocar las limitaciones locales al poder feudal. Como lo señala LABRADA, “la monarquía absoluta en Francia frenó una natural evolución histórica, no permitiendo otra salida que la revolución”¹⁹⁰. El 17 de junio de 1789, los representantes del tercer estado se constituyen como Asamblea Nacional y asumen la representación del pueblo. En dicha calidad se proclama la “Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano” el 11 de julio del mismo año, la cual reconoce a los derechos del hombre como naturales e imprescriptibles (art. 2), también la soberanía popular (art. 3), el derecho de participación política (art. 6), la separación de poderes (art. 16), la tutela judicial (arts. 7 a 10), y el derecho de propiedad (art. 17).

Estas declaraciones son textos preconstitucionales que reconocen y declaran derechos pero no los protegen jurídicamente. Será con la constitucionalización de los mismos cuando pasan a estar garantizados normativamente, gracias a la supremacía de la que gozan las constituciones y a la separación de poderes que ellas establecen.

En relación con la supremacía constitucional, HÄBERLE nos recuerda que “la Constitución constituye el poder y lo limita”¹⁹¹, mientras que GUASTINI reconoce que, a partir del concepto liberal de constitución, ella deja de denotar sólo una organización política y pasa a ser concebida como límite al poder político¹⁹². En este sentido, al incluirse los derechos en el texto de mayor jerarquía normativo,

¹⁸⁵ Aldunate, op. cit., cfr. p. 12.

¹⁸⁶ Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 10ª ed., 2005, cfr. pp. 237-238.

¹⁸⁷ Labrada, op. cit., cfr. pp. 83-84.

¹⁸⁸ Carbonell, op. cit., cfr. p. 88.

¹⁸⁹ Declaración de independencia de los Estados Unidos, del 4 de julio de 1776, en: Soberanes Fernández, José Luis, *Sobre el origen de las declaraciones de los derechos humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México D.F., 2009, pp. 209-211.

¹⁹⁰ Labrada, op. cit., pp. 86-87.

¹⁹¹ Balaguer Callejón, Francisco (coord.), *Derecho constitucional y cultura*. Estudios en homenaje a Peter Häberle, Tecnos, Madrid, 2004, p. 46.

¹⁹² Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México D.F., 2001, cfr. p. 31.

operan como un límite para los poderes constituidos, quienes estarán impedidos de afectarlos en la generación de normas inferiores¹⁹³.

A su vez, al dividir el poder, las constituciones –sostiene PÉREZ ROYO– evitan que no se pueda abusar del mismo, garantizando que los derechos no puedan ser vulnerados. Agrega que “es en la garantía vinculada a la división de poderes en lo que consiste la Constitución”¹⁹⁴.

La primera constitución escrita, la de Estados Unidos de 1787 no contemplaba un catálogo de derechos. La explicación estaría en la convicción de que al ser naturales, no solo era innecesario mencionarlos, sino que además era riesgoso, por cuanto podían quedar algunos derechos fuera. Esta decisión no fue fácil, toda vez que tuvo la pertinaz disidencia del movimiento antifederalista, caracterizado por su individualismo que, como tal, postulaba la necesidad de inclusión de derechos para su defensa frente al gobierno¹⁹⁵.

No ocurre lo mismo con las constituciones francesas. En efecto, la Constitución de 1791 recoge los principios de la Declaración de 1789 en su preámbulo y en el Título I. Según HÄBERLE, los documentos posteriores son “renovados ensayos de completar, de progresar, pero también de corregir el clásico texto de 1789”¹⁹⁶. La Constitución de 1793, llamada del año I, es precedida por una nueva Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano que amplía la de cuatro años antes¹⁹⁷.

Mientras esto ocurría en Francia, bajo la vigencia de la Constitución norteamericana, los antifederalistas, dentro de ellos Thomas JEFFERSON (1743-1826), seguían bregando por introducir en ella una declaración de derechos. Algunos artículos fueron publicados a través de seudónimos, como *Brutus*, *Centinel* o *Federal Farmer*, con esta intención. Finalmente, en 1791, se aprueban las diez primeras enmiendas, lo que es conocido como la Carta de Derechos o *Bill of Rights*. Estos derechos limitan al gobierno federal y se refieren a las libertades de expresión, de asamblea, de religión, de petición, de tener y portar armas, así como garantías judiciales¹⁹⁸.

Con posterioridad, otros ordenamientos se plegaron a la tendencia de constitucionalizar derechos, destacando la Constitución de Bélgica de 1831¹⁹⁹ por ser la primera carta europea en contemplar un completo catálogo de derechos. Paradójicamente, la Constitución de Francia de 1958 no tiene un listado de derechos, pero el Consejo Constitucional ha entendido que los derechos contenidos en la Declaración de 1789 y en el preámbulo de la Constitución de 1946 forman parte del bloque de constitucionalidad²⁰⁰.

En definitiva, ya sea que los derechos se constitucionalicen como cláusulas generales o como catálogos específicos²⁰¹, se transforman en normas objetivas integrantes de las constituciones

¹⁹³ García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Aranzadi, Navarra, 4ª ed., 2006, cfr. pp. 57-61.

¹⁹⁴ Pérez Royo, op. cit., p. 240.

¹⁹⁵ Para el debate entre federalistas y antifederalistas en la génesis de la Constitución norteamericana, véase Carbonell, op. cit., cfr. pp. 222-230.

¹⁹⁶ Häberle, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*, Trotta, Madrid, 1998, p. 53.

¹⁹⁷ Para revisar la evolución de la constitucionalización de los derechos en Francia, véase Carbonell, op. cit., cfr. pp. 97-218.

¹⁹⁸ Para revisar la historia del *Bill of Rights*, véase Grau, Luis, *El constitucionalismo latinoamericano*, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 79-152.

¹⁹⁹ Véase Pérez Ayala, Andoni, *El constitucionalismo del sexenio en el contexto europeo de mediados del Siglo XIX, referencia específica al influjo del modelo belga*. En *Revista de derecho político*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, número 55-56 (monográfico: “El sexenio revolucionario. La constitución española de 1869”), 2002, pp. 241-249, cfr. 247-263.

²⁰⁰ Sobre el particular, véase Aldunate, op. cit., cfr. p. 27.

²⁰¹ Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 8ª ed., 2004, cfr. p. 58.

respectivas. Así, abandonan su carácter meramente subjetivo, o sea como facultades o prerrogativas individuales, y operan como límites formales y materiales de los poderes estatales. De este modo, aun cuando no exista sujeto afectado directamente por una decisión estatal, esta será igualmente considerada una violación de derechos fundamentales si traspasa la frontera que representan los mandatos constitucionales²⁰². Díez-Picazo señala que al entenderlos como valores objetivos, ello conduce a la “fuerza expansiva de los derechos fundamentales”, ya que tienden a impregnar toda la legislación y el funcionamiento de todo el ordenamiento jurídico²⁰³.

En un sentido similar, BOBBIO indica que las constituciones liberales se caracterizan por la afirmación de derechos del hombre que son calificados por inviolables, que no pueden ser limitados y mucho menos suprimirse por medio de una decisión colectiva. Para él, “la amplia esfera de los derechos de libertad puede interpretarse como una especie de territorio fronterizo ante el cual se detiene la fuerza del principio mayoritario”²⁰⁴. De esta forma, más allá de si el autor italiano pueda o no ser calificado como liberal, lo que se aprecia es una reminiscencia del principio presente en el constitucionalismo liberal: los derechos operando como límites al poder político²⁰⁵.

Un último estadio de positivización, probablemente fuera del constitucionalismo o dentro de aquello que se ha venido en denominar los últimos años como *constitucionalismo multinivel*²⁰⁶, se debe mencionar el proceso de internacionalización de los derechos, consagrado primero a nivel de declaraciones, y luego de tratados internacionales²⁰⁷. Dentro de las primeras, un hito trascendente fue la suscripción de la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre por parte de la Conferencia Internacional Americana de Bogotá y la Declaración Universal de los Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, ambas en 1948. Dentro de los segundos, destacan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, los dos del año 1966 y con vigencia universal, así como el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1979. Este conjunto de documentos viene a constituir lo que se ha denominado el “*corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos”²⁰⁸, el cual también

²⁰² Sobre la noción de derechos en sentido objetivo, véase Pérez Luño, op. cit., p. 25; Nogueira Alcalá, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Tomo 1, Librotecnia, Santiago de Chile, 2ª ed., 2008, pp. 52-54 y Bassa, op. cit., pp. 167-171.

²⁰³ Díez-Picazo, op. cit., cfr. pp. 55-56.

²⁰⁴ Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 478-479.

²⁰⁵ En términos análogos, otro tratadista nos recuerda: “El pueblo es soberano, pero sólo en la medida que no desconozca el límite establecido en la Constitución. los derechos constitucionales, entonces, operan como límite a la voluntad popular cuando ella la contradice o vulnera”. Gargarella, Roberto (coord.), *La Constitución en 2020*. 48 propuestas para una sociedad igualitaria, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 1ª ed., 2011, p. 29.

²⁰⁶ Sobre la noción de constitucionalismo multinivel, véase Balaguer Castellón, Francisco, *Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea*. En *Estudios en Homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*. Vol. II. Teoría y Metodología del Derecho, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 133-157; Cascajo Castro, José Luis, *Interpretación constitucional y constitucionalismo multinivel*. En Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar, Arturo, *Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio*. Tomo VI, III-Universidad Autónoma de México, 2008, pp. 197-210; Cassese, Sabino, *El espacio jurídico global*. En *Revista de Administración Pública*, número 157, 2002, pp. 11-26; Gomes Canotilho, José Joaquín, *Principios y nuevos constitucionalismo*. El problema de los nuevos principios. En *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 7, número 14, julio-diciembre 2010, pp. 321-364 y Pernice Ingolf, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited*. En *Common Market Law Review*, número 36, 1999, pp. 703-750.

²⁰⁷ Labrada, op. cit., pp. 103-120.

²⁰⁸ La Corte Interamericana de Derechos Humanos definió el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como aquél que “*está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)*”. Opinión

contribuye en plasmar en documentos escritos estos derechos, actuando como límite a las decisiones democráticas de los Estados, incluso en relación con el ejercicio del poder constituyente²⁰⁹ y de fórmulas de democracia directa²¹⁰.

b) La protección judicial de los derechos

Si bien en un comienzo en el pensamiento liberal, al juez no le correspondían funciones creadoras de derecho y sólo le correspondía aplicar estrictamente las normas generales, con el tiempo se le reconoció un rol importante en la protección de los derechos fundamentales, en el control de los órganos estatales y en la decisión sobre las acciones de los particulares que afectaban el disfrute de estos derechos²¹¹. Sin embargo, la incorporación tardía de esta competencia para los jueces no impide que ella se incluya dentro de los márgenes del constitucionalismo liberal, toda vez que, como lo señalé oportunamente, el estudio de cada tradición de constitucionalismo se hace en función de entenderlas como modelo y no como movimiento histórico. Finalmente, la circunstancia de que los jueces puedan controlar el respeto de los derechos es señal que estos operan como límite frente a la acción del Estado, lo que constituye un elemento básico del modelo liberal.

En primer lugar, en el contexto del Estado liberal, partir de la división de poderes, se afirma la independencia y la inamovilidad de los jueces²¹². Este carácter ofrece suficientes garantías para que sean precisamente los jueces a quienes se les confie la defensa de los derechos fundamentales frente al Estado. En primer término, se crearon acciones destinadas a proteger la libertad personal, destacando por cierto el *Hábeas Corpus*. Es cierto que el documento que positiviza esta acción, el *Habeas Corpus Act* de 1679 se dicta algunos años antes de la Gloriosa Revolución de 1688. Sin embargo, se enmarca dentro de las reacciones del Parlamento inglés en contra de los gobiernos tiránicos de los Estuardo y de Oliver CROMWELL, que fue lo que dio comienzo a la declinación del absolutismo británico, vale decir, constituye un antecedente directo a los movimientos liberales burgueses posteriores²¹³. Más tarde, el *Hábeas Corpus Act* se aplicará en América del Norte, y se incorporará en la Constitución norteamericana de 1787. Por su parte, esta misma acción será recogida por las constituciones de toda América Latina, con sus propias particularidades²¹⁴.

No obstante la importancia de dicha acción, su limitación era evidente, toda vez que se trataba exclusivamente de un instrumento dirigido a proteger la libertad ambulatoria. No será sino hasta 1847 cuando, gracias al voto particular de Mariano OTERO, político de formación liberal, se introduce la Acción de Amparo en el Acta de Reforma a la Constitución de 1824²¹⁵. Esta acción permitía accionar

Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009): El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, OC-16/99, párrafo 115.

²⁰⁹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001): Caso "La Última Tentación de Cristo", Olmedo Bustos y otros vs. Chile, Serie C N° 73.

²¹⁰ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011): Caso Gelman vs. Uruguay, Serie C N° 211.

²¹¹ Pérez Luño, Antonio E., *Derechos Humanos: Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1991, 4ª ed., cfr. p. 104.

²¹² Peces-Barba, op. cit., cfr. p. 518.

²¹³ Pérez Mellado, Alejandro, *Generalidades del hábeas corpus constitucional*. Historia, doctrina y jurisprudencia, Librotecnia, Santiago, 2008, cfr. pp. 56-57.

²¹⁴ Ídem, cfr. pp. 62-73.

²¹⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Otero y Rejón en el año de la invasión: preámbulo de la primera sentencia de amparo*, en Gonzalo y Ferrer (coord.) *el juicio de amparo*. A 160 años de la primera sentencia, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México D.F., 2011, Tomo I, pp. 407-422, cfr. pp. 411-412.

a cualquier habitante de la república en el ejercicio y conservación de todos los derechos constitucionales y legales de cualquier ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, federales o estatales, ampliándose notablemente el radio de protección del poder judicial respecto de los demás órganos en la protección de derechos. Más tarde, la acción o juicio de amparo se replicará en las Constituciones mexicanas de 1857 y 1917²¹⁶.

Adicionalmente a las acciones protectoras de derechos, según lo demuestra Díez-PICAZO, las garantías judiciales operan en dos sentidos adicionales. El primero es en lo relativo al ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes y demás normas infraconstitucionales. El segundo, referente a las “reservas de jurisdicción” respecto de ciertas materias²¹⁷.

En relación con el control de constitucionalidad de las leyes, es la tradición norteamericana la que introduce la *judicial review* con el objeto de proteger la supremacía y rigidez de la Constitución, y junto con ella, los derechos que ésta contempla. Será en el célebre caso *Marbury vs. Madison* (1803), cuando el Juez John MARSHALL de la Corte Suprema norteamericana sienta las bases del control de constitucionalidad con efectos particulares por parte de los jueces ordinarios. Los referidos efectos particulares consistían que el tribunal se limitaba a señalar si una ley podía o no aplicarse al caso que conociese, luego de haberse practicado un examen de constitucionalidad de la misma, sin que ello significase un efecto en su vigencia con efectos generales²¹⁸.

La competencia de los jueces para revisar la constitucionalidad de las leyes había sido contemplada años antes por HAMILTON. Él señaló que otorgar esta atribución a los jueces no suponía de modo alguno la superioridad del poder judicial por sobre el legislativo. Más bien, decía, “sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos” y, por lo mismo, frente a un conflicto que se suscite entre una ley y la Constitución, los jueces deberán gobernarse por esta última de preferencia a las primeras. “Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son”, finalizaba²¹⁹.

En relación con el último punto observado por Díez-PICAZO, el autor aclara que en materia de derechos fundamentales no solo rige el principio de “reserva de ley” sino también el de “reserva de jurisdicción”. Esto consiste en que “determinadas decisiones que inciden sobre derechos fundamentales sean adoptadas por un juez o tribunal o, al menos, previa autorización judicial”. Así ocurre, por ejemplo, cuando los ordenamientos constitucionales exigen la intervención del juez para la privación de libertad, para la interceptación de comunicaciones o la disolución de asociaciones. De alguna manera, lo que hay detrás de estas garantías es sustraer estas decisiones de la Administración, radicándolas en órganos y funcionarios que son vistos como una autoridad imparcial, como son los tribunales y los jueces²²⁰.

²¹⁶ Fernández Fernández, Vicente y Samaniego Behar, Nitza. *El juicio de amparo: historia y futuro de la protección constitucional en México*. En *Ius*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, número 27, año V, enero-junio de 2011, pp. 173-200, cfr. 181-184.

²¹⁷ Díez-Picazo, op. cit., cfr. pp. 70-75.

²¹⁸ Para revisar el caso *Marbury vs. Madison*, véase Carbonell, Miguel, *Para comprender los derechos*, op. cit., cfr. pp. 285-300.

²¹⁹ Hamilton, et al., op. cit., cfr. p. 332.

²²⁰ Díez-Picazo, op. cit., cfr. pp. 73-74.

3. El constitucionalismo social

La Revolución Industrial tenida lugar en Europa y Norteamérica desde mediados del Siglo XVIII a comienzos del Siglo XIX provocó una crisis profunda en el modelo liberal reinante. El proceso de industrialización en masa trajo consigo injusticias y diferencias sociales que dicho modelo no solo generó, sino que tampoco fue capaz de resolver. Durante este período empeoró bastante las condiciones materiales de vida de la población, se vieron afectadas ostensiblemente las condiciones de trabajo tanto en las ciudades como en el campo, se consolidó una sensación de descontento y de injusticia que si bien no se manifestó en movimientos inmediatos, probablemente porque el trabajo infantil había hecho lo suyo al impedir que las personas se percataran de su propia miseria²²¹, sí logró acumular molestia en el proletariado tal como se acumula leña para una hoguera que se incendiaría en cualquier momento, tal como nos dice BALDÓ²²².

De este modo, la libertad que, bajo el influjo liberal, hasta ahora había sido defendida desde las arbitrariedades que podían provenir del Estado, ahora reconocía una nueva amenaza, provenientes de la dominación de quienes eran los dueños del capital. Por lo mismo CASTELLANO explica la mutación que debe asumir el constitucionalismo, el cual se vio en la necesidad de “transformar las cartas constitucionales en un instrumento para ejecutar, y ejecutar plenamente, una doctrina social y política que necesariamente debía transformar libertad en liberación”²²³. Lo anterior lo debemos traducir como la liberación de un nuevo opresor, que constreñía la voluntad de los ciudadanos, mediante relaciones laborales abusivas.

No solo la libertad se vio afectada en esta época. SAGÜÉS, explica de qué modo los tres principios básicos de la revolución francesa entran en crisis durante esta época: la *libertad*, debido a la concentración económica y a los monopolios generados a partir de la revolución industrial; la *igualdad* en atención a que su redacción formal contrastaba con las enormes diferencias sociales entre la alta burguesía y el proletariado; y la *fraternidad* resultaba fracturada por la gran injusticia social que había generado una sociedad extremadamente poco solidaria²²⁴. En definitiva, el modelo liberal entraba en crisis porque no es capaz de garantizar aquellos derechos que había proclamado como universales.

Así se va produciendo una renovación del constitucionalismo, incorporándose nuevos derechos al modelo liberal, como son los derechos sociales. Este último trajo consigo dos efectos importantes, como anota GARCÍA RAMÍREZ. El primero, será lo que él llama “la aparición de nuevos temas en la ley suprema”, aludiendo particularmente a los derechos sociales y a las funciones positivas del Estado como ordenador “activo y oficioso” de la vida económica y social, en beneficio de los individuos, especialmente, integrantes de los grupos débiles o necesitados. El segundo, el surgimiento del Estado de Derecho social, regido por la justicia y no ya únicamente por la libertad. Al Estado se le impondrá el deber de crear un mínimo de condiciones jurídicas y materiales que permitan asegurar la independencia social del individuo que conduzca a la igualdad real y no meramente formal de todos los hombres²²⁵.

²²¹ Viera, op. cit., cfr. pp. 19-20.

²²² Baldó, op. cit., cfr. p. 19-22.

²²³ Castellano, Danilo, *Constitución y Constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 50-51.

²²⁴ Sagüés, Néstor Pedro, *Manual de Derecho Constitucional*, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2007, cfr. pp. 8-9.

²²⁵ García Ramírez, Sergio, *Tres textos precursores en el constitucionalismo social*. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., núm. 2-3, mayo-diciembre 1968, nueva serie, año I, cfr. pp. 472-473.

En las bases del constitucionalismo social está la idea de igualdad material o igualdad de hecho. BOBBIO la define como “la igualdad respecto de los bienes materiales, o igualdad económica, viniéndose a distinguir de la igualdad formal o jurídica, y de la igualdad de oportunidades o social”²²⁶. Esta igualdad si bien rebasa a la igualdad formal, ya que exige más del Estado que su sola abstención de discriminar, no la desconoce ni la impugna²²⁷.

El constitucionalismo social pretenderá, por lo tanto, que todas las personas, independientemente de su condición, puedan satisfacer sus necesidades básicas, lo cual dará cauce, tal como veremos más adelante a los derechos sociales. Como lo explica PECES-BARBA, los que no tienen aseguradas sus necesidades básicas, y no pueden alcanzarlas sin un esfuerzo ímprobo y heroico, pueden considerar razonable que la satisfacción de esas necesidades se haga en forma de derechos, diferenciándolos respecto de aquellos que tengan las necesidades resueltas²²⁸. De este modo, la igualdad material opera como diferenciación, la que se puede obtener ya sea haciendo desaparecer los privilegios originados a partir de ciertos derechos como el de propiedad, o bien, satisfaciendo la necesidad que se considera como un obstáculo y que no puede ser satisfecha con el esfuerzo exclusivo de quien la tiene²²⁹.

Según lo señalado, el constitucionalismo social robustece tanto la libertad como la igualdad que de alguna forma habían sido protegidos por el constitucionalismo liberal, sin desconocer sus cimientos. Esto, BIDART CAMPOS lo grafica señalando que “el constitucionalismo social suma, pero no sustrae; añade, pero no destruye a la libertad; completa, pero no disminuye los derechos civiles”, agregando que una constitución “si no da hospitalidad a la libertad y a los derechos civiles, no hay constitucionalismo social, porque no hay constitucionalismo clásico”²³⁰. Este modelo por lo tanto se construye sobre los hombros del constitucionalismo liberal, lo presupone y vigoriza, en miras de proteger evolutivamente a las personas²³¹.

El constitucionalismo social nace para combatir algunas adversarias o enemigas abstractas como son la desigualdad material y la pobreza. Los derechos que busca proteger serán los derechos sociales, sustentados precisamente en la igualdad material o sustancial. Para proteger estos derechos, el constitucionalismo social se vale de la positivación de los derechos generada a partir del modelo liberal para incorporar estos nuevos derechos de segunda generación. Por último, la fórmula del Estado legal de Derecho muta hacia la del Estado social de derecho.

3.1. Las enemigas del constitucionalismo social: la pobreza y la desigualdad material

Luego de la Revolución Industrial, el modelo liberal había sido incapaz, tal como lo señalamos precedentemente, de satisfacer las necesidades de toda la población. Las políticas individualistas habían sumido a una parte importante de las sociedades industrializadas en una situación de miseria, generándose una evidente desigualdad con las clases sociales más ricas.

A diferencia de lo sucedido con el constitucionalismo liberal, donde el enemigo o amenaza para las libertades se trataba de un sujeto determinado como era el Estado, el riesgo contra el cual el

²²⁶ Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Paidós, I.C.E de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1993, p. 79.

²²⁷ Peces Barba, op. cit., cfr. pp. 287.

²²⁸ Ídem, cfr. pp. 290-291.

²²⁹ Ídem, cfr. p. 291.

²³⁰ Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F, 1989 pp. 340-341.

²³¹ Vanossi, Jorge Reynaldo A., *Estudios de teoría constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F, 2002, cfr. pp. 136-137 p. 136-137.

constitucionalismo social pretende plantearse es un fenómeno difuso, como es la pobreza y la desigualdad material.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha declarado que la pobreza es “una condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales”²³².

A su vez, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha afirmado que “[e]l hecho de que la extrema pobreza no sea inevitable significa que hay medios para ponerle fin”, agregando que “[e]l enfoque basado en los derechos humanos proporciona un marco para erradicar la extrema pobreza a largo plazo partiendo del reconocimiento de las personas que viven en ella como titulares de derechos y agentes de cambio”²³³.

No debe perderse de vista que, por cierto, las personas que se encuentran en situación de pobreza son sujetos plenos de derecho y, por lo mismo, son titulares de los mismos derechos civiles y políticos que todos los demás seres humanos. Sin embargo, su situación de desventaja social hace imprescindible que se genere una especial categoría de derechos, también universales, pero que permita a todos los seres humanos una vida digna.

El ya mencionado Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas hace presente que los Estados tienen la obligación de mejorar progresivamente las condiciones de vida de las personas que viven en pobreza, agregando que el llamado “derecho a condiciones de vida adecuadas” es un *derecho general* que abarca los elementos esenciales para la supervivencia humana, la salud y el desarrollo físico e intelectual, cuyo desconocimiento está relacionado con medios de subsistencia limitados o inseguros²³⁴.

En relación con los *derechos en particular*, el Consejo hace presente que las personas que viven en pobreza “sufren de manera desproporcionada de un acceso limitado al agua y a un saneamiento adecuado”²³⁵, “tienen con frecuencia viviendas insalubres, por ejemplo en barrios marginales y asentamientos irregulares, con un acceso limitado o nulo a los servicios básicos”²³⁶, “se ven enfrentadas al desempleo o el subempleo y al trabajo ocasional sin garantías, con bajos salarios y condiciones de trabajo inseguras y degradantes”²³⁷, “no pueden disfrutar del derecho a la seguridad social”²³⁸, y tienen restringido gravemente su capacidad de “participar en todos los ámbitos de la vida cultural y a tener acceso y contribuir a ellos”²³⁹. A su vez, respecto de los niños que viven en la pobreza ha declarado que “tienen más probabilidades de abandonar los estudios, o de ni siquiera asistir a la escuela, para realizar actividades que generen ingresos o ayudar a las tareas del hogar”²⁴⁰. Por último, el Consejo afirma que “[e]n un claro ejemplo del círculo vicioso de la pobreza, las personas que tienen mala salud tienen también más probabilidades de caer en la pobreza, mientras

²³² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. E/C. 12/2001/10, párrafo 8. Declaración aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el 04 mayo del 2001.

²³³ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Principios rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos. Aprobada por consenso el 27 de septiembre de 2012 mediante resolución 21//11, párrafo 6

²³⁴ Ídem, cfr. párrafo 73.

²³⁵ Ídem. Párrafo 77

²³⁶ Ídem. Párrafo 79.

²³⁷ Ídem. Párrafo 83.

²³⁸ Ídem. Párrafo 85.

²³⁹ Ídem. Párrafo 89.

²⁴⁰ Ídem. Párrafo 87.

que las personas que viven en la pobreza son más vulnerables a los accidentes, las enfermedades y la incapacidad”²⁴¹.

Por lo mismo, el constitucionalismo social se ocupa de aquellas coyunturas humanas y trata de suplirlas, por cuanto entiende que representan un obstáculo para el desarrollo de las personas que afecta su dignidad universal, contribuyendo además a consolidar desigualdad material. Sobre aquello, PRIETO SANCHÍS hace ver que los derechos sociales se configuran como derechos de igualdad entendida en el sentido de igualdad material o sustancial, esto es, como derechos “no a defenderse ante cualquier discriminación normativa, sino a gozar de un régimen jurídico diferenciado o desigual en atención precisamente a una desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada”²⁴².

La lucha contra la pobreza se transforma en una inspiración fundamental para el constitucionalismo social, primero porque es aflictiva por sí misma para quienes la sufren y, además, porque es capaz de generar inequidades contra las cuales los modelos inspirados en el constitucionalismo social intentan sobreponerse. Como correctamente advierte SALAZAR, no se debe enfrentar a la pobreza como si fuera un inevitable, una condición imposible de superar. Para él, ella es una calamidad y no una catástrofe. Sería una catástrofe si fuera una desgracia que escapa del control humano, y por lo mismo, no podría ser valorada éticamente. Pero como es una calamidad, porque “detrás de la misma [y] como causa principal de su persistencia, se encuentran acciones u omisiones humanas intencionales”, permite juzgarla como “injusta” e “indecente”, y contra la cual se pueden dirigir esfuerzos transformadores²⁴³.

En ese sentido, el constitucionalismo social, a través del Estado Social se responsabilizará por la “procura existencial” de todos. Esta estará formada tanto por el espacio vital dominado como por el espacio vital constituido. El primero será aquel que cada individuo puede controlar y estructurar por sí mismo, como el pozo que está dentro de su terreno, las bestias de carga, o la distribución de los muebles de su vivienda. El segundo, en tanto representa el ámbito en que el individuo realiza fácticamente su existencia y está compuesto por las cosas y posibilidades de las que se sirve, pero respecto de las cuales no tiene control o señorío. Aquí se incluyen los servicios de agua potable, el sistema de tráfico o telecomunicación o la ordenación urbanística. Es de este último espacio del cual el constitucionalismo se ocupará particularmente, facilitando la procura existencial en aquellos asuntos que los sujetos no pueden disponer ni planificar por sí mismos. Si bien este esfuerzo se intensifica en las clases económicas más débiles, ella no se agota exclusivamente en los más desposeídos, se extiende la generalidad de las personas²⁴⁴.

En definitiva, el modelo denominado constitucionalismo social no se enfrenta a un enemigo institucional, sino a condiciones sociales desfavorables para un nivel de vida adecuado, respecto de las cuales el Estado debe actuar para superarlas. Para ello, los derechos sociales responden a dichos requerimientos, y su protección motiva la ordenación constitucional y política.

²⁴¹ Ídem. Párrafo 81.

²⁴² Prieto Sanchís, Luis, *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, en Carbonell, Miguel, Cruz Parceró, Juan A., Vázquez Rodolfo (compiladores), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2000, pp. 15-65, cfr. p. 23-24.

²⁴³ Salazar Ugarte, Pedro, *Pobreza*, en Fix-Zamudio, Hector y Valadés, Diego (coords.), *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México D.F., 2011, pp. 299- 307, p. 302.

²⁴⁴ Sobre la procura existencial, véase García-Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Alianza, Madrid, 14ª. ed., 2005, cfr. pp. 26-30.

3.2. Los derechos protegidos por el constitucionalismo social

Los derechos asegurados por el constitucionalismo social son los derechos sociales. Sobre ellos, ANSUÁTEGUI señala que, para su definición, un problema que debe resolverse es de carácter estructural, esto es, resolver cuáles son los rasgos que distinguen a estos derechos respecto de los otros. De esta forma, suele afirmarse que los derechos sociales se distinguen de los civiles y políticos. Mientras estos últimos, a los cuales se les denomina también derechos “individuales”, son universales, innegociables, de eficacia inmediata, y justiciables –entre otras características–, los sociales, en tanto, no serían universales, serían relativos y negociables, carecerían de eficacia inmediata y de justiciabilidad directa. A su vez, estos últimos generarían obligaciones de diferente naturaleza y un mayor grado de institucionalización que los individuales. Sin embargo, estas distinciones parten de la base, nos dice el mismo autor, de un discurso abstracto que constata fuertemente con la realidad, ya que en verdad hay derechos individuales que no participan de las características antes mencionadas, así como también derechos sociales de los cuales se puede predicar esos mismos rasgos, aunque sea en un sentido más débil²⁴⁵.

Asimismo, debe ser cuestionada la afirmación de que los derechos sociales son derechos de prestación, o sea que acarrear una obligación de acción positiva para los poderes públicos, “sin cuyo concurso no se podría desarrollar una satisfacción generalizada de estos derechos”. La crítica a este último punto viene dada porque no todos los derechos sociales son de prestación, tal como sucede por ejemplo con la libre sindicación y el derecho de huelga; y a su vez, porque no todos los derechos individuales obedecen exclusivamente a criterios de autonomía, como ocurre con el derecho a la vida, el cual solo puede protegerse por el Estado si implementa acciones concretas para asegurar la existencia de las personas²⁴⁶.

De este modo, y coincidiendo con las observaciones de ANSUÁTEGUI, en verdad lo que caracteriza a los derechos sociales, es el principio en el cual se funda, como es el logro de la igualdad material, la cual puede ser alcanzada tanto a través de prestaciones estatales como de otros caminos²⁴⁷. En un sentido similar, GARRORENA señalará que, uno de los valores superiores del Estado social, concreción de este modelo, es la igualdad, entendida como “corrección de las desigualdades sociales”²⁴⁸.

En ese mismo contexto, bien se puede decir que hay dos tipos de derechos sociales: los no prestacionales y los prestacionales.

3.2.1. Los derechos sociales no prestacionales

Una primera categoría de derechos sociales es, como se dijo anteriormente, la de los derechos sociales no prestacionales. Vale decir, su satisfacción no se logra con una acción directa por parte del

²⁴⁵ Ansuátegui Roig, Francisco Javier, *Argumentos para una teoría de los derechos sociales*. En *Revista Derecho del Estado*, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, número 24, Julio 2010, pp. 45-63, cfr pp. 57-59. En un sentido similar, me remito a lo ya anotado sobre la obra de Holmes y Sunstein, en el punto 2.2.1. de este capítulo.

²⁴⁶ Ansuátegui, *Argumentos para una teoría de los derechos sociales*, op. cit., pp. 60-61.

²⁴⁷ Sobre la fundamentación de los derechos sociales, véase: Salazar Pizarro, Sebastián, *Fundamentación y estructura de los derechos sociales*. En *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Valdivia, Vol. XXV número 1, Julio 2013, pp 69 – 93.

²⁴⁸ Garrorena Morales, *El Estado español como estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1987, cfr. p. 48.

Estado, aun cuando, tal como sucede con todos los demás derechos fundamentales, necesitan también de protección estatal. Sobre el particular se ha dicho que “existen derechos sociales que no pueden calificarse como derechos prestacionales, bien porque de ellos derivan básicamente obligaciones de no interferencia (por ejemplo, la libre sindicación o el derecho de huelga), bien porque expresan limitaciones a la autonomía de la voluntad en el ámbito laboral (por ejemplo, la limitación de la jornada, el derecho a vacaciones, etc)”²⁴⁹.

El origen de estos derechos se remonta a las leyes sociales de Bismarck (1883-1889), las cuales pretendían sofocar los peligros que una situación de crisis social se cernía sobre el sistema establecido y la paz civil, provenientes del descontento generado en las clases obreras en Alemania por la situación que vivían. Las primeras de estas leyes se relacionaron con la creación de seguros sociales en beneficio de los obreros que cubrieron las contingencias provenientes de enfermedades. Más tarde, la relación laboral gobernada por un Derecho del Trabajo de inspiración liberal, con énfasis en la autonomía de la voluntad propia de la legislación civil proveniente del Código Napoleónico de 1804, se transformará con el objeto de proteger al trabajador como parte más débil de la relación contractual²⁵⁰.

Desde una perspectiva de Derecho Público, será la Constitución mexicana de 1917 la primera norma fundamental en recoger los derechos de los trabajadores como garantías constitucionales. En el Título VI denominado “Del trabajo y de la previsión social”, su art. 123 encomienda al Congreso de la Unión a las Legislaturas de los Estados “expedir leyes sobre el trabajo, fundadas en las necesidades de cada región”, sin contravenir ciertas bases que se explicitan en la misma disposición. Estos criterios se agrupan, según SAYEG en diez ejes: (1) trabajo y descanso (jornada máxima, descanso semanal); (2) salario (mínimo indispensable para una vida digna, pagadero en moneda de curso legal, igualitario según sexo y nacionalidad); (3) protección de las mujeres y de los menores que trabajan; (4) participación de utilidades (parte de las mismas deben ser traspasadas a los operarios); (5) estabilidad en el trabajo (despido por causa, y pago de indemnización); (6) protección a la salud y a la vida de los trabajadores y su familia; (7) derecho de asociación profesional; (8) establecimiento de autoridades del trabajo encargadas de resolver los conflictos laborales, a través de conciliación y arbitraje; (9) irrenunciabilidad de los seguros obreros y (10) seguridad social²⁵¹.

Con posterioridad, la Constitución de Weimar (1919) recogerá el derecho al trabajo en su artículo 163. Dicha disposición además de establecer que “todo alemán tiene el deber moral de emplear sus fuerzas intelectuales y físicas conforme lo exija el bien de la comunidad y sin perjuicio de su libertad personal”, dispone que “a todo alemán debe proporcionársele la posibilidad de ganarse el sustento mediante un trabajo productivo”.

Para PÉREZ LUÑO, esta Constitución ha sido el texto inspirador de las cartas que han intentado conjugar en su sistema de derechos fundamentales las libertades con los derechos económicos, sociales y culturales. Así ocurrió en España, con la Constitución republicana de 1931, y también con las Constituciones francesa de 1946 e italiana de 1947, así como con la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949.

El constitucionalismo social contempla la protección de los derechos en el ámbito del trabajo no solo del Derecho Laboral individual, sino también derechos del Derecho Laboral colectivo, como

²⁴⁹ Añón Roig, María José y García Añón, José (coord.), et al., *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2004, cfr. p. 62.

²⁵⁰ Ídem, cfr. pp. 25-26.

²⁵¹ Sayeg Helú, Jorge, *El constitucionalismo social mexicano*. La integración constitucional de México (1808-1988), Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1ª ed., 1991, cfr. pp. 697-699.

sucede con el aseguramiento de los derechos de sindicalización, a negociación colectiva y a huelga, los cuales si bien siguen siendo derechos sociales tampoco tienen un carácter prestacional²⁵².

3.2.2. Los derechos sociales prestacionales

Aun cuando no todos, la mayoría de los derechos sociales exigen del Estado la concreción de medidas por parte del Estado que los haga efectivos, permitiendo el acceso de las personas a los medios suficientes para la satisfacción de necesidades esenciales. Estas necesidades pueden ser básicas o intermedias. Dentro de las primeras, se encuentran la salud física (vinculada a las posibilidades de supervivencia y a una buena o mala salud) y la autonomía (relacionada con la privación cognitiva y las posibilidades de acción), mientras que, en las intermedias, se refiere al agua, la comida, la vivienda, un entorno físico seguro, la sanidad y la educación²⁵³.

PRIETO SANCHÍS señala que uno de los criterios diferenciadores entre los derechos civiles o individuales y los derechos sociales radica en que los primeros generan una obligación consistente en una abstención u omisión, en un “no hacer nada” que comprometa el ejercicio de la libertad o el ámbito de inmunidad garantizado; en cambio en los segundos, el contenido de la obligación es de carácter positivo, de dar o hacer²⁵⁴. ALEXY, en tanto, define a los derechos prestacionales en sentido estricto (para diferenciarlos de los derechos prestacionales en sentido amplio, que son aquellos a una prestación normativa dirigida al establecimiento de una determinada competencia de cogestión dentro de una institución²⁵⁵) como los “derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo tuviera los medios financieros suficientes, y si encontrase en el mercado una oferta suficiente– podría obtener también de los particulares”, a los cuales los llama “derechos sociales fundamentales”²⁵⁶. El fundamento de estos derechos para este autor, a diferencia de lo que sostiene PRIETO SANCHÍS, radica en la libertad y no en la igualdad material. Primero, porque para lograr la libertad jurídica para hacer u omitir algo, se requiere de la posibilidad fáctica de poder elegir entre lo permitido. Y segundo, porque gracias a las acciones estatales que de ellos derivan, las personas pueden alcanzar la libertad fáctica que no pueden lograr por sí mismas bajo las condiciones de la sociedad industrial²⁵⁷.

De este modo, el constitucionalismo social promueve la protección de ciertos derechos prestacionales, vinculados a la satisfacción de determinadas necesidades esenciales, tales como el derecho a la educación, a la salud, a la seguridad social, a la vivienda, a una jubilación justa, etc. Con este objeto, según lo indica PORRAS, los Estados inspirados en la justicia distributiva, estará constitucionalmente impelidos a intervenir en la sociedad, adoptando cuantas medidas correctoras estime necesarias para asegurar, a quienes lo necesiten o demanden, las oportunidades de libertad, vale decir, “las condiciones necesarias de existencia digna que no pueden alcanzar por sí mismos”²⁵⁸.

²⁵²Marzi Muñoz, Daniela Beatriz, *La libertad sindical: Tan libertaria como igualitaria*, pp. 177-210. Díaz García, L. Iván, *El derecho fundamental a la negociación colectiva en Chile. Una evaluación desde los Derechos internacional y comparado*, pp. 213-239. Cazor Aliste, Kamel y Cortés Moreno, Gonzalo, *Las indefiniciones teóricas y dogmáticas del derecho de huelga en Chile*, pp. 245-256. En relación con estos artículos véase; Aguilar Cavallo, Gonzalo (Coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2012.

²⁵³ Añón, et al., op. cit., cfr. pp. 106-112.

²⁵⁴ Prieto Sanchís, op. cit., pág. 21.

²⁵⁵ Alexy, Robert, op. cit., cfr. p. 172.

²⁵⁶ Ídem, p. 443.

²⁵⁷ Ídem, cfr. p. 44.

²⁵⁸ Porras Ramírez, José María, *Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado Constitucional*, en Balaguer Callejón, Francisco (coord.), *Derecho Constitucional y Cultural*, Estudios en Homenaje a Peter Häberle. Tecno, Madrid, 2004, pp. 659-673, pp. 661-662.

Este fin distribuidor se realizará tanto a través del cobro de impuestos y de su inversión pública, como también por medio de la estatización y nacionalización de empresas²⁵⁹.

3.3. Las garantías de los derechos en el constitucionalismo social

En general, el constitucionalismo social se vale de muchas de las herramientas de protección que el constitucionalismo liberal ya considera, pero las enriquece con el propósito de lograr la igualdad material a la cual he hecho referencia anteriormente.

Así, el Estado Legal de Derecho muta, sin destruir sus principios básicos (legalidad, supremacía constitucional, separación de poderes, responsabilidad) a un Estado Social de Derecho, la positivación de derechos se nutre de nuevas garantías asociadas a los derechos sociales, y la existencia de acciones protectoras de derechos se complementa con el principio del acceso a la justicia. Siguiendo la misma ruta metodológica usada en el constitucionalismo liberal, distinguiremos las garantías políticas o institucionales, de las garantías jurídicas o jurisdiccionales.

3.3.1. *El Estado social de Derecho como garantía política o institucional, en el constitucionalismo social*

Durante el primer tercio del Siglo XX la implementación del Estado Liberal, entendido como Estado Legal de Derecho, entró en una grave depresión ya que se trataba de un modelo hecho, según SÁNCHEZ a la medida de los intereses de la burguesía, lo que acabó mostrando sus disfunciones y su incapacidad para seguir fundando el pacto social. Lo anterior, según la misma autora, en atención a que la clase proletaria requería de una estructura social y política diferente a la que la vio nacer²⁶⁰. Esto hizo necesario un nuevo compromiso entre las diferentes fuerzas sociales tras la crisis del 29 y de la Segunda Guerra Mundial y que se verificó en lo que se ha venido a llamar el Estado Social o Estado Social de Derecho²⁶¹.

Si bien GARCÍA-PELAYO reconoce la importancia de Lorenz von Stein y de Ferdinand Lasalle en la construcción conceptual de Estado Social, concede a HERMANN HELLER (1891-1933) “la formulación de la idea del Estado social o, más concretamente, de la idea del Estado social de Derecho”²⁶².

En efecto, HELLER advierte que, en el Siglo XIX, el Estado liberal burgués había entrado en una crisis debido a que el poder político había cedido frente a las fuerzas de la economía, lo cual había generado miseria y un clamor de parte de los proletarios para que se materializaran las promesas de las revoluciones liberales. En ese contexto, la clase burguesa decide reformular el Estado de Derecho y lo transforma en un aparato meramente formal, sin un contenido material definido, y centrado exclusivamente en el cumplimiento de las normas jurídicas internas. De esta manera, el escenario permitirá que se despliegue un capitalismo irracional disfrazado de Estado de Derecho solo en sus aspectos formales. Pero, además, el panorama será propicio para que se propaguen ideas dictatoriales

²⁵⁹ García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, ed. cit., pp. 31-33.

²⁶⁰ Sánchez op. cit., cfr. p. 113.

²⁶¹ Martínez de Pisón, José, *La crítica neoliberal al Estado social*. Un resumen y una valoración. En *Cuadernos de filosofía del derecho*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Universidad de Alicante, España, núm. 15-16, vol. I, 1994, pp. 243-270, cfr. p. 243.

²⁶² García-Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, ed. cit., pp. 15-16.

como el fascismo, las cuales también se caracterizan por su irracionalidad, por ejemplo de corte nacionalista en el caso de la dictadura de Mussolini²⁶³.

HELLER asume que el Estado debe encontrar alguna solución que se distancie de las dos alternativas ofrecidas tanto por los “irracionales sin sangre en las venas” como por los “irracionales sedientos de sangre”, esto es, tanto de los liberales capitalistas pro *lessaiz fair*, como por los fascistas. La salida se encuentra precisamente en el Estado Social de Derecho, que sería capaz de asegurar las libertades propias del modelo liberal y, al mismo tiempo, someter las fuerzas de la economía al Derecho. De esta manera las leyes positivas ya no solo limitaban a los gobernantes, sino que también lo los actores del mercado²⁶⁴.

En palabras de GARCÍA-PELAYO, el Estado social significa históricamente “el intento de adaptación del Estado tradicional [el Estado liberal burgués] a las condiciones sociales de la civilización industrial y postindustrial con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarlos”²⁶⁵

Para cumplir este objetivo, la Administración adquiere un nuevo sentido, ya que realiza una función social a través de la prestación de servicios. Esto no significa sin embargo destruir el orden jurídico institucional del modelo liberal, sino que se ajusta al marco normativo ya consolidado en el Estado de Derecho Liberal²⁶⁶. Por lo mismo, BOCKENFÖRDE sostendrá que en rigor el Estado social no se refiere a elementos estructural de tipo institucional o legitimador, ni tampoco a garantías delimitadoras, como las del Estado de Derecho, sino que se plantea más bien como un fin del Estado y como un mandato de acción para los órganos estatales dirigido a “la desaparición del antagonismo y la desigualdad social en la sociedad, así como a asegurar para todos los presupuestos sociales imprescindibles para la realización de la libertad”²⁶⁷.

Lo relevante del Estado Social no pasa tanto por un cambio estructural, sino por su finalidad y objetivo. A partir de él surgirá la exigencia de que el Estado intervenga en la sociedad, asumiendo funciones de procura asistencial de redistribución. El Estado operará en contra de la desigualdad social, procurando un contenido sustancial a la igualdad jurídica y a la libertad individual, que, en caso contrario, se transformarían en cláusulas vacías²⁶⁸.

Por ello, LUCAS VERDÚ señala que en el Estado Social los nuevos derechos fundamentales “rellenan de contenido ético, cultural y sociológico al Estado de Derecho”²⁶⁹. Esto en ningún caso puede ser a costa de sacrificar la libertad ya conquistada en el período liberal. En verdad, lo que ha operado es que ya no se trata de una libertad individualista o aquella entendida como “el capricho individual, los monopolios capitalistas, la gran propiedad”, mutando a “un nuevo destino de la libertad, que es su incardinación en la sociedad justa. De esta manera, agrega el profesor español, “la libertad deja de ser libertad clasista y es la que se da en una justa sociedad libre”²⁷⁰.

²⁶³ Heller, Hermann, *¿Estado de Derecho o dictadura?* En *Escritos políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, cfr, pp. 283-300.

²⁶⁴ Ídem, pp. 300-301.

²⁶⁵ García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, ed. cit., p. 18.

²⁶⁶ Palma González, Eric Eduardo, *El Estado de Derecho en la doctrina y práctica político-institucional chilena*. En *Cuaderno Universitarios Serie Debate N°3*, Universidad Andrés Bello, Santiago de Chile, 1994, cfr. pp. 22-24.

²⁶⁷ Bockenförde, *La democracia como principio constitucional*, op. cit., p. 128-129.

²⁶⁸ Bockenförde, *Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho*, op. cit., cfr. p. 35.

²⁶⁹ Lucas Verdú, Pablo, *La lucha por el estado de derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza, 1975, p. 83.

²⁷⁰ Ídem, p. 92.

Advierte ALDUNATE que hay dos perspectivas sobre la noción de Estado Social. La más difundida es aquella que lo entiende como un Estado que consagra constitucionalmente derechos sociales y que en su organización administrativa provee a los ciudadanos de una serie de prestaciones, especialmente en el ámbito de la seguridad social. Pero también existe una segunda acepción del Estado Social que es aquella vinculada a sus orígenes conceptuales, que no están asociados a prestaciones sociales sino al perfeccionamiento del Estado Liberal, el mismo que pudo liberar al hombre de las ataduras del Estado pero no fue capaz de hacerlo respecto de otros poderes sociales cuya fuerza era tan intensa como la del poder estatal. De esta manera, si bien bajo la primera visión, los derechos sociales prestacionales son los que subyacen la idea de Estado Social (y así quedaría refrendado por primera vez en la Constitución de Weimar de 1919), en la segunda, el Estado deberá asegurar los derechos que resguarden la libertad de las personas frente a estas nuevas amenazas, y lo hará tanto mediante la regulación y reforzamiento de los mecanismos de sindicación y huelga, como a través del establecimiento de derechos irrenunciables del trabajador, lo cual queda plasmado por primera vez en la Constitución mexicana de 1917²⁷¹.

3.3.2. Las garantías jurídicas o jurisdiccionales en el constitucionalismo social

a) La inclusión de los derechos sociales al catálogo constitucional de derechos

Como se ha dicho, desde las Constituciones de México de 1917 y de Weimar de 1919, los derechos sociales comenzaron a incorporarse a las diferentes Cartas Fundamentales. En general, se reconocen cuatro sistemas de positivación de los derechos sociales. El primero es como *normas programáticas*, las cuales, si bien tienen la ventaja de que convierten a estas cláusulas en valores y principios que informan a toda la constitución, son incapaces de atribuir derechos a los ciudadanos de manera directa ni establece obligaciones para los poderes públicos. El segundo es como *normas de organización*, las cuales confieren al legislador o a otros órganos del Estado competencia para garantizar el desarrollo económico y social de la colectividad, perdiendo sin embargo el carácter de derechos fundamentales que integren la parte dogmática de las constituciones para figurar como principios rectores dentro de sus respectivas partes orgánicas. El tercero es como *derechos públicos subjetivos*, en cuyo caso los derechos otorgan verdaderas facultades a las personas, así como obligaciones frente al Estado, aunque su inconveniente radica en que su configuración queda entregada al legislador y, por lo mismo, el aporte de la constitución es más bien escaso en cuanto a la determinación del contenido de estos derechos. Finalmente, también pueden incluirse como *mecanismos de garantía*, especialmente garantías institucionales que implican verdaderos deberes para todos los poderes públicos en el ámbito socio-económico, pero adolecen del inconveniente de que aparecen solo como reflejo de intereses de determinados entes como la familia, los partidos políticos, los sindicatos, etc. y no derechos o facultades subjetivas de las personas concretas²⁷².

Como se advierte, no solo existe una multiplicidad de técnicas de positivación, sino que, además, cada una de ellas reconoce ventajas y desventajas en su implementación. Lo importante, sin embargo, es que independientemente de la fórmula, la incorporación de los derechos sociales a las diferentes constituciones implica dos efectos importantes. En primer lugar, la significación simbólica de que ellos son relevantes para la orientación en el actuar de los órganos estatales, sirven para interpretar las cláusulas relativas al bien común o al respeto de los derechos humanos como límite al poder

²⁷¹ Aldunate, op. cit., cfr. pp. 68-75.

²⁷² Sobre la positivación de los derechos sociales, véase: Pérez Luño, Antonio-Enrique, *La positividad de los derechos sociales: su enfoque desde la Filosofía del Derecho*. En *Revista Derechos y Libertades*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, número 14, época II, enero 2006, pp. 151-178.

político o soberanía del Estado. Y, además, en virtud de la supremacía de la que goza la constitución, vienen a ser una exigencia material en la dictación de normas infraconstitucionales por parte de los poderes constituidos. Sobre si estos derechos son o no efectivos derechos subjetivos existe, sin embargo, una extensa discusión respecto sobre la cual no se extenderá este trabajo por cuanto excede sus márgenes²⁷³.

La constitucionalización de los derechos sociales suele entrar en una compleja tensión con el sistema democrático, toda vez que los órganos encargados de control de constitucionalidad de las leyes pueden terminar resolviendo asuntos que, en principio, corresponden a los órganos políticos. ALEXY lo explica, a propósito del caso alemán que “[c]omo el Tribunal Constitucional federal tendría que controlar la observancia de estas disposiciones, la política presupuestaria quedaría, en gran medida, en manos del Tribunal Constitucional, lo que contradiría a la Constitución”²⁷⁴. La aparente invasión de las Cortes Constitucionales en las decisiones que competen a los representantes democráticos, y que nace a partir de la consagración constitucional de los derechos sociales, ha sido criticada por parte de la doctrina, la misma que valora favorablemente a aquellos ordenamientos que, a pesar de contar con poderosos sistemas de asistencia social no han elevado a rango constitucional estos derechos, como sucede con Gran Bretaña, Suecia, Francia y Canadá²⁷⁵.

b) La transformación del acceso a la justicia como criterio rector para el ejercicio de las acciones protectoras de derechos

El constitucionalismo liberal ya se había ocupado de la creación de acciones protectoras de derechos, las cuales además habían sido incorporadas a las respectivas constituciones tal como había ocurrido con los propios derechos. No obstante ello, en estas primeras constituciones, la posibilidad de deducir aquellos recursos estaba limitada por la práctica a las condiciones económicas de los afectados, toda vez que la tramitación de las acciones tenía un elevado costo que no todas las personas podían asumir. Fue con el constitucionalismo social cuando el acceso a la justicia se extendió, posibilitando que cualquier persona que se viera afectada en sus derechos fundamentales pudiera efectivamente ocurrir ante los tribunales de justicia para la defensa de los mismos.

Como anotan CAPPELETTI y GARTH, para la ideología liberal de los Estados burgueses de los siglos XVIII y XIX el acceso a la jurisdicción estaba basado en la filosofía individualista, y se entendía como un derecho natural que el Estado no podía violar. Éste asumía por tanto un rol pasivo, reducido en la práctica a reconocer que las personas puedan defender sus derechos ante los órganos judiciales, sin obstáculos. En ese mismo contexto, no le concernía auxiliar la “indigencia jurídica”, vale decir, la imposibilidad de quienes no pueden valerse del Derecho y sus instituciones. Así, quienes

²⁷³ Solo a manera ejemplar, se ha dicho por algunos autores que para que estemos en presencia de “verdaderos derechos”, estos deben poseer un contenido preciso y además deben poder ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado también de forma precisa, quien opera como “contraparte”. Como los derechos sociales carecen de ambos rasgos, sólo serían derechos “sobre el papel” pero no “verdaderos derechos”. Así se sostiene en: Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, op. cit., pp. 220-221.

²⁷⁴ Alexy, op. cit., p. 451.

²⁷⁵ Martínez Estay, José Ignacio, *Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena*. En *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 8, N° 2, 2010, cfr. p. 128.

no podían financiar la defensa correspondiente eran considerados culpables de su propia situación y por lo mismo, el derecho a pedir justicia era igualitario “sólo teóricamente”²⁷⁶.

Las nuevas tendencias, aquellas que reconocen la existencia de derechos sociales, harán que la justicia sea accesible a quienes les pertenecía este derecho solo en el papel. Esa preocupación por los derechos sociales por parte del “Estado benefactor”, dirán CAPPELLETTI y GARTH, también se tradujo en que el acceso a la justicia haya sido digno de atención²⁷⁷. En virtud de ello, se debe generar una serie de garantías que permitan que aquellos que bajo el sistema liberal no podían solventar un proceso, ahora puedan hacerlo.

Algunas de estas garantías se refieren a: (1) la liberación de pagar las costas del juicio de la contraparte; (2) la necesidad de ocuparse de las ventajas personales de las partes, como diferencias en materia económica, en las posibilidades de conocer el derecho y defenderlo en juicio, y la mejor situación de quien es litigante habitual por sobre el ocasional; (3) la posibilidad de que las personas puedan accionar para proteger intereses difusos; (4) la asistencia jurídica a los pobres, ya sea a través de sistemas judiciales (el Estado financia el abogado particular), oficiales (el Estado financia un servicio público de asistencia jurídica), o combinaciones de ellos; (5) la creación de medios alternativos para la solución de conflictos, como el arbitraje, la conciliación o los incentivos económicos; (6) la creación de instituciones y procedimientos especiales que faciliten el acceso a la justicia; (7) los cambios en los sistemas de prestación de los servicios jurídicos, por ejemplo, a través de atenciones *cuasi-profesionales* que atiendan preliminarmente las necesidades jurídicas; y (8) la simplificación del derecho, ya que “[u]na ley que pueda ser comprendida fácilmente es a menudo más accesible al común de las personas” y, por lo mismo al “hacer más fácil las leyes [se permite] que las personas puedan interponer determinadas acciones”²⁷⁸.

Como se advierte, bajo el constitucionalismo social no se crean nuevas acciones protectoras de derechos. Ellas quedaron ya diseñadas en el anterior movimiento. Sin embargo, el llamado al logro de la igualdad material que lo inspira condujo a un reforzamiento del derecho al acceso a la justicia, ya no exclusivamente como la posibilidad jurídica de interponer dichas acciones sino que además a poder hacerlo materialmente, con prescindencia de las dificultades económicas o culturales que pudieran afectar a las personas.

4.- El constitucionalismo democrático

La crisis de legitimidad del constitucionalismo liberal a la que ya se ha hecho referencia en este trabajo, no solo se debió a la insatisfacción de la población en relación con sus necesidades básicas, sino también a las deficiencias democráticas de un esquema político donde las decisiones fundamentales seguían quedando en manos de un grupo acotado, compuesto principalmente por personas que podían exhibir un determinado patrimonio y un alto nivel educacional. La realidad política que se vivía tampoco era compatible con el estándar de igualdad material, tal como no lo era el acceso a bienes básicos.

²⁷⁶ Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, *El acceso a la justicia*. Movimiento mundial para la efectividad de los derechos, Informe General, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, Buenos Aires, 1983, cfr. pp. 19-20.

²⁷⁷ Ídem, cfr. p. 21.

²⁷⁸ Ídem, cfr. pp. 21-175.

De esta manera, bajo el derrotero de la mencionada igualdad material, la misma propugnada por el constitucionalismo social se generó el constitucionalismo democrático. Así, mientras el primero se centró en la protección de los derechos sociales, el segundo pretendió reforzar y ampliar el ejercicio de los derechos políticos y de participación. Ambos, si bien tienen elementos propios que permiten distinguirlos entre sí, han confluído además en la construcción de un nuevo modelo conocido como *constitucionalismo social y democrático* y de su concreción normativa denominada *Estado Social y Democrático de Derecho*, contenido por ejemplo en el art. 1.1. de la Constitución española de 1978 (“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”), y en el art. 20.1 de la Ley Fundamental de Bonn (“La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social”).

El constitucionalismo democrático se construye a partir de la idea que el poder político reside en el pueblo, entendido este como el conjunto de todas las personas titulares de derechos políticos (ciudadanos), sin exclusión ni preferencia alguna. BOCKENFÖRDE explica, por ejemplo, que la legitimación democrática del ejercicio del poder del Estado siempre debe partir desde el pueblo y debe reconducirse a él, y “no basta que se refiera a grupos o a una pluralidad de personas”²⁷⁹. PÉREZ ROYO, por su parte, indica que, a partir de la emergencia del Estado Democrático, “lo determinante para el Estado de Derecho es la legitimación democrática del poder” y que “sin hacer realidad el principio de que ‘todo poder procede del pueblo’ no se puede hablar en sentido estricto de Estado de Derecho”²⁸⁰.

Esto significa en primer término, el fin del sufragio censitario y la implementación progresiva del sufragio universal, con lo que podrán participar de las decisiones políticas aquellos sectores de la sociedad que estuvieron marginados de ella²⁸¹, como las mujeres, los pobres, las minorías raciales, o los analfabetos. Así, bajo esta nueva sociedad democrática se desarrolla un proceso a partir del cual todas las personas se incorporan en los mecanismos de control de las decisiones políticas²⁸².

El constitucionalismo democrático incorporará, además, mecanismos que permitan articular los diferentes intereses de los grupos que componen la sociedad, como un entramado, como trama plural donde interaccionan los diferentes grupos sociales, reconocidos en su autonomía y legitimidad, dentro de su diversidad. Esta visión de la sociedad se conoce como *pluralismo*, y se opone, según GARGORENA, al unitarismo propio de los regímenes autoritarios, aun cuando se puede sostener que también se opone al liberalismo del Siglo XIX, caracterizado en los hechos por la imposición de un determinado de sociedad proveniente de las elites. A su vez, permite reflejar el carácter diverso de la sociedad, garantizando el acceso al sistema democrático de los individuos en la defensa de sus derechos e intereses, y contribuye a educar a los ciudadanos en el respeto por esta pluralidad²⁸³.

En la democracia pluralista, explica TORRES DEL MORAL, las decisiones son abiertas y públicas. Abiertas, ya que los poderes públicos consultan y oyen a los representantes de los diferentes intereses en juego; y públicas, porque trascienden mediante los medios de comunicación y porque se adoptan, a veces, de cara al público²⁸⁴.

²⁷⁹Bockenförde, Ernst, *La democracia como principio constitucional*, en Bockenförde, Ernst, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Trotta, 2000, pp. 66-67.

²⁸⁰Pérez Royo, op. cit., p. 190.

²⁸¹Bassa, op. cit., cfr. p. 50.

²⁸²Díaz, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Edicusa, Madrid, 1969, cfr., p. 139.

²⁸³Gargorena, op. cit., cfr. pp. 132-133.

²⁸⁴Torres del Moral, Antonio, *Lección I: El Estado español como estado social y democrático de Derecho y como democracia representativa y pluralista*. En Gimeno Sendra, Vicente, et al., *Los Derechos Fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, Madrid, 1ª ed., 2007, pp. 37-50, cfr. p. 46.

Bajo el constitucionalismo social se promueve tanto el pluralismo como el social. Mientras el pluralismo político valora la existencia de una diversidad de partidos y organizaciones políticas, el social reconoce que la población se divide en una serie de grupos sociales claramente diferenciados y separados, que tienen un elenco de características comunes que les permiten tener una identidad, existencia y expresión propia que los diferencia tanto de los otros grupos como del conjunto social²⁸⁵.

Por último, se debe indicar que la vigencia del modelo democrático, tal como se dijo respecto del social, no pugna del todo con el régimen liberal. No lo reemplaza ni lo supera, sino más bien lo enriquece. Como lo señala FERNÁNDEZ SEGADO, el aporte del constitucionalismo democrático radica en el surgimiento de un verdadero régimen de libertades públicas o privadas, las cuales fueron olvidadas en el primer constitucionalismo, el liberal, el cual solo se preocupó de las libertades privadas o civiles²⁸⁶.

Por otra parte, parece imprescindible realizar una advertencia conceptual a la hora de abordar el tema que nos ocupa, y es aclarar que bajo la denominación “constitucionalismo democrático” conviven dos movimientos que coinciden con su rótulo, pero difieren en su contenido. Uno corresponde a aquella escuela iniciada en la Europa continental que pretende perfeccionar la democracia liberal, la cual estaba cerrada exclusivamente en su dimensión representativa, y no a la mayor participación. El otro, de raigambre estadounidense, corresponde a una de las variantes del constitucionalismo popular, propiciado entre otros autores, por Robert POST y Reva SIEGEL, que está vinculado con la forma como la justicia constitucional debe incorporar las sensibilidades ciudadanas en la interpretación de la constitución²⁸⁷. Al primer modelo lo llamaré “constitucionalismo democrático”, y al segundo “constitucionalismo democrático norteamericano”. Si bien aparecen como dos corrientes diferentes, sí es posible apreciar que son reaccionarias a un mismo fenómeno, aunque con distintas manifestaciones, como es elitismo. El constitucionalismo democrático se rebela en contra del elitismo político, mientras que el constitucionalismo democrático norteamericano lo hace –tal como todo el constitucionalismo popular, al que pertenece– en contra de una particular manifestación de ese elitismo, como es la supremacía judicial.

Señalado lo anterior, indicaré que la opción metodológica que asumiré será la de tratar en este apartado sólo lo relativo al primero de los dos modelos señalados, esto es, al constitucionalismo democrático, por decirlo de alguna manera, “a secas”. El segundo modelo será tratado a propósito del constitucionalismo popular, páginas más adelante.

Del análisis del constitucionalismo democrático se puede concluir que su objetivo es ampliar el ejercicio de los derechos políticos a todos los ciudadanos, confrontándose de ese modo con el elitismo político, para lo cual, además de extender los derechos a nuevos titulares, se implementan nuevos mecanismos de participación, en el contexto del Estado democrático, como nueva fórmula de diseño institucional.

²⁸⁵ Para revisar ambas nociones, véase: García Jurado, Roberto, *Las formas del pluralismo*. En *Estudios*, México ITAM, número 64-65, primavera-verano 2001, pp. 127-149.

²⁸⁶ Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 47.

²⁸⁷ Sobre esta última variante, véase Post, Robert C., Siegel, Reva B., *Constitucionalismo democrático*. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2013.

4.1. El enemigo del constitucionalismo democrático: el elitismo político

Para abordar este punto, primero explicaré en qué sentido el modelo liberal de democracia representativa implicó una fórmula elitista, para luego señalar cuál es el modelo de democracia que plantea el constitucionalismo en análisis.

BOBBIO señala que la expresión “democracia representativa” quiere decir que “las deliberaciones que involucran a toda la colectividad no son tomadas por quienes forman parte de ella, sino por personas elegidas para ese fin”²⁸⁸. Parte de la doctrina ha afirmado que la única forma de que exista un Estado Constitucional es a través de la democracia representativa. Así, ARAGÓN sostiene que la limitación al poder, idea propia de ese tipo de Estado, no puede existir en una democracia directa, ya que se confunden el poder constituyente con el constituido, se hace impracticable una deliberación racional en la toma de decisiones, y no podría garantizarse el pluralismo político²⁸⁹.

Sin embargo, dicha clase de democracia ha sido criticada desde antiguo. De hecho, J.J. ROUSSEAU, en “El Contrato Social” sostenía que “el pueblo inglés cree ser libre: se equivoca mucho; no lo es sino durante la elección de los miembros del Parlamento; pero tan pronto como son elegidos es esclavo, no es nada”, agregando que “en los breves momentos de su libertad, el uso que hace de ella merece que la pierda”²⁹⁰.

La crisis del modelo representativo propio del constitucionalismo liberal se explica por varias razones. En primer término, desde un punto de vista histórico, con la llegada de la burguesía al poder, sólo ella era quien podía designar a los representantes que tomarían las decisiones para el país. Esto generaba la marginación de millones de personas que quedaban fuera de la toma de decisiones políticas²⁹¹. Esta situación, en los hechos, no era verdaderamente democrática, ya que el principio democrático supone en rigor que todos, especialmente aquellos que pertenecen a los sectores más numerosos y desfavorecidos de la sociedad, puedan acceder al poder, incluso en detrimento de quienes tradicionalmente lo han ostentado. Para que ello ocurra, debe introducirse cambios y transformaciones sociales, los cuales no operaron en el constitucionalismo inicial²⁹².

Además, aquella burguesía, si bien estaba interesada en dirigir al Estado, no podía hacerlo de modo directo ya que era numerosa y, además, ocupada en sus propias actividades económicas. Por lo mismo designó representantes para que sean estos, a través del debate y la deliberación entre sí, quienes actúen según sus propias convicciones para defender los intereses generales del país. De esta forma, se adopta el criterio del *mandato representativo*, que es un mandato de confianza susceptible de ser renovado cada cierto tiempo, en virtud del cual son los gobernantes y legisladores los que actúan en nombre del pueblo. Esto ocasionará que los representantes dejarán de serlo de los ciudadanos que los han elegido, sino que serán de la nación entera, y actuarán conforme al bien general y no al interés particular de sus electores²⁹³.

Hay, por lo tanto, un divorcio entre los intereses del pueblo entero y las motivaciones políticas de las autoridades de turno, por lo que los primeros carecían de toda injerencia en la conducción política de la comunidad. Es efectivo que, desde la irrupción del constitucionalismo social, las necesidades de la población comenzaron a ocupar la agenda de los políticos (representantes). Pero

²⁸⁸ Bobbio, op. cit., p. 52.

²⁸⁹ Aragón Reyes, Manuel, *La Democracia Constitucional*. En *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 27-40, pp. 33-34.

²⁹⁰ Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, Panamericana, Santafé de Bogotá, 2da edición, 1993, p. 129.

²⁹¹ Bassa Mercado, Jaime, *El estado constitucional de derecho*. Efectos sobre la Constitución vigente y los Derechos Sociales, Lexis Nexis, Santiago, 2008, pp. 55-56.

²⁹² López Guerra, Luis, *Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 131.

²⁹³ Molas, Isidre, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 3ra edición, 2007, pp. 79-80.

como bien lo advierte PALMA, el estado social no introduce el surgimiento de instituciones políticas o jurídicas que promuevan un mejor sistema democrático, por lo que tampoco es capaz de resolver el déficit político heredado a partir de la ejecución del modelo liberal²⁹⁴.

Como se advierte, en el temprano constitucionalismo liberal los principios democráticos no encontraron efectiva aplicación inmediata. Aun cuando aparentemente se habían creado o revitalizado órganos de representación democrática, estos seguían encarnando la voluntad de unos pocos, por lo que se trata de un modelo *elitista* de democracia²⁹⁵. De allí que sea posible afirmar que ninguno de los dos modelos postrevolucionarios, francés y norteamericano, pueden ser un ejemplo de una verdadera democracia constitucional. Esta última, tal como se revisará más adelante, sólo existirá cuando todos los individuos mayores de edad sin discriminación de ningún tipo tengan, al menos, derecho a votar²⁹⁶.

Es cierto que el origen la corriente *elitista*, como doctrina política, suele asociarse con los trabajos de Wilfredo PARETO, Gaetano MOSCA, Robert MICHAELS y Joseph Alois SCHUMPETER, de mediados del siglo XIX. O a los del politólogo ruso Moisei OSTROGORSKI, para quien la función de las masas no es gobernar, sino solo presionar o intimidar a los gobernantes²⁹⁷. Sin embargo, la desconfianza hacia aquellas masas no nacía con esas teorías, sino que ya operaba, de hecho, en los movimientos liberales del Siglo XVIII, donde la burguesía había asumido la exclusividad de la participación en la vida política²⁹⁸.

Un ejemplo de aquello es la observación que acertadamente nos proporciona LÓPEZ GUERRA: la Constitución revolucionaria francesa de 1791 consideraba ciudadano activo, vale decir, con derecho a voto, al francés mayor de veinticinco años, que no fuera empleado doméstico y que pagase una contribución directa al menos igual al valor de tres jornadas de trabajo (Título III, Sección II, art. 2). Esta regla se encontraba inspirada, a su vez, en la tesis *sieyesiana* de la soberanía nacional, según la cual el poder político radica en la nación, pero cuyo ejercicio sólo puede ser realizado por los más capacitados, lo que implicaba que el sufragio era una función que sólo podía ejercer quien tuviese una determinada capacidad económica o bien, quien poseyera títulos académicos o profesionales (sufragio censitario o de capacidades, respectivamente)²⁹⁹.

Si a lo anterior se agrega que la información necesaria para que los ciudadanos pudieran elegir correctamente era manipulada por la gente poderosa que era quien además preparaba la agenda política y que no siempre gozaban de buenas herramientas para controlar a sus representantes, las deficiencias del sistema representativo liberal eran evidentes³⁰⁰.

Una de las manifestaciones más claras de la inspiración elitista del modelo liberal radicaba en la idea de que la estructura política debía obedecer al criterio de la división y coordinación de los poderes, de modo que “el poder frenase al poder”. Esta práctica impedía que la autonomía del pueblo pudiera desplegarse libremente, ya que existían órganos que operaban controlándolo. El constitucionalismo democrático, por el contrario, entenderá que lo relevante no es solo limitar el

²⁹⁴ Palma González, op. cit., p. 24.

²⁹⁵ López Guerra, op. cit., cfr. pp. 137-141.

²⁹⁶ Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional*. Una radiografía teórica, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México, 2006, p. 122.

²⁹⁷ Eduard Gonzalo y Requejo, Ferran, *Las Democracias*, en Caminal Badía, Miguel (editor), *Manual de Ciencia Política*, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 179-235, pp. 198-201.

²⁹⁸ Bassa, *Elementos para una teoría constitucional democrática*, op. cit., cfr. p. 50.

²⁹⁹ López Guerra, op. cit., p. 131.

³⁰⁰ Véase: Calsamiglia, Alberto, *Constitucionalismo y democracia*, en Hongju Koh, Harold y Slye, Ronald (compiladores), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004, pp. 165-172, pp. 167-168.

poder, sino que permitir que éste sea desarrollado plenamente por el pueblo³⁰¹. De este modo, bien se puede decir que el énfasis de la estructura estatal no estará tanto en la protección de las personas frente al poder, sino en el modo como ellas, ya no entendidas individualmente sino como integrantes de una “sociedad de masas” sean quienes efectivamente tomen las decisiones relevantes para el país³⁰². Sobre este último punto, es preciso recordar que ya en la obra de ROUSSEAU se comienza a generar un nuevo sujeto político, como es la comunidad política que, aunque expresa la voluntad de los miembros que la componen, no es reunión de las voluntades individuales sino la formación de una voluntad nueva: la voluntad colectiva, en un plano de igualdad³⁰³.

4.2. Los derechos protegidos por el constitucionalismo democrático: los derechos políticos, entendidos como derechos de participación

Páginas atrás había señalado de qué manera el constitucionalismo liberal se ocupaba de la eficacia de ciertos derechos políticos, en especial del derecho al sufragio. Sin embargo, la concepción que existía acerca del mismo era reducida y elitista, tal como se expresó anteriormente. Y era reducida, en buena medida, porque la idea de libertad también lo era: primero, porque solo podía ser ejercida por algunos y segundo, porque quedaba exclusivamente centrada en el sufragio. De esta forma, la democracia liberal se podía resumir como el derecho de algunos para votar. Ello, por cierto, era un avance importante en la construcción de un sistema democrático, pero claramente era insuficiente.

Por lo mismo, una primera apertura de aquella libertad política tiene que ver con la extensión de los derechos políticos para todas las personas adultas, porque, como lo afirma DAHL, “[e]l cuerpo de la ciudadanía de un Estado gobernado democráticamente debe incluir a todas las personas sujetas a las leyes de dicho Estado, excepto a los transeúntes y a aquellas personas que han demostrado ser incapaces de cuidar a sí mismas”³⁰⁴.

Esta referida extensión está íntimamente ligada con la concreción del principio de igualdad. BOCKENFÖRDE sostiene que, en un sistema democrático, la posesión del poder y la legitimación del mismo no puede atribuirse a unos pocos “sino a todos los miembros del pueblo en común y del mismo modo”, agregando que “si la democracia se funda en la libertad y en la autodeterminación, tiene que tratarse en ella de una libertad igual y de una autodeterminación para todos; democracia significa, también, aquí y siempre, igualdad en la libertad”³⁰⁵.

Esta igualdad política a la que alude el constitucionalismo democrático posee dos características importantes. Por un lado, se trata de una igualdad esquemática o formal, que no admite graduaciones o diferenciación: todo ciudadano debe ser titular de derechos políticos, de la misma naturaleza y con el mismo valor. Y por el otro, corresponde a una igualdad específica o material, por la cual si bien dichos derechos sólo pertenecen a quienes ostenten la calidad de ciudadano, ello debe obedecer a su vez a una homogeneidad *prejurídica* relacionada con una común identidad nacional, o estatal al menos³⁰⁶.

³⁰¹ Falcón y Tella, María José, *Estudios de filosofía jurídica y política*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México D.F., 2009, p. 57; De Cabo Martín, Carlos, *Pensamiento crítico, Constitucionalismo crítico*, Trotta, Madrid, 2014, p. 91.

³⁰² En relación con la idea de “sociedad de masas”, véase Díaz, Elías, op cit., cfr. pp. 144-155.

³⁰³ López Guerra, op. cit., cfr. p. 129.

³⁰⁴ Dahl, op. cit., p. 91.

³⁰⁵ Bockenförde, Ernst, *La democracia como principio constitucional*, op. cit., p. 82-83.

³⁰⁶ Ídem, cfr. pp. 84-89.

A partir de la igualdad política, la titularidad de los derechos políticos se extiende a nuevos actores: a las mujeres, a los carentes de instrucción y analfabetos, a los jóvenes, a los pobres. La organización jurídica se enriquece, pero, a su vez, se democratiza por la progresiva extensión del sufragio universal³⁰⁷.

La segunda apertura de la libertad política tiene que ver con la ampliación del catálogo de derechos políticos. Y es que, superando el contexto de una democracia liberal representativa donde estos derechos eran identificados exclusivamente con el ejercicio del derecho a voto, se produce un incremento de los mismos a partir de nuevas exigencias propias de un modelo democrático más participativo, incorporándose así formas complementarias propias de democracia directa³⁰⁸.

A manera ejemplar, GARCÍA-PELAYO explica que la democracia española, se ajusta al postulado democrático no sólo a través del sistema representativo, sino que además reconoce algunas formas de democracia directa y participativa. Dentro de las primeras se encuentran la iniciativa legislativa popular y el referéndum para ciertas decisiones políticas trascendentes, como la elaboración y aprobación de los Estatutos de Autonomía y para la reforma constitucional. Dentro de las segundas, señala que se refiere a la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones de ciertas instituciones y organizaciones³⁰⁹.

4.3. Las garantías de los derechos en el constitucionalismo democrático

La preocupación del constitucionalismo democrático de promover mayor participación de la ciudadanía en la toma de las decisiones se manifiesta a través de diferentes vías, todas las cuales vienen a constituir garantías de los derechos políticos antes mencionados. En la línea que se ha venido planteando, estas garantías se refieren a la ampliación subjetiva del derecho a sufragio, la ampliación objetiva de los mecanismos de participación política adicionales al sufragio, y la existencia de un Estado Democrático de Derecho.

4.3.1. Ampliación subjetiva del derecho a sufragio

Como lo afirma NOHLEN, en la Historia han existido diferentes modos de restringir el derecho de sufragio. A veces, por exclusión directa de algunos grupos (minorías étnicas, dependientes, mujeres, etc.); otras veces, por razones censitarias, como puede ser una determinada propiedad, o el pago de impuestos, o el contar con ciertos ingresos; o bien, por contar con cierta educación, lo que ha llevado a privar de este derecho a quienes no tienen una determinada formación o a los analfabetos. El mismo autor dirá que son muchas las variables que explican la ampliación del derecho de sufragio, como el tiempo y grado de industrialización, los cambios en la estructura social, los procesos migratorios, las tradiciones políticas (más representativas o más absolutistas), cambios constitucionales y procesos de secesión o de guerras.

De la observación de los procesos históricos, es posible distinguir dos importantes momentos de ampliación del derecho a sufragio. El primero, tiene que ver con el fin del sufragio censitario y su

³⁰⁷ Bassa, op cit., cfr. p. 58.

³⁰⁸ Torres del Moral, Antonio, *El Estado social. En teoría & derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, N°9, 2011, pp. 20-53, p. 28.

³⁰⁹ García-Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, ed. cit., pp. 94-95.

tránsito hacia el sufragio universal masculino. Y el segundo, la aprobación del sufragio femenino, con el consecuente fin de la diferenciación por género.

No se debe olvidar, a propósito de esto, la formulación que Robert DAHL hace sobre la igualdad jurídica: “entre adultos ninguna persona está sin duda mejor calificada que otra para gobernar como para que se le deba encomendar el gobierno del Estado con autoridad absoluta y definitiva”. Así entendida, el mismo autor concluye que no todas las democracias han dado cumplimiento a esta estándar. Para comprobar su afirmación, constata cómo las mujeres, los esclavos, los individuos que habían poblado las tierras que ocuparon los europeos, no participaron en la forja de la democracia norteamericana. De allí que reiteradamente aluda a los países occidentales como “democráticos”, vale decir, entre comillas, incompletos. La igualdad política es un ideal democrático, por lo tanto, que habrá que alcanzar para construir una verdadera democracia³¹⁰.

Respecto del primero de estos procesos, se ha mencionado previamente que el constitucionalismo democrático pretende, entre otros objetivos, poner fin al sufragio censitario, amparado en el principio de igualdad política, y avanzar hacia el sufragio universal. Son diferentes las causas históricas que motivaron la extensión del derecho de sufragio a nuevos titulares. Pero, en general, se vinculan con reivindicaciones propias de cambios sociales y con la incorporación de masas de personas que han exigido tomar parte de las decisiones importantes para el país.

De manera ejemplar se puede decir que en Alemania, el fin del sufragio censitario está vinculado con dos procesos: en primer término, con las luchas del movimiento obrero durante la revolución industrial y con la inclusión de amplios grupos de población para la construcción nacional (“*nation-building*”) luego de la unificación de ese país³¹¹. Algo similar sucede en España, donde la aprobación de la Ley de Sufragio Universal masculino en 1890 es explicada por el entonces Presidente del Consejo de Ministros, Práxedes Mateo Sagasta por la necesidad de “poner en armonía la Administración y la política con las aspiraciones del pueblo”, aludiendo a las reivindicaciones democráticas de la clase obrera y campesina de fines del Siglo XIX³¹².

La segunda ampliación importante del derecho a sufragio se refiere, como ya se ha dicho, a la aprobación del voto femenino. La exclusión de las mujeres tenía como fundamento que su sexo las determinaba a su rol de madres y esposas, subordinadas a un varón y destinadas al ámbito privado y a las tareas domésticas. Esta circunstancia fue considerada por ellas como una grave injusticia y demandaron socialmente el ejercicio de los mismos derechos políticos que los varones, además de otras pretensiones en el ámbito civil, como el control legal de su persona y patrimonio, el derecho a la educación y el libre ejercicio de las profesiones³¹³.

Fue gracias al movimiento feminista, aquel que comenzó a expandirse a partir de la Declaración de Seneca Falls de 1848³¹⁴, que las mujeres pudieron llegar a ser reconocidas como

³¹⁰ Dahl, Robert, *La igualdad política*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008, pp. 19-41.

³¹¹ Nohlen, Dieter, *Sistemas Electorales y Partidos Políticos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México D.F., 2015, p. 20-29.

³¹² Al respecto, véase: Ollero Vallés, José Luis, *De conspirador a gobernante*, Marcial Pons Historia, Madrid, 2006, pp. 339-340; y Carr, Raymond, *España 1808- 1975*, Biblioteca Historia de España, Barcelona, 2da edición, 1982, pp. 412-435.

³¹³ Grau Biosca, Elena, *Feminismo*, en Antón Mellón (Editor), *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 405-424, p. 413.

³¹⁴ Esta Declaración sostiene entre otras cosas que “todas aquellas leyes que se opongan, por cualquier vía, con la verdadera y sustancial felicidad de la mujer, son contrarias a la gran ley de la naturaleza y no son válidas, pues este precepto tiene primacía sobre cualquier otro”. Esta ley natural consiste en que “el hombre debe perseguir su verdadera y sustancial felicidad”. El texto de la Declaración de Seneca Falls se encuentra en: Schneir, Miriam, *Feminism: The Essential Historical Writings*, Random House, New York, 1994, pp. 76-82, Traducción propia.

titulares del derecho a sufragio. La lucha en los Estados Unidos finaliza con éxito en 1920 cuando se introduce la Decimonovena Enmienda a la Constitución de ese país, la que dispone: “El derecho de los ciudadanos de los Estados Unidos al voto no será negado o menoscabado por los Estados Unidos ni por ningún estado, por motivos de sexo. El Congreso estará facultado para hacer cumplir este artículo mediante las leyes necesarias”.

Paralelamente, el movimiento se desarrollaba de modo similar, el movimiento en Europa. Finlandia reconoce el derecho a las mujeres su derecho a voto en 1907. Mientras que, en Gran Bretaña, el sufragismo femenino lograba un limitado éxito en 1918 cuando el Acta de Representación del Pueblo permitió el voto de las mujeres siempre que fueran mayores de treinta años y que estuviesen casadas con un hombre con derecho a voto o fueran cabeza de familia o profesionales. Sólo en 1928 las británicas obtendrían derecho a sufragio en condiciones de igualdad. En España el sufragio femenino fue reconocido en 1931. Antes, lo había sido en Uruguay, siendo el primer país latinoamericano en reconocer el derecho a sufragio a mujeres, en 1927³¹⁵.

La universalización del derecho a sufragio permite, de este modo, el perfeccionamiento de la democracia. ARAGÓN sostiene que “derecho de sufragio y democracia sólo coinciden cuando el sufragio es universal”³¹⁶. Sin embargo, el esfuerzo por lograr la referida universalización pareciera no estar acabada del todo en las democracias contemporáneas. Algunos debates pendientes tendrán que ver con la inclusión, o no, al padrón electoral de los privados de libertad, con la eventual rebaja de edad para ejercer la ciudadanía y con una aun mayor inclusión de mujeres y grupos postergados en la esfera de decisiones políticas, todo ello bajo la premisa que los derechos políticos son derechos humanos y, por lo mismo, deben ser interpretados evolutivamente o en progresividad³¹⁷.

4.3.2. Ampliación objetiva de los derechos políticos

Desde otra perspectiva, la irrupción del constitucionalismo democrático provoca que el ordenamiento asegure un conjunto de derechos que se dirigen a una mayor participación de las personas en la actividad estatal. Así, a la posibilidad de que los ciudadanos ejerzan el derecho de sufragio se agregarán nuevas formas de participación, distintas a la designación de representantes políticos³¹⁸.

Estos mecanismos de participación directa de los ciudadanos se realizan a través de formas propias de democracia directa, que permiten al pueblo pronunciarse de modo inmediato sobre asuntos públicos, sin –o con escasa– participación de los representantes. Como adecuadamente lo informaba BOBBIO, es insensato sostener que la democracia directa se refiere a la participación de todos los ciudadanos en todas las decisiones que los afecten. Ello, según él, sería materialmente imposible y, además, no deseable humanamente. Más bien, la incorporación de fórmulas de intervención de los

³¹⁵ Para revisar la historia del sufragio femenino, véase Rodríguez Palop, María Eugenia; Rey Pérez, José Luis; Trimiño Velásquez, Celina; *La lucha por los derechos de las mujeres en el siglo XIX*, escenarios, teorías, movimientos y acciones relevantes en el ámbito angloamericano, en Ansuátegui Roig, et al. (coord.), *Historia de los derechos fundamentales*, Siglo veintiuno, Madrid, 2007, pp. 1153-1220.

³¹⁶ Aragón Reyes, Manuel, *Derecho de sufragio: principio y función*, en Nohlen, et al. (comps.), *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América latina*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2da edición, 2007, pp. 162-177, p. 163.

³¹⁷ Al respecto, véase Picado, op. cit., pp. 57-59.

³¹⁸ López Guerra, et al., op. cit., cfr. p. 294.

ciudadanos tiene que ver con la ocupación de nuevos espacios, antes dominados por organizaciones de tipo jerárquico o burocrático³¹⁹.

Para que el pueblo pueda hacer uso de estos nuevos espacios políticos, los ordenamientos constitucionales se han abierto a fórmulas tales como la iniciativa legislativa popular, la posibilidad de convocar a *referenda* para ciertas materias, o la revocatoria de mandato. Otras formas de intervención se refieren al derecho de participar en el gobierno y en el ejercicio de las funciones públicas, a la posibilidad de que los ciudadanos sean admitidos en todo tipo de cargos y funciones públicas, y al derecho de petición³²⁰.

También debe destacarse, como elemento central del constitucionalismo democrático, el rol trascendental que adquieren los partidos políticos como articuladores de la voluntad ciudadana y facilitadores de la participación. En ese sentido, LÓPEZ GUERRA sostiene que el funcionamiento real de los sistemas democráticos resulta impensable sin el concurso de dichas organizaciones. No es posible ignorar que los partidos políticos tienen un origen mucho más antiguo. Sin embargo, la ya mencionada ampliación del derecho a sufragio con un cuerpo electoral de varias decenas o cientos de miles de ciudadanos hizo imprescindible la acción de los partidos políticos como vía de contacto entre las personas y sus representantes³²¹.

A su vez, los partidos políticos sirven como vehículo para las diferentes sensibilidades políticas que aspiran a ser interpretadas por quienes gobiernan y ejercen cargos de poder dentro de una comunidad, toda vez que cada partido forma y recoge la voluntad popular y la opinión pública³²². De esta forma, se puede decir –como lo hace VALADÉS– que la existencia de partidos políticos constituye una de las características centrales del constitucionalismo democrático³²³, o más explícitamente, que las democracias actuales son “democracia de partidos”, en palabras de ARAGÓN³²⁴.

4.3.2. *El Estado democrático de Derecho*

Aun cuando la expresión recogida, más allá de sus redacciones particulares, por muchas constituciones es la de “Estado social y democrático de Derecho”, como sucede con la alemana³²⁵, la

³¹⁹ Sobre el sentido de democracia directa, véase: Bobbio, *El futuro de la democracia*, op. cit., pp. 32-50.

³²⁰ En relación con las mencionadas formas de democracia directa, véanse: Garrido Gómez, María Isabel, *El principio democrático en el constitucionalismo y su plausibilidad*, en Garrido Gómez y Espinoza de los Monteros (editores), *Paradigmas y desafíos del constitucionalismo democrático*, Comares, Granada, 2014, pp. 27-41, pp. 27-29; Ruiz Miguel, Alfonso, *Los derechos de participación política*, en Betegón Carrilo, et al. (Coord.), *Constitución y derecho fundamentales*, Presidencia de Gobierno. Secretaría Técnica, La Rioja, 2004, pp. 723-748; y Picado, op. cit., p. 51.

³²¹ López Guerra, op. cit., pp. 150-151.

³²² Duverger, Maurice, *Los Partidos Políticos*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1957, pp. 398.

³²³ Valadés, Diego, *La no aplicación de las normas y el Estado de Derecho*. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., número 103, enero-abril de 2002, pp. 219-291.

³²⁴ Aragón Reyes, *La Democracia Constitucional*, op. cit., p. 35.

³²⁵ Art. 28.1. “El orden constitucional de los Länder debe responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental (...)”, República Federal de Alemania, *Ley Fundamental para la República Federal de Alemania*, bundeszentrale für politische bildung, Bonn, 2010.

francesa³²⁶ y la española³²⁷, es posible elaborar una primera aproximación conceptual acerca de lo que se entiende exclusivamente por “Estado democrático”. Una vez abordado ello, se podrá reconstituir la noción conjunta del referido Estado social y democrático de Derecho, al complementarse con los otros elementos, esto es, el jurídico y el social.

El diseño institucional derivado de la incorporación de nuevos actores, de nuevos derechos y de nuevas formas de participación se verifica en la construcción de un Estado democrático. Como lo afirma GARRORENA, y en un sentido que se ha venido adelantando en páginas anteriores, el Estado democrático obedece a la extensión del protagonismo político a amplios sectores de la sociedad y a la generalización del sufragio³²⁸.

En primer lugar, en el Estado democrático el pueblo (*demos*) se vincula fuertemente tanto con el poder como con el orden jurídico, vínculo que se produce a través de la Constitución. Por ese motivo, bajo el modelo democrático es imprescindible que el acto constituyente que funda el Estado sea expresión genuina de la voluntad del pueblo. En un sentido similar, ha de predicarse respecto de las reformas o enmiendas de dicho acto fundante³²⁹.

En seguida, el ejercicio del poder al interior de este Estado debe ser desarrollado con la máxima participación posible de todos los ciudadanos, tanto a través del sufragio como de las otras formas de intervención que debe proporcionar el ordenamiento constitucional. El pueblo ha de ser el portador y titular del poder público, por lo que el ejercicio estatal del mismo debe siempre derivar, de un modo concreto, del pueblo. Será esta circunstancia la que permitirá dotar de legitimidad democrática a la actuación de los órganos del Estado³³⁰.

Complementando lo anterior BOCKENFÖRDE enuncia tres condiciones para la organización democrática del Estado, las cuales se pueden resumir en: (1) la existencia de una estructura jurídica legitimadora del poder del Estado mediante una remisión permanente al poder del pueblo; (2) la exigencia de que los representantes no pueden deslizarse hacia “una posición de soberanía”, por lo que su actuación debe configurarse como una competencia adecuada a su cargo y limitada jurídicamente; y (3) la posibilidad de que el poder de los representantes pueda ser corregido y contrapesado por el pueblo, ya sea removiéndolos o decidiendo directamente acerca de ciertos asuntos³³¹.

De esta manera, los derechos antes enunciados se han de enmarcar dentro de una estructura institucional diseñada para que ellos puedan ser ejercidos eficazmente en un sistema cuya legitimidad y sustento político se encuentre en la convicción de que el poder político o soberanía recae en el pueblo.

³²⁶ Art. 1 inciso primero: “Francia es una república indivisible, laica, democrática y social que garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión y que respeta todas las creencias. Su organización es descentralizada”. República de Francia, *Constitución de la República de Francia*, 1958.

³²⁷ Art. 1.1.: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Constitución de España, *Constitución Española*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1978.

³²⁸ Garrorena, op. cit., p. 110.

³²⁹ Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2012, pp. 15-16.

³³⁰ Bockenförde, *La democracia como principio constitucional*, op. cit., pp. 54-55.

³³¹ Bockenförde, Ernst, *Democracia y representación. Crítica a la discusión actual sobre la democracia*, en Bockenförde, Ernst, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Trotta, 2000, pp. 143.

Ahora bien, el desarrollo del Estado democrático confluye con el de otro paradigma importante, como es el del Estado social. Ambos modelos se construyen a partir de la idea de la igualdad. Mientras el primero, se funda en la lógica de la igualdad política, de lo cual deriva la necesidad de la máxima participación, el segundo encuentra sus bases en la búsqueda de la igualdad material, a través de la implementación de los derechos sociales. Hay aquí, por lo tanto, un punto convergente que se produce al fundirse las reivindicaciones políticas y sociales en contra de una suerte de enemigo común, como era el modelo liberal representativo.

Que se trate de dos tradiciones diferentes, no debe llevar a la conclusión que el Estado social y democrático de Derecho sea simplemente la suma de elementos sociales y democráticos que, unidos al jurídico den vida a un fenómeno que nace por mera adición de principios. Por el contrario, se trata de una fórmula compuesta por tres características del Estado que quedan afectas, modificadas entre sí, hasta adquirir un contenido que jamás habrían tenido si hubieran operado en solitario, implicándose mutuamente entre ellas³³².

Como dice GARCÍA-PELAYO, la cláusula “Estado social y democrático de Derecho” no constituye una simple agregación o yuxtaposición de componentes, sino la articulación de ellos “en una totalidad conceptual”. El profesor español recomienda entender este concepto como una trinidad, arquetipo inconsciente del género humano, la que suele representar al mismo tiempo oposición y unidad, en este caso que integra el elemento social (Estado social), el político (Estado democrático) y el jurídico (Estado de Derecho). Esta reunión implica que no puede desarrollarse ninguno de ellos por sí solo, ya que en tal caso podría conducir al antagonismo con los otros dos o con alguno de ellos. La única posibilidad de dar vigencia a los principios que forman parte de la fórmula tripartita es a través de su integración recíproca, como una totalidad, lo cual significa que: (1) el componente social no podría desarrollarse ni autoritaria ni arbitrariamente sino por métodos democráticos y sometidos a la disciplina del Derecho; (2) el componente democrático encuentra sus límites en la estructura normativa del Estado de Derecho con pleno respeto a los valores sociales constitucionalmente protegidos; (3) el componente jurídico no deberá reducirse a un formalismo que bloquee los valores sociales y democráticos sino que debe orientarse hacia estos de modo de que no se transforme en simple Estado legal el cual podría ser compatible con formas autoritarias; (4) su comprensión implica previamente un análisis de cada uno de sus componentes y de sus relaciones; y (5) el sistema que ha resultado producto de las conexiones recíprocas es algo novedoso, una unidad dialéctica de los tres conceptos desarrollados durante el Siglo XIX y parte del Siglo XX³³³.

En definitiva, la combinación de lo social con lo democrático logra hacer efectivo el principio de igualdad material tanto en lo relativo a ciertos derechos básicos como la salud, la educación, la seguridad social o el trabajo, como también en lo concerniente a la participación política. A su vez, el principio de libertad logra concretarse de mejor manera en este modelo fusionado, toda vez que evidentemente se es más libre cuando se encuentran satisfechas las necesidades de las que se ocupan los derechos sociales, garantizándose jurídicamente de este modo la *libertad fáctica*, que es del modo como ALEXY justifica los derechos sociales³³⁴, y también se es cuando se puede intervenir en los procesos políticos de un Estado.

³³² Garrorena, op. cit., cfr. 204.

³³³ García-Pelayo, García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, ed. cit., cfr., pp. 92-104.

³³⁴ Alexy, op. cit., cfr. pp. 446-447.

5.- El neoconstitucionalismo

Es habitual que los autores reconozcan que el vocablo “neoconstitucionalismo”, sea de difícil conceptualización. De allí que uno de sus adherentes, Luis PRIETO SANCHÍS reconozca que se trata de un neologismo que presenta un “carácter gravemente ambiguo y extremadamente vago” y que, por lo mismo, es justificado hablar de *neoconstitucionalismos*, en plural, como ya lo habría hecho parte de la doctrina³³⁵. Entre las causas de esta indeterminación se encuentran: (a) el uso de la misma palabra neoconstitucionalismo para referirse a disciplinas diversas, (b) la existencia de diferentes clases o categorías de neoconstitucionalismos, y (c) el reducido número de autores que se reconocen como neoconstitucionalistas.

Respecto de *la primera causa de indeterminación*, se puede replicar las opciones presentadas al comienzo de este trabajo, a partir de las perspectivas ofrecidas por FERRAJOLI para el estudio del constitucionalismo en general, esto es el análisis jurídico y el político. Así, el neoconstitucionalismo como una forma de constitucionalismo jurídico (lo que llamaré *neoconstitucionalismo jurídico*) se referirá, según CARBONELL a la comunión de ciertos fenómenos, a saber: (1) la existencia de textos constitucionales de la segunda post-guerra que no se limitan a establecer competencias o a separar los poderes, sino que contienen altos niveles de normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado a través del establecimiento de fines y objetivos; (2) el asentamiento de la práctica jurisprudencial de introducir parámetros interpretativos nuevos, donde el razonamiento judicial se vuelve más complejo, “entrando en juego” las técnicas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, el efecto irradiación, etc.; y (3) el surgimiento de ciertos teóricos novedosos que además de explicar el Derecho, sino que también contribuye a crearlo como una meta-garantía del ordenamiento jurídico en su conjunto³³⁶.

En relación con esta versión del neoconstitucionalismo, ÁVILA ha afirmado que ha impactado a la Teoría del Derecho –gobernada durante la primera mitad del Siglo XX por el positivismo jurídico– en cinco sentidos, a saber: (1) pone énfasis en la justicia más que en la certeza y seguridad defendida por el positivismo jurídico; (2) reconoce que el sistema jurídico pueda ser incoherente e incompleto; (3) desplaza el objeto de la ciencia jurídica desde el análisis de la norma positiva, extendiéndolo también a otros sistemas jurídicos, como el regional y universal; (4) en atención a que el Derecho se enfrenta ya no solo a textos jurídicos sino que a los conflictos reales que exigen interpretación y aplicación de las normas, el método gramatical y la analogía ya no son la única forma de enfrentarse al mismo sino que se agregan el método teleológico y la ponderación; y (5) se abre a la posibilidad que exista una vinculación entre derecho y moral, toda vez que las constituciones son una síntesis entre ambos órdenes³³⁷.

El neoconstitucionalismo como una forma de constitucionalismo político (al que denominaré *neoconstitucionalismo político*) obedece a aquella corriente, movimiento o modelo que reacciona en contra de una de las manifestaciones del poder político, el poder legislativo, con el objeto de evitar

³³⁵ Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*. Ensayo de filosofía jurídica, Trotta, Madrid, 2013, pp. 23-24. Su referencia a la expresión “neoconstitucionalismos” la realiza respecto de: Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 4ªed., 2009.

³³⁶ Carbonell, Miguel, *El neoconstitucionalismo en su laberinto*, en Carbonell, Miguel (edic.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 9-11, cfr. pp. 9-11.

³³⁷ Ávila Santamaría, Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador*. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008, Abya-Yala, Quito, 2011, cfr. pp. 53-57.

sus abusos, protegiendo los derechos garantizados en la constitución, a través del ejercicio de la jurisdicción constitucional³³⁸. Sobre esta forma de neoconstitucionalismo, volveré más adelante.

Con el objeto de distinguir ambos neoconstitucionalismos, diré que un rasgo distintivo del *neoconstitucionalismo jurídico* es que, a partir de un análisis interno del ordenamiento, reconoce la existencia de constituciones sustancialmente ricas, en especial por la presencia de principios – los cuales si bien no se reducen sólo a derechos, fundamentalmente lo son – y su irradiación en las normas infraconstitucionales. En cambio, el *neoconstitucionalismo político* se plantea desde una perspectiva externa al ordenamiento jurídico, asume que los principios y derechos constitucionales deben ser particularmente respetados y materializados por el órgano legislativo, ello entendido como una garantía de los individuos frente a los abusos, arbitrariedades e insuficiencias que pudiesen provenir de dicha función pública. Dicho de otro modo, mientras el *neoconstitucionalismo jurídico* analiza *por qué* se constitucionaliza el Derecho (por el efecto que produce la constitución en el ordenamiento), el *neoconstitucionalismo político* explica *para qué* se constitucionaliza el Derecho (para proteger a las personas de los órganos creadores de normas jurídicas).

Respecto de la *segunda causa de indeterminación* se refiere a las diferentes clases o categorías de neoconstitucionalismos, clasificación que formula COMANDUCCI, no sin antes advertir que el neoconstitucionalismo, a diferencia de lo que ocurre con el constitucionalismo, no se presenta sólo como ideología, sino que también “como una teoría concurrente con la positivista”. Así, distingue entre neoconstitucionalismos teórico, ideológico y metodológico. El primero, el neoconstitucionalismo como *teoría del Derecho*, “aspira a describir los logros de la constitucionalización”, destacándose la existencia de una constitución “invasora”, la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, la omnipresencia en la constitución de principios y reglas, y por las peculiaridades que tendría la interpretación y aplicación de la constitución en relación con las de la ley. El neoconstitucionalismo ideológico corresponde a aquella *ideología* destinada, más que a limitar el poder estatal (como lo hace el constitucionalismo), a garantizar los derechos fundamentales. Este neoconstitucionalismo ideológico no se restringe a explicar los logros del proceso de constitucionalización sino que “los valora y propugna su defensa y ampliación”, por lo que proyectando el postulado del positivismo ideológico que predicaba que existe obligación moral de obedecer la ley, esta ideología hace referencia a la obligación moral de obedecer la constitución. Por último, lo que el autor denomina neoconstitucionalismo metodológico se refiere a una *metodología* que intenta describir al Derecho, a diferencia de lo que sucede con el positivismo metodológico, como un orden que guarda “conexión necesaria, identificativa y/o justificativa” con la moral³³⁹.

Finalmente, la *tercera causa de indeterminación* es aquella extraña circunstancia que describe PRIETO SANCHÍS, que consiste en que a pesar de tratarse de un término que circula cada vez más profusamente, pareciera tener muy pocos militantes. Ello, porque los autores que suelen ser mencionados como los principales impulsores del movimiento no se califican a sí mismos como “neoconstitucionalistas”. Ello impide conocer en detalle el fenómeno neoconstitucionalista “de primera fuente”, sino que, tal como lo señala el mismo Prieto Sanchís, quienes aluden a él, “generalmente adoptan un sentido crítico y en ocasiones destructivo”³⁴⁰.

Si hay que reconstruir la historia del neoconstitucionalismo, habría que señalar en primer término que quien logra acuñar esta expresión es la profesora de la Universidad de Génova, Susanna Pozzolo. GARCÍA JARAMILLO menciona una conferencia dictada por ella en la XVIII versión del *Internationale Vereinigung für Rechts-und Sozialphilosophie* (IVR) el año 1997 en Buenos Aires, en la cual se habría

³³⁸ Si bien entiendo que esta formulación puede ser una simplificación extrema, debe asumirse como una aproximación conceptual que desarrollaré con sus diversos matices en las próximas páginas.

³³⁹ Comanducci, Paolo, *Formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico*, op. cit., pp.83-86.

³⁴⁰ Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, op. cit., crf., p. 23.

inaugurado el uso de este neologismo³⁴¹. La misma autora reconoce la maternidad de la palabra cuando a propósito de la tesis de la especificidad de la interpretación constitucional, señala que ella es defendida por un grupo de iusfilósofos que comparten un especial modo de acercarse al Derecho. “He llamado a tal corriente de pensamiento neoconstitucionalismo”, agregará a continuación, e incluirá dentro de ellas a DWORKIN, ALEXY, ZAGREBELSKY, y “en parte” a NINO³⁴². POZZOLO, a su vez, señala que las bases de esta doctrina se encuentran en las disputas entre HERBERT HART y RONALD DWORKIN, las cuales dio vida a “múltiples positivismos jurídicos”, y también “a nuevos iusnaturalismos y a distintas posiciones antipositivistas, entre las cuales se inserta el neoconstitucionalismo”³⁴³.

Ahora bien, tal como se anunció en su oportunidad, lo que interesa a la presente investigación es el constitucionalismo político entendido como modelo y su relación con los derechos fundamentales. Esto me conduce, en esta ocasión, a desarrollar el neoconstitucionalismo en su vertiente política y revisar de qué modo se relaciona con aquellos derechos.

Antes de abordar estos asuntos, quisiera pasar revista al cuestionamiento acerca de si puede entenderse que el neoconstitucionalismo sea –o no– una especie de constitucionalismo.

5.1. Cuestión previa: ¿es el neoconstitucionalismo una forma de constitucionalismo político?

Tal como se señaló al comienzo de esta investigación, cuando en ella se hable de “constitucionalismo” se hará entendiendo a que se hace referencia al “constitucionalismo político entendido como modelo”. En tal sentido ha sido abordado el constitucionalismo liberal, el constitucionalismo social y el constitucionalismo democrático. Con el objeto de revisar coherentemente el neoconstitucionalismo, siguiendo el hilo conductor antes planteado, es capital definir si existe aquello que se pueda llamar neoconstitucionalismo entendido también como una forma de constitucionalismo político.

Desde ya, se anuncia esta cuestión no es del todo pacífica, toda vez que se puede distinguir tres tipos de afirmaciones: aquella que entiende que constitucionalismo y neoconstitucionalismo son ideologías diferentes y contradictorias; aquella que reconociendo que son corrientes diferentes, advierte puntos de contacto; y aquella que acepta que el neoconstitucionalismo sea una clase de constitucionalismo.

Dentro de las primeras, SUSANNA POZZOLO, asocia al constitucionalismo con lo que ella llama “la doctrina de la limitación jurídica del poder”, donde tanto el órgano ejecutivo como el legislativo tienen restringido su campo de acción. En ese esquema, sin embargo, la jurisdicción no representa un poder real, sino que cumple un rol meramente declarativo y cognoscitivo de normas positivas, por lo que al carecer de voluntad propia, aparentemente no sería necesario fijarle límites, ya que en sí misma representa una garantía. De esta manera la jurisdicción que nace como función, se termina “transformando en poder”, problema que el neoconstitucionalismo más que resolver, lo acentúa. Esto,

³⁴¹ García Jaramillo, Leonardo, *Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción*, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (edic.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 208 – 246, cfr, p. 212.

³⁴² Pozzolo, Susanna, *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación*. Traducción de Josep M. Vilajosana. En *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Actas del XVIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social núm. 21, vol. II, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2005 pp. 339-353, p.339

³⁴³ Pozzolo, Susanna, *Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo*, en Pozzolo, Susanna (edit.), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Palestra, Lima, 2001, pp. 13-87, pp. 14-15.

por cuanto la emplea como una reacción a la omnipotencia parlamentaria, superando los cánones del Estado de Derecho legalista del Siglo XVIII. Por lo mismo, esta profesora argumenta que “de la doctrina neoconstitucionalista se sigue un debilitamiento del constitucionalismo y hasta su anulación”³⁴⁴.

En esta misma línea, COMANDUCCI entiende que el neoconstitucionalismo sucede al constitucionalismo, ambos entendidos como ideologías. Sostiene que la ideología de este último ha estado dirigida a la limitación del poder y a la defensa de libertades naturales y derechos fundamentales. Ella ha tenido como trasfondo el iusnaturalismo, por cuanto identifica derecho y moral, lo que ha significado una pugna con el positivismo también entendido como ideología, o positivismo ideológico. Al constitucionalismo así entendido lo sucede el neoconstitucionalismo ideológico, este último más centrado en la protección de derechos que en la limitación del poder³⁴⁵.

Dentro de las segundas afirmaciones, y tal como se señaló al inicio de este trabajo, FERRAJOLI distingue entre el constitucionalismo político y el constitucionalismo jurídico, el cual, cuando se desarrolla en el contexto de un Estado constitucional de Derecho lo termina llamando simplemente “constitucionalismo”. Como se advierte, lo interesante en su elaboración doctrinaria es que el constitucionalismo jurídico termina siendo identificado con el Estado constitucional. Fórmula esta última que es explicada por el propio jurista italiano como la subordinación de la legalidad a Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez³⁴⁶, que es una de las tesis centrales del neoconstitucionalismo. Si bien no sería apropiado afirmar que FERRAJOLI haga sinónimos constitucionalismo jurídico (o simplemente, “constitucionalismo”) y neoconstitucionalismo, sí se puede señalar que ambos estarían íntimamente ligados a través del mencionado Estado constitucional.

En la tercera clase de afirmaciones se pueden mencionar los trabajos de ALFONSO RUIZ MIGUEL y de MAURO BARBERIS. El primero de ellos entiende que el neoconstitucionalismo es un movimiento propio del constitucionalismo donde convergen tanto su tradición francesa como la estadounidense, y que se caracteriza por la rigidez constitucional y por el control externo de constitucionalidad a través de los tribunales. Ello conduce a que el Estado constitucional, que nace a partir de esta concepción represente un progreso y un triunfo del ideal constitucional por sobre el anterior Estado legal o legislativo de Derecho³⁴⁷.

BARBERIS, por su parte, indica que el neoconstitucionalismo “retoma las ideas del constitucionalismo”, al menos las referidas a los ideales referidos al gobierno del Derecho y a la Constitución como instrumento para limitar el poder político, pero de un modo diferente como lo había hecho el positivismo al cual se opone radicalmente, ya que la validez de las normas no depende

³⁴⁴ Para la relación entre neoconstitucionalismo y constitucionalismo en esta autora, véase: Pozzolo, Susanna, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Palestra, Lima, 2011, pp. 216-230. En un sentido similar, EDUARDO ALDUNATE tampoco cree que el neoconstitucionalismo sea un tipo de constitucionalismo. Para ello, explica que aquel no representa un programa político, ni mucho menos busca dotar al poder de un fundamento de legitimidad racional, como sí sucede con el segundo. Más bien se trataría de la descripción de ciertos fenómenos o prácticas institucionales de los Estados constitucionales de la segunda post-guerra. Para ello, véase: Aldunate Lizana, Eduardo, *Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo*. En Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, volumen XXIII, N° 1, Julio 2010, pp. 79 a 102.

³⁴⁵ Comanducci, Paolo, *Formas de (neo) constitucionalismo*: Un análisis metateórico, op. cit., pp. 85-86.

³⁴⁶ Ferrajoli, Luigi, *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 4ª ed., 2009, pp. 13-29, cfr. p. 18.

³⁴⁷ Ruiz Miguel, Alfonso, *Constitucionalismo y democracia*. En Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Isonomía, núm. 21, octubre 2004, pp. 51-84, cfr. pp. 51-53.

tanto de la pertenencia formal al ordenamiento, como de la conformidad material de la Constitución³⁴⁸.

Ahora bien, si entendemos al neoconstitucionalismo como una forma de constitucionalismo, también es posible sostener que representa un modelo que integre la familia de constitucionalismos políticos. Esto ya que, en primer término, diseña una determinada relación entre poder y población, caracterizada por la sujeción a normas cuya validez depende no sólo de criterios formales sino también materiales. Además, esta ordenación se dirige a la protección de derechos fundamentales, a través de la actividad jurisdiccional, la cual no se limita solo a aplicar el Derecho sino que también cumple un importante rol creador del mismo en la fijación del contenido sustantivo de los preceptos constitucionales enunciados muchas veces de modo vago e impreciso.

El profesor brasileño Eduardo RIBEIRO menciona, aunque no lo desarrolla, a un tipo de neoconstitucionalismo, distinto de los neoconstitucionalismos teórico y filosófico, o sea, como teoría del derecho o como filosofía del derecho. Esta tercera categoría estaría “en fase de elaboración”, y sería una propuesta de filosofía política que guía u orienta, según él, al Estado Democrático de Derecho³⁴⁹.

Es cierto que este modelo no queda estructurado exclusivamente en el texto constitucional sino que también está compuesto por prácticas jurisprudenciales, y que quizás sea esto lo que más impida verlo como constitucionalismo. Sin embargo, los textos constitucionales también contribuyen con la generación del patrón neoconstitucionalista cuando, en primer término, sus contenidos son densos materialmente y, además, entregan herramientas a los tribunales de justicia, ordinarios o constitucionales, para realizar el control de los mismos.

El neoconstitucionalismo, tal como cualquier otra vertiente del constitucionalismo político también entiende que los derechos fundamentales tienen algún tipo de amenaza o riesgo del cual pretende precaverse. En este caso, dichas amenazas provienen de los eventuales excesos (o insuficiencias) del Poder Legislativo. Para ello, el Estado constitucional de Derecho proveerá de una jurisdicción constitucional que cumplirá un rol decisivo en la protección de los principios, dentro de ellos, los referidos derechos fundamentales.

A su vez, el neoconstitucionalismo es capaz de convivir tanto con la tradición liberal del constitucionalismo como con la social, por lo que este modelo no está asociado a la defensa de una determinada clase de derechos. Más bien, en este último punto, la pregunta que puede cernirse sobre el neoconstitucionalismo político es si acaso los derechos de los que se ocupa son sólo los que están garantizados en la constitución o, si en cambio, entiende que existen más derechos que aquellos, asunto que será abordado más adelante.

5.2. El enemigo potencial del neoconstitucionalismo político: los abusos e insuficiencias del legislador

Una de las tesis centrales del neoconstitucionalismo se refiere a que los derechos fundamentales son una categoría especial de principios que el derecho positivo no puede afectar.

³⁴⁸ Barberis, Mauro, *Neoconstitucionalismo, Democracia e imperialismo de la moral*. Traducción de Santiago Sastre Ariza, en Carbonell, Miguel (edic.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 4ªed., 2009, pp. 259 – 278, cfr. pp. 259-264.

³⁴⁹ Ribeiro, Eduardo, *Neoconstitucionalismo, a invasão da Constituição*, Método, Sao Paulo, 2008, cfr. pp. 21-22.

Es DWORKIN quien, en “Los Derechos en Serio” (1977) postula la existencia de derechos preexistentes a la legislación, criticando al positivismo jurídico que niega aquello solo por la desconfianza liberal a la aparente suntuosidad ontológica de la idea de derechos naturales. Para él, los derechos individuales son triunfos políticos de los seres humanos: “los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio”³⁵⁰.

Su tesis está ligada con la fórmula planteada por GUSTAV RADBRUCH (la llamada “fórmula Radbruch”) hacia 1946 a partir de la experiencia vivida por las leyes dictadas bajo el régimen nacionalsocialista en Alemania, según la cual “la injusticia extrema no es derecho”. Dicha aseveración, defendida también por ROBERT ALEXY, es explicada por el propio RADBRUCH aseverando que “donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo ‘Derecho injusto’, sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica”³⁵¹.

Lo que se advierte en ambas posturas es una crítica capital al positivismo jurídico de comienzos del Siglo XX³⁵², y la clara advertencia de que no es jurídicamente admisible una ley que atente en contra de ciertos principios como la igualdad, la justicia y los derechos individuales. Lo que se pretende, en definitiva, es que las leyes sean capaces de aprobar una suerte de control de legitimidad, introduciéndose claramente criterios provenientes de los cánones de la moral.

De esta forma, la tesis neoconstitucionalista pretenderá que ciertos temas se sustraigan a la controversia política o, “mejor aún, al poder de las variables mayorías parlamentarias”³⁵³. Así entendidos, los derechos terminan siendo un freno a la propia democracia, idea que ha sido recogida a través de célebres alocuciones como la del “coto vedado” de GARZÓN VALDÉS, o de los derechos como pertenecientes a la “esfera de lo indecible” como lo sostiene FERRAJOLI. Para el primero de ellos, los derechos fundamentales son desde un punto de vista político, no negociables, una condición necesaria para la democracia representativa, y por lo mismo, el disenso, la tolerancia y la negociación opera exclusivamente fuera de ellos³⁵⁴. Para el segundo en tanto, lo *no decidible* será una máxima asociada a la teoría del derecho, según el cual las mayorías no podrán disponer de los principios constitucionales, dentro de ellos los derechos, impedimento que operará de modo absoluto o relativo, según si la restricción opera también para la reforma constitucional, o no³⁵⁵.

³⁵⁰ Dworkin, los derechos en serio, 36-37

³⁵¹ Alexy, Robert, *Una defensa de la fórmula de Radbruch*. En *Anuario da Faculta de Dereito da Universidade da Coruña*, Universidade da Coruña, Coruña, núm. 5, 2001, pp. 75-95.

³⁵² Entendido el neoconstitucionalismo como una oposición a las tesis dominantes hasta la época, es denominado por GIOVANNI BATTISTA RATTI como “neoconstitucionalismo negativo”. El “neoconstitucionalismo positivo, por su parte, se referirá a la determinación de “nuevos descubrimientos” en los sistemas jurídicos contemporáneos (el Derecho combina reglas y principios, conexión entre Derecho y moral, modalidades particulares de interpretación como la ponderación, derrotabilidad de las normas, posibilidad de los jueves de resolver toda controversia, entre otras). Para revisar la distinción entre neoconstitucionalismos positivo y negativo, véase: Ratti, Giovanni Battista, *Neoconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo*. En *Ius Humani: Revista de Derecho*, Universidad de los Hemisferios, Ecuador, núm. 4, Septiembre 2015, cfr. pp. 227-261.

³⁵³ Pozzolo, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, op. cit., p. 152.

³⁵⁴ Garzón Valdés, Ernesto, *El consenso democrático: Fundamento o límites del papel de las minorías*. En *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), Departamento de Derecho, número 12, abril 2000, pp. 7-34, cfr. p. 20.

³⁵⁵ Ferrajoli, Luigi, *La esfera de lo indecible y la división de poderes*, en Carbonell, Miguel (ed.), *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008, cfr. pp. 102-104.

Al decir que los derechos deben ser protegidos de las decisiones mayoritarias, particularmente provenientes del órgano legislativo, surgen dos interrogantes. La primera se refiere a si puede ser entendido el neoconstitucionalismo como una teoría antidemocrática. La segunda, si acaso el imperio de los derechos opera sólo con un límite negativo para el legislador o si, por el contrario, también le impone deberes positivos.

En relación con la primera cuestión, los autores que profesan el neoconstitucionalismo si bien asumen que los derechos operan como un límite a la acción de los órganos democráticos, lo que tratan de demostrar es que la democracia no queda definida sólo por las reglas de las mayorías, y por lo mismo, defienden la idea de una democracia material o sustancial. Esta democracia, aunque presupone la existencia de una democracia formal, aquella que BOBBIO caracteriza, contraponiéndola a los gobiernos autocráticos, “por un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen *quién* está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué *procedimientos*”³⁵⁶, requiere de dos condiciones adicionales. En primer lugar, que se respeten los derechos fundamentales, entendidos estos como derechos universales e indisponibles, o sea, que les pertenecen a todas las personas en la misma medida, y que no pueden ser separados de su titular ni por decisión propia ni por expropiación de otros sujetos³⁵⁷. Y, a su vez, necesita de jueces que asuman un rol de garantes evaluando permanentemente la actividad del legislador, en particular cuando se está en presencia de constituciones que ofrecen orientaciones en las más heterogéneas esferas, impregnando cualquier materia de regulación legal³⁵⁸.

De esta forma, en el modelo neoconstitucionalista, la protección de los derechos no debe ser entendida en clave de oposición sino de afirmación de la democracia³⁵⁹. Por lo mismo, FERRAJOLI, sostiene que la verdadera democracia es la sustancial, aquella que, imponiendo límites y vínculos sustanciales o de contenido, se identifica con “el paradigma del estado constitucional de derecho y de los derechos fundamentales, de libertad y sociales, incluidos en las constituciones”³⁶⁰, evitando la omnipotencia de las mayorías³⁶¹.

Respecto de la segunda interrogante, será el mismo FERRAJOLI quien aclare que los derechos fundamentales generan dos clases de vínculos sustantivos a la democracia política. Así, mientras los derechos de libertad imponen vínculos negativos al legislador ya que ninguna mayoría podría violarlos; los derechos sociales imponen vínculos positivos, en el sentido que ninguna mayoría podría dejar de satisfacer. De este modo, la esfera de lo *decidible* queda delimitada y vinculada por ambas clases de derechos. Lo que está fuera de ese ámbito pertenece, ya sea a “la esfera de lo *indecidible* que” o “a la esfera de lo *indecidible* que no”, remarcando que las leyes no sólo tienen impedido

³⁵⁶ Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 14.

³⁵⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, La ley del más débil, Trotta, Madrid, 1999, cfr. pp 46-47.

³⁵⁸ Prieto Sanchis, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 4ªed., 2009, pp. 123-158, cfr. p. 133.

³⁵⁹ Como buen punto de inicio, parece acertada la observación de SALAZAR cuando advierte que ni aún los defensores de las definiciones formales o mínimas de democracia descartan totalmente los límites materiales a las decisiones de las mayorías. Así, por ejemplo, BOBBIO, sostiene que en una democracia “ninguna decisión tomada por mayoría debe limitar los derechos de la minoría, particularmente el derecho de convertirse a su vez en mayoría en igualdad de condiciones”. Esta indicación demostraría, según SALAZAR que su “definición mínima, que pretende ser estrictamente formal, queda atrapada en la sustancia”. Véase: Salazar Ugarte, Pedro, *Los límites a la mayoría y la metáfora del contrato social en la teoría democrática de Luigi Ferrajoli*. Dos cuestiones controvertidas, en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (Edit.), *Garantismo*, Trotta, Madrid, 2ª ed., 2009, pp. 429-445, cfr. pp. 431-438.

³⁶⁰ Ferrajoli, Luigi, *Sobre la definición de "democracia"*. Una discusión con Michelangelo Bovero. En Isonomía: *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, ITAM, Alicante, núm. 19, octubre 2003, pp. 228-240, p. 239.

³⁶¹ Ferrajoli, Luigi, *Los poderes salvajes*. La crisis de la democracia constitucional, Trotta, Madrid, 2011, cfr. p. 29.

vulnerar libertades individuales, sino que además tienen el deber de hacer efectivos los derechos, colmando las incoherencias y faltas de plenitud del ordenamiento jurídico³⁶².

En este sentido, BAZÁN asegura que, en este modelo, no es lícito ni legítimo permitir que el poder constituido, mediante su inercia, inhibiera la vigencia de la constitución o paralizara el ejercicio de algún derecho contenido en un mandato constitucional y sujeto a desarrollo ulterior. Por lo mismo, el ejercicio del control sobre las omisiones inconstitucionales busca recomponer el imperio de la constitución, momentáneamente bloqueada “por la agresión negativa del órgano omitente”³⁶³.

Por lo señalado, es que el riesgo a los derechos fundamentales contra el cual el neoconstitucionalismo se enfrenta y trata de resguardarse está representado no solo por los abusos como por las insuficiencias del órgano legiferante. Estas últimas corresponderá a aquellos casos en que la ley no genere las condiciones para satisfacer los mandatos constitucionales, particularmente respecto de los derechos sociales.

5.3. Los derechos protegidos por el neoconstitucionalismo

A diferencia de lo que sucede con los modelos liberal y social, no es posible identificar sustancialmente alguna categoría especial de derechos respecto de los cuales el neoconstitucionalismo se ocupe con preferencia. Más bien, el objetivo de este modelo es obtener que todos los derechos presentes en las respectivas constituciones, independientemente de cuál sea su contenido o sustancia, sean respetados por los órganos dotados de potestades normativas. Por lo tanto, la protección brindada por el modelo neoconstitucionalista no se dirige a derechos identificables por sus materias, sino por su inclusión en la norma fundamental.

Dichas así las cosas, aparentemente el neoconstitucionalismo no sería más sino que la plasmación del *iuspositivismo*, toda vez que entendería que las leyes sólo serán válidas si respetan los derechos establecidos en la constitución, en virtud de la jerarquía normativa³⁶⁴. Sin embargo, los neoconstitucionalistas, aquellos que FERRAJOLI llama “constitucionalistas iusnaturalistas” más que iuspositivistas, se declaran no-positivistas o pos-positivistas³⁶⁵.

¿Cómo se explica entonces que el neoconstitucionalismo se dirija a proteger la constitución, más específicamente los derechos contenidos en ella, pero que sus partidarios rechacen el calificativo de

³⁶² Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, La ley del más débil, op. cit., cfr. pp. 23-25.

³⁶³ Bazán, Víctor, *Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Bogotá, Colombia, núm. 20, 2007, pp. 121-144, cfr. p 124

³⁶⁴ Recordemos de qué manera Hans Kelsen fundamenta la validez de las normas jurídicas en el respeto por la norma superior: “Dado que, atento el carácter dinámico del derecho, una norma vale en tanto y en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma; esta última configura el fundamento inmediato de validez de la primera. La relación entre la norma que regula la producción de otra norma, y la norma producida conforme a esa determinación, puede representarse mediante la imagen espacial de la supra y subordinación. La norma que regula la producción es una norma superior, mientras que la producida conforme a esa determinación es una norma inferior. El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situada en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante básica presupuesta. La norma fundante básica, hipotética en ese sentido, es así el fundamento de validez supremo que funda la unidad de esta relación de producción.” Véase Kelsen, Hans, op. cit., pp. 232-233.

³⁶⁵ Ferrajoli, Luigi et al., *Un debate sobre el constitucionalismo*, Monográfico Revista Doxa, núm. 34, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 15-16.

iuspositivistas? La pregunta puede responderse a partir de la postura no positivista de ROBERT ALEXY, quien se opone a la tesis positivista de la separación entre derecho y moral expresada, por ejemplo, en la segunda tesis de HART: “no hay conexión necesaria entre el Derecho y la moral, o entre el Derecho que es y el que debe ser”³⁶⁶. La defensa *alexiana* de la vinculación entre ambos órdenes normativos se construye a partir de tres argumentos: el de la corrección, el de la injusticia y el de los principios.

El argumento de la *corrección* consiste en afirmar que todo acto de habla regulativo encierra necesariamente un elemento moral para que no sea contradictorio. Una disposición constitucional hipotética como aquella que diga “X es una república soberana, federal e *injusta*” sería un enunciado defectuoso ya que contiene una contradicción entre la pretensión de justicia y de sanción de esa constitución. Lo mismo ocurriría si en un fallo, un juez sentenciara que “el acusado es condenado, *en virtud de una interpretación errónea del derecho vigente*, a cadena perpetua”³⁶⁷.

El argumento de la *injusticia* consiste en la recepción de la ya explicada “fórmula Radbruch”, y se refiere a que cada vez que las normas traspasen un umbral de justicia, debe entenderse que pierden su carácter jurídico. No se exige un contenido moral determinado, sino que las normas del Derecho deben ubicarse fuera de aquel marco de inmoralidad intolerable. El Derecho no será definido por la moral, sino limitado por ella. A diferencia del anterior argumento que era de tipo analítico o conceptual, el de la injusticia tiene un carácter normativo³⁶⁸.

Por último, el argumento de los *principios*. ALEXY sostiene que todo sistema jurídico mínimamente desarrollado contiene *necesariamente* principios. En cuanto a los derechos fundamentales, ellos no son entendidos como reglas susceptibles de ser observadas o no, sino como principios que pueden ser respetados en mayor o menor medida. ALEXY lo explica señalando que aquello que habitualmente se llama derechos individuales, al ser principios o mandatos de optimización, solo son derechos *prima facie* y, por lo mismo, cuando entran en colisión con bienes colectivos o con derechos de otros, pueden ser restringidos. En atención a ello, cuando dos principios juegan en sentido contrario, ellos deben ser ponderados. El mismo teórico explica los tres pasos de la ponderación: “[e]n el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro”³⁶⁹. Los mismos serán conocidos respectivamente como los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto³⁷⁰.

Desde otra perspectiva, FERRAJOLI constata que las actuales constituciones incorporan principios de justicia ético-político que hacen desaparecer o, al menos disminuir, la separación entre Derecho y moral³⁷¹. Por lo mismo, ANSUÁTEGUI señala que lo novedoso del constitucionalismo es la positivación de “determinados contenidos morales, entre los cuales destacan los derechos fundamentales y los valores a ellos asociados”³⁷².

³⁶⁶ Hart, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 321.

³⁶⁷ El argumento de la corrección, Alexy lo desarrolla en: Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2ª ed., 2004, pp. 41-45.

³⁶⁸ El argumento de la injusticia, Alexy lo desarrolla en: Alexy, Robert, *El concepto y validez del derecho*. op. cit., cfr. pp. 45-72.

³⁶⁹ Alexy, Robert, *Epilogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. En *Revista española de derecho constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, núm. 66, 2002, pp. 13-64, p. 32

³⁷⁰ El argumento de los principios lo desarrolla Alexy en: Alexy, Robert, *El concepto y validez del derecho*. op. cit., cfr. pp. 73-82.

³⁷¹ Ferrajoli, *et al.*, *Un debate sobre el constitucionalismo*, op. cit., cfr. pp. 17-18.

³⁷² Ansuátegui, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho*, op. cit., p. 252.

Por las razones expuestas, si bien el neoconstitucionalismo pretende defender los derechos constitucionalizados, ello en ningún caso significa identificar a este modelo con el pensamiento positivista, sino más bien con el no positivista. Lo dicho, tampoco debe conducir a considerar al neoconstitucionalismo dentro de una categoría propia del iusnaturalismo, al menos en lo relativo al trato que se les brinda a los derechos fundamentales.

Sobre esto último, bien vale la pena recordar que PECES-BARBA sostiene que la fundamentación iusnaturalista de los derechos fundamentales se sostiene, entre otros argumentos, de la idea que estos derechos le pertenecen al hombre en estado de naturaleza y, por lo mismo, son anteriores al Estado y al Derecho positivo, motivo por el cual, son además universales, inalienables e imprescriptibles³⁷³. Si la descripción del profesor español es adecuada, entonces, el neoconstitucionalismo se distancia claramente del iusnaturalismo ya que los derechos fundamentales bajo aquella concepción no tendrían un carácter universal absoluto, vale decir, no todos los seres humanos pueden asumirlos como propios en todas las latitudes, sino que necesariamente quedan referidos a un sistema jurídico particular, y más específicamente a una constitución vigente³⁷⁴.

Dicho de otra forma, el neoconstitucionalismo se ubica en un plano conceptual en un punto intermedio entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo inclusivo. Del primero recoge la conexión identificativa necesaria entre Derecho y moral. Del segundo, la idea que tal conexión se sitúa en el nivel de los principios fundamentales o constitucionales³⁷⁵.

5.4. Las garantías de los derechos en el neoconstitucionalismo

La concepción de los derechos en el neoconstitucionalismo exige la activación de dos garantías de derechos. La primera es el rol de la Justicia Constitucional para la protección de los derechos, y la segunda es el diseño de un Estado Constitucional inspirado en la defensa de los principios constitucionales.

Esto de ninguna manera obsta a que las garantías provenientes de los modelos anteriores – constitucionalización de derechos, acciones protectoras de derechos, etc.– pervivan en este. Por lo mismo, las garantías a las que se aludirán a continuación han de entenderse como complementarias de las ya analizadas en las secciones anteriores de este trabajo.

5.4.1. El rol de la Justicia Constitucional

Si los derechos deben ser entendidos como verdaderas “cartas de triunfo” que deben primar por sobre decisiones mayoritarias, entonces el neoconstitucionalismo exige que dichas decisiones, que son potencialmente peligrosas sean revisadas en una instancia externa a la política a través del control judicial de las leyes³⁷⁶.

³⁷³ Peces-Barba. op. cit., cfr. p. 42.

³⁷⁴ Guastini, Riccardo, *Tres problemas para Luigi Ferrajoli*, en Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 57-62, cfr. pp. 59-61.

³⁷⁵ Barberis, op. cit., cfr. pp. 263-264.

³⁷⁶ La idea de los derechos como cartas de triunfo se puede encontrar en: Dworkin, Ronald, *Rights as Trumps*, en Waldron, Jeremy (ed.), *Theories of Righth*, Oxford University Press, Nueva York, 1984, cfr. pp.153-167.

Esta revisión será realizada por los tribunales de justicia, ya sea que se trate de un Tribunal o Corte Constitucional o bien de tribunales ordinarios. En principio, esta condición no es novedosa para la historia constitucional, toda vez que el control judicial de las normas infraconstitucionales se retrotrae a la aparición de la *judicial review*³⁷⁷ en el derecho anglosajón, presente en los célebres casos *Bonham* (1606) y *Marbury vs. Madison* (1803). Por lo tanto, lo original del neoconstitucionalismo no radica en la defensa de la supremacía constitucional, sino en el nuevo rol que ocupan los tribunales competentes al momento de ejercer el control respectivo.

Este rol se inserta dentro del fenómeno conocido como de la “constitucionalización del Derecho”, el cual es asumido por GUASTINI³⁷⁸ como un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual este resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Agrega que este no es un concepto bipolar, sino que es una cuestión de grado y, por lo mismo, no mide si un ordenamiento está o no constitucionalizado, sino solo si está más o menos constitucionalizado. En lo que a este trabajo importa más, el autor señala una serie de condiciones de constitucionalización, algunas de las cuales pueden explicarnos por qué en el neoconstitucionalismo, los tribunales terminan asumiendo una función más compleja que aquella que venían teniendo por herencia de la tradición de la *judicial review*.³⁷⁹

Una de estas variables corresponde a la *sobreinterpretación* de la constitución, particularmente de las jueces. Esto ocurre porque las constituciones, por extensas que sean, son siempre finitas, acotadas. Por lo mismo, a menos que se interpreten extensivamente (*se sobreinterpreten*), siempre será posible descubrir lagunas, de momento que son incapaces de regular todos los aspectos de la vida social y política. Con la *sobreinterpretación*, toda decisión legislativa estaría prerregulada por la constitución, por lo que no quedarían cuestiones políticas (*political questions*) ajenas al control judicial.

Otra se vincula con la aplicación directa de la constitución. A diferencia de lo que ocurría bajo la concepción liberal clásica, donde sólo a las leyes –y no a la constitución– les correspondían regular las relaciones entre particulares, hoy se entiende que también le compete a la constitución moldear las relaciones sociales, y por lo tanto regir dichas relaciones. Con ello, los jueces resolverán los asuntos sometidos a su decisión no solo por la interpretación y aplicación de las normas infraconstitucionales sino también de las normas constitucionales.

Para resolver estos asuntos, como se ha indicado, los jueces deberán interpretar ambas normas, pero al hacerlo, las disposiciones legislativas deberán ser entendidas de manera armónica con la constitución. Esto es lo que se conoce como *interpretación conforme*. De este modo, se puede conservar la validez de una ley que, de otra forma, podría ser declarada inconstitucional si fuera interpretada de una forma alejada del texto fundamental.

Sus consecuencias, en: Alterio, Ana Micaela, *Corrientes del constitucionalismo al debate*. En *Anuario de filosofía y teoría del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F, núm. 8, 2014, pp. 227-307, cfr. pp. 241-242; y de Lora, Pablo, *Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo*, en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (Edit.), *Garantismo*, Trotta, Madrid, 2ª ed., 2009, cfr. pp. 251-265.

³⁷⁷ Mark TUSHNET define “judicial review” como “la práctica jurídica de darle a las cortes el poder de determinar si una norma se encuentra conforme con los requisitos.

³⁷⁸ Las siguientes referencias a este autor corresponden a su trabajo: Guastini, Riccardo, *La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: El caso italiano*. En Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 4ª ed., 2009, pp. 49-73.

³⁷⁹ A saber, estas condiciones son: (1) la existencia de una constitución rígida; (2) la garantía jurisdiccional de la Constitución; (3) la fuerza vinculante de la constitución; (4) la sobreinterpretación de la constitución; (5) la aplicación directa de las normas constitucionales; (6) la interpretación conforme de las leyes; y (7) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

Por último, GUASTINI destaca que se ha producido una alta influencia de la constitución – y con ello, de los tribunales que la resguardan– en las relaciones políticas. Ello ha sucedido, primero porque muchas de las actuales constituciones confieren competencias específicas a los Tribunales Constitucionales para conocer asuntos de carácter eminentemente políticos, como resolver conflictos de competencias, porque los propios jueces han asumido una postura de intromisión en cuestiones políticas empleando algunos argumentos como el de la razonabilidad y el de la ponderación, y porque los actores políticos suelen defender sus posturas, sus acciones y decisiones.

Ahora, frente a la pregunta de por qué jueces presentan mayores ventajas que los legisladores para la defensa de los principios constitucionales, FERRERES señala que, en primer lugar, los jueces contarían con más tiempo para reflexionar acerca de algunos asuntos. En este caso, para resolver “en una atmósfera de mayor tranquilidad intelectual”, respecto del control de constitucionalidad. Además, los tribunales tendrían “una mayor predisposición institucional a tomarse en serio los valores constitucionales”, ya que son quienes, dentro del discurso constitucional, les corresponde evaluar la conducta gubernamental bajo las normas constitucionales. Y finalmente, porque los jueces deben fallar conforme a principios. Esto último conlleva a que la argumentación que empleen para justificar sus decisiones no solo deben valer para el caso concreto sino también para casos futuros, y como los jueces no saben anticipadamente quiénes se verán afectados o beneficiados por sus decisiones, “tienen un fuerte incentivo para actuar de manera objetiva”³⁸⁰.

En definitiva, se puede decir que la relevancia de la Justicia Constitucional en el neoconstitucionalismo no sólo deriva del hecho de tener los tribunales atribuciones para controlar la constitucionalidad de las leyes, sino de características que poseen hoy los textos constitucionales, como es su lenguaje abierto e indeterminado, que otorga amplios niveles de discrecionalidad interpretativa y argumentativa a los jueces. Jueces que, por lo demás, se inmiscuyen controlando decisiones políticas ya sea porque las constituciones así se lo permiten expresamente o porque obedecen a tendencias jurisprudenciales arraigadas en las prácticas judiciales. En el ejercicio de esa función, los jueces deberán argumentar activamente en los casos a los cuales se enfrenten, al punto tal que el Derecho que resuelva el litigio también estará compuesto por dichos argumentos, correspondiéndole por lo tanto a los tribunales una tarea creadora de Derecho³⁸¹.

5.4.2. *El Estado Constitucional*

La idea de Estado Constitucional es compleja, y su concepto ha sido objeto de debate. Una de estas cuestiones tiene que ver con la relación existente entre Estado constitucional y Estado de Derecho. Como lo menciona ANSUÁTEGUI, sobre el particular existen dos posiciones básicas: los que entienden que el Estado constitucional es una ruptura del Estado de Derecho, y por lo mismo serían dos cosas diferentes; y los que señalan que el Estado constitucional es una manifestación, una prolongación, o hasta un perfeccionamiento del Estado de Derecho. El autor opta por la segunda, ya que el Estado Constitucional sería una transformación del Estado de Derecho, donde “el escenario está protagonizado por una norma, la Constitución, cuya presencia y cuyos efectos han revolucionado el sistema jurídico”³⁸².

³⁸⁰ Ferreres Comella, Víctor, *El control judicial de la constitucionalidad de la ley*. El problema de su legitimidad democrática. En Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (edic.), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 356-380, pp. 376-377.

³⁸¹ García Figueroa, Alfonso, *Criatura de la moralidad*. Trotta, Madrid, 2009, cfr. pp. 242-243.

³⁸² Ansuátegui, *El Estado constitucional: apuntes para una comprensión de su significado histórico*. En *Revista de Historiografía*, Instituto de Historiografía Juan Caro Barroja, Madrid, núm. 9, vol. 2, 2008, pp. 81-96, p. 87.

Efectivamente, el punto de partida para la correcta comprensión del Estado Constitucional es tener presente la función que tienen las constituciones dentro del ordenamiento jurídico interno. Su carácter supremo vincula a todos los órganos estatales dotados de potestades normativas, generándose como criterio de validez de las normas infraconstitucionales su sujeción a la constitución, la que pasa a ser norma fundamental. Esta característica, presente desde un comienzo en la idea de constitución escrita, no basta sin embargo para comprender del todo la noción de Estado Constitucional.

Para seguir avanzando con el concepto, debe advertirse que lo novedoso del Estado Constitucional radica en los elementos materiales que poseen las constituciones modernas. Este carácter conlleva a que, producto de la constitucionalización del Derecho, todo el ordenamiento en su conjunto quede impregnado con dicho contenido material.

Como lo explica LA TORRE, con la irrupción del Estado Constitucional se ha producido la *rematerialización* del Derecho, donde las normas estatales se han orientado a valores sustantivos contenidos en la constitución, la cual no solo estará compuesta por “delegaciones de poder al legislador”, sino que ella misma incluye reglas de conductas y principios sustantivos que deberán ser realizados por la intervención del legislador³⁸³.

Así se produce, sostiene FERRAJOLI, una “doble sujeción del derecho al derecho” que afecta tanto a la vigencia como a la validez de las normas, su forma y su sustancia. Con ello, la validez de las normas no depende exclusivamente de requisitos formales como lo sostenía Kelsen, sino que también a exigencias de contenido, a vínculos de sustancia, dentro de los cuales está precisamente el respeto por los derechos fundamentales³⁸⁴.

En palabras de ZAGREBELSKY el Estado Constitucional viene a expresar la transformación de un “Derecho por reglas”, propio del Estado legal de Derecho, a un “Derecho por principios”. Sólo los principios –y no las reglas– desempeñan un rol constitutivo del orden jurídico, esto ya que las reglas se agotan en sí mismas, no tienen fuerza constitutiva, aun cuando estén establecidas en la propia constitución. Pero, además, sólo las reglas han podido someterse a métodos de interpretación del lenguaje usado por el legislador. Los principios, en cambio, no requieren de ello, ya que sus formulaciones son autoevidentes, expresados a través de fórmulas “un tanto banales (...) pero no por ello menos venerables”. De este modo, mientras a las reglas se les obedece, a los principios se les adhiere, para lo cual “es importante comprender el mundo de los valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión”³⁸⁵.

Será la ya aludida Justicia Constitucional la encargada de resolver hasta qué punto el legislador ha dado cumplimiento a los mandatos constitucionales en materia de derechos fundamentales, así como también la de resolver los conflictos de derechos entendidos precisamente como principios. Por lo mismo, PRIETO plantea que el desafío fundamental del neoconstitucionalismo en relación con el viejo Estado Legislativo no tiene que ver tanto con la existencia de una constitución que estructure una organización política y ni siquiera con la existencia de un Tribunal Constitucional, sino más bien “con el amplísimo abanico de principios sustantivos y de derechos a disposición de la jurisdicción ordinaria para ser utilizados en cualquier clase de proceso”³⁸⁶.

En definitiva, se puede afirmar que el Estado Constitucional opera como garantía de derechos para el neoconstitucionalismo por cuanto los incorpora en la norma de máxima jerarquía interna, expresados como principios. De esta forma, se restringe el ejercicio de las potestades normativas de los diferentes órganos del Estado, quienes deberán desarrollar de la mejor manera posible dichos

³⁸³ La Torre, Massimo, *Derecho y concepto de Derecho*. tendencias evolutivas desde una perspectiva europea. En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 16, 1993, pp. 67-93, pp. 70-76.

³⁸⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, La ley del más débil, op. cit., cfr. p. 22.

³⁸⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. Trotta, Madrid, 8ª ed., 2008.

³⁸⁶ Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos*, op. cit., cfr. p. 35.

principios (incluidos los derechos), todo ello debidamente controlado por una Justicia Constitucional como garante del sistema.

6.- El constitucionalismo popular

Durante la segunda mitad del Siglo XX un grupo de autores norteamericanos advierte la exclusión del pueblo en el sistema jurídico-político de los Estados Unidos, especialmente en lo relativo a la interpretación de la constitución. Es así que trabajan en un complejo argumentativo dirigido a cuestionar aquella tesis relativa a la supremacía de los tribunales en la interpretación de su Constitución, en desmedro de la ciudadanía. Dentro de estos investigadores destacan nombres como los de Larry KRAMER, Akhil AMAR, Jack BALKIN, Sanford LEVINSON, Richard PARKER, o Mark TUSHNET.

La crítica mencionada se construye, en buena medida, porque se entiende que las constituciones no son, o al menos no debieran ser, patrimonio de una élite³⁸⁷ ni en su redacción ni en su puesta en marcha o aplicación. De allí que autores como MANCHA ROMERO defina al constitucionalismo popular como “aquella corriente dentro del pensamiento constitucional estadounidense que propugna devolver al pueblo la potestad última de elaborar, interpretar y ejecutar la Constitución”³⁸⁸. ALEXANDER y SOLUM, en tanto, sostienen que “el constitucionalismo popular es la teoría según la cual la Constitución no es ni más ni menos que la voluntad del pueblo, que es el intérprete de la misma y el que la sostiene so pena de aplicarla por vía popular”³⁸⁹.

Para explicarlo mejor, Roberto GARGARELLA anota seis puntos que denomina “los mínimos comunes denominadores” del constitucionalismo popular. Todos ellos emergen de la premisa de que “el gobierno le pertenece al pueblo (antes que a sus representantes, y mucho antes que a la justicia)”:

El primero es “*desafiar la supremacía judicial quitando la Constitución de las manos de los tribunales*”. En rigor como el mismo profesor demuestra, este primer objetivo se expresa de distinto modo según el autor. Así por ejemplo, KRAMER pretende solo la abolición de la supremacía judicial, mientras que para TUSHNET y WALDRON impugnan toda forma de control judicial.

En segundo lugar, se menciona la posición “*contra una “sensibilidad antipopular”*”. En la comunidad jurídica, particularmente norteamericana existiría una disconformidad con la democracia debido a un elitismo que, desde un afán de superioridad, demuestra desdén por los valores populares. Frente a ello, el constitucionalismo popular pretende recuperar y reconocer la merecida importancia y el peso institucional de los valores propios de la “cultura popular”.

³⁸⁷ Sobre la definición de elitismo, se puede recurrir a aquella que proporcionan Bobbio, Matteucci y Pasquino, quienes señalan que ella es una teoría “que afirma que en toda sociedad una minoría es siempre la única que detenta el poder en sus diversas formas, frente a la mayoría que carece de él”. Los mismos autores asumen que el elitismo político, por su parte, se puede redefinir como la teoría “que afirma que en toda sociedad el poder político, o sea el poder de tomar y de imponer, aun recurriendo en última instancia a la fuerza, decisiones valederas para todos los miembros del grupo, le pertenece siempre a un círculo restringido de personas”. Ver: Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola; Pasquino, Gianfranco, *Diccionario de Política*, traducido por José Aricó, Martí Soler y Jorge Tula, Siglo Veintiuno Editores, México D.F., 2ª. ed. en italiano, 14ª. ed. en español, 2005, p. 519.

³⁸⁸ Mancha Romero, Pedro Miguel, *La Justicia como Equidad y el Constitucionalismo Popular*. Aproximación al sujeto normativo en John Rawls y Larry Kramer. En *Revista de Derecho UNED*, UNED, Madrid, número 5, julio de 2009, pp. 253-286, p. 256.

³⁸⁹ Alexander, Larry y Solum, Lawrence, *Popular? Constitutionalism?*. En *Harvard Law Review*, número 118, marzo de 2005, pp. 1594-1640, p. 1618.

También se destaca, en tercer término, la “*interpretación extrajudicial*”. Los constitucionalistas populares defienden la tesis de que la ciudadanía debe ocupar un alto protagonismo en la interpretación constitucional. Si bien a quienes gobiernan les corresponde interpretar la Constitución en sus tareas cotidianas, dicha labor está sujeta a la supervisión y corrección por parte del pueblo. La interpretación no es provincia exclusiva del poder judicial, sino que es una tarea difundida de modo igual entre los ciudadanos.

En cuarto lugar, se alude a la “*relectura crítica sobre los efectos del control judicial*”. Los autores del constitucionalismo popular son capaces de demostrar que los tribunales tienen una limitada capacidad para frenar o anular las políticas adoptadas por los órganos políticos, ya que, en buena medida, se mueven demasiado cerca de los poderes que estos representan. De ser así, las decisiones se adoptan a través de la política ordinaria y no en ejercicio de la *judicial review*.

Un quinto elemento será el reconocimiento de lo que llama “*el derecho fuera del derecho*”. El ordenamiento no está compuesto exclusivamente por aquello que terminan declarando los jueces en sus sentencias. La ciudadanía genera un “sentido jurídico” que no es recogido siempre por los tribunales, circunscribiéndose el Derecho solo a cierta tradición y excluyendo aquella que se aprecia en la vida social.

Por último, se refiere a la “*democracia y participación*”. Se postula la necesidad que el pueblo participe de las estructuras políticas y económicas. Esta se plantea a partir de la idea de la “soberanía del pueblo”, sin elitismos, rescatando las manifestaciones de la cultura popular, incluso aquellos rasgos que pudieran parecer indisciplinados, vulgares o poco refinados. Para ello, se favorecen herramientas tales como la rotación en los cargos, los mandatos cortos o la descentralización del poder. En tal sentido el “populismo” se diferenciaría del “progresismo”, el cual, arrogantemente, miraría esta mayor participación como algo arriesgado. El progresismo defiende “la soberanía de la razón” a través de democracias basadas en la persuasión y el diálogo racional, lo cual no siempre es compatible con las decisiones de las mayorías populares.³⁹⁰

Roberto NIEMBRO, por otro lado, describe la corriente original del constitucionalismo popular a la que denomina la de sus “padres fundadores” (*founding fathers*)³⁹¹. Ella se caracteriza porque se enfrenta a la supremacía judicial y a la visión elitista que entiende que los jueces constitucionales son los mejores intérpretes constitucionales. Los padres fundadores sostienen que la doctrina constitucional es una agencia colectiva, cuyo protagonista es el pueblo, a quien le corresponde un control activo y continuo sobre la interpretación e implementación de la constitución de modo de evitar que los tribunales tomen el monopolio de las mismas. Este monopolio termina siendo fruto del principio ideológico de la supremacía judicial, esto es, que los jueces tienen la última palabra en cuanto a la interpretación de la constitución, y que el único modo de alterar los criterios de entendimiento de la misma es que cambie la composición de los tribunales. Este diagnóstico ofrece, por su parte, dos tipos de soluciones. La primera, consiste en que el pueblo pueda deliberar, lo que implica que, si bien los jueces mantienen la facultad de interpretar la constitución, ello no afecta a que los ciudadanos también lo puedan hacer fuera de los tribunales. La segunda, en tanto, es más radical, y sostiene que no hay argumento para defender el control judicial de las leyes por lo que

³⁹⁰ Gargarella, Roberto, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, Tomo I, pp. 250-258.

³⁹¹ Niembro Ortega, Roberto, *¿Qué es el constitucionalismo popular?*. En: Alterio, Ana Micaela y Niembro, Roberto (coords.) *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, Porrúa, México D.F., 2013, pp. 6-12.

propone derechamente su erradicación. La primera opción es defendida por KRAMER³⁹², la otra por TUSHNET³⁹³.

Otro rasgo propio de los padres fundadores del constitucionalismo popular es, argumenta NIEMBRO, la forma como entienden la relación entre política y Derecho. Niegan que la política sea pura voluntad y el Derecho pura racionalidad. Ambos se requieren recíprocamente y son fases de un proceso social más largo e inclusivo. En él, será la Constitución el punto donde confluyen los dos, por lo que debe entenderse como una norma no solo jurídica sino jurídico-política. De este modo, en la configuración de los derechos constitucionales, los ciudadanos deben ocupar un rol más activo, y no dejar esa tarea exclusivamente en manos de los Tribunales.

Esto último también lo describe KRAMER cuando señala que en el Siglo XXI hay una tendencia a dividir el mundo en el ámbito de la política y el del Derecho. El pueblo solo gobernaría en el primero, mas no en el segundo. El Derecho queda al margen para una elite compuesta por abogados y jueces. Frente a ello, reclama el rol que debe asumir el pueblo, en la producción de ese derecho constitucional³⁹⁴.

Finalmente, se puede decir que el modelo que propone el constitucionalismo popular pretende eliminar la supremacía judicial en la interpretación y aplicación de la constitución, fomentando la mayor participación del pueblo en dicha tarea. De este modo, el constitucionalismo popular encuentra en el neoconstitucionalismo una corriente antagónica. Mientras este último confía en los tribunales como los supremos detentadores de la defensa de la constitución, el primero tensiona esta afirmación a partir de la necesidad que los ciudadanos intervengan en aquello.

¿Hay aquí algún tipo de conexión con el constitucionalismo democrático, antes mencionado? Evidentemente sí. Ambos modelos se resisten frente a un fenómeno del que sienten repulsa, y es el elitismo. Sin embargo, el elitismo contra el cual se manifiesta uno y otro movimiento tiene características diferentes. El elitismo contra el cual se pronuncia los constitucionalistas democráticos se refiere a la exclusión del pueblo o de porciones importantes de él, de la toma de las grandes decisiones para el país, y a eso ya le he llamado “elitismo político”. En cambio, el elitismo del cual se ocupan los constitucionalistas populares es aquel proveniente de la tesis de la supremacía judicial en lo concerniente a la interpretación de la constitución, por lo que se le llamará “elitismo constitucional”. Por lo mismo, el constitucionalismo popular incide menos que el democrático en la transformación del andamiaje político Estado y, particularmente, del Estado de Derecho, toda vez que los arreglos institucionales parecen ser más débiles. Sin embargo, resulta ser más trascendente en lo relativo a los mecanismos de aplicación del texto constitucional, ya sea excluyendo o limitando el poder de los tribunales en ello.

Dos cosas más a propósito de esta delimitación de constitucionalismos democrático y popular. Lo primero, es evidenciar que si bien ambos propugnan una mayor participación de la ciudadanía, el énfasis que coloca uno y otro no es idéntico: el constitucionalismo democrático acentúa una mayor participación de la ciudadanía en la toma de decisiones políticas, mientras que el popular, privilegia su estudio en la participación del pueblo en la puesta en marcha de una constitución que no le debe ser ajena, sino más bien que le pertenece. Y lo segundo, se refiere a recordar algo que ya se mencionó en acápites anteriores: no se debe confundir el constitucionalismo democrático de raigambre europea, con el constitucionalismo democrático norteamericano que pertenece al constitucionalismo popular. diferencia que ya fue abordada.

³⁹² Véase Kramer, Larry D., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

³⁹³ Véase Tushnet, Mark, *Taking the constitution away from the Courts*, Princeton University Press, New Jersey, 1999.

³⁹⁴ Kramer, op. cit., p. 20.

Así explicadas las cosas, se puede decir que el constitucionalismo popular se ocupa de la efectividad de los derechos políticos de participación, referidos especial, aunque no exclusivamente, a evitar el monopolio de los tribunales en la interpretación e implementación de la constitución. Para ello, se propone como punto de partida un origen efectivamente popular de las constituciones cuando ello sea posible y una mayor participación ciudadana en el ejercicio del derecho y de la política. En relación con el Estado de Derecho propuesto en este modelo, la respuesta no es única: habrá quienes intenten reformular el Estado de Derecho “en clave popular”, y quienes estimen que este es un concepto que de por sí colabora con la exclusión del pueblo y por lo mismo se propone una nueva relación entre Estado y Derecho.

6.1. El enemigo del constitucionalismo popular: la supremacía judicial como manifestación del elitismo constitucional

Los constitucionalistas populares norteamericanos parten de una idea básica y, en principio, simple: que, en la construcción de una sociedad libre, el gobierno debía corresponder al pueblo. Ya en los albores de los Estados Unidos, se entendía por parte de sus padres fundadores que tanto la arquitectura constitucional como los liderazgos que se generasen debían ser “dispositivos auxiliares para canalizar y controlar la política popular, no para aislarla o eliminarla”, señala KRAMER³⁹⁵.

En ese contexto, la independencia norteamericana permitía poner en práctica aquello respecto de lo cual los escritores habían especulado en sus obras, como era la posibilidad de que una sociedad se pudiera organizar en virtud de un contrato suscrito precisamente por el pueblo. Este acuerdo se materializaba en la constitución, la cual debía ser entendida, por lo tanto, como un acto de la voluntad popular, “la carta del pueblo, hecha por el pueblo”, donde era justamente éste el responsable de ver que fuera interpretada e implementada de manera adecuada. De allí que la idea de delegar esta responsabilidad a los jueces era impensable³⁹⁶.

Sin embargo, con el tiempo, dicha idea cambió y los jueces terminaron adquirieron tal protagonismo en Estados Unidos que comenzaron a controlar la constitucionalidad de las leyes. Esto, como consecuencia de una serie de hechos ocurridos al poco tiempo de iniciada la vida independiente en ese país, a partir de la crisis económica a las que se enfrentaron los campesinos luego de la Independencia, en la década 1780-1790. Empobrecidos, se vieron enfrentados a demandas judiciales de parte de sus acreedores. Para evitar la acción de los tribunales, los pequeños propietarios recurrieron a las legislaturas con el objetivo que estas autorizaran la emisión de papel moneda y, con ello, pagar las deudas. Esta solución fue resistida por los acreedores, pero, al mismo tiempo, se sucedían levantamientos de deudores en ejercicio de un *movimiento antijudicial*, algunos de ellos, bastante violentos. Todo este clima generó en la clase dirigente norteamericana una *visión contramayoritaria* de la política y una reacción a las asambleas legislativas quienes satisfacían los requerimientos de los más pobres. Algunos de los más destacados políticos como Hamilton y Washington denunciaban el nacimiento del despotismo de la legislatura, de una tiranía opresiva proveniente de una mayoría viciosa³⁹⁷.

La desconfianza de la clase dominante hacia las mayorías se fundaba, además, en dos premisas. La primera, basada en la obra de JOHN LOCKE, de que existen ciertos “principios verdaderos”, como

³⁹⁵ Ídem, p. 18.

³⁹⁶ Ídem, p. 19..

³⁹⁷ Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2011, pp. 35-43.

los relativos a los derechos naturales, que no pueden ser concebidos por la ciudadanía común. HAMILTON ampliaría más tarde estos principios a aquellos referidos a los beneficios derivados de un gobierno nacional. Estas verdades son tan evidentes internamente que sólo un defecto en los órganos perceptivos o la influencia de algún interés, pasión o prejuicio impedirían reconocerlas. La segunda premisa se refiere a la convicción de que las mayorías tienden a actuar irracionalmente. Esto último se comprobaba con la emisión de papel moneda antes referida, pero no se circunscribía exclusivamente a ese caso. La sola circunstancia de una asamblea con un alto número de integrantes hacía presumir el predominio de la pasión por sobre la razón³⁹⁸.

Será MADISON quien, en El Federalista N° 10³⁹⁹ construirá, a partir de dichas premisas, la tesis del peligro de las “facciones”, las cuales fueron por él definidas como “cierto número de ciudadanos, estén en mayoría o en minoría, que actúan movidos por el impulso de una pasión común, o por un interés adverso a los derechos de los demás ciudadanos o a los intereses permanentes de la comunidad considerada en su conjunto”. Sobre ellas, el autor sostenía que las verdaderamente peligrosas eran las facciones mayoritarias y no las minoritarias, ya que respecto de estas últimas será el sistema republicano el que permitirá frustrar sus “sinestros proyectos” mediante la votación popular. A su vez, contra los males de estas facciones sólo se puede luchar reprimiendo sus efectos y no atacando sus causas, ya que esto significaría o destruir la libertad política o hacer que todos los ciudadanos tuvieran las mismas opiniones, pasiones e intereses, lo cual sería “una locura” o algo impracticable⁴⁰⁰.

Como demuestra GARGARELLA, la preocupación de Madison era proteger cierta clase de minorías, compuesta por los acreedores y los grandes propietarios, a los que llamaba los “ricos y bien nacidos”. De esta manera, en las bases de la Constitución norteamericana se encontraría un objetivo particular como fue el de proteger a un grupo minoritario, más específicamente al de los socialmente más aventajados⁴⁰¹.

Con esta finalidad se construye en Estados Unidos un sistema de “frenos y contrapesos”, entre los diferentes poderes del Estado. Así, aparece, por ejemplo, el veto presidencial, la capacidad de cada Cámara de vetar las decisiones de la otra y el control judicial de las leyes. Así las cosas, el poder de los tribunales de controlar al legislador vendrá a ser uno de los mecanismos a través de los cuales la minoría más poderosa socialmente logra controlar las facciones mayoritarias y evitar de este modo el despliegue efectivo de la democracia pura. Esto demostraría históricamente, la falta de legitimidad democrática de la revisión judicial de las leyes.

No obstante ello, el núcleo argumentativo del constitucionalismo popular no es necesariamente la afirmación de ilegitimidad de los mecanismos judiciales de control de constitucionalidad de las leyes. Más bien, lo que se critica es la posición de supremacía judicial en la interpretación de la constitución. Vale decir, la amenaza a los derechos (a ciertos derechos) no está indefectiblemente en la existencia de la justicia constitucional, sino en la tesis de que los tribunales tienen la última palabra a la hora de fijar el sentido de la constitución. De ahí que algunos constitucionalistas populares sostengan que en una constitución que suponga que las cortes o tribunales son los únicos que tienen la autoridad de interpretar la constitución, operando como sus exclusivos guardianes, se está en presencia de una “*constitución juricéntrica*”⁴⁰².

³⁹⁸ Ídem, pp. 44-47.

³⁹⁹ Hamilton, Alexander; Madison, James y Jay, John, *El Federalista*, op. cit., pp. 35-41.

⁴⁰⁰ Ídem, pp. 35-41

⁴⁰¹ Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno*. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial op. cit., cfr. pp. 50-51.

⁴⁰² Post, Robert C., Siegel, Reva B., *Protecting the Constitution from the People*. Juricentric Restrictions on Section Five Power. En *Indiana Law Journal*, Faculty Scholarship Series, Indiana, número 1, primer semestre del año 2003, pp. 1-47, cfr. p. 2.

Lo complejo de ese modelo es que atenta en contra de las teorías democráticas. “Los defensores de la supremacía judicial son los aristócratas de hoy” sostiene KRAMER, y lo hace porque entiende que aquellos, aunque están comprometidos con un gobierno popular, tienen una posición pesimista y temerosa sobre lo que podría producir y por tanto ansiosa por proteger sus intereses mediante la construcción de garantías adicionales. En torno a dicha posición, el mismo profesor aboga por “repudiar públicamente a los jueces de la Corte que dicen que ellos, y no nosotros, poseen la máxima autoridad para decir lo que significa la Constitución” agregando que “la Corte Suprema no es la autoridad máxima de la patria sobre el derecho constitucional. Nosotros lo somos”⁴⁰³.

En ese mismo sentido, TUSHNET observa lo que ocurre en aquellos sistemas políticos donde no existe un único partido dominante, o sea, donde el riesgo de perder y, eventualmente, no volver a recuperar el poder es alto. Allí, cuando las elites que controlan el ejecutivo y el legislativo advierten que serán retiradas de esas posiciones, crean o expanden la *judicial review* para asegurarse que al menos algún componente del sistema político –en este caso, la judicatura– siga respondiendo a sus preocupaciones. Así las cosas, cada vez que las elites políticas están divididas en uno o más bandos, y alguna de ellas no pueda controlar el gobierno, potenciará la justicia constitucional como una forma de mantener su cuota de control institucional⁴⁰⁴.

Sin embargo, en una mirada más completa, se debe afirmar que no es solo la supremacía judicial aquello de lo cual se preocupan los constitucionalistas populares. Ella no es otra cosa, sino que una de las manifestaciones más claras del elitismo como forma de gobierno, donde las decisiones trascendentales para el país son adoptadas por una clase dominante. De allí que ÁLVAREZ afirme que “esta vertiente teórica [el constitucionalismo popular] se desarrolló por oposición a prácticas de instituciones elitistas o poco representativas, entre las cuales se destaca la Suprema Corte”, enfatizando que el riesgo o amenaza frente al cual se enfrenta el constitucionalismo popular no es exclusivamente el rol de los tribunales⁴⁰⁵. En efecto, otras manifestaciones de aquel elitismo será la existencia de un gobierno representativo, sin participación de la ciudadanía en la toma de decisiones importantes para la comunidad⁴⁰⁶, y la existencia de constituciones que, de algún modo, impidan su reforma o modificación, impidiéndose el ejercicio de la soberanía del pueblo⁴⁰⁷. Insisto, sin embargo, que el énfasis en estos puntos parece ser menor que el del constitucionalismo democrático.

6.3. Los derechos protegidos por el constitucionalismo popular

La supremacía judicial antes reseñada es, para el constitucionalismo popular, una amenaza para cierta categoría de derechos, como son los derechos políticos, y más específicamente, el derecho de participación.

Esta participación por la que aboga el constitucionalismo se refiere a la posibilidad de contribuir en la acción de gobernar. Y hacerlo no implica solo contar con un elemento popular en el gobierno, por ejemplo, un parlamento. Se necesita que cada portador de derechos pueda intervenir activamente en la toma de decisiones y que este poder de participar opere en la misma medida en que lo participan el resto de los individuos. De esta forma, el ciudadano exige que sus intereses sean

⁴⁰³ Kramer, op. cit., pp. 301-302.

⁴⁰⁴ Tushnet, Mark, *Constitucionalismo y Judicial Review*, Palestra, Lima, 2013, pp. 101-102.

⁴⁰⁵ Álvarez Ugarte, Ramiro, *El Constitucionalismo Popular y los problemas de la “última palabra”*: apuntes para un Contexto Latinoamericano. En *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, número 1, noviembre 2012, pp. 75-125, cfr. p 124.

⁴⁰⁶ Véase Balkin, Jack M., *Populism and Progressivism as Constitutional Categories*. En *The Yale Law Journal*, Faculty Scholarship Series, New York, volumen 104, año 1995, pp. 1935-2008.

⁴⁰⁷ Véase Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 305-336.

tomados en cuenta en las decisiones públicas. Ello en ningún caso significa que su voz sea la única a ser considerada, ya que entiende que su aspiración debe ser compatibilizada con la de los demás, en virtud de los principios de equidad e igualdad necesarios en virtud de la universalización de esta pretensión⁴⁰⁸.

Exigir la participación de todos en la toma de decisiones, naturalmente pugna con aquellos modelos donde la definición del sentido que tiene los preceptos constitucionales está en manos –de modo supremo o exclusivo– de los tribunales, órganos que carecen de legitimidad democrática directa al no ser elegidos popularmente. Más aún cuando en la interpretación de dichas cláusulas, se omiten las sensibilidades y percepciones de la comunidad, y se recurre exclusivamente a los criterios particulares de los jueces. De esta forma, las decisiones acerca de lo que quiere decir la constitución, especialmente en el proceso de control de constitucionalidad de las leyes, queda determinado por la voluntad y las percepciones políticas de los tribunales y no de los ciudadanos, en contradicción directa con los valores democráticos.

Sin embargo, la necesidad de mayor participación no solo queda definida en la interpretación y aplicación de las constituciones, sino que también en toda la actividad política, en el ejercicio tanto del poder constituyente, como en el de los poderes constituidos.

En relación con el poder constituyente, el constitucionalismo popular defiende la tesis que es al Pueblo a quien le corresponde su titularidad y ejercicio. Ello, bajo la premisa de que “el pueblo es el dueño de su constitución” y que “de acuerdo con las necesidades de cada generación (...) debe usar su poder soberano para establecer y mantener los fines del gobierno republicano”⁴⁰⁹. La estructura política y los derechos contenidos en la constitución podrá siempre revisarse por parte del Pueblo. Sobre el particular, TUSHNET señala que según como cambie el pueblo, éste podrá cambiar a su vez sus valores, por lo que desde el constitucionalismo popular, “podemos empezar contando una historia diferente sobre nosotros mismos, precisamente porque nos constituimos nosotros mismos”, y agrega que “podemos, en definitiva, cambiar quiénes somos”⁴¹⁰.

Por su parte, si se concibe a la constitución como un límite a los poderes constituidos, él no puede entenderse, según los constitucionalistas populares, como un “precompromiso”, o sea, como acuerdos adoptados en un tiempo determinado con el objeto de frenar la autonomía de la voluntad de generaciones o electorados posteriores. La idea de límite supone la lógica de “atarse a sí mismo”, tal como lo sugiere ELSTER en su conocida alegoría de “Ulises y las Sirenas”⁴¹¹. Sin embargo, ello sólo será razonable, o como dice WALDRON “menos irrazonable” cuanto mayor sea la posibilidad de modificar los límites mediante procedimientos de reforma constitucional⁴¹². De esta manera, la aceptación de una constitución que imponga frenos al debate democrático de una generación determinada sólo podría ser validada por el constitucionalismo popular si en cada época, la ciudadanía pudiera, en el ejercicio del poder constituyente, revisar dichos límites, y modificarlos, eliminándolos, agregando otros nuevos o sustituyéndolos por otros. Este pasa a ser un derecho de cada generación de ciudadanos, que en el ejercicio de la libertad política definirán el contenido de los preceptos de la constitución que los rija y, por ende, de los límites a los cuales se sometan.

En último término, el constitucionalismo popular se ocupa de la necesidad de que el Pueblo tome activa participación en la toma de decisiones por parte de las autoridades o representantes. Una primera mirada a dicha afirmación pasa por comprender que el Derecho no nace exclusivamente de

⁴⁰⁸ Ídem, op. cit., pp. 281-282.

⁴⁰⁹ Kramer, op. cit., p. 267.

⁴¹⁰ Tushnet, op. cit., pp. 190-191. Traducción propia.

⁴¹¹ Elster, Jon, *Ulises y las Sirenas*. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1989, pp. 66-188.

⁴¹² Waldron, *Derechos y desacuerdos*, op.cit., cfr. p. 327.

los espacios normativos, sino que la ciudadanía lo crea permanentemente⁴¹³. Si así se entiende la producción jurídica, entonces las autoridades políticas no podrían ignorar la vivencia real del Derecho, afuera de los órganos oficiales y más aún, fuera de las Cortes.

A su vez, desde otra perspectiva, la participación en la esfera pública aparece imprescindible al momento de tomar decisiones trascendentes. Por ello, BALKIN enfatiza en que, para el *populismo*, los ciudadanos quieren ser parte de la conducción o gobernanza (*governance*) pero a su vez, exigen que el gobierno (*government*) respete sus formas de vida, compartiendo elementos tanto del individualismo como del comunitarismo. Esta necesidad de participación no significa que los ciudadanos sean forzados a ella, ya que eso sólo demostraría una actitud paternalista del Estado y de menosprecio de parte de la élite. Así las cosas, el gobierno debe proporcionar oportunidades para la participación popular, sin que se desvíe ni debilite la voluntad popular. No se debe temer a una población que, con energía, se vea provocada por la injusticia y motivada para el cambio, sino que, por el contrario, es “el alma misma de la democracia”. Sin estos canales de participación popular y sin medios para el control popular, los gobiernos se convierten en enemigos del pueblo⁴¹⁴.

6.4. Las garantías de los derechos en el constitucionalismo popular

Al ser los derechos de participación aquellos que se encuentran principalmente amagados por el elitismo político –manifestado principalmente en el ejercicio de una justicia constitucional dotada de supremacía–, los autores del constitucionalismo popular pretenderán la eliminación o limitación de la justicia constitucional, advirtiéndose a su vez, una reformulación del Estado de Derecho en términos que sea más respetuoso de las voluntades soberanas del pueblo.

6.4.1. Eliminación o limitación de la justicia constitucional

Asumiendo las críticas al sistema de justicia constitucional y, más específicamente, al del control judicial de las leyes, el constitucionalismo popular propone diferentes alternativas.

Una primera propuesta, la más radical es aquella que propone la eliminación de toda forma de revisión judicial de las leyes. En esta línea se encuentra Jeremy WALDRON, quien sostiene que la *judicial review* es una institución ajena a una sociedad libre y democrática. Él argumenta que las cuestiones relativas a derechos no pueden debatirse, ni menos resolverse, ignorando los argumentos de quienes son titulares de los mismos. De aquello no se colige que necesariamente las personas tengamos los derechos que decimos tener, pero entiende que deben ser los portadores de derechos quienes deben decidir qué derechos poseen cuando existe un desacuerdo sobre ello. Argumentar que las preguntas sobre derechos son demasiado complejas o importantes para permitir aquello, resulta ser algo desagradablemente irrespetuoso⁴¹⁵.

La observación antes descrita lleva a WALDRON a sostener que, en un sistema democrático, regido procedimentalmente por las reglas de la mayoría, los desacuerdos morales no pueden ser resueltos por los jueces, sino que se debe respetar la voluntad de la legislación, la cual posee *dignidad*

⁴¹³ Durán-Smela, Diana, *Entre el Republicanismo y el Constitucionalismo Popular. ¿Cómo potenciar la participación democrática en la construcción de la política Pública y Constitucional del Bien Común?*. En *Universitas*, Universitas Javeriana, Bogotá, número 123, julio-diciembre de 2011, pp. 169-199, p. 195.

⁴¹⁴ Balkin, op. cit., p. 1946.

⁴¹⁵ Waldron, op. cit., pp. 299-300.

democrática, al ser fruto de aquella mayoría⁴¹⁶. La crítica del profesor neozelandés pretende defender la tesis de que debe ser el pueblo quien debe decidir finalmente “por procedimientos legislativos ordinarios” los asuntos morales en debate, como podría si se debe permitir el aborto, las acciones afirmativas o el matrimonio entre personas del mismo sexo. Serán, entonces, los representantes quienes deliberarán y resolverán estas cuestiones al votar en el órgano legislativo⁴¹⁷.

También TUSHNET reniega de los argumentos que tienden a otorgar a los jueces el monopolio de la interpretación de la Constitución, y propone que ella debe “salir de las Cortes”. El modelo que propone es el de un Derecho dirigido a la realización de los principios contenidos en la Declaración de Independencia y en el Preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos, más específicamente un Derecho comprometido con los derechos humanos universales, justificables mediante la razón y al servicio del autogobierno. En tales condiciones, la intervención de la Constitución en las relaciones cotidianas, de aquellas que terminan resueltas en los tribunales es virtualmente nula. De allí que defienda la idea de una constitución débil o delgada –a diferencia de una constitución o constitucionalismo fuerte o robusto–, un derecho constitucional que deje un amplio rango para que las decisiones políticas sean adoptadas democráticamente y no por los tribunales⁴¹⁸.

Sin embargo, esa primera opción es atenuada por otras miradas que proponen una mayor participación de la opinión pública en el control judicial de las leyes. Sobre este punto, se debe aclarar que la idea de “opinión pública” no se ajusta ni a la expresión de voluntad del pueblo considerado como órgano, ya que se confundiría con la práctica electoral, ni a la opinión de la mayoría, ya que ello significaría excluir las valiosas opiniones de las minorías. Más bien, se identifica como una “red de opiniones” en un sentido *habermasiano*, esto es, como la expresión dialógica de las opiniones mayoritarias con las minoritarias dentro de un espacio público, y que sean capaces de guiar la labor de los gobernantes. Si es entendida de esta forma, entonces la opinión pública puede guiar la interpretación constitucional que realicen los jueces, de modo que sus decisiones ganen en legitimidad. Esto no quiere decir que los jueces deban ingresar al juego político para ganar popularidad, sino que ellos deben usar dicha opinión como “guía” que les permita descubrir la voluntad general y aplicarla en sus decisiones⁴¹⁹.

El argumento delineado en el párrafo anterior es propuesto, entre otros autores, por KRAMER, quien, sin llegar a postular la exclusión o eliminación del sistema de revisión judicial de las leyes, sostiene que los jueces que la efectúen deben asumir que fuera de los tribunales existe un poder mayor que el de ellos mismos, como es el poder del pueblo. De allí que, a su juicio, los miembros de la Corte Suprema deben reconocer en los ciudadanos una autoridad similar a aquella que los jueces ordinarios lo hacen respecto de la ley⁴²⁰.

Barry FRIEDMAN sostiene, sin embargo, que esta forma de concebir el constitucionalismo popular, caracterizado por el ideal de que los jueces incorporen el sentir popular en sus decisiones, no es algo simple. Más bien, está intervenido por una serie de factores que pueden incidir en la

⁴¹⁶ Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, En Maryland Law Review, Maryland, número 2, octubre de 2012, pp. 633-665.

⁴¹⁷ Cfr. Waldron, Jeremy, *El centro de la argumentación contra el control judicial de la legislación*. En Fabra Zamora y García Jaramillo (coordinadores), *Filosofía del Derecho Constitucional*. Cuestiones fundamentales, Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigación Jurídica, México D.F., 2015, pp. 147-214, p. 150

⁴¹⁸ Tushnet, op. cit., pp. 177- 194.

⁴¹⁹ Rincón Salcedo, Javier G., *La Soberanía interpretativa de los Tribunales Constitucionales: Análisis desde la perspectiva del constitucionalismo popular*. En *Universitas*, Universitas Javeriana, Bogotá, número 115, enero-junio de 2008, pp. 117-140, pp. 133-138. Véase Habermas, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública*. La transformación estructural de la vida pública, GG MassMedia, Barcelona, edición 7, año 1997, pp. 261-274.

⁴²⁰ Kramer, op. cit., pp. 303-308.

recepción de esta voluntad popular en los fallos judiciales. Entre estos factores se encuentran las vías por las que el público accede a la información acerca de lo que hacen los tribunales, la forma como el público puede responder –y responde– a las decisiones judiciales, y en la medida en que los tribunales sean conscientes de la opinión popular y la tengan en cuenta. Así, él propone la existencia de un “constitucionalismo popular mediado”, y advierte que no es efectivo que siempre y en todos los casos, el control judicial esté dissociado de la voluntad popular. De hecho, en muchas ocasiones, las decisiones judiciales se ajustan a la visión mayoritaria del pueblo⁴²¹.

Por otra parte, otra herramienta que tiende a limitar el poder de la justicia constitucional va de la mano con la generación de una deferencia con el poder legislativo, y de un diálogo entre aquella y los órganos democráticos.

El argumento de la deferencia no es propio del constitucionalismo popular. Su origen es mucho más antiguo, y se remonta a la obra del profesor de Harvard, James Bradley THAYER “*The origin and scope of the american doctrine of constitutional law*” de 1893. El autor parte de la base que cada poder tiene atribuciones para interpretar la constitución⁴²², de lo que se desprende que los jueces no pueden anular una ley solo a partir de una de las tantas interpretaciones que puedan hacerse de ellas. Por el contrario, en virtud de la deferencia (y mucho más que por *deferencia*, por aplicación del principio de *duda razonable*), las cortes “sólo pueden desestimar la ley cuando advierten que los legisladores no cometieron un mero error sino uno muy claro que no puede ser puesto en duda de manera racional”⁴²³. De esta forma, las leyes vendrían a gozar de una suerte de presunción de validez o constitucionalidad, la cual solo podría destruirse en virtud de un vicio evidente de parte del legislador.

Pablo DE LORA ha sostenido, incluso, que de ser aplicada en sentido estricto la tesis de THAYER, los Tribunales Constitucionales (y por extensión, todos los Tribunales colegiados llamara a controlar la constitucionalidad de leyes) sólo podrían declarar la inconstitucionalidad cuando todos sus miembros estuvieran de acuerdo en ello, vale decir, por unanimidad⁴²⁴.

En el último tiempo, POSNER ha señalado que una de las formas de entender la “restricción judicial” es la actitud de los jueces de demostrarse “altamente reacios” a declarar inconstitucional una acción legislativa o ejecutiva. En este caso, la actitud no proviene solo del reconocimiento de competencias diversas entre los órganos que componen el aparato estatal, sino en entender que los legisladores están en mejores condiciones de actuar en política que los jueces. Esta posición, sostiene POSNER, proviene precisamente de los trabajos de THAYER de fines del Siglo XIX. La escuela que este último formó, dejó un legado: una serie de dispositivos procesales para que los jueces puedan

⁴²¹ Friedman, Barry, *Constitucionalismo popular mediado*. En *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, año 2005, pp. 123-160.

⁴²² Al referirse a la supuesta atribución del Poder Judicial de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y de tratarlas como si fueran nulas, THAYER sostiene: “Resulta insuficiente fundamentar esta notable facultad en el mero hecho de que una constitución sea escrita o en que los jueces hayan jurado defenderla. Ni la forma escrita ni el juramento de los jueces implica necesariamente el derecho de revocar o rechazar un acto emanado del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo que estos poderes están autorizados a emitir conforme a la Constitución, ni la afirmación por parte de estos poderes de que están autorizados para así obrar.” Thayer, James B., *The origin and scope of the american doctrine of constitutional law*. En *Harvard Law Review*, número 3, octubre de 1893, pp. 102-128, p. 103.

⁴²³ Ídem, p. 116.

⁴²⁴ De Lora, Pablo, *La posibilidad del constitucional thayeriano*, en *Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 23, 2005, pp. 49-75.

eludir las cuestiones constitucionales, una solución pragmática en el contexto de consideraciones que abogan todas por la moderación en los casos particulares⁴²⁵.

Finalmente, una de las manifestaciones del constitucionalismo popular, como es el *constitucionalismo democrático norteamericano*, en los términos que se explicó en el punto 4.- de este capítulo, ofrece otra solución al problema de la supremacía judicial. Para abordarlo, dos de los defensores de esta corriente, POST y SIEGEL explican primero qué ha de entenderse por supremacía judicial⁴²⁶. Los autores sostienen que ésta no consiste en que los jueces puedan determinar las creencias de los ciudadanos acerca de la constitución, ni tampoco impide que éstos intenten introducir modificaciones constitucionales con el objeto de dotar a la carta fundamental de sus propias convicciones. Por lo tanto, ni los jueces tienen la última palabra para determinar el significado de la constitución, ni los ciudadanos tienen privado el control último sobre el mismo. De ello no se sigue necesariamente que deba desaparecer la justicia constitucional como propone KRAMER, ya que eliminarla por completo significaría que se socavara la estabilidad y la confiabilidad de los derechos constitucionales.

Con el objeto de resolver esta tensión entre constitucionalismo popular y supremacía judicial, POST y SIEGEL distinguen entre las opiniones de las cortes y las creencias del pueblo, ambas en relación con la constitución norteamericana. A las primeras, las denominarán “derecho constitucional”, y a las segundas, simplemente “Constitución”. La relación entre derecho constitucional y Constitución será dialéctica y no unidireccional, lo que significa que ambos se ilustran y se sustentan recíprocamente entre sí. Este equilibrio permitirá resguardar la institucionalidad y realizar la democracia. Entendida así la dinámica constitucional, los jueces deberán incorporar en sus decisiones las convicciones políticas de la nación –las del pueblo y las de los otros poderes o departamentos–, produciéndose una negociación permanente entre la deferencia y el desacuerdo, entre el reconocimiento necesario para representar un ordenamiento constitucional y la autonomía necesaria para otorgarle vida y vitalidad a ese ordenamiento.

De este modo, el verdadero riesgo, para el constitucionalismo democrático es que este diálogo no se produzca, lo cual podría pasar por diversas razones. Una de ellas es, por cierto, si las cortes no son receptivas de las convicciones populares. Sin embargo, el ordenamiento asegura de alguna forma la sujeción del derecho constitucional a la Constitución, por ejemplo, a través del proceso de designación y conformación de los jueces, donde el pueblo podrá asumir cierto control del derecho constitucional. Pero también el referido diálogo no se producirá si los ciudadanos se excluyen deliberadamente de la participación política, la cual es indispensable para que la tradición constitucional del pueblo llegue a ser influyente en las decisiones judiciales.

6.4.2. Reformulación del Estado de Derecho

La concepción de Estado de Derecho en el constitucionalismo popular adopta ciertas particularidades. Algunas de ellas ya han sido tratadas anteriormente, otras las revisaré a continuación.

Recordemos que uno de los elementos centrales del Estado de Derecho está representado por la supremacía constitucional y el correlativo control de constitucionalidad de las normas inferiores. En ese contexto, la constitución que el constitucionalismo popular reconoce como suprema debe

⁴²⁵ Posner, Richard A., *The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*. En *California Law Review*, Berkeley, número 3, junio de 2012, pp. 519-556, pp. 520-523.

⁴²⁶ Post y Siegel: “Constitucionalismo popular, departamentalismo y supremacía judicial” en Post y Siegel, *constitucionalismo democrático*, pp. 119-139

haber tenido un origen democrático, en el sentido que debe haber sido “hecha por el pueblo para gobernar a los gobernantes” en palabras de KRAMER⁴²⁷. Además, el pueblo también debe incidir en la aplicación e interpretación de la misma, lo cual se ajusta con un modelo *procedimentalista* de legitimidad, que consiste en entregar a la política democrática la resolución de controversias⁴²⁸.

Por otra parte, la constitución pensada por el constitucionalismo popular está identificada con un documento cuya función no es –o al menos, no exclusivamente– limitar la voluntad de los ciudadanos sino, por el contrario, que permita a las legislaturas construir sus decisiones futuras. Por lo mismo, como señala ALTERIO, este modelo combate la idea de atrincherar derechos en la constitución para evitar excesos de las mayorías, desmontándose la noción de autolimitación. La reducción de derechos con rango constitucional se justifica debido a que, en primer lugar, ellos terminan siendo un eslogan obsesivo que impide la argumentación libre y, además, porque al constitucionalizarse, los vuelve inmunes al cambio legislativo, demostrando una gran desconfianza hacia los ciudadanos⁴²⁹.

Dicho de este modo, la constitución deja de ser sólo un armazón que restringe la dinámica democrática, sino que, por el contrario, facilita el debate y la deliberación. Ello devuelve al legislador el protagonismo que había perdido a costa de constituciones atiborradas de derechos y de sus interpretaciones judiciales supremas. Parafraseando a WALDRON, el modelo de Estado de Derecho que se propone en el constitucionalismo popular reconoce la dignidad de la legislación, por ser esta obra de la “acción colectiva concertada, cooperativa y coordinada en las circunstancias de la vida moderna”⁴³⁰. Por lo mismo, el énfasis deja de estar tanto en los límites como sí en la configuración de un orden político y normativo que se construye desde las bases, esto es, desde la ciudadanía y sus representantes legítimos.

Así, se puede decir que la relación entre política y Derecho deja de ser antagónica, esto es, una lucha permanente donde el Derecho busca limitar la deliberación democrática, sino más bien, se reconoce que esta última debe ser facilitada por el ordenamiento, ya que es la única forma de demostrar verdadera confianza hacia las personas, un respeto a su autonomía⁴³¹ y a la igualdad que DAHL reconoce como condición intrínseca de todo ser humano⁴³². El Derecho más que restringir a la política, colabora con ella, estableciendo los procedimientos para que se despliegue con libertad.

El Estado de Derecho en el que piensa el constitucionalismo popular es un diseño que se construye a partir de una constitución de origen y aplicación popular, disminuyendo significativamente el papel que han de ocupar las élites en ello. Particularmente esto se aprecia por cuanto sienta las bases para revisar críticamente la supremacía judicial. No se vislumbra mayor intervención en la configuración de las otras funciones del Estado, aunque es evidente que este punto tampoco es indiferente para el constitucionalismo popular, ya que esquemas autoritarios tampoco comulgarían con esta tesis. En otras palabras, pareciera que el constitucionalismo popular no elabora una tesis concreta acerca de cómo deben estructurarse los órganos políticos representativos, pero sí se puede concluir qué tipo de organización sería contraria a sus postulados.

⁴²⁷ Kramer, libro, pp. 121-122

⁴²⁸ Parker, Richard, *Here, The People Rule: A Constitutional Populist Manifesto*, en *Valparaiso University Law Re -view*, vol. 27, núm. 3, 1993, pp. 531-584.

⁴²⁹ Micaela Alterio, Ana, *Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate*. En *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Instituto de Investigación Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., número 8, enero-diciembre de 2014, pp. 227-306, pp.261-263.

⁴³⁰ Waldron, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, op. cit., p.123.

⁴³¹ Marmor, Andrei, *Authority, Equality and Democracy*. En *USC Law and Public Policy Research Paper*, número 3, junio 2003, pp. 1-35. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=424612> , revisado el día 1º de agosto de 2016.

⁴³² Dahl, Robert, *La democracia*, Ariel Quintaesencia, Barcelona, 2012, pp. 73-80.

II.- CAPÍTULO SEGUNDO:

EL “NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO DESCOLONIZADOR”,

UN NUEVO MODELO DE CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO

Hasta aquí, he demostrado que cada modelo de constitucionalismo se vincula con los derechos fundamentales a partir de tres elementos. El primero, se refiere al señalamiento de ciertas amenazas o enemigos (concretos o no) que ponen en riesgo la efectividad de derechos. El segundo, tiene que ver con la identificación específica de cuál es la categoría (o categorías) de derechos que resultan ser amagados por dichas amenazas. Y el tercero, el establecimiento de determinadas herramientas o garantías destinadas al aseguramiento de aquellos derechos para protegerlo de los mencionados riesgos. La afirmación que servirá de base para la continuación de este trabajo consiste en asegurar que es posible sostener que una nueva tríada de nuevas amenazas, nuevos derechos y nuevas garantías se manifiesta también en el modelo latinoamericano manifestado particularmente en las últimas Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009). Por ellos, se sostendrá que estas constituciones son manifestación de un nuevo modelo de constitucionalismo, al cual se le llamará “nuevo constitucionalismo latinoamericano descolonizador”.

En las próximas páginas se ofrecerá los elementos necesarios para poder conceptualizar lo que entenderé por “nuevo constitucionalismo latinoamericano descolonizador”. Luego, se revisarán las tres variables que han sido utilizadas para explicar la relación entre el constitucionalismo y los derechos fundamentales: una de ellas (el enemigo o rival de los derechos) será abordada en este segundo capítulo, mientras que las otros dos (los derechos y sus garantías) serán tratadas, en conjunto, en el tercer –y último– capítulo de esta investigación.

1.- El problema de la denominación

Durante las últimas décadas, en algunos países de América Latina se han producido importantes cambios a nivel constitucional que han sido estudiados por autores de diferentes partes del mundo. En palabras de CASAL, “el impulso que en los últimos años han tenido las reformas o cambios constitucionales en países latinoamericanos” ha generado “gran interés entre politólogos, políticos y constitucionalistas de las más diversas corrientes”⁴³³ Esta forma de presentar el tema que se abordará a continuación ha sido deliberadamente ambigua, ya que lo que se tratará de hacer es describir un fenómeno novedoso, cuyas características no han podido ser delineadas del todo por la teoría política y constitucional y cuyo origen o punto de inicio también es discutido.

La idea de que “algo está sucediendo en Latinoamérica” genera cierta incerteza en cuanto a definir qué es exactamente lo que ocurre. Lo anterior pasa, según GONZÁLEZ por haberse convertido Latinoamérica en un “laboratorio mundial”, y ello porque se trata de “un espacio en el que están

⁴³³ Casal Hernández, Jesús María, *El constitucionalismo latinoamericano y la oleada de reformas constitucionales en la región andina*. En *Revista del Instituto Max Planck de Historia del Derecho Europeo*, Rechtsgeschichte, Múnich, número 16, 2010, pp. 212-241.

teniendo lugar acontecimientos y procesos inéditos de todo orden y alcance insospechado que llevan, además, algún tiempo captando la atención internacional”⁴³⁴.

A continuación, se establecerá la denominación que se le dará a este fenómeno y se analizará cada uno de sus elementos.

Una forma de constatar el impacto que este nuevo fenómeno ha provocado en la literatura científica ha sido la gran cantidad de denominaciones que los estudiosos han usado, con algo de desconcierto, para identificarlo. La más conocida es, probablemente, la expresión “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, difundida profusamente por los profesores de la Universidad de Valencia, Roberto VICIANO PASTOR y Rubén MARTÍNEZ DALMAU, apelativo que será analizado más adelante.

Otros autores han pretendido identificar esta corriente a partir de rasgos locales, sean geográficos, históricos o étnicos, y así han utilizado los calificativos de “constitucionalismo andino”⁴³⁵, “constitucionalismo mestizo”⁴³⁶ o “constitucionalismo bolivariano”⁴³⁷. Un segundo criterio que se ha usado para nombrar a este movimiento es el de la idea del cambio constitucional, como cuando se habla de “constitucionalismo transformador”⁴³⁸, “de transición”⁴³⁹ o “experimental”⁴⁴⁰. Por último, ya con rasgos materiales o de contenido, se han usado expresiones como “constitucionalismo pluralista”⁴⁴¹, “constitucionalismo indigenista”,⁴⁴² “constitucionalismo de la Tierra”⁴⁴³, “constitucionalismo plurinacional e intercultural”⁴⁴⁴, “constitucionalismo de la alteridad”⁴⁴⁵

⁴³⁴ González, Antonio G., *La aceleración latinoamericana*, en González (editor), *Latinoamérica, laboratorio mundial*, Seminario Atlántico, Madrid, 2011, pp. 9-12.

⁴³⁵ Noguera Fernández, Albert, *El neoconstitucionalismo andino: ¿una superación de la contradicción entre democracia y justicia constitucional?* En *Revista Vasca de Administración Pública*, Ivap, Bilbao, número 90, mayo-agosto 2011, pp. 167-196.

⁴³⁶ Sächica, Luis Carlos, *Constitucionalismo mestizo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2002.

⁴³⁷ Márquez L., Carmen María, *Constitucionalismo bolivariano como marco normativo de legitimación de los líderes latinoamericanos del Siglo XXI*. En *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, Cuestiones Jurídicas, Maracaibo, número 2, julio-diciembre 2011, pp. 75-104.

⁴³⁸ Ávila Santamaría, Ramiro, *El Neoconstitucionalismo Transformador*. El estado y el derecho en la Constitución de 2008, Abya-Yala, Quito, 2011 y Santos, Boaventura de Sousa, *Refundación del Estado en América Latina*. Perspectivas desde una epistemología del Sur, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Programa Democracia y Transformación Social, Lima, 2010, pp. 71-81.

⁴³⁹ Martínez Dalmau, Rubén, *El proyecto de constitución de Ecuador, ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. En *Revista Ius*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., Puebla, 2009, pp. 264-274.

⁴⁴⁰ Santos, op. cit., pp. 110-112.

⁴⁴¹ Brandao, Pedro, *O novo constitucionalismo pluralista latino americano*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2015.

⁴⁴² Ramírez, Silvina, *Sete problemas do novo constitucionalismo indigenista: as matrizes constitucionais latino-americanas são capazes de garantir os Direitos dos Povos Indígenas?*, en Verdum (organizador) *Povos Indígenas*. Constituições e Reformas Políticas na América Latina, Instituto de Estudios Socioeconómicos, Brasília, 2009, pp. 213-235.

⁴⁴³ Romero Tobón, Juan, *Los derechos de la madre tierra –pachamama- en el constitucionalismo reciente*. En *Aporrea*, <http://www.aporrea.org/actualidad/a175881.html> (consultado el 20 de octubre de 2016).

⁴⁴⁴ Santos, Boaventura de Sousa, *La Reinención del Estado y el Estado Plurinacional*, Alianza Interinstitucional Cenda, Cejis, Cedib, Santa Cruz de la Sierra, 2007.

⁴⁴⁵ Carducci, Michele, *Epistemología del Sud e costituzionalismo dell alterita*, en Giuseppe (editor), *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, pp. 319-325.

“constitucionalismo de la biodiversidad”⁴⁴⁶ o el ya citado “constitucionalismo descolonizador”⁴⁴⁷ sólo para anotar algunos nombres.

Si se revisan las diversas terminologías usadas, ninguna de ellas resulta errada. Tal como se irá revisando, el debate más que en el nombre que debe recibir este fenómeno novedoso, se centra en cuáles son sus rasgos distintivos fundamentales y cuáles son los ordenamientos constitucionales concretos que forman parte de él. En este sentido, es obvio que la denominación que se emplee servirá para fijar tanto los márgenes conceptuales del mismo como el listado de constituciones que lo integran. Por lo mismo, aun cuando pueda parecer un problema de poca relevancia, la determinación del nombre que se le dará a este fenómeno, termina siendo crucial.

En ese contexto, no se debe perder de vista que si la línea de trabajo consiste en insertar este nuevo modelo dentro de la evolución histórica del constitucionalismo, entonces habrá que hacerlo a partir de la misma narrativa que ha servido como cauce de aquella secuencia. Por lo mismo, la denominación que se use deberá ser lo suficientemente clarificadora en torno a cuál es el eje que sirve para identificar, al menos, los derechos de los cuales se ocupa este modelo y el enemigo o riesgo respecto del cual ellos son protegidos. Así las cosas, la sola mención de que este constitucionalismo como “nuevo”, “transformador”, “andino”, etc., parece insuficiente. Pareciera, finalmente, que lo que termina siendo definitorio y abarcador de las diversas características que se relevan en los demás apelativos, es que se trate de un constitucionalismo centrado en la descolonización, por lo cual este elemento no puede ser ignorado en el nombre que se le dará al fenómeno.

Sabido que es un constitucionalismo descolonizador, será necesario señalar además que esta descolonización no es la misma que aquella que se pretendió en la independencia de los Estados americanos, sino que es “nueva”. A su vez, está localizado en una determinada zona geográfica, con sus características y principios propios, por lo que la mención a lo “latinoamericano” también deberá incluirse. La referencia a lo “nuevo” servirá para aludir no tan solo a que se trata de un fenómeno temporalmente reciente, sino también a que es “novedoso” por cuanto incorpora conceptos (instituciones, principios, derechos, garantías, etc.) nunca antes vistos en la historia constitucional. La evocación a lo “latinoamericano” será útil para distinguirlo de otros fenómenos descolonizadores, como los de los países árabes del norte de África (o de la así llamada “revolución árabe” o “primavera árabe”) o democratizadores, como el islandés⁴⁴⁸.

Con todas esas consideraciones, tal como ya ha sido anunciado, el modelo que se estudiará en lo que sigue de esta investigación será denominado “*nuevo constitucionalismo latinoamericano descolonizador*” (en adelante, NCLAD). Si a algún lector, esta expresión pudiere parecerle excéntrica por lo extensa, se le debe recordar que, en la ciencia jurídica, muchos otros rótulos también constan de cuatro conceptos. Así, por ejemplo, se habla de “derechos económicos, sociales y culturales”, de “Derecho internacional de los derechos humanos” o de “Estado social y democrático de derecho”. Es cierto que hay una mayor extensión fonética, ya que emplea más de veinte sílabas, pero lo cierto es que ello no invalida su uso.

Por otra parte, es importante aclarar que esta expresión no es nueva. Ya había sido empleada por el brasileño César BALDI para aludir a un nuevo paradigma constitucional, presente en las

⁴⁴⁶ Carducci, Michele y Castillo Amaya, Lidia Patricia, *Nuevo Constitucionalismo de la Biodiversidad vs. Neoconstitucionalismo del Riesgo*. En *Seqüência*, Universidad Federal de Santa Catarina, Florianópolis, número 73, 2016, pp. 255-284.

⁴⁴⁷ Baldi, Cesar, *Del Constitucionalismo Moderno al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador*. En *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Curitiba, número 9, enero-junio 2013, pp. 51-72.

⁴⁴⁸ Al respecto, véase: Fondevila Marón, Manuel, *Las Constituciones Árabes desde el Derecho Constitucional Comparado*. En *Revista General de Derecho Público Comparado*, Iustel, Madrid, número 18, diciembre 2015, pp. 1-31, y Pisarello, op. cit., pp. 107-133.

Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), y que las diferenciaría de otras regulaciones constitucionales como son la colombiana (1991) y la venezolana (1999). Lo que caracterizaría, según el autor, al NCLAD serían cuatro elementos. El primero es la *refundación de los Estados*, lo que demostraría tanto la existencia del colonialismo en estos países, como los orígenes milenarios de los pueblos y naciones que habían sido ignorados. Esta refundación exigió la reinención de instituciones y procesos de organización, y también el fortalecimiento de garantías. El segundo es el establecimiento de un *catálogo de derechos que rompe con lo generacional (civiles y políticos; económicos, sociales y culturales; y de tercera generacional) y con lo eurocéntrico*. La organización de estos derechos obedecerá a novedosos criterios de clasificación, lo que contribuye a resaltar el carácter complementario y de igual jerarquía de todos ellos, con el agregado que todos ellos pueden ser exigidos de modo individual o colectivo. El tercero corresponde al *influjo teórico proveniente del protagonismo indígena*, el cual se complementa con aquél proveniente de la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Este influjo se concretará en el papel diferenciado de la justicia indígena y en el nuevo léxico incorporado a las constituciones, con términos tales como la Pachamama y el Buen Vivir. Finalmente, el cuarto elemento será *la insistencia en la descolonización y en el proceso intercultural*. Esto implicará que la plurinacionalidad presente en ambas constituciones exija la ya mencionada nueva institucionalidad, cuestionando los límites del Estado constitucional⁴⁴⁹.

Corresponderá, por tanto, que se analice los cuatro componentes de esta expresión, partiendo por el sustantivo “constitucionalismo”, seguido de sus tres adjetivos: nuevo, latinoamericano y descolonizador. Al aludir a este último, se afirmará que el riesgo o amenaza a los derechos será el colonialismo, expresado a su vez, como colonialismo cultural, político, jurídico y económico.

2.- El Sustantivo: Constitucionalismo

Se afirmará que el NCLAD constituye efectivamente una forma de constitucionalismo, más específicamente, de constitucionalismo político. Aun cuando la opción metodológica de este trabajo ha sido la de emplear el vocablo constitucionalismo como “modelo”, no es menos cierto que el NCLAD también representa constitucionalismo en todos los demás usos del mismo. Demostremos esta afirmación.

2.1. El NCLAD como forma histórica de organización: el paradigma refundacional

El NCLAD, además de ser un modelo, es también una “forma histórica de organización”. Esto, por cuanto efectivamente logra cristalizarse en las Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

De este modo, el NCLAD se diferencia de otras tradiciones de constitucionalismo, como sucede con el neoconstitucionalismo o el constitucionalismo popular, las cuales sólo se expresan como modelos, construcciones teóricas o movimientos sociales, mas no por su concreción histórica.

Bien se puede argumentar que esta nueva organización que propone el NCLAD implica una radical transformación política que se traduce en la “refundación del Estado”. Esta idea se origina a partir tanto de movimientos sociales como de discursos de líderes políticos latinoamericanos. Mientras para los primeros, la necesidad de transformar el Estado es una necesidad y una exigencia,

⁴⁴⁹ Esta denominación no es nueva. También ha sido usada en: Baldi, op. cit., pp. 51-72.

para los segundos alude a un proyecto político que busca ser ejecutado en un nuevo diseño institucional⁴⁵⁰.

Así, para SANTOS, la idea de refundación pasa a ser una bandera que levantan los movimientos indígenas, y se construye bajo la imaginación política de que es posible el fin tanto del capitalismo como del colonialismo. Frente a este escenario, las nuevas exigencias no se fundan en el constitucionalismo moderno que privilegió desde sus orígenes a las elites, sino que en un constitucionalismo transformador, que se construye “desde abajo”, protagonizado por los postergados y excluidos. Estos requerimientos permitirán establecer: (1) una institucionalidad nueva: la plurinacionalidad; (2) una territorialidad nueva: las autonomías asimétricas; (3) una legalidad nueva: el pluralismo jurídico; (4) un régimen político nuevo: la democracia intercultural; y (5) nuevas subjetividades individuales y colectivas: individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades⁴⁵¹.

Para BURBANO, sin embargo, el sentido refundacional se moviliza a través de los discursos de Evo Morales y Rafael Correa, en Bolivia y Ecuador, respectivamente, así como también de Hugo Chávez en Venezuela. Estos se dirigen a la suspensión del efecto de las instituciones y del marco ideológico predominante, para poder legitimar la urgencia de un cambio radical y romper con el pasado inmediato. La exaltación de este momento es narrada –incluso– con tonos dramáticos, propios de un lenguaje religioso y emancipatorio. Lo primero por cuanto se alude a la necesidad de “resucitar a la patria”, lo segundo cuando se afirma que estos procesos conducirían a los países hacia “sus segundas independencias”⁴⁵².

Aun cuando la aspiración refundacional puede efectivamente advertirse en los tres países mencionados, sólo en Ecuador y Bolivia se concretan en transformaciones radicales del Estado. Esto no ocurre en Venezuela, donde la refundación no pasó de ser un objetivo social y político, y fue incapaz de introducir los cambios profundos asociados a la idea de una verdadera refundación. El politólogo brasileño Emil SADER lo explica en términos algo coloquiales al señalar que Venezuela “ha creado la nueva constitución al inicio del proceso, cuando todavía no tenían muy clara la cosa”⁴⁵³. Y es que, si entendemos como LLASAG, que refundar es “buscar una nueva forma de organización social, política y económica, que supere el colonialismo, neocolonialismo y desarrollismo”, ella sólo se logra cuando se logra configurar una alternativa, como es la del Estado plurinacional e intercultural presente en las constituciones ecuatoriana y boliviana de 2008 y 2009⁴⁵⁴.

Así, mientras el art. 1º de la Constitución Política de la República de Ecuador (CPE) dispone que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano,

⁴⁵⁰ Algún autor ha expresado ambas vertientes como una combinación de sublevación popular con una salida electoral. Véase: Sader, Emir, *Refundar el Estado. Posneoliberalismo en América Latina*, Ediciones CTA, Buenos Aires, 2008, p. 21.

⁴⁵¹ Santos, *Refundación del Estado en América Latina*. Perspectivas desde una epistemología del Sur, op. cit., pp. 71-72.

⁴⁵² Burbano de Lara, Felipe, *Todo por la patria. Refundación y retorno del estado en las revoluciones bolivarianas*. En *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Quito, número 52, mayo 2015, pp. 19-41, pp. 23-24.

⁴⁵³ Sader, op. cit., p. 56.

⁴⁵⁴ LLasag Fernández, Raúl, *Constitucionalismo Plurinacional e intercultural de transición: Ecuador y Bolivia*. En *Meritum*, Bibliografía Latinoamericana, Belo Horizonte, número 1, junio 2014, pp. 295-319, p. 304. Otro análisis, enfocado al caso boliviano, alude a cuatro pilares de la refundación del Estado: el pluralismo y la plurinacionalidad; la post-colonialidad y la descolonización; la interculturalidad; la libre determinación de las Naciones y pueblos indígenas campesinos; y el vivir bien o *suma qamaña*. Sobre esta último, véase: Attard Bellido, María Elena, *Claroscuros y perspectivas del control plural de constitucionalidad en Bolivia a la luz del pluralismo, la descolonización e interculturalidad*. En *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, número 2, julio-diciembre 2014, pp. 121-161, pp. 138-141.

independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”, el art. 1° de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (CPB) establece que “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías⁴⁵⁵.”

Es en el preámbulo de la CPB donde se alude explícitamente a la idea de refundación: “Cumpliendo con el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia”. Y se hace convergiendo la voluntad popular, con las dos grandes tradiciones que componen el Estado boliviano: la indígena y la criolla de origen europea, al aludir tanto a la Pachamama como al Dios de la cristiandad.

2.2. El NCLAD como construcción intelectual: algo más que un nuevo constitucionalismo latinoamericano

Por otra parte, el NCLAD es también una construcción intelectual, donde confluyen diversas escuelas y tradiciones teóricas, no solo provenientes del Derecho constitucional sino también de otras disciplinas como la sociología, la historia y, por cierto, la teoría política. Como ya se advirtió, no siempre los autores han usado la expresión NCLAD para referirse a esta corriente, pero independientemente de ello, el objeto de estudio se refiere a las particularidades de las constituciones mencionadas.

Sobre este punto, los profesores de la Universidad de Valencia, Rubén MARTÍNEZ y Roberto VICIANO sostienen que, a diferencia del neoconstitucionalismo lo que ellos llaman el “nuevo constitucionalismo latinoamericano” no es una corriente doctrinal, sino “un fenómeno surgido en el extrarradio de la academia, producto más de las reivindicaciones populares y de los movimientos sociales que de planteamientos teóricos coherentemente armados”. Agregan que se trata de una corriente “que carece de articulación como sistema cerrado de análisis y proposición de un modelo constitucional”, y que pese a ello “es cierto que existen unos rasgos comunes bastante bien definidos que permiten afirmar (...) que se trata de una corriente constitucional en periodo de construcción intelectual”⁴⁵⁶.

Sobre aquel parecer de VICIANO y MARTÍNEZ, se debe señalar que la dificultad de identificar aquí una corriente doctrinal deriva probablemente de la confusa categoría conceptual denominada “nuevo constitucionalismo latinoamericano”. Esta se trataría de una manifestación constituyente iniciada por el proceso colombiano que derivó en la aprobación de la Constitución de 1991, y seguido por las constituciones de Ecuador (1988 y 2008), Venezuela (1999), y Bolivia (2009). El rasgo fundamental que engloba a todos estos documentos constitucionales será “la activación de la

⁴⁵⁵ Las nociones de plurinacionalidad e interculturalidad, así como las consecuencias de las mismas, serán abordadas más adelante.

⁴⁵⁶ Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, *Fundamento teórico del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, en Viciano (editor), *Estudios sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 11-49, pp. 19-20. Estas mismas afirmaciones ya las habían manifestado el año 2010, con ocasión del VII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, en la Ciudad de México, en la ponencia “¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?”, disponible en: <http://latinoamerica.sociales.uba.ar/files/2015/01/Viciano-Pastor-Articulo.pdf> (revisado el 27 de octubre de 2016).

soberanía del pueblo”, dirigido a institucionalizar las demandas sociales de cambio en las constituciones. Ello será lo que dote de originalidad a esta nueva forma de constitucionalismo⁴⁵⁷.

Precisamente, el problema de dicha concepción es que por muchos esfuerzos que se hagan por hallar características doctrinarias comunes a todas estas constituciones, la tarea se hace difícil si solo se atiende a sus génesis y no a los fundamentos teóricos o a los propósitos de las mismas. Naturalmente existirá complejidades para encontrar hilos conductores comunes si se agrupa en un mismo universo, constituciones materialmente tan disímiles. La lógica de que todas ellas son hijas de procesos constituyentes populares, con alto protagonismo indígena y campesino, ha llevado a Rubén MARTÍNEZ a sostener que “nadie, aparte del pueblo, puede sentirse progenitor de la Constitución”, lo que las lleva a catalogarlas como resultado de un “*constitucionalismo sin padres*”⁴⁵⁸, y en eso por cierto que se puede coincidir. No obstante ello, nubla la identificación de los principios materiales comunes.

En tal sentido, se puede sostener que de todas las constituciones mencionadas por VICIANO y MARTÍNEZ, aquellas que guardan cierto parentesco teórico entre sí son las constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), inspiradas en la idea de una descolonización cultural, basada en el buen vivir y la plurinacionalidad, y que reconocen a cabalidad el pluralismo social y jurídico. Es en estos dos textos constitucionales donde confluye diversas tradiciones teóricas que se recogen y sistematizan en una corriente constitucional descolonizadora latinoamericana que, aun cuando pueda reconocer – como sucede con el neoconstitucionalismo– distintas tendencias y posturas, sí puede ser identificada como una teoría constitucional independiente. El contenido de esta teoría será abordado en las próximas páginas.

2.3. El NCLAD como movimiento: las movilizaciones en Bolivia y Ecuador

Tiene razón SCHAVELZON cuando sostiene que “ninguna definición teórica o jurídica de la plurinacionalidad y la autonomía puede ser explicada sin la fuerza de los indígenas organizados irrumpiendo en la política andina”⁴⁵⁹. Lo que se puede advertir en esta cita es que algunos de los cambios organizacionales que se han producido recientemente en algunos países Latinoamérica nacen a partir de un movimiento social que emerge desde las poblaciones indígenas.

Fue la conmemoración de los 500 años de la conquista europea de América lo que instó a que los pueblos indígenas, desde México al sur se “hicieran presente con voz propia en la escena nacional y transnacional”⁴⁶⁰ para denunciar los siglos de dominación y colonialismo europeo y para exigir espacios de mayor participación política.

Revisemos a continuación de qué modo se desarrolló este movimiento en los dos países que integran el NCLAD: Bolivia y Ecuador.

⁴⁵⁷ Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, *El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. En *Ágora. Revista de Ciencias Sociales*, Fundación CEPS, Valencia, número 13, 2005, pp. 55-68.

⁴⁵⁸ Martínez Dalmau, Rubén, *Asembleas constituyentes e novo constitucionalismo en América Latina*. En *Tempo Exterior*, Instituto Gallego de Análisis y Documentación Internacional, Pontevedra, número 17, diciembre 2008, pp. 5-16, p. 16. Traducción del autor.

⁴⁵⁹ Schavelzon, Salvador, *Plurinacionalidad y Vivir Bien/Buen Vivir*. Dos conceptos leídos desde Bolivia y Ecuador post-constituyentes, Abya Yala, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Quito, 2015, p.124.

⁴⁶⁰ Pujadas, Joan J., *Pueblos Indígenas, Estado-Nación e Indigenismo Político en América Latina*, en Pigrau (editor), *Pueblos indígenas, diversidad cultural y justicia ambiental*. Un estudio de las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 29-60, p. 54.

2.3.1. El caso boliviano

Las movilizaciones de los pueblos indígenas en Bolivia son de antiquísima data. Allí es legendaria la movilización insurgente en contra de la dominación española, desarrollada por Julián Apaza Nina –conocido por su seudónimo Túpac Katari– entre 1780 y 1781. La insurrección que lideró, y que terminó con su muerte en 1781, inspiró hacia la década de los 70 en pleno Siglo XX, el nacimiento de un movimiento denominado “*katarismo*” conformado por residentes aymaras de La Paz, que reaccionó contra la práctica de exclusión económica, política y cultural de los indígenas en Bolivia. La crítica *katarista* se condensa en la frase “somos extranjeros en nuestro país”, aludiendo a que ellos no se sentían parte de un Estado que los relegaba⁴⁶¹.

El discurso *katarista*, por su parte, enarbola dos elementos sobre los cuales construye simbólicamente su lucha. Primero, la necesidad de restaurar el código moral incaico *ama sua, ama llulla, ama q'ella*⁴⁶², que es lo que justificaría la lucha en contra de la opresión colonial continua contra una sociedad originariamente libre y autónoma. Y segundo, la idea que, aunque el héroe ha muerto, vuelve multiplicado por miles⁴⁶³, lo que implica que ahora los postergados son una mayoría ética nacional, lo que se asocia, según RIVERA a la idea del “despertar del gigante dormido”⁴⁶⁴.

Hasta 1990, el movimiento indigenista se había desarrollado en las llamadas “tierras altas” del país, vale decir, los valles interandinos y el altiplano. Pero a partir de ese año, la lucha de los pueblos indígenas se visibiliza también en las “tierras bajas”, en los departamentos de Beni, Santa Cruz y Pando, adquiriendo estas reivindicaciones, un carácter nacional y no meramente local⁴⁶⁵.

Cuatro son los hitos que destacarán desde entonces y hasta la aprobación de la Constitución en 2009. El primero será la “Primera Marcha Indígena”, conocida como la “Marcha por el Territorio y la Dignidad”, que comienza el 15 de agosto de 1990 en la ciudad de Trinidad, departamento de Beni con alrededor de 250 indígenas, y que va sumando adherentes hasta llegar a La Paz, a 640 kilómetros de su inicio, el 17 de septiembre de 1990 con cerca de 800 integrantes. Gracias a ella, se obtiene del gobierno de Jaime Paz Zamora, el reconocimiento de cuatro territorios indígenas, pero en lo que quizás es más trascendente, se introduce en la agenda política los problemas relativos a la tenencia de la tierra, su utilización y el desarrollo sustentable. Luego de esta primera marcha, seguirán otras ocho más, en 1996, 2000, 2002, 2006, 2007, 2010, 2011 y 2012, todas ellas con centenares de participantes y por grandes extensiones⁴⁶⁶.

Diez años más tarde, en abril de 2000 tendrá lugar el conflicto que se conoce como “Guerra del Agua”, con el que se iniciará el denominado “ciclo rebelde” (2000-2005). En ella, la población

⁴⁶¹ Tórrez, Yuri y Arce, Claudia, *Construcción simbólica del Estado Plurinacional de Bolivia*. Imaginarios políticos, discursos, rituales y celebraciones, Programa de Investigación Estratégica en Bolivia, Cochabamba, 2014, pp. 31-41.

⁴⁶² “No seas ladrón, no seas mentiroso, no seas flojo”, en quichua.

⁴⁶³ “*Nayaw jiwtxa nayjarusti waranqa waranqanakaw kuttanipxani*”, la frase que se atribuye a Tupac Katari y que significa “yo muero ahora, pero volveremos miles y miles”. Rivera Cusicanqui, Silvia, *De Tupac Katari a Evo Morales. Política indígena en los Andes*, en Ticona (compilador), *Bolivia en el inicio del Pachakuti*. La larga lucha anticolonial de los pueblos Aymaras y Quechua, Akal, Madrid, 2011, pp. 61-112, p. 73.

⁴⁶⁴ Rivera Cusicanqui, Silvia, *Oprimidos pero no vencidos*. Luchas del campesinado Aymara y Quechua 1900-1980, La mirada salvaje, La Paz, cuarta edición, 2010, pp. 211-212.

⁴⁶⁵ Choque Canqui, Roberto, *El Indigenismo y los Movimientos Indígenas en Bolivia*, Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, La Paz, 2014, pp. 273-374.

⁴⁶⁶ Clavijo Santander, Deicy, *Un recorrido por la Historia de las marchas indígenas*. En *Revista Expresiones Sociales*, Universidad Mayor de San Andrés, La Paz, número 1, 2012, pp.16-19.

indígena y no indígena se une para defender sus reivindicaciones antimperialistas, y lo que es muy importante, lo hace de forma directa, esto es, sin intermediación de los partidos ni de las instituciones tradicionales⁴⁶⁷. Este episodio se desarrolla en Cochabamba a partir de la privatización del suministro de agua potable de esa ciudad en 1999, por el cual el Presidente Hugo Banzer a instancias del Banco Mundial, entregaba su concesión al consorcio “Aguas del Tunari”, formado por capitales norteamericanos, españoles y, minoritariamente, bolivianos. Cuando las tarifas comenzaron a aumentar, se inician las protestas organizadas por la Coordinadora de Defensa del Agua y de la Vida, reprimidas violentamente por la policía y el ejército, y de la cual se lamenta más de treinta heridos y la muerte de un joven de 17 años, Víctor Hugo Daza. En este contexto, sin que fuera posible apaciguar las protestas, el gobierno cede y rescinde el convenio con la concesionaria, poniéndose en duda, según CÓRDOVA, los dos pilares del modelo (la democracia liberal y la economía neoliberal)⁴⁶⁸.

El tercer hito se refiere a otra así llamada guerra: la “Guerra del Gas” del mes de octubre de 2003⁴⁶⁹. Desde comienzos de ese año, venía incubándose una ola de movilizaciones en contra del gobierno de Gonzalo Sánchez de Lozada. Fue su decisión de exportar el gas natural a través del puerto chileno de Mejillones lo que volvió a encender el sentimiento nacionalista. Las protestas más graves tuvieron lugar en la localidad de El Alto, uno de los centros urbanos más poblados del país, con más del 80% de sus habitantes que se identifican como indígenas. Entre el 8 y el 15 de octubre de ese año, se producen graves enfrentamientos entre, por una parte, la población alteña más algunos mineros provenientes de Huanuni, con la policía y el ejército. Las informaciones hablan de cerca de 76 muertos y de 400 heridos. Finalmente, el presidente Sánchez de Lozada renuncia el 17 de octubre, con lo que la calma regresa a La Paz y a El Alto. El nuevo presidente, Carlos Mesa decide suspender la exportación del gas vía Chile, y comienza a discutir la posibilidad de un referéndum para que se decidiera democráticamente el puerto de salida. Pero toda la tragedia de octubre es mucho más compleja que la sola discusión acerca de un eventual trato con los chilenos. Representó el choque político y armado entre la Bolivia india y la Bolivia blanca. Como sostiene MAMANI: “la masacre estatal-gubernamental de la ciudad de El Alto el 12 de octubre de 2003 a 511 años de la llegada de los Pizarros y Almagros es un acto político y militar de [las] construcciones racistas del poder en Bolivia”⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ Méndez López, Josefina y Zaldívar Abad, Martha L., “Revolución constituyente” en América Latina: Espina dorsal del constitucionalismo de los pueblos, en Viciano (editor), *Estudios sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 105-170, pp. 129-130.

⁴⁶⁸ Para la Guerra del Agua, véanse: Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social, *Octubre*, Impresiones Presencia, La Paz, 2015, Kruse, Thomas, *La “Guerra del Agua” en Cochabamba, Bolivia: terrenos complejos, convergencias nuevas*, en de la Garza (compilador), *Sindicatos y nuevos movimientos sociales en América Latina*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2005, pp. 121-161 y Córdova Eguivar, Eduardo, *Movimientos y democracia liberal*. Contribuciones desde la sociedad a la recuperación del principio de soberanía popular en Bolivia (2000-2010), en Vázquez (coordinador), *de la Democracia Liberal a la Soberanía Popular: articulación, representación y democracia en América Latina*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, volumen I, pp.67-91.

⁴⁶⁹ Estos hechos fueron precedidos por una ola de protestas de febrero del mismo año, en un episodio que se conoció como “Febrero negro”. Estas movilizaciones, desarrolladas bajo el gobierno de Gonzalo Sánchez de Lozada, reclamaban contra la aprobación de un impuesto a los salarios. En ellas, murieron 31 personas y más de 100 resultaron heridas. Finalmente, el conflicto se zanjó con una condonación de los impuestos pasados, más la condonación de multas y otros beneficios. Sobre estos hechos, véase: Padilla, Abdel, *La “guerra del gas”, crónica y recapitulación*, en Zelaya, Hinojosa, Barrientos y Montellano (editores), *De regreso a octubre. La guerra del gas 10 años después*, Página Siete y ediciones El Cuervo, La Paz, 2013, pp. 43-50, p. 44.

⁴⁷⁰ Mamani Ramírez, Pablo, *El rugir de la multitud: levantamiento de la ciudad Aymara de El Alto y caída del gobierno de Sánchez de Lozada*. En *Revista Osal*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, número 12, febrero 2004, pp. 15-26, p. 16; Para conocer los hechos conocidos como “La Guerra del Gas”, véanse: Choque op. cit., 311-318, Padilla, op. cit., pp. 43-50 y Mamani; op. cit.

El resultado de estas movilizaciones fue, como lo señala ARCE, poner de manifiesto las profundas contradicciones no resueltas durante la historia republicana de Bolivia, las cuales se dirigían a cambios radicales profundos que sólo podrían alcanzarse a través de una transformación del modelo constitucional. Serían tres, según este autor, las causas inmediatas que provocaron el surgimiento del proceso constituyente: (1) en la economía, el desajuste proveniente de un modelo neoliberal impuesto por el Decreto Supremo N° 21060⁴⁷¹ y por el *entreguismo* de los recursos naturales y empresas estratégicas a capitales extranjeros; (2) en la política, la crisis del sistema democrático representativo, lo que se manifestó entre los años 2000 y 2005; y (3) en lo social, la exclusión y marginalidad de que son víctimas las grandes mayorías nacionales y las naciones originarias, “dueñas legítimas [del] territorio, para quienes el Estado nunca representó ningún beneficio, amparo o protección”⁴⁷².

A su vez, se debe señalar que estos episodios no solo fueron reactivos, también provocaron cohesión, fraguando “redes de solidaridad y experiencias locales de poderes alternativos”⁴⁷³. Esa fuerza fue la que condujo al cuarto hito: el triunfo del Movimiento al Socialismo (MAS) en las elecciones presidenciales del 18 de diciembre de 2005, por un 53,7% de los sufragios. Esto significa una conquista importante del movimiento indígena, al asumir Evo Morales Ayma como el primer presidente aymara del país. Este será un hecho central que permitirá a las masas subalternas, entendidas como aquellas que no han cobrado aún conciencia de su fuerza y posibilidades de desarrollo político⁴⁷⁴, irrumpir en la sociedad política y en el aparato estatal, produciéndose una sustitución (parcial aún para algunos autores⁴⁷⁵) en el manejo del Estado de una clase social –la blanca mestiza– por otra –la indígena–⁴⁷⁶.

Uno de los tres pilares de la campaña de Evo Morales, junto con la nacionalización de los recursos naturales y la reforma agraria, fue convocar a una Asamblea Constituyente. Su instalación, sin embargo, no estuvo exenta de inconvenientes. Como la voluntad era que ella se diera dentro de los márgenes de los poderes constituidos (un grave error, para MARTÍNEZ y VICIANO⁴⁷⁷), implicó que la Cámara de Diputados, con una mayoría de parlamentarios partidaria de los cambios constitucionales, tuviese que negociar con la Cámara de Senadores, dominada por la oposición. Este acuerdo se plasmó en la Ley 3346 que convocó a elecciones para la Asamblea Constituyente. En ella se estableció una regla de procedimiento que obligó a llegar a consenso en los temas más complejos: las decisiones menos importantes se adoptarían por mayoría absoluta de los asambleístas, mientras que las más importantes lo serían por los dos tercios del total de los miembros o de los presentes en la sala. En

⁴⁷¹ El D.S. 21060 dictado el 29 de agosto de 1985 bajo la presidencia de Víctor Paz Estenssoro buscó aplicar políticas fiscales restrictivas para enfrentar la alta inflación que vivía el país. Para el gobierno de Evo Morales, se estima que el modelo neoliberal que se impuso a través de este decreto “significó la destrucción y desaparición de los derechos sociales y laborales del pueblo y de los trabajadores”. Sobre estos hechos, véase: Aguilar Peñarrieta, Anibal, *Neoliberalismo versus Derechos Sociales*, Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social, La Paz, 2015, p. 5.

⁴⁷² Arce Zaconeta, Héctor E., *El proceso constituyente en Bolivia*, en Viciano, Storini (editores), *Innovación y continuidad en el modelo constitucional boliviano de 2009*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 13-21.

⁴⁷³ Pisarello, *Procesos Constituyentes*. Caminos para la ruptura democrática, op. cit., p. 116.

⁴⁷⁴ Rodríguez, Ileana, *Subalternismo*, en Szurmuk y Mckee (coordinación), *Diccionario de estudios culturales latinoamericanos*, Siglo Veintiuno, Madrid, 2009, pp. 253-258, p. 253.

⁴⁷⁵ Viaña, Jorge, Foronda Miguel y Pruden, Hernán, *Reacomodo e inicio de la transición estatal (junio de 2005 – enero de 2006)*, en Viaña (coordinador), *Configuración y horizontes del Estado Plurinacional*, Centro de Investigaciones Sociales, La Paz, 2014, pp. 100-117, p. 114.

⁴⁷⁶ Para la asunción de Morales a la presidencia de Bolivia, véase: Pruden, Hernán, *De la crisis del Estado neoliberal a la configuración de un nuevo sistema hegemónico*, en Viaña (coordinador), *Configuración y horizontes del Estado Plurinacional*, Centro de Investigaciones Sociales, La Paz, 2014, pp. 85-124.

⁴⁷⁷ Martínez Dalmau, Rubén y Viciano Pastor, Roberto, *Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional*. En *Revista Ius*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Puebla, número 25, verano 2010, pp. 7-29, p. 21.

caso de haber mayoría absoluta en estos últimos temas, sin alcanzar los dos tercios, la decisión debía adoptarse por un plebiscito *dirimidor* ⁴⁷⁸.

El 6 de marzo de 2006 es promulgada la mencionada Ley 3346 que convoca a elecciones para la Asamblea Constituyente. Esta tendría sede en Sucre y contaría con un año para presentar un proyecto de Constitución, el cual debía ser sometido a un referéndum. La elección de los 255 asambleístas se llevó a cabo el 2 de julio del mismo año, y el criterio de elección fue estrictamente territorial sin ley de cuotas por género ni etnia⁴⁷⁹, a pesar de ello era posible apreciar que la gran mayoría de sus miembros eran de ascendencia indígena, lo que marcó el discurso crítico a la democracia liberal representativa, considerada como un régimen que buscaba la imposición del modelo civilizatorio occidental⁴⁸⁰. Por otra parte, aun cuando el MAS obtiene un alto número de representantes (137), no alcanzaban las dos terceras partes del foro, por lo que para las decisiones más relevantes se requería acuerdo con los partidos de la oposición, dentro de los cuales destaca el partido Poder Democrático Social (PODEMOS), con 60 escaños⁴⁸¹.

La Asamblea enfrentó una serie de dificultades, principalmente derivadas del bloqueo y oposición de sus detractores. La primera tuvo que ver con la redacción del reglamento conforme al cual debía establecerse su funcionamiento, decisión que demoró ocho meses en adoptarse: la discusión se extendió desde agosto de 2006 a marzo de 2007⁴⁸². Un segundo inconveniente fue la alta tensión y debate que se dio en algunas de las 21 comisiones que se crearon al interior de la Asamblea. En particular, las más conflictivas fueron las comisiones que abordaron los temas políticos como: Visión País, Ciudadanía, Nacionalidad y nacionalidades, Nueva estructura del Estado, Autonomías y descentralización. Otro inconveniente derivó de los reclamos de la población de Sucre, ciudad donde sesionaba la Asamblea, para que ella fuera designada capital plena del país, ya que sólo era capital constitucional, ya que la sede del Gobierno y del Legislativo se ubicaba –y ubica– en La Paz. Ello derivó en graves protestas a las afueras del lugar de sesiones –el Teatro Gran Mariscal Sucre–, lo que obligó al presidente de la Asamblea a trasladarla a Oruro⁴⁸³. Por último, hubo diferencias puntuales entre los constituyentes, dentro de los cuales debe destacarse el problema relativo a la extensión máxima de la propiedad raíz: mientras el gobierno y el MAS aspiraban a que ésta no podía superar las 5.000 hectáreas, la oposición y el PODEMOS sostenía que el límite debía ser de 10.000 hectáreas. Como no fue posible resolverlo por dos tercios de los asambleístas, la cuestión debió ser resuelta a través de referéndum *dirimidor*, junto con la aprobación del proyecto de nueva constitución⁴⁸⁴.

⁴⁷⁸ Pisarello, *Procesos Constituyentes*. Caminos para la ruptura democrática, op. cit., p. 116; Santos Villarreal, Gabriel Mario, *Referéndum Constitucional de Bolivia 2009*, Subdirección de Política Exterior, México D.F., 2009.

⁴⁷⁹ De acuerdo con el art. 3° de la mencionada ley, 45 de los constituyentes serían elegidos por mayoría relativa, cinco por cada uno de los nueve departamentos; mientras que los otros 210 restantes serían elegidos por vía uninominal, correspondiendo a tres por cada uno de los setenta distritos del territorio de Bolivia.

⁴⁸⁰ Gamboa Rocabado, Franco, *La Asamblea Constituyente en Bolivia*. Evaluación de su funcionamiento, contradicciones y consecuencias, en Käs y Velásquez (editores), *Reflexión Crítica a la Nueva Constitución Política del Estado*, Konrad Adenauer Stiftung, La Paz, 2009, pp. 17-66, p. 23.

⁴⁸¹ Para revisar la historia de la Asamblea Constituyente Boliviana, véase: Gamboa Rocabado, Franco, *Dilemas y conflictos sobre la Constitución en Bolivia*. Historia Política de la Asamblea Constituyente, Konrad Adenauer Stiftung, La Paz, 2009.

⁴⁸² Paz Patiño, Sarela, *Una mirada retrospectiva sobre la asamblea constituyente en Bolivia*. En *RIPS. Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, Santiago de Compostela, número 2, 2007, pp. 161-176, p. 162.

⁴⁸³ Paz, op. cit., cft. p. 174.

⁴⁸⁴ Unión Europea, *Bolivia Informe final*. Referéndum Nacional Constituyente 25 de enero de 2009, Bolivia, 2009, pp. 37-40.

El 14 de diciembre de 2007, la Asamblea clausura el debate y entrega al Vicepresidente de la República, Álvaro García Linera el texto del Proyecto de Constitución⁴⁸⁵. Desde ese momento, se inicia un proceso de revisión del texto por parte del Congreso Nacional, quien le introdujo modificaciones de fondo y forma. Estos cambios han sido valorados de diversa forma por la comunidad jurídica y política. Así, para ARCE “fueron imprescindibles para darle al texto constitucional que debe tener una Constitución”⁴⁸⁶, mientras que, para MARTÍNEZ, con los cambios “se perdió la posibilidad de plantear enormes ventajas que, por el momento, se quedarán únicamente en el marco de la propuesta de la Asamblea”⁴⁸⁷.

Después de largas negociaciones, el Congreso clausura el debate y entrega el nuevo texto, el cual fue sometido a referéndum aprobatorio, junto con el referéndum *dirimidor* antes señalado, para el día 25 de enero de 2009. Como lo constató la Unión Europea, la tasa de participación en este referéndum “batió todos los registros en la historia de los procesos electorales bolivianos, habiendo emitido su voto un 90,26% del electorado registrado”. La Constitución fue aprobada por un voto favorable del 61,43%, mientras que en relación con la extensión máxima de la propiedad raíz, se impuso la opción de las 5.000 hectáreas, por el 80% de los sufragios⁴⁸⁸.

Con la Constitución, la insurgencia indígena campesina, según REGALSKY intentaba demostrar que “los de abajo ya no se dejaban gobernar”. Sus promotores pretendían establecer una forma propia de soberanía, por lo que la demanda de Asamblea Constituyente era una necesidad sentida “a la altura de las necesidades básicas de las comunidades que se movilizaron”. El reflejo de este logro quedaría grabado en el artículo 7º de la nueva Constitución Política: “La soberanía reside en el pueblo boliviano. Se ejerce en forma directa y delegada”. La posibilidad del ejercicio directo del poder representará – sostiene este autor– una revolución para la institucionalidad política de Bolivia⁴⁸⁹.

2.3.2. El caso ecuatoriano

Aun cuando no del todo articulado, el movimiento indígena en Ecuador comienza a *politizarse* según ALTMANN durante los años 20 y 30 del siglo recién pasado, principalmente por influencia de los partidos socialista y comunista fundados en ese país en los años 1925 y 1931, respectivamente. Participaron en la fundación de sindicatos, celebraron la Conferencia de Cabecillas indígenas en 1934 (luego que el Ejército impidiera tres años antes la realización del primer congreso indígena), fundaron boletines difusores de sus ideas, y crearon en 1944 la Federación Ecuatoriana de Indios (FEI), como una filial de la Confederación de Trabajadores del Ecuador (CTE). El mismo investigador deja constancia de un debate en torno a si la FEI puede o no ser considerada una organización propiamente indígena. Por una parte, hay quienes niegan aquello ya que careció de toda autonomía, por su cercanía con el Partido Comunista, lo que además motivaría que mirase a las comunidades originarias sólo como un componente más de la clase campesina. Otra parte de los autores argumentan que la FEI

⁴⁸⁵ Carrasco Alurralde, Inés Valeria y Albó, Xabier, *Cronología de la Asamblea constituyente*. En *Tinkazos. Revista boliviana de Ciencias Sociales*, Periódico Digital de Investigaciones sobre Bolivia, La Paz, número 23-24, 2008, pp. 1-28.

⁴⁸⁶ Arce, op. cit., p. 23.

⁴⁸⁷ Martínez y Viciano, *Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional*, op. cit., p. 23.

⁴⁸⁸ Unión Europea, op. cit., p. 37.

⁴⁸⁹ Regalsky, Pablo, *La dinámica de la reconstrucción del Estado boliviano y el conflicto del TIPNIS*. En *Andamios. Revista de Investigación Social*, Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México D.F., 2011, pp. 50-56.

también realizó una defensa de los derechos indígenas, aunque en el contexto de la lucha de clases, por lo que sería una organización indígena como tal⁴⁹⁰.

Fue en la década de 1960 cuando el movimiento indígena ecuatoriano comienza a “hacerse de organizaciones modernas”, y progresó de modo continuo durante aproximadamente treinta años según lo demuestra LE BOT, quien además señala que aquel “fue el más rico y poderoso de los movimientos indígenas latinoamericanos”. Una diferencia importante con otros movimientos, por ejemplo, con el *zapatismo* mexicano, es que buscó transformar el sistema político por las vías clásicas o tradicionales: fundación de partidos, participación de elecciones, en los gobiernos mismos, negociando, formando alianzas, etc⁴⁹¹.

Esta actividad derivó en la formación de tres grandes organizaciones. Ellas se diferencian entre sí por dos factores: su orientación (o “vía”, como dice ALBÓ⁴⁹²) y su ubicación geográfica. La primera fue la Federación Nacional de Organizaciones Campesinas (FENOC), fundada en 1968, que se radicó en la zona de la Sierra y la Costa ecuatoriana, y cuya orientación era más campesina clasista que indigenista, obviando el factor étnico, aun cuando estaba compuesta tanto por indígenas como por no indígenas. La segunda fue la ECUANARI (abreviación de *Ecuador runacunacap richharimui* o “El despertar de los indios de Ecuador”, en quichua⁴⁹³), creada en 1972 en la Sierra ecuatoriana, esta vez con una orientación indigenista, pero que supo dialogar con la FEI y la FENOC, de corte clasista. Por último, en la Amazonia, inéditamente, se organiza en 1980 la Confederación de Nacionalidades Indígenas (CONFENIAE). Digo en forma inédita, ya que el aislamiento de esta región había hecho muy difícil que los afanes aglutinadores y organizativos de los otros pueblos hubiere llegado a la selva, donde cada uno de ellos se desenvolvía y administraba de modo aislado⁴⁹⁴.

No será sino hasta la creación de la Confederación de Nacionalidades Indígenas de Ecuador (CONAIE) en 1986, cuando se logra aglutinar a buena parte de estos actores en una entidad común que “se ha convertido en la principal catalizadora e interlocutora nacional de todo este movimiento”⁴⁹⁵. La CONAIE está compuesta por filiales que representan las tres regiones que componen el territorio ecuatoriano: la Sierra y la Amazonia están representadas por las ya mencionadas ECUANARI y CONFENIAE, respectivamente, quienes fueron además sus fundadoras. Mientras que, para la Costa, la propia CONAIE impulsó la creación de la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Costa Ecuatoriana (CONAICE), en 1999⁴⁹⁶. Tres son los hitos más relevantes de la CONAIE a partir de la década de los 90: el levantamiento indígena de 1990, la creación del partido *Pachakutik*, y su incidencia en la nueva constitución de 1998.

⁴⁹⁰ Altmann, Philipp, *Una breve historia de las organizaciones del Movimiento Indígena del Ecuador*. En *Antropología. Cuadernos de Investigación*, Universidad Central del Ecuador, Quito, 2014, p. 1-17, p. 2-3.

⁴⁹¹ Le Bot, Yvon, *La gran revuelta indígena*, Océano, México D.F., 2013, p. 149.

⁴⁹² Albó, Xavier, *Movimiento y poder indígena en Bolivia, Ecuador y Perú*, en Calderón (coordinador), *Movimiento socioculturales en América Latina*. Ambientalismo, feminismo, pueblos originarios y poder empresarial, Siglo Veintiuno, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Buenos Aires, 2009, pp. 131-332, p. 207.

⁴⁹³ Afirmaré, de una vez, que la voz “quichua” alude a una variedad del idioma quechua, hablada en Ecuador. Por lo mismo, si bien deriva del quechua, no es lo mismo que este último, el cual se identifica más bien con Perú. Segundo Lema explica que “la e y la o no emplea en el quichua del Ecuador, son empleadas en palabras que se toman del castellano como: devoción, escuela, fiesta, etc. Por eso no se dice quechua como en Perú y Bolivia. En quichua del Ecuador utilizamos tres vocales que son a, i, u”. Lema Guanolema, Segundo Francisco, *Gramática Quichua*. Didáctica de la lengua Quichua con las últimas reformas de la Real Academia Lingüística. Un valor, Una Cultura, Una Expresión, Abya-Yala, Quito, 1997, p. 17.

⁴⁹⁴ Albó, op. cit., pp. 207-209.

⁴⁹⁵ Albó, op. cit., p. 210.

⁴⁹⁶ Altmann, op. cit., p. 11.

En efecto, en 1990, la CONAIE organizó un gran levantamiento indígena que tuvo paralizado el país, y que fue conocido como el Levantamiento de “Inti Raymi” o “Fiesta del Sol”, una ceremonia profana que antiguamente se desarrollaba en la festividad de *Corpus Christi*, en la que los pueblos indígenas se tomaban las plazas y, a veces, las iglesias, como gesto de apropiación de lo público, de aquello usurpado mediante la represión para, aunque sea en un tiempo breve, instalar sus propios códigos. Esta alegoría simbólica fue la utilizada por la CONAIE para tomarse, primero, la iglesia de Santo Domingo de la capital Quito el 28 de mayo de aquel año, para luego dar inicio a la referida paralización entre el 4 y 9 de junio⁴⁹⁷.

Este levantamiento fue una inmejorable oportunidad para que la CONAIE pudiera entrar en la arena política nacional, alertando acerca de sus reivindicaciones sociales y étnicas, acumulando tras de sí una cantidad considerable de fuerzas sociales, de modo de conmover al sistema político, hasta –si fuera posible– desestabilizar al gobierno. En el pliego de exigencias que formuló como base de este levantamiento, y que se conoció como el “Mandato por la defensa de la vida y los derechos de las nacionalidades indígenas” se encontraban algunas que requerían una reforma constitucional en profundidad, lo que eventualmente, podría exigir la instalación de una asamblea constituyente. Este mismo documento señaló que, en el evento que las autoridades no lo aprobaran, los pueblos tenían “la obligación moral e histórica de ejecutarlo por nosotros mismos”. A partir de este primer acontecimiento, se registra –al menos– otros ocho levantamientos y “experimentos de gobierno”, hasta el año 2006⁴⁹⁸.

El segundo hito será la formación del partido *Pachacutik*⁴⁹⁹. Para explicarlo, se debe recordar que, en 1986, la CONAIE había elaborado y presentado al Congreso Nacional un Anteproyecto de Ley de Nacionalidades, el cual, si bien no fue tramitado por éste, representó –a juicio de ALBÓ– “el instrumento más elaborado sobre la percepción que tenía el movimiento del problema indígena”⁵⁰⁰. A partir de las ideas debatidas en el congreso del año 1993, la CONAIE elaboró al año siguiente su “Proyecto Político” en el cual se proclamaba formalmente que “el Ecuador es una sociedad Plurinacional en formación y que debemos desarrollarla teniendo en cuenta los procesos de desarrollo ininterrumpidos de los Pueblos y Nacionalidades Indígenas, por lo que propugnamos el establecimiento de un Estado Plurinacional y Pluricultural”⁵⁰¹.

El llamado a un Estado Plurinacional se institucionalizó –sin perjuicio de continuar con los levantamientos propios de la desobediencia civil– en el Movimiento de Unidad Plurinacional *Pachakutik*-Nuevo País (MUPP-NP), fundado el 5 de junio de 1995. Si bien no fue llamado “partido”, actuó como tal, apoyando a Raúl Ehlers como candidato a la presidencia, además de haber elegido a ocho diputados en las elecciones parlamentarias de 1996 y a siete en las de 1998.

⁴⁹⁷ Albó, op. cit., p. 214, Dávalos, Pablo, *Fiesta y poder: El ritual de la “Toma” en el Movimiento Indígena*, en Dávalos (editor-compilador), *Yuyarinakuy “Digamos lo que somos, antes que otros nos den diciendo lo que no somos” UNA MINGA DE IDEAS*, Abya-Yala, Quito, 2001, pp. 95-99.

⁴⁹⁸ Santana, Roberto, *Actores y escenarios étnicos en Ecuador: el levantamiento de 1990*. En *Caravelle. Cahiers du Monde Hispanique et Lusobrésilien*, Caravelle, Toulouse, número 59, 1992, pp. 161-188, p. 166, Gámez, Javier, *Historia Social y Política del Movimiento Indígena del Ecuador 1920-1990*, Editorial Académica Española, Saarbrücken, 2012, p. 191-193, Le Bot, op. cit., pp. 151-152; y Pujadas, op. cit., p. 55.

⁴⁹⁹ Albó explica que *Pacha* es “tiempo, espacio”, y que *kuti* es “cambio, vuelco”, en quichua y aymara. Agrega que *Pachakuti* es parte de la cosmovisión andina “en el sentido de los grandes ciclos o cambios históricos”. El Inca que más expandió el Imperio (Tawantinsuyu) se denominó a sí mismo *Pachakutiq*, o “el que cambia el *Pacha*”, “el que inaugura un nuevo ciclo”. En la actualidad, *Pachakuti* y *Pachakutiq* son términos que en los movimientos andinos de Bolivia, Ecuador y Perú son sinónimos de “revolución” y “revolucionario”. Véase: Albó, op. cit., p. 168.

⁵⁰⁰ Albó, op. cit., p. 211-212.

⁵⁰¹ Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, *Proyecto político de la CONAIE*, Consejo de Gobierno, Quito, 1994, p. 6.

Pachakutik fue, además, un actor importante en la Asamblea Constituyente de 1998 –el tercero de los hitos a los que he aludido–, aunque minoritario⁵⁰².

Justamente la participación de la CONAIE, por intermedio de *Pachakutik*, en la Asamblea Constituyente de 1998 fue crucial para la incorporación de alguna normativa proclive a los derechos de los pueblos indígenas. Es cierto que la Constitución resultante no es totalmente transformadora si se analiza en su globalidad, pero representa un cambio interesante en relación con los ordenamientos constitucionales anteriores en Ecuador, tanto por el contexto y las peculiaridades con que se desarrolló el proceso constituyente, como por el amplio catálogo de derechos sociales, el reconocimiento de los pueblos indígenas y algunos instrumentos de democracia participativa⁵⁰³. Fue justamente allí, dice ALBÓ donde la CONAIE y *Pachakutik* tuvieron un rol central. Por una parte, se incluyó una sección dedicada a los “derechos colectivos de los pueblos indígenas y negros o afro-ecuatorianos” (arts. 83-84), donde destaca particularmente el de “participar, mediante representantes, en los organismos oficiales que determine la ley” (derecho 14). Si bien no reconoce la plurinacionalidad, declara que Ecuador es un Estado “plurinacional y multiétnico” (art. 1º) y que los pueblos indígenas “se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales” (art. 83), con lo cual se introduce un antecedente de lo que más tarde será la construcción de un Estado Plurinacional⁵⁰⁴.

La Constitución de 1988 (o de Sangloquí, ciudad de la provincia de Pichincha donde sesionó la Asamblea) implantó en el Ecuador una relación estado-economía de corte privatizador, representando incluso un retroceso en relación con la anterior Constitución de 1978. La dinámica de un proceso constituyente participativo no fue suficiente para romper el sistema político existente, probablemente porque fue dirigida por los mismos grupos de poder que habían causado el colapso del sistema. La sociedad ecuatoriana entendió que la Asamblea de 1998 no logró cumplir fielmente su tarea, por lo que quedaron pendientes el grueso de las reivindicaciones del pueblo⁵⁰⁵.

Hacia 1999 y 2000 estalló la crisis en el país, producto de una constitución insuficiente con ideas neoliberales que, más que calmar la situación, la agudizó aún más. La opción de una reforma constitucional de envergadura fue bloqueada por el Congreso, por lo que se comenzó a hablar de dos alternativas que eludiera la acción de los parlamentarios, renuentes al cambio constitucional. La primera, la convocatoria a consulta popular en la que se propondría a los electores los textos que deberían ser reemplazados en la Constitución. La segunda, la convocatoria a una Asamblea Constituyente, la cual también debía ser aprobada por consulta popular, y que tendría como objetivo “refundar el país”. Esta opción, impulsada principalmente por la izquierda y las organizaciones sociales, fue la que finalmente se adoptó, aprobándose de este modo, una Asamblea con plenos poderes⁵⁰⁶.

Durante estos años, se fraguó una alianza poco habitual en América Latina, la de militares e indígenas. El coronel Lucio Gutiérrez, con apoyo del Presidente de la CONAIE, el quichua Antonio Vargas Guatatuca, dirigió el cuartelazo del 21 de enero de 2000, que derrocó al Presidente Jamil Mahuad. Aun cuando Gutiérrez no logró hacerse del poder, ya que al día siguiente del golpe, el día 22 de enero, los militares reconocieron al entonces Vicepresidente Gustavo Noboa como el nuevo

⁵⁰² Albó, op. cit., pp. 216-218.

⁵⁰³ Viciano y Martínez, *El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, op. cit., pp. 63-64.

⁵⁰⁴ Albó, op. cit., pp. 218-220.

⁵⁰⁵ Ayala Mora, Enrique, *Rasgos de la reciente experiencia constitucional del Ecuador*, en Storini y Alenza (directores), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 61-83, pp. 76-77, Viciano y Martínez, *El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, op. cit., pp. 63-64.

⁵⁰⁶ Ayala, op. cit., 77-78.

Jefe de Estado, demostró a los pueblos indígenas que podían acceder al poder del Estado, sin necesidad de elecciones, sino con “la voluntad expresada en la calle”⁵⁰⁷.

Aun así, a fines de 2002, gracias a una alianza donde participó el partido *Pachakutik*, Lucio Gutiérrez vence en las elecciones presidenciales y forma gobierno, en un hecho inédito, pues esta “coalición plebeya” había sido capaz de desplazar a los partidos tradicionales, que es lo que ECHEVERRÍA llama “la antipolítica al poder”⁵⁰⁸.

La experiencia tampoco fue buena para el movimiento indígena con Gutiérrez, ya que su gobierno se vio envuelto en la corrupción, lo que implicó que la CONAIE retirase su apoyo. Finalmente, el presidente Gutiérrez es destituido por el Congreso en 2005, en medio de una insurrección civil, donde no estuvo presente el movimiento indígena⁵⁰⁹ sino más bien una clase media que, primero, se había visto perjudicada salvajemente por las políticas neoliberales que se generaron al alero de la Constitución de 1998, pero que, además, no toleró los reiterados atropellos a la institucionalidad política y constitucional. A ella se le denominó la “Rebelión de los Forajidos”, apelativo que nace a partir de las declaraciones del propio Lucio Gutiérrez quien, cuando un grupo de manifestantes se dirigieron a las afueras de su casa a protestar, advirtió que demandaría a los “forajidos que fueron a atacarme a mi domicilio”. Con esto, lo único que logró fue cohesionar más aún al movimiento. A partir de ese momento, bajo el lema “todos somos forajidos”, miles de ecuatorianos expresaron su malestar en las calles, las plazas y los estadios del país⁵¹⁰.

La mencionada rebelión, aun cuando no tuvo una orientación indigenista, logró aunar las exigencias de diferentes sectores, indígenas y no indígenas, dirigidas a cambios radicales en Ecuador, en particular, “actualizó la consigna de una Asamblea Constituyente”, como lo sostiene PISARELLO⁵¹¹.

A diferencia de lo que ocurrió en Bolivia, este movimiento fue étnicamente más plural, y probablemente por lo mismo, no hubo mayores inconvenientes que quien encabezara el movimiento a partir de ese entonces fuera el economista Rafael Correa, un ciudadano de origen étnico europeo y no indígena, muy distinto a lo que había sucedido con Evo Morales. A pesar de esas características, ALBÓ recuerda que Correa “es uno de los pocos guayaquileños que aprendió algo de quichua” y que “como ministro [del Presidente Alfredo Palacio, que sucedió a Gutiérrez luego de su dimisión] había dado una buena señal pro indígena”, al visitar algunas localidades vestido con poncho y sombrero, al soltar de vez en cuando algunas frases quichuas y al mantener, en general, buenas relaciones con las dirigencias indígenas⁵¹².

La “revolución ciudadana” a la que había convocado Correa y su Movimiento PAIS, involucraba también el llamado a un proceso constituyente. Para ello, no presentó ningún candidato parlamentario a lo que él llamó “el Congreso de la partidocracia”, aludiendo al desprestigio que había adquirido el modelo tradicional de partidos, asociados al control de la política por parte de la elite, y a la

⁵⁰⁷ Le Bot, op. cit., pp. 157-158. Véase también: Ciriza, Alejandra: *21 de enero del 2000 ¿Golpe de Estado o revuelta india en Ecuador?*, en *Revista del Observatorio Social de América Latina*, Buenos Aires, N° 1, (2000), pp- 6-10.

⁵⁰⁸ Echeverría, Julio, *El desafío constitucional*. Crisis institucional y proceso político en el Ecuador, Abya-Yala e Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales-Friedrich Ebert Stiftung, Quito, 2006, pp. 84-86.

⁵⁰⁹ Sobre ello, Albó reconoce que “en todo este proceso, la CONAIE y la ECUANARI estuvieron prácticamente ausentes”, Albó, op. cit., p. 238.

⁵¹⁰ Sobre los sucesos conocidos como “La Rebelión de los Forajidos”, véanse: Le Bot, op. cit., p. 158-159; Méndez y Zaldívar, op. cit., pp. 124-127 y Acosta, Alberto, *Ecuador: ecos de la rebelión de los forajidos*. En *Revista Nueva Sociedad*, Foro nueva sociedad, Buenos Aires, número 198, julio-agosto 2005, pp. 42-54.

⁵¹¹ Pisarello, *Procesos Constituyentes*. Caminos para la ruptura democrática, op. cit., p. 117.

⁵¹² Albó, op. cit., pp. 238-239.

corrupción. Así, al ganar la Presidencia de la República, Correa disuelve el Congreso y convoca de inmediato a una Asamblea Constituyente⁵¹³.

Antes de aquello, el día que asume el cargo, el 15 de enero de 2007, en el acto de posesión, cuando correspondía que jurara “cumplir la Constitución y las leyes de la República”, Correa responde: “Ante Dios y ante el pueblo ecuatoriano juro cumplir el mandato que me otorgó la ciudadanía del Ecuador, el 26 de noviembre”, negándose a jurar fidelidad a la Carta de 1998, en una clara posición desafiante y rupturista frente al orden constitucional establecido⁵¹⁴.

A continuación de ello y en la misma jornada, emitió el Decreto Ejecutivo Número 2, por el cual se solicitaba al pueblo que se pronunciara sobre la siguiente pregunta “¿Aprueba usted que se convoque e instale una Asamblea Constituyente con plenos poderes, de conformidad con el Estatuto Electoral que se adjunta, para que transforme el marco institucional del Estado y elabore una nueva Constitución?”. El Estatuto al que aludía la consulta fue aprobado por el Congreso, pero sustituido sin consulta, por Rafael Correa. Ello implicó una serie de disputas entre el Tribunal Supremo Electoral –que había validado el nuevo estatuto inconsulto– y el Congreso Nacional. Cuando un grupo de diputados decide acusar constitucionalmente a los jueces del Tribunal, éste último consideró que estos 57 parlamentarios estaban interviniendo el proceso electoral, por lo que procedió a removerlos, asumiendo los diputados suplentes. En ese escenario, y frente a un amparo deducido por los parlamentarios salientes, el Tribunal Constitucional ordena su reintegro al Congreso. Esto último no sólo fue rechazado por un Congreso – ahora de mayoría oficialista – sino que además destituyó a la totalidad de los ministros de este último tribunal, con lo que el camino quedaba abierto para que el proceso constituyente continuara su rumbo, con la orientación ideológica que había impregnado el Presidente y el Movimiento PAIS⁵¹⁵.

Dos actos posteriores dieron forma al proceso. El primero, fue la consulta del 15 de abril de 2007, mediante el cual, un 81.72% aprobó la convocatoria a Asamblea Constituyente y su estatuto⁵¹⁶. Y el segundo, la elección de los integrantes de la misma, la cual se celebró el 30 de septiembre del mismo año. En ellas, los partidos de orientación indigenista, como Pachakutik obtuvieron una baja representación. Sólo 5 de los 130 escaños fueron ocupados por representantes de este partido. Sin embargo, muchos indígenas resultaron electos por el Movimiento País y los demás partidos oficialistas. Los partidarios del gobierno de Correa representaron, en definitiva, el 80% de la Asamblea. Finalmente, el día 20 de noviembre siguiente comienza a sesionar en la ciudad de Montecristi de la provincia de Manabí⁵¹⁷.

Ya instalada la Asamblea, el 29 de noviembre de 2007, dicta el Mandato Constituyente Número 1, en el cual se dispone que “por mandato popular del 15 de abril de 2007, asume y ejerce el poder constituyente con plenos poderes” (art. 1º). En virtud de aquella condición, “la Asamblea Constituyente asume las atribuciones de la Función Legislativa”, por lo cual “se declara en receso a los diputados y diputadas principales y suplentes”, a partir del mismo 29 de noviembre y “hasta

⁵¹³ Pisarello, *Procesos Constituyentes*. Caminos para la ruptura democrática, op. cit., p. 118.

⁵¹⁴ Salazar, Daniela, “*Mi poder en la Constitución*”. La Perversión del Estado de Derecho en Ecuador, Universidad San Francisco de Quito, Quito, p. 39, disponible en: https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15_Salazar_CV_Sp.pdf (revisado el 22 de noviembre de 2016).

⁵¹⁵ Salgado Pesantes, Hernán, *El proceso constituyente de Ecuador*. Algunas reflexiones. En *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Quito, número 47, enero-junio 2008, pp. 263-284, pp. 265-273.

⁵¹⁶ Diario El Universo, *TSE comunicó resultados de consulta popular*, Quito, abril 2007, disponible en: <http://www.eluniverso.com/2007/04/20/0001/8/98B624B6DCCE4030B8D0BD71E8A1C142.html> (revisado el 22 de noviembre de 2016).

⁵¹⁷ Méndez y Zaldívar, op. cit., p. 126; Albó, op. cit., pp. 240-241.

cuando se realice la proclamación oficial del referéndum aprobatorio” (art. 7)⁵¹⁸. En este caso, la tesis de que la Asamblea asumía en propiedad el Poder Constituyente y que, como tal, sus plenos poderes le habilitaban para refundar el país, en una posición de clara superioridad respecto de los demás poderes constituidos, prima por sobre aquella otra que postulaba que ella no pasaba de ser un poder constituido más, limitado como todos los otros, y por lo mismo, cercado por las atribuciones que pudiesen tener los demás órganos. Así resuelto, la Asamblea Constituyente emitió un total de 23 mandatos constituyentes, 6 leyes, 15 acuerdos, 23 resoluciones, 8 reglamentos internos, 12 amnistías y 5 indultos, además de otras 6 leyes creadas por la Comisión de Legislación de la Asamblea, a la cual se le llamó “Congresillo”⁵¹⁹.

Pero la Asamblea no sólo tuvo inconvenientes con el Congreso. También los tuvo con la Corte Suprema, particularmente aquella tuvo que definir su estructura y atribuciones. A tal llegó la tensión entre ambas instituciones, que la Asamblea desconoció a la Corte Suprema su carácter de mayor jerarquía judicial, lo que derivó en la renuncia de muchos jueces, produciéndose una verdadera “acefalía en el Poder Judicial”, en palabras de MÉNDEZ y ZALDÍVAR⁵²⁰.

Se puede concluir que las mayores dificultades a las que tuvo que enfrentarse la Asamblea fueron con los órganos más tradicionales del *establishment* ecuatoriano, representado por la partidocracia aún presente en el Congreso, y por un Poder Judicial conservador. Su estabilidad sólo se sostuvo gracias a la popularidad de Rafael Correa y a que había sabido encarnar las exigencias sociales que venían desarrollándose durante años en el Ecuador.

Por último, estando próximo a vencer el plazo de seis meses que había sido fijado en los estatutos, la Asamblea Constituyente aprobará el Proyecto de Nueva Constitución con 94 votos a favor. En el plebiscito del 28 de septiembre de 2008, la Constitución sería también aprobada por un voto favorable del 63,93%⁵²¹.

En definitiva, luego de observar el proceso constituyente ecuatoriano, es posible apreciar que se está en presencia de un movimiento en el cual confluyen requerimientos de diferentes contenidos, lo que lo hace aún más complejo que el proceso boliviano, el cual es en cierta medida, unidireccional en el sentido de representar principalmente las reivindicaciones indigenistas. En efecto, en el caso de Ecuador, a los reclamos de los pueblos originarios representados por agrupaciones tales como la CONAIE y Pachakutik, se unieron las movilizaciones desarrolladas en las urbes por las clases medias, los universitarios y, en general, por una ciudadanía hastiada de un sistema económico y político que no los representaba. De allí que el discurso *anti-capitalista*, *anti-imperialista*, *anti-partidos*, en resumen, *anti-sistema* del Movimiento PAIS y de Rafael Correa haya calado tan hondo en el corazón del pueblo ecuatoriano, reaccionando no solo en contra de un foco específico, sino contra una amplia variedad de ataduras que impedían el pleno desarrollo de un país diverso y multicultural, y por lo mismo, con necesidades y exigencias también complejas. En ese mismo contexto, es posible advertir que mientras en Bolivia, el movimiento constituyente se desarrolla en las calles, las minas y los campos, en Ecuador éste adquiere connotaciones institucionales, con intervención de movimientos que aun cuando se resistían a ser denominados “partidos”, finalmente actuaban como tales, y que ocupaban (o manipulaban) los órganos constituidos para sus fines transformadores.

A pesar de las diferencias que pueden anotarse al revisar comparativamente ambos procesos, es posible, sin embargo, encontrar un punto en común, y es que son resultados de movimientos

⁵¹⁸ República del Ecuador, Asamblea Constituyente. Mandato Constituyente N° 1 del 29 de noviembre de 2007. Disponible en: <http://www.ccondem.org.ec/imagesFTP/3391.mandato1.pdf> (revisado el 22 de noviembre de 2016).

⁵¹⁹ A propósito de este punto, véase Méndez y Zaldívar, op. cit., p. 127; y Salgado, op. cit., p. 274.

⁵²⁰ Méndez y Zaldívar, op. cit., p. 128.

⁵²¹ Méndez y Zaldívar, op. cit., p. 129.

sociales que buscan sacudirse de categorías hegemónicas que habían generado postergación de colectivos ausentes de la toma de decisiones políticas, desde el comienzo de la vida independiente de los respectivos Estados. Este rasgo será el elemento *descolonizador* que será abordado más adelante.

2.4. El NCLAD como modelo: amenazas, derechos y herramientas

Al concluir este apartado, es necesario revisar al NCLAD entendido como un “modelo” en los términos ya definidos en el capítulo primero. Este último uso es, para este trabajo, el más importante, puesto que fue la opción metodológica que se ha adoptado para analizar a las diferentes tradiciones de constitucionalismos. Aun cuando pueda parecer innecesario, quisiera recordar que el constitucionalismo político entendido como modelo será aquel diseño de la relación existente entre el poder y la población de un Estado, cuyo objetivo principal es obtener el respeto y protección de los derechos fundamentales a través de herramientas establecidas en un sistema constitucional orientado a ese efecto.

En esa misma línea, ya se ha indicado que lo que caracteriza al constitucionalismo entendido como modelo es que se trata de un diseño o arquetipo, que puede encontrarse (o no) recogido por algún sistema político-jurídico en particular, y que integra tres elementos centrales: (1) la identificación de determinados de determinados enemigos o amenazas a ciertos derechos; (2) la identificación de cuáles serán aquellos derechos que se ven amagados por las referidas amenazas; y (3) el establecimiento (o propuesta, al menos) de herramientas o garantías destinadas a proteger a estos derechos frente a tales amenazas.

Así las cosas, deberá definirse en qué consiste cada uno de estos tres elementos antes referidos: amenazas, derechos y herramientas, en lo que concierne al NCLAD.

Respecto de las amenazas, este modelo se enfrenta a un sistema colonizador que oprimió y excluyó políticamente a una masa de habitantes de los países en análisis, principalmente indígenas y campesinos, quienes pasaron a convertirse en *clase subalterna* durante casi dos siglos de vida independiente. Se plantea la tesis de que Latinoamérica no está completamente descolonizada, y que lo que ocurrió en esta región durante la primera mitad del Siglo XIX sólo fue una descolonización estatal. Ella se mantendrá en cuatro planos: en el ámbito cultural, político, jurídico y económico.

Aquel modelo colonizador ha traído como consecuencia el desconocimiento de ciertos derechos, los cuales o no eran ejercidos por quienes participaban de dichas colectividades, o simplemente lo hacían en una menor medida. Aun cuando GARGARELLA y COURTIS lo plantean a modo de interrogante, los derechos que este modelo pretende proteger son aquellos relativos al problema de la desigualdad social⁵²², generados a partir de aquella relación de subalternidad colonial. En tal sentido, y en el contexto refundacional al cual ya se ha hecho referencia, se pretende un exigente plan de transformación que asegure la participación política de todas las personas, de todos los pueblos y todas las nacionalidades que componen el Estado, y también el aseguramiento de los derechos sociales, como derechos inspirados en el logro de la igualdad material.

Finalmente, para poder proteger estos derechos, en primer término, el NCLAD construye un nuevo Estado plurinacional e inspirado en el “buen vivir” o “vivir bien”. Aun cuando no emergen nuevas categorías de derechos, destaca en primer término, respecto de los derechos políticos, el establecimiento de nuevas vías de participación ciudadana. Además del surgimiento de nuevos derechos sociales, los cuales además ocupan un rol de igual jerarquía en relación con los demás

⁵²² Gargarella, Roberto y Courtis, Christian, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Cepal, Santiago de Chile, serie 153, 2009, p. 11.

derechos, lo que queda reflejado en que todos ellos pueden ser garantizados a través de las mismas garantías judiciales. También se debe destacar la aparición de nuevos titulares de derechos, como los pueblos y la naturaleza o *Pachamama*, representando especialmente esto último un paradigma jurídico original, al extender la noción de derechos a entes no humanos.

En atención a que este será el modelo que desarrollaré en las próximas páginas, detengo aquí la explicación del mismo para continuarla más adelante.

3.- El primer adjetivo: “nuevo”

El calificativo “nuevo” puede ser entendido gramaticalmente, al menos, en dos sentidos diferentes según lo informado por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. En uno, se refiere a algo “que sobreviene o se añade a algo que había antes”, y en el otro, a aquello que es “distinto o diferente de lo que antes había o se tenía aprendido”⁵²³. La diferencia, como puede apreciarse es que mientras en la primera acepción sólo se alude al elemento cronológico, ya que aquello “que se añade” podría ser idéntico a todo lo anterior, pero igualmente sería nuevo, en la segunda lo reciente debe ser además “diferente de lo que antes había o se tenía aprendido”.

Cuando hablamos de este modelo de constitucionalismo, y decimos que “es algo nuevo”, podría, en principio, considerarse que lo es sólo porque es reciente, o bien, porque es algo que, además de reciente, es innovador o novedoso. Plantearé que Rodrigo UPRIMNY emplea el primero de los sentidos para la expresión “nuevo”, esto es, aludiendo a que el nuevo constitucionalismo latinoamericano correspondería a las últimas constituciones de esta parte del mundo, mientras que Michelle CARDUCCI, Roberto VICIANO, Rubén MARTÍNEZ y Boaventura de Sousa SANTOS advierten en este modelo, elementos innovadores distintos a lo que se había vivido hasta el momento en América Latina. A continuación, se analizará estas visiones.

3.1. El criterio cronológico de Rodrigo Uprimny

Rodrigo UPRIMNY identifica una serie de constituciones latinoamericanas dictadas “desde mediados de los años ochenta” que han significado un intenso período de cambios constitucionales. Estos cambios han consistido tanto en la adopción de nuevas constituciones, y otros en reformas muy importantes a las ya existentes. El autor fija el punto de partido en la nueva Constitución de Brasil de 1988 y concentra, dentro del primer grupo de cambios, además de la brasileña, a las Constituciones de Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Ecuador (1998), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009). Mientras que en el segundo, se hallarían las reformas constitucionales llevadas a cabo en Costa Rica (1989), México (1992) y Argentina (1994)⁵²⁴.

Respecto de este conjunto de constituciones, el autor reconoce que entre ellas hay diferencias importantes, “al menos por tres razones”. La primera alude a las causas de los cambios: unos obedecen a la caída de dictaduras militares (Brasil, Paraguay), otras al reforzamiento de democracias con problemas de legitimidad (México, Colombia), y otras al derrumbe del régimen de partidos y a su

⁵²³ Real Academia Española de la Lengua, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, vigesimotercera edición, 2014, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=QhsYsNr> (revisado el día 22 de noviembre de 2016).

⁵²⁴ Uprimny, Rodrigo, *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos*, en Rodríguez Garavito (coordinador), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI, Siglo Veintiuno*, Buenos Aires, 2011, pp. 109-137, p. 109.

reemplazo por nuevas fuerzas políticas (Venezuela, Ecuador -2008- y Bolivia). La segunda, se refiere a la intensidad: algunos Estados optaron por nuevas constituciones, a veces, muy distintas a las derogadas (Brasil, Colombia, Venezuela, Bolivia, Ecuador), mientras que otros representan reformas menos trascendentales pero importantes (Argentina, México, Costa Rica). Por último, hay distancias en lo relativo a la inspiración ideológica: algunas constituciones tienen una orientación neoliberal (Perú) mientras otras representan movimientos transformadores anticapitalistas y antiimperialistas (Venezuela, Ecuador -2008- y Bolivia)⁵²⁵.

Aun así, UPRIMNY asevera que entre todas estas constituciones es posible hallar ciertos “rasgos comunes”, los cuales no han sido estudiados sistemática sino solo parcialmente por los autores. Estos rasgos les darían a estos procesos –integrantes de lo que él denomina el “constitucionalismo latinoamericano actual”– cierto aire de familia que los distinguirían de otros constitucionalismos del mundo y de los ordenamientos pasados de la región. Reconoce, por lo demás, que puede tratarse de una tesis polémica, pero aun así advierte que entre estos procesos hay mayores coincidencias que divergencias ⁵²⁶.

Los rasgos comunes a los cuales alude el profesor colombiano, los clasifica en variaciones de la parte dogmática y variaciones en la parte orgánica.

Respecto de los cambios que operaron en la parte dogmática: (1) se modifica el entendimiento de la unidad nacional, en el que se acentúan las diferencias y se valoriza el pluralismo en todas sus formas; (2) se superan los rasgos confesionales de los ordenamientos locales por lo que se otorgaban privilegios a la Iglesia Católica; (3) se busca amparar a grupos tradicionalmente discriminados como a los indígenas y a las comunidades negras; (4) en “casi la totalidad de las reformas” se amplían tanto los derechos constitucionalmente garantizados (además de derechos civiles y políticos heredados de tradiciones demoliberales, se incorporan derechos económicos, sociales y culturales) como los sujetos titulares de derechos (a grupos poblacionales como los indígenas, e incluso a la naturaleza, como sucede en Ecuador); (5) se produce una vigorosa apertura al derecho internacional de los derechos humanos; (6) se reconoce la multiculturalidad (o plurinacionalidad incluso) y la competencia de la jurisdicción indígena; (7) se incluye un fuerte compromiso con la igualdad, incluyendo acciones afirmativas para que ella sea real y efectiva; (8) se incluye la fórmula del llamado “Estado social y democrático de derecho”, aun cuando algunas constituciones como la ecuatoriana y la boliviana optaron por la búsqueda propia de fórmulas constitucionales; y (9) se amplían los mecanismos de protección y garantía de los derechos, con el objeto de que el reconocimiento no sea sólo teórico sino también práctico⁵²⁷.

En tanto, los cambios introducidos a la parte orgánica serían: (1) la ampliación y fortalecimiento de la democracia y de los espacios de participación ciudadana; (2) el reconocimiento de formas de organización electoral autónoma y especializada que aseguren imparcialidad y transparencia en los procesos electorales; (3) el fortalecimiento de los procesos de descentralización, por la vía de nuevas autoridades locales electas, de la radicación de nuevas competencias en órganos locales, o del reforzamiento económico de las autoridades locales; (4) el fortalecimiento de las instancias estatales de control; (5) el robustecimiento del sistema judicial en lo relativo a la persecución del delito, la tramitación de conflictos y el incremento de su independencia; (6) la reducción de facultades presidenciales, incrementándose las capacidades de control y decisión de los congresos; y (7) la creación de órganos autónomos encargados de funciones técnicas de regulación, especialmente en materia económica⁵²⁸.

⁵²⁵ *Ibidem*.

⁵²⁶ *Ídem*, p. 126-127

⁵²⁷ *Ídem*, p. 111-115

⁵²⁸ *Ídem*, p. 117-121

La alusión a los “aires de familia” que unirían a todas estas constituciones ha sido criticado por algunos autores como el mexicano Pedro SALAZAR. Para él, la conexión existente entre estos cambios constitucionales es demasiado tenue. Algunas diferencias son formales, como el hecho que en algunos casos sólo se trata de reformas, y en otros de verdaderos procesos constituyentes. Pero hay también diferencias sustanciales: muy distinta es la Constitución neoliberal de Perú de 1993 a la Constitución socialista de Venezuela de 1999⁵²⁹.

En efecto, por muchos esfuerzos que el tratadista colombiano intente realizar para unir las constituciones latinoamericanas recientes, pareciera que los lazos comunicantes terminan siendo débiles y, si bien es posible advertir características comunes, no son tan fuertes como para ignorar las profundas diferencias que las separan formal e ideológicamente.

3.2. El criterio constituyente de Roberto Viciano y Rubén Martínez

Como ya se adelantó unas páginas atrás, los profesores de Valencia, Roberto VICIANO y Rubén MARTÍNEZ, han centrado lo innovador del movimiento constitucional latinoamericano iniciado a fines del Siglo XX no tanto en las características materiales de los textos resultantes, sino en las particularidades de las que estuvieron revestidas los procesos generadores de los mismos.

La ya mencionada condición de “constitucionalismo sin padres” a la que aludía MARTÍNEZ en 2008, y que se iniciaría con la Constitución colombiana de 1991 supone que el poder constituyente es una fuerza absoluta, “impetuosa y expansiva”, que no está sometido a ninguna norma anterior, y que sólo identifica al pueblo como el auténtico progenitor de las constituciones⁵³⁰.

Más adelante, en conjunto con VICIANO, advierten que desde las constituciones fundacionales, Latinoamérica había carecido de procesos constitucionales plenamente democráticos y que, por el contrario, estos habían sido conducidos por las élites⁵³¹. Dicha situación –a la que los autores llaman *el viejo constitucionalismo*– comienza a cambiar con el proceso constituyente colombiano que desemboca en la Constitución de 1991, ya que contó con una inusual legitimidad de origen para esta zona del mundo: respondió a una propuesta social y política, fue precedida de movilizaciones y se articuló a través de una asamblea constituyente. No cumplen con dichas condiciones ni la Constitución *fujimorista* de Perú (1993) ni la Constitución de Ecuador de 1998, la primera por “la adulteración del procedimiento constituyente”, la segunda por la falta de un referéndum final y por el grave conflicto suscitado entre la asamblea constituyente y los poderes constituidos, lo cual derivó en su abrogación diez años después. Tampoco califican las reformas constitucionales aprobadas en Argentina en 1994, ya que no hubo activación directa.

No sería sino hasta el proceso constituyente venezolano (1999) cuando se cumplen con los requisitos marcados por el nuevo constitucionalismo, rescatándose “la originaria teoría democrática de la Constitución”. Esto se comprueba no sólo por la actividad de una asamblea constituyente, sino también por la existencia de un referéndum activador del proceso constituyente como de un referéndum de aprobación del texto constitucional.

⁵²⁹ Salazar Ugarte, Pedro, *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. Una perspectiva crítica. En *seminario LASA*, California, 2012, pp. 345-387, pp. 348-350.

⁵³⁰ Martínez Dalmau, Rubén, *Asembleas constituyentes e novo constitucionalismo en América Latina*. En *Tempo Exterior*, Instituto Gallego de Análisis y Documentación Internacional, Pontevedra, número 17, diciembre 2008, pp. 5-16; pp. 5-6. Traducción del autor.

⁵³¹ Los próximos párrafos estarán referidos al artículo: Martínez y Viciano, *Fundamento teórico del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, op. cit., pp. 11-49.

Aun cuando los autores reconocen que los procesos ecuatoriano (2007-2008) y boliviano (2006-2009) innovan tanto en el ámbito de los derechos como en el diseño institucional, lo que los vinculan en definitiva con lo vivido en Venezuela no son los contenidos de los textos (“los resultados en buena medida son desiguales” aceptan Martínez y Viciano), sino la forma como ellos se generaron, a través de procesos caracterizados por dos elementos centrales: el de la legitimidad y el de la necesidad.

El elemento de la legitimidad se refiere a que se trata de procedimientos democráticos, que permiten visibilizar a las constituciones como fruto y expresión de la voluntad del poder constituyente, y no sólo como instrumentos destinados a la limitación del poder constituido. Para ello, es fundamental que los procesos sean iniciados y finalizados por referendos, y que el debate se desarrolle por asambleas constituyentes democráticamente elegidas. Como se advirtió, todos estos elementos han operado en lo que ellos llaman “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”, compuesto por los procesos y las constituciones de Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), incluidas las mencionadas asambleas constituyentes “plenamente democráticas, que han traducido a los textos constitucionales la voluntad revolucionaria de los pueblos”.

El elemento de la necesidad, en tanto, reconduce a lo que Martínez y Viciano denominan “constitucionalismo necesario”, referido a que se enmarcan dentro de condiciones sociales y políticas presentes en estos países que han develado lo imperioso de los cambios constitucionales.

En un trabajo del año 2012, MARTÍNEZ dirá que este constitucionalismo necesario se refiere a que debe ser capaz de romper aquello que se considera dado e inmutable, ayudando a avanzar en el camino de la justicia social, la igualdad y el bienestar de los ciudadanos. Agrega que la superación de la desigualdad y la búsqueda de elementos inclusivos de los grupos marginados han sido los pilares de la necesidad de un nuevo constitucionalismo⁵³².

En definitiva, el criterio definatorio de MARTÍNEZ y VICIANO para establecer en qué sentido existe un *nuevo* constitucionalismo latinoamericano tendrá relación con la activación del poder constituyente originario, a través de mecanismos democráticos y que sean capaces de encauzar las exigencias sociales derivadas de una determinada situación histórica. Como ya se ha comentado en páginas anteriores, al tratarse de un criterio que se aboca al origen y a las causas de las constituciones y no tanto a los contenidos, no será el que se adoptará en este trabajo, el cual se dirige a analizar los contenidos verdaderamente novedosos del NCLAD.

3.3. El criterio biocéntrico de Eduardo Gudynas, Michelle Carducci, Lidia Castillo et al.

La preocupación por la cuestión ambiental por parte del constitucionalismo ha sido reciente. El derecho de las personas a habitar en un medio ambiente sano e incontaminado ha sido incluido, con diversidad de redacciones, a partir de la década de 1970 en las Constituciones de Suiza y Bulgaria (1971), Hungría (1972), Grecia (1975), Portugal (1976), España (1978), Chile (1980), Finlandia (Reforma constitucional de 1980), Holanda (1983) y Alemania (reforma constitucional de 1994)⁵³³.

⁵³² Martínez Dalmau, Rubén, *Vivir bien e innovación en el nuevo constitucionalismo: la Constitución ecuatoriana de 2008*. En *Actas Congreso internacional América Latina: La autonomía de una región*, Trama editorial, Madrid, noviembre de 2012, pp. 708-722, p. 712.

⁵³³ Huerta Guerrero, Luis, *Constitucionalización del derecho ambiental*. En *Revista de la Facultad de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, número 71, 2013, pp. 477-502, pp. 485-486 y Aguado Renedo, César, *La difícil concepción del medio ambiente como derecho constitucional en el ordenamiento español*. En *Revista de Derecho Político*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, número 54, 2002, pp. 129-152, pp. 132-133.

La concepción del medio ambiente, sin embargo, ha sido la de un derecho de contenido “netamente antropocéntrico”, como lo señala BERMÚDEZ, vale decir, donde sus titulares son los hombres y las mujeres⁵³⁴.

Algunos destacados constitucionalistas, por su parte, han demostrado un profundo interés por la temática ecológica. Así, por ejemplo, HÄBERLE, luego de identificar al “Estado social de derecho” como una “prórroga congenial” del Estado de derecho, indica si cabe preguntarse si no requiere éste de una nueva prórroga, tomando en cuenta que el Estado constitucional es responsable también por las futuras generaciones y, en tal medida, se encuentra obligado, por ejemplo, a la protección del ambiente, en lo que él denomina “Estado constitucional o de derecho ecológico”⁵³⁵.

Más tarde, ZAGREBELSKY ha usado el ejemplo de lo ocurrido en Isla de Pascua (Rapa Nui), donde su terreno fue completamente desforestado a causa de las guerras entre clanes ocurridas en el Siglo XIX, para demostrar los riesgos a los que la Humanidad se ve enfrentada hoy, producto del daño ambiental. Para el autor italiano, lo sucedido en aquella isla puede llegar a representar –cual experiencia “*in vitro*”– el peor escenario si el mundo entero, no sólo una porción de él, se comporta del mismo modo con la naturaleza. De este problema, el constitucionalismo debe hacerse cargo, conforme a la máxima de que la Tierra pertenece tanto a los vivos como a los que aún no lo están, promoviendo normas e instituciones que prevean las eventuales consecuencias perjudiciales de nuestro actuar. Para ello, el mencionado constitucionalismo debe transformarse, de ser “el mundo de los derechos”, a uno que también requiere de deberes, y debe incorporar criterios tecnocráticos a decisiones democráticas, de manera de no destruir el espacio donde nos desenvolvemos⁵³⁶.

Pero tanto la constitucionalización del medio ambiente como el interés intelectual de juristas respecto del mismo, giran siempre en torno al ser humano, entendiendo a la naturaleza como un objeto de apropiación, explotación o conservación. O bien, simplemente como un “lugar” donde se instala y desarrolla la sociedad.

Esta situación, sin embargo, cambia con las experiencias constitucionales de Ecuador (2008) y Bolivia (2009). Como sostienen CARDUCCI y CASTILLO, en ellas, se apuesta a un nuevo contrato social: ya no entre ciudadanos o individuos, sino “entre la naturaleza y la gente, entendida esta última como el conjunto de personas, comunidades, pueblos y nacionalidades”. De ello deriva una nueva tradición jurídica, ya no antropocéntrica, sino *ecocéntrica*, basada en la armonía de la naturaleza con todos los seres vivos⁵³⁷.

Según se va a estudiar más adelante, tanto la CPE como la CPB incorporan normas dirigidas a reconocer la cosmovisión indígena respetuosa de la naturaleza (Pachamama, “donde se reproduce y realiza la vida”, dirá el art. 72 de la CPE), a partir de la concreción del buen vivir (*suma qamaña* o *sumak kawsay*), el cual será entendido preliminarmente como un principio que, como lo señala JARIA I MANZANO nace de la experiencia de los pueblos originarios y que “propone una ‘vida armoniosa entre los seres humanos y de éstos con la Naturaleza, lo que se considera un fundamento apropiado para pensar una sociedad diferente, una respuesta antisitémica al concepto individualista de bienestar”⁵³⁸.

⁵³⁴ Bermúdez Soto, Jorge, *El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*. En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, número XXI, 2000, pp. 9-25, p. 10.

⁵³⁵ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 356-357.

⁵³⁶ Zagrebelsky, *Constitucionalismo*, op. cit., pp. 33-38.

⁵³⁷ Carducci y Castillo, op. cit., pp. 256-266.

⁵³⁸ Jaria I Manzano, Jordi, *El “Modo de Vida” en las constituciones de Ecuador y Bolivia: Perspectiva indígena, Naturaleza y Bienestar (Un balance crítico)*, en Pigrau (editor), *Pueblos indígenas, diversidad cultural y*

La radical incorporación de la temática ambiental a las constituciones pertenecientes al NCLAD se aleja de la práctica latinoamericana de considerarla sólo como un derecho de tercera generación, como sucede con las constituciones de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Perú o Venezuela, lo cual implicará que sólo se protegerá la naturaleza cuando, simultáneamente, exista afectación al ser humano⁵³⁹.

El NCLAD, en cambio, representa lo que GUDYNAS llama un “giro biocéntrico”, donde el medio ambiente es reconocido, más que por sus valores instrumentales, por sus valores intrínsecos. La Naturaleza, dirá GUDYNAS, “ya no puede ser concebida únicamente en función de su utilidad para el ser humano, como conjunto de bienes y servicios que pueden tener un valor de uso o de cambio, o tratados como una extensión de los derechos de propiedad o posesiones humanas (individuales o colectivas)”⁵⁴⁰.

Evidentemente el singular trato dado a la naturaleza en el NCLAD, nunca antes recogido por el constitucionalismo latinoamericano es señal de que este modelo implica algo “nuevo” en su evolución, una característica que muchos podrían catalogar como una simple “curiosidad folklórica”⁵⁴¹, pero que logra evolucionar desde un derecho constitucional centrado en el individuo humano a uno donde éste “es sólo un individuo más de entre muchos otros seres vivos que ‘viven’ junto a la naturaleza/sociedad”⁵⁴².

A pesar de ello, no será este el parámetro que usaré en este trabajo para delimitar lo que se entenderá por NCLAD. O más bien, no lo emplearé de modo exclusivo, esto es, como el único elemento innovador del modelo en análisis. Y ello por cuanto la indiscutible revolución introducida por las constituciones ecuatoriana y boliviana relacionada con la nueva consideración de la naturaleza, es indicativa de un cambio que es aún más profundo, como es el de la irrupción de toda una cosmovisión indígena que se abre paso en el ordenamiento constitucional, como consecuencia del proceso descolonizador al cual se hará referencia más adelante.

3.4. El criterio descolonizador de Boaventura de Sousa Santos

De manera aproximativa, y sin que con ello pretenda agotar la idea de por qué el modelo constitucional en análisis tiene un carácter descolonizador –toda vez que este tema será revisado con más detalle próximamente–, se puede mencionar al portugués Boaventura de Sousa SANTOS como uno de los autores referentes en este punto.

SANTOS afirma, en primer término, que el colonialismo no terminó con la independencia política de los Estados latinoamericanos, sino que ha perdurado en el tiempo, y que ello ha traído marginación social y racismo, todo lo cual debe eliminarse. Para lograr este objetivo, entre otras

justicia ambiental. Un estudio de las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 285-331, p. 313.

⁵³⁹ A manera ejemplar, revísense los arts. 19 N° 8, 19 N° 24, y 20 inciso segundo de la Constitución de Chile; arts. 5 N° 72, 18 N° 4, 23 N° 6, 24 N° 6, 24 N° 8, 129 N° 3, 170 N° 6, 174 N° 3, 186 N° 2, 200 N° 8, 220 N° 2, 225, y 231 de la Constitución de Brasil; arts. 49, 66, 67, 79, 80, 88, 95, 267, 268, 277, 289, 300, 310, 317, 331, 333, 334, 339, 361, y 366 de la Constitución de Colombia; arts. 2 N° 22, 67, 192 N° 7, y 195 N° 8 de la Constitución de Perú; Preámbulo y arts. 15, 87, 107, 112, 127, 129, 153, 156 N° 23, 178 N° 4, 184 N° 1, 299 y 326 de la Constitución de Venezuela; y arts. 41 y 43 de la Constitución de Argentina.

⁵⁴⁰ Gudynas, Eduardo, *La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador*. En *Revista de Estudios Sociales*, Universidad de los Andes, Bogotá, número 32, abril de 2009, pp. 34-47, p. 38.

⁵⁴¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La pachamama y el humano*, Ediciones Madres de Plaza de Mayo y Ediciones Colihue, Buenos Aires, 2011, p. 114.

⁵⁴² Carducci y Castillo, op. cit., p. 267.

cosas, el Estado no puede ser culturalmente neutro, porque si lo es, “objetivamente, favorece a la cultura dominante”. Por el contrario, debe favorecer un período transicional donde exista discriminación positiva a favor de las poblaciones oprimidas⁵⁴³.

El marco de este cambio está dado por la emergencia de un nuevo constitucionalismo, que representa la tercera fase dentro de la evolución general del mismo. La primera fase era la del constitucionalismo informal existente hasta el Siglo XVIII, que se limita a ratificar la manera como vivían los pueblos que ya estaban constituidos. La segunda es la del constitucionalismo moderno, donde los pueblos se imponen libremente una regla a través de un contrato social para vivir en paz dentro de un Estado, el cual, sin embargo, es *monocultural*. Esta concepción impone la visión de un pueblo homogéneo, coherente con una regularidad institucional que se pretende crear a través de la cual una pretendida cultura más desarrollada se impone sobre todas las demás.

Esta tercera nueva fase – este nuevo constitucionalismo – cuyos antecedentes los sitúa “en los años 80”, que comienza a estar presente en la Constitución de Colombia, pero que se profundiza en Bolivia, está caracterizada por la confirmación constitucional de la pluriculturalidad, la pluriétnicidad y la interculturalidad de los países⁵⁴⁴.

La transición manifestada en estas constituciones se aleja de aquellas otras transiciones, que él denomina “canónicas”, vividas en las décadas de los 80 y 90 que marcaban el cambio de regímenes dictatoriales a democráticos. Estas nuevas transiciones son fruto de movimientos indígenas, afrodescendientes y campesinos e incorporan tres rasgos fundamentales, que subvierten a las anteriores.

El primero tiene que ver con un cambio en el punto de partida y llegada de la transición, lo que las hace más extensas. Se inician con tres resistencias: a la conquista y a la colonización, en el caso de los indígenas; a la esclavitud en el de los afrodescendientes; y al saqueo de tierras en el de los campesinos. Para los primeros, terminarán con el reconocimiento de la autodeterminación; para los segundos cuando acabe el racismo y trabajos análogos a la esclavitud; y para los terceros cuando sea cumplida una efectiva reforma agraria.

El segundo se refiere a que no sólo la duración resulta subvertida sino también el concepto de tiempo que subyace. Esto, ya que no se trata de una transición que va del pasado al futuro, sino – y particularmente esto se aprecia en el caso de los indígenas – la pretensión es regresar al pasado ancestral, precolonial.

Y el tercero alude a que las transiciones canónicas se producen en el seno de totalidades homogéneas, donde dictadura y democracia son subespecies de regímenes políticos modernos. En cambio, en las transiciones vividas por indígenas – y también por afrodescendientes – hay un cambio de cosmovisiones, el cual sólo es posible mediante una correcta traducción intercultural, que da lugar a una transición conceptual que se configura como “mestizaje conceptual”⁵⁴⁵.

En definitiva, lo que se aprecia en el trabajo de SANTOS es que lo verdaderamente definitorio en este nuevo constitucionalismo es su inspiración descolonizadora, y la esperanza de que este objetivo se logre a través de una refundación del Estado que incorpore principios de plurinacionalidad. La lucha, por lo tanto, es anticolonialista –y también anticapitalista– y, según el autor, se encuentra más avanzada en Bolivia y Ecuador⁵⁴⁶.

⁵⁴³ Santos, *La Reinvencción del Estado y el Estado Plurinacional*, op. cit., pp. 19-20.

⁵⁴⁴ Ídem, p. 22

⁵⁴⁵ Santos, *Refundación del Estado en América Latina*. Perspectivas desde una epistemología del Sur, op. cit., pp. 63-66.

⁵⁴⁶ Ídem, p. 71

La concepción recién reseñada será clave para este trabajo, toda vez que al destacar el aspecto descolonizador como el que identifica a este modelo, permite no solo moldear su contenido, sino además delimitar los sistemas constitucionales con los cuales se trabajará, y estos son los ya mencionados: los de Bolivia y Ecuador.

4.- El segundo adjetivo: “latinoamericano”

Aun cuando ha sido posible hallar, en el mundo, otros fenómenos de constitucionalismo descolonizador (como los ya mencionados casos de la Primavera árabe o de Islandia), ellos no serán objeto del presente estudio, sino sólo a aquél tenido lugar en América Latina. Pero tal como se señaló, el criterio “descolonización”, decantador de la idea de NCLAD, permitirá determinar qué constituciones integran y qué constituciones no integran este modelo en esta región del mundo.

En definitiva, el NCLAD será “latinoamericano” solo porque tiene lugar en Latinoamérica, lo que no quiere decir que todos los Estados latinoamericanos, por recientes que sean sus constituciones, se ajusten a él.

Si se toma como punto de partida, la idea de colonización cultural en los términos explicados en el acápite anterior, se debe decir que aquel fenómeno se ha traducido jurídicamente en la imposición de un único y determinado modelo normativo al interior del Estado-nación, generados a partir de una determinada cultura dominante hegemónica que se impone sobre cualquier otro universo cultural y jurídico diferente, lo cual ha sido conocido como “monismo jurídico”.

Resistirse a dicha hegemonía cultural conduce, a su vez, a rechazar el monismo y reemplazarlo por un “pluralismo jurídico”, donde no sean las normas emanadas de los órganos estatales las únicas que estén revestidas de validez dentro de un determinado sistema jurídico, sino también donde este último esté integrado por manifestaciones normativas no estatales, provenientes de segmentos populares y sujetos colectivos de base, como ocurre con las culturas indígenas⁵⁴⁷.

Para NOGUERA, el pluralismo jurídico así entendido altera de tres maneras el discurso jurídico existente. *Primero*, se reordena el espacio público participativo, por la emergencia de un nuevo “sujeto de derecho”, poseedor de una mentalidad y cultura jurídico-política nueva proveniente de colectivos con posibilidad de producción normativa válida. *Segundo*, la práctica jurídica deja de ser exclusiva de abogados y operadores jurídicos, sino que pasa a ser una práctica popular, donde los propios miembros de las comunidades defienden sus propios intereses, participan en la solución de sus necesidades y en la organización de la sociedad, etc. Y, *tercero*, la aceptación de un espectro variado de fuentes generadoras de derecho obliga a redefinir las relaciones entre ellas, dentro de una nueva ética política de responsabilidad comunitaria⁵⁴⁸.

Entonces, resultará que la lucha por alcanzar el pluralismo jurídico es también la lucha por la descolonización. Esta afirmación permite ligar y explicar ambos procesos como dos pretensiones que se entrelazan y explican recíprocamente.

En tal sentido, parece útil aludir a los estudios que la profesora Raquel YRIGOYEN ha hecho en torno a la historia del constitucionalismo pluralista como una narrativa que permite dilucidar en definitiva en qué momento y en qué países éste se logra, lo cual permitirá asumir lo mismo respecto del nuevo constitucionalismo latinoamericano descolonizador.

⁵⁴⁷ Noguera Fernández, Albert, *Constitución, Plurinacionalidad y Pluralismo Jurídico en Bolivia*, Oxfam, La Paz, 2008, cfr. pp. 40-41.

⁵⁴⁸ Ídem, cfr. pp. 41-43

4.1. El aporte de Raquel Yrigoyen para delimitar el NCLAD

Tal como NOGUERA, YRIGOYEN sitúa al pluralismo jurídico –o lo que ella llama “*el horizonte pluralista*”⁵⁴⁹ – como un hito que termina siendo la culminación en el proceso de descolonización. La prueba está en que dicho pluralismo supone el reconocimiento de autoridades, derecho consuetudinario y autoridades jurisdiccionales de los pueblos indígenas “en el marco del reconocimiento de los pueblos con igual dignidad y derechos, que no están sujetos a tutela colonial”⁵⁵⁰.

Es importante señalar que, para la autora, el pluralismo jurídico se define como “una perspectiva teórica que permite reconocer la coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio geopolítico; espacio en el que, por ende, se dan múltiples conflictos de *interlegalidad*”⁵⁵¹. Para explicar el logro de esta meta o perspectiva, construye una cronología de etapas que desembocan en el modelo plural.

Para sistematizar los hitos mencionados por YRIGOYEN, distinguiré tres momentos: (a) los antecedentes; (b) el período multicultural y pluricultural; y (c) el período plurinacional⁵⁵².

4.1.1. Antecedentes al constitucionalismo pluralista

A partir de la llegada de los conquistadores europeos a tierras latinoamericanas, se puede hablar de tres primeros momentos previos a la construcción del constitucionalismo pluralista: el hecho colonial, el monismo jurídico del Siglo XIX y el constitucionalismo social integracionista del Siglo XX.

Durante el *hecho colonial*, se desarrolla un período marcado por la absoluta subordinación del pueblo y la cultura indígena. Esto se tradujo en explotación de mano de obra y expropiación de tierras. La lógica que explica esta situación es la de la inferioridad natural de los indios, lo que exigía la tutela indígena por parte de la potencia dominante manteniéndose de ese modo la posición subordinada.

Con la independencia de los países latinoamericanos, la situación no cambia mucho. Sus constituciones liberales imponen un *monismo jurídico* durante todo el Siglo XIX. Esto supone un solo sistema jurídico para todo el Estado, y una ley general para todos los ciudadanos. La mirada propia del Estado Nación que se construye durante este período es monocultural y, por ende, monojurídica. La sujeción de los indígenas a los nuevos Estados se implementa a través de tres técnicas: (1) para

⁵⁴⁹ Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*. En *El Otro Derecho*, International Law Students Association, Bogotá, número 30, junio de 2004, pp. 171-195.

⁵⁵⁰ Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista*, en Ahrens (compiladora), *El Estado de derecho hoy en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, Berlín, 2012, pp. 171-193, p. 171.

⁵⁵¹ Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*, en Berraondo (coordinadora), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 537-567, p. 537.

⁵⁵² Estos hitos quedan narrados en: Yrigoyen, *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, op. cit., pp. 171-195 y Yrigoyen, *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*, op. cit., pp. 537-567.

los indios colonizados: su asimilación a ciudadanos, y la conducente comprensión individualista de la realidad indígena, disolviéndose los pueblos indígenas, y – con ello – las tierras, autoridades y fuero indígenas, con el objeto de evitar levantamientos; (2) para los indios no colonizados (“salvajes”) donde la Corona envió misioneros: el esfuerzo por reducir, civilizarlos y cristianizarlos con el fin de expandir las fronteras agrícolas; y (3) para los demás indios no colonizados con los que la Corona firmó tratados: la guerra ofensiva y defensiva contra las naciones indias, para anexar sus territorios al Estado.

El tercer antecedente está representado por el *constitucionalismo social integracionista del Siglo XX*. Con la llegada del constitucionalismo social, a partir de la Constitución mexicana de 1917, comienza a cuestionarse el constitucionalismo asimilacionista e individualista. Esto se hace a través del reconocimiento de sujetos colectivos, derechos sociales y la ampliación de las bases de la ciudadanía. La incorporación de los indígenas y el reconocimiento de sus pueblos se realiza, sin embargo, con el objetivo de integrarlos al Estado Nación, sin romper el monismo jurídico ni el modelo tutelar.

4.1.2. *El período multicultural y pluricultural*

Para YRIGROYEN, el horizonte pluralista está compuesto por tres ciclos: el constitucionalismo multicultural (1982-1988), el constitucionalismo pluricultural (1989-2005) y el constitucionalismo plurinacional (2006-2009)⁵⁵³. Ellos cuestionan de modo progresivo los modelos de tutela y asimilación existentes en América Latina, “planteando un proyecto descolonizador de largo aliento”⁵⁵⁴. El desarrollo de los mismos y su inclusión en las respectivas constituciones, implican reinterpretar el poder en clave pluralista, lo que trae consigo la resistencia de antiguos y nuevos colonialismos, todo lo cual convierte a estos procesos en momentos social y políticamente complejos.

El primer ciclo es el del *constitucionalismo multicultural (1982-1988)*. Se caracteriza por: (1) el surgimiento del multiculturalismo y nuevas demandas indígenas, (2) la introducción del concepto de diversidad cultural; (3) el reconocimiento multicultural y multilingüe de la sociedad, (4) el derecho individual y colectivo a la identidad cultural, y (5) la garantía de algunos derechos indígenas específicos. No obstante ello, aún no existe un reconocimiento explícito del pluralismo jurídico.

Aun cuando no pertenece a América Latina, YRIGROYEN fija el punto de inicio de este período a la Constitución de Canadá (1982), cuyo paradigma es continuado por las Constituciones de Guatemala (1985) y Nicaragua (1987).

Respecto del texto canadiense, se destaca el aporte de haber reconocido su herencia multicultural (*multicultural heritage*) e incorporado derechos aborígenes (*rights of aboriginal peoples*). Las constituciones guatemalteca y nicaragüense, en tanto, reconocen la configuración o naturaleza multiétnica de sus pueblos, así como derechos específicos para grupos étnicos y comunidades indígenas. Incluso, en Nicaragua, se reconocen ciertas autonomías para las comunidades del Atlántico.

El segundo ciclo corresponde al *constitucionalismo pluricultural (1989-2005)*. Sus características más importantes son: (1) se reafirma el derecho individual y colectivo a la diversidad cultural; (2) se desarrolla el concepto de nación multiétnica/multicultural y Estado pluricultural; (3) en atención a lo anterior, se califica la naturaleza de la población y se avanza en una redefinición del

⁵⁵³ Sólo para efectos de sistematización, analizaré este último ciclo, por separado.

⁵⁵⁴ Yrigoyen, *Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista*, op. cit., p. 173.

carácter del Estado; (4) la diversidad cultural incorporada principalmente por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989) permite fundar algunos derechos a pueblos indígenas, afrodescendientes y otros colectivos (oficialización de idiomas indígenas, educación bilingüe intercultural, regulación de las tierras, derecho a la consulta y otras formas de participación); (5) la ruptura del monismo y la inclusión del pluralismo jurídico, rompiéndose la identificación Estado-Derecho, o sea, que el único Derecho válido es el que nace de los órganos soberanos del Estado; (6) en virtud de lo anterior se reconocen las autoridades indígenas, sus normas y procedimientos, su derecho consuetudinario y sus funciones jurisdiccionales o de justicia; y (7) cuestiona la visión clásica de soberanía que supone que sólo los poderes clásicos del Estado tienen el monopolio de la producción jurídica y la violencia legítima.

Este ciclo se inicia con el mencionado Convenio 169 de la OIT, y está presente en las Constituciones y Reformas Constitucionales de: Colombia (1991), México (1992), Paraguay (1992), Perú (1993), Bolivia (1994), Argentina (1994), Ecuador (1996 y 1998) y Venezuela (1999). La Constitución de Brasil de (1988) es anterior a dicho Convenio, pero ya incorpora algunos de sus principios, por lo que estaría “en el umbral [de este] segundo ciclo”⁵⁵⁵.

A pesar de los avances introducidos por este ciclo, la plenitud del pluralismo aún no se alcanza. Como dice YRIGOYEN, “se trata de fórmulas no exentas de limitaciones”⁵⁵⁶. Algunas de estas dificultades serán expuestas a continuación.

Primero, no hay una incorporación orgánica y sistemática de la pluriculturalidad. O se trata de declaraciones de reconocimiento de la variedad cultural sin mayores proyecciones en la organización estatal, o bien solo en determinadas secciones de las constituciones, tal como ocurre en Colombia o en Perú, donde sólo hay menciones a propósito de la función jurisdiccional, o en la Constitución boliviana de 1994, en relación con algunos asuntos agrarios.

Segundo, la falta de regulación clara acerca de la implementación del modelo pluralista ha llevado a que se produzcan permanentemente disputas legales y de competencia entre los diferentes generadores de normas jurídicas, sin que la institucionalidad haya sido capaz de resolver este conflicto.

Tercero, en algunos de los anteriores países, el reconocimiento por el multiculturalismo y el Derecho indígena se dio en paralelo a otras reformas en sede constitucional, destinadas a implementar políticas neoliberales en el marco de la globalización. La autora menciona el caso de Bolivia y Perú, pero también podría decirse algo similar en lo sucedido en Colombia, Argentina y Ecuador.

Cuarto, el reconocimiento del derecho indígena se encuentra limitado por el principio “a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía”. Esto significa que mientras más diversa y conservada la cultura de un pueblo indígena, tenía más derechos. Quien determina esta circunstancia es el tribunal que se encuentra conociendo de un asunto, por lo que en la práctica, hay una evaluación externa de la diversidad cultural. Esto sería lo que ocurriría, por ejemplo, en el caso de Colombia⁵⁵⁷.

Quinto, la justicia comunitaria se implementó como una política de modernización de la justicia, en el marco de programas de la banca mundial y de agencias de cooperación internacional. Estas políticas preveían la inclusión de mecanismos alternativos de solución de conflictos, dentro de los cuales se encontraban los procedimientos indígenas, pero sólo reducidos a contiendas locales de poca importancia y de las comunidades más pobres. Por lo demás, el trato que se le da a la jurisdicción

⁵⁵⁵ Ídem, p. 174.

⁵⁵⁶ Ídem, p. 175

⁵⁵⁷ Ídem, p. 177

indígena es de jurisdicción “especial”, lo que manifiesta un carácter excepcional frente a la jurisdicción “ordinaria”, que sería la estatal, la oficial.

Sexto, a pesar que el Convenio 169 de la OIT reconoce el derecho de los pueblos a conservar sus costumbres e instituciones con la única exigencia de que sean compatibles con los derechos fundamentales y los derechos humanos⁵⁵⁸, las constituciones latinoamericanas (salvo Perú⁵⁵⁹) limitan la jurisdicción o justicia indígena a no contravenir “la Constitución y las leyes”. Adicionalmente, Venezuela incluye otro límite, como es el respeto por el orden público⁵⁶⁰. Este sometimiento pone a estas jurisdicciones en situación de inferioridad en relación con el Derecho estatal, alejándose del paradigma del pluralismo jurídico.

4.1.3 El período plurinacional: Ecuador y Bolivia (2006-2009)

El ciclo plurinacional representaría, según YRIGROYEN el tercer ciclo de reformas dentro del horizonte pluralista, y está conformado por los procesos constituyentes que culminaron con las Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009). Estaría influido, además, por la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2006-2007).

Las características principales de estas constituciones serán las siguientes:

- i. Se plantean el reto histórico de poner *fin al colonialismo* (“proyecto descolonizador”⁵⁶¹), por lo que proponen la *Refundación del Estado*, con explícito reconocimiento de las raíces milenarias de los pueblos indígenas.
- ii. La *plurinacionalidad* emerge de la consideración de los pueblos indígenas no como “culturas diversas” a las que se deba reconocer o proteger, sino como naciones originarias o nacionalidades con autodeterminación. Vale decir, se plantean como sujetos políticos con derecho a definir su propio destino y gobernarse en autonomías y a participar en los nuevos pactos del Estado.
- iii. Los pueblos originarios se yerguen como *sujetos constituyentes*, con poder para definir al nuevo modelo de Estado. De este modo, dejan de ser tratados como menores de edad, sujetos a tutela, sino como actores directos en la formulación constituyente.

⁵⁵⁸Convenio 169 de la OIT: *Artículo 8: 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.*

⁵⁵⁹ Constitución Política del Perú: Artículo 149º: *Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.*

⁵⁶⁰ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: Artículo 260. *Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.*

⁵⁶¹ Yrigoyen, *Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista*, op. cit., p. 182.

- iv. Se hacen efectivas las exigencias de los pueblos que reclaman un rol activo del Estado en la protección de los mismos frente a las empresas transnacionales y a los poderes materiales. Para ello, se garantizarán nuevos derechos sociales, como el derecho al agua y a la seguridad individual, todo ello inspirado en el principio de buen vivir.
- v. Como consecuencia del plan descolonizador, se afirma el pluralismo jurídico, la igualdad dignidad de pueblos y culturas, y la interculturalidad. Desde allí, al menos en el caso boliviano, se establece la paridad entre la justicia indígena y la ordinaria, de lo cual tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional tendrán igual representación proveniente de ambas "justicias".
- vi. La consideración de Estados plurinacionales trae como consecuencia el reconocimiento de nuevos principios de organización del poder, basados en la diversidad e igual dignidad de los pueblos. Ello se demostraría, por ejemplo, en nuevas el establecimiento simultáneo de diversas formas de participación política (la clásica representativa, la directa y la comunitaria, propia del Derecho consuetudinario indígena).
- vii. Se reestructura el órgano destinado a desarrollar el control de constitucionalidad. Como ya se mencionó, en Bolivia se establece expresamente la paridad de integrantes del Tribunal Constitucional, procedentes tanto de la justicia ordinaria como la indígena. En Ecuador, tal regla no existe, pero sí la de paridad de género.

La fase plurinacional representa la última parte de la evolución hacia el pluralismo jurídico, entendido éste como un reto propio del proceso descolonizador.

Esta realidad, sin embargo, no ha estado exenta de insuficiencias y nuevos desafíos, los cuales se pueden desprender de los trabajos de Raquel YRIGOYEN:

Primero, se menciona el problema de que convivan dentro de estas constituciones tanto principios pluralistas como normas limitativas del mismo. En especial, se ha establecido que la jurisdicción indígena queda restringida "a indígenas, para asuntos indígenas y dentro de su territorio"⁵⁶², vale decir, sin capacidad para ser aplicados a terceros que afecten sus bienes jurídicos dentro de su territorio. Esto se debe, según la misma autora, a las resistencias conservadoras vividas durante la discusión constitucional, y posteriormente en la elaboración legislativa.

Segundo, las constituciones imponen el reto de construir herramientas para una hermenéutica y doctrina pluralistas, de modo de ir salvando las limitaciones e inconsistencias y garantizar el proyecto descolonizador en normas secundarias, jurisprudencia y políticas públicas. Pero, al mismo tiempo, hacen necesario fortalecer internamente los sistemas jurídicos indígenas, así como la capacidad de todos los actores para entrar en procesos auténticos de diálogo intercultural para construir verdaderos y efectos espacios plurinacionales.

En definitiva, el trabajo de YRIGOYEN permite determinar que serán estas dos Constituciones, la de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), las únicas que cumplen las condiciones de pluralismo que se requiere para poder incluirlas en el NCLAD.

4.2. Constituciones excluidas del NCLAD

Como ya se indicó, a partir del trabajo de Raquel YRIGOYEN, sobre el cual me he referido latamente, se puede delimitar los ordenamientos constitucionales que se ubicarán dentro del NCLAD. Y, por cierto, los ordenamientos que estarán fuera.

⁵⁶² Ídem, p. 183

Solo para terminar de justificar la exclusión de algunas constituciones del modelo en análisis, se hace necesario insistir en las razones del por qué algunos ordenamientos como los de Guatemala (1985), Nicaragua (1987), Brasil (1988), Colombia (1991) y Venezuela (1999). Esta última, por las razones que se indicarán, será tratada de modo aparte.

4.2.1. Los casos guatemalteco y nicaragüense

Ambas constituciones se ubican en la denominada fase o ciclo multicultural descrita por YRIGOYEN.

Aun cuando en ellas se advierte el reconocimiento de algunos derechos para los indígenas, el trato dado a sus pueblos en ningún caso es en plano de igualdad en relación con la cultura dominante, de lo cual deriva que en ellas no se encuentra completamente aceptado el pluralismo jurídico.

La Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 establece lo que BASTOS y CAMUS denominan un “reconocimiento relativo de la multiculturalidad”⁵⁶³, toda vez que en ella no hay una afirmación plena del carácter multiétnico del país, sino solo alude a las etnias de origen maya, según lo dispone su art. 66⁵⁶⁴. Por su parte, el art. 67 garantiza la protección a las tierras de cooperativas, y las que históricamente les pertenecen a las comunidades indígenas. Ambas disposiciones son destacadas por BARIÉ por cuanto en ellas se valora a los amerindios que anteceden al Estado, lo cual aparece como un punto de partida para justificar la aceptación del pluralismo jurídico y del régimen autonómico⁵⁶⁵.

También se garantizan ciertos derechos individuales y colectivos. Así, en su art. 58 se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural “de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres”, mientras que en el art. 68 se establece que deberán implementarse programas oficiales para proveer de tierras estatales para las comunidades indígenas que las necesiten para su desarrollo, y en el art. 143 se incluye a las lenguas vernáculas dentro del patrimonio cultural de la Nación.

Es indudable el inmenso aporte histórico de esta Constitución en miras de la construcción de un Estado verdaderamente plural, pero el desarrollo del mismo es incipiente⁵⁶⁶. Esto se constata por cuanto en ella no hay alusión explícita alguna al Derecho ni a la jurisdicción indígenas, como tampoco la construcción de una institucionalidad acorde con el principio de multiculturalidad. El reconocimiento de lenguas vernáculas opera luego de ser mencionado como idioma oficial, el español, por lo que claramente se evidencia una situación de subordinación.

Una demostración de la consagración insuficiente de la pluriculturalidad y del pluralismo jurídico es que, en la actualidad, se encuentra en tramitación en el Congreso guatemalteco una reforma

⁵⁶³ Bastos, Santiago y Camus, Manuela, *Multiculturalismo y pueblos indígenas: reflexiones a partir del caso de Guatemala*. En *Revista Centroamericana de Ciencias Sociales*, FLACSO, Guatemala, número 1, julio 2004, pp. 87-112, p. 93.

⁵⁶⁴ Constitución Política de la República de Guatemala: Artículo 66: *Protección a grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.*

⁵⁶⁵ Barié, Cletus Gregor, *Pueblos Indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, Abya-Yala, La Paz, segunda edición, 2003, pp 340-341.

⁵⁶⁶ “La Carta guatemalteca de 1986 (sic) se destaca más por su carácter precursor que por la amplitud de garantías ofrecidas”, dirá BARIÉ. Barié, op. cit. p. 341

constitucional, la cual –en el marco de una Reforma a la Justicia de ese país– se pretende reconocer la jurisdicción indígena⁵⁶⁷.

Por su parte, en la Constitución de 1987 de Nicaragua sólo da cuenta en su Preámbulo la existencia histórica de los pueblos indígenas⁵⁶⁸. Por su parte, el art. 5° reconoce la existencia de los pueblos indígenas, asegurándoles el derecho de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales. Los arts. 89, 90 y 91, mientras tanto, se centran particularmente en las “comunidades de la Costa Atlántica”, a quienes se les declara “parte indisoluble del pueblo nicaragüense y, como tal, gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones”.

Esta última mención más que acercarse al pluralismo jurídico, se aleja ostensiblemente de él, y se encamina al monismo tradicional, al imponer el mismo estatuto jurídico a todos los habitantes de la República, por mucho que posteriormente se les asegure a esas mismas comunidades “el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad nacional; dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones”. El principio que rige es el de la igualdad formal, propia más bien del modelo liberal que del multiculturalismo, al indicarse, en el art. 91, que “[e]l Estado tiene la obligación de dictar leyes destinadas a promover acciones que aseguren que ningún nicaragüense sea objeto de discriminación por razón de su lengua, cultura y origen”.

Hay, sin embargo, algunas diferencias importantes en relación con la normativa guatemalteca. Lo primero es un mayor reconocimiento, pero aún incompleto, de las lenguas autóctonas. El idioma oficial es el español, dice el art. 8°. Y si bien, se dispone que “[l]as lenguas de las comunidades de la Costa Atlántica de Nicaragua también tendrán uso oficial”, ello sólo podrá operar “en los casos que establezca la ley”, por lo que la subordinación al Derecho estatal se mantiene.

Lo segundo, es lo que BARIÉ destaca como “uno de los experimentos de autonomía más interesantes y más investigados en el continente”⁵⁶⁹. Me refiero al establecimiento de los Gobiernos pluriétnicos autonómicos, incorporados mediante la Ley N° 192 del 1° de febrero de 1995, que reforma la Constitución de 1987. El nuevo art. 5° inciso tercero establece que “para las comunidades de la Costa Atlántica se establece el régimen de autonomía en la presente Constitución”. En virtud de Ley se regulará la autonomía de los pueblos indígenas y las Comunidades étnicas de la Costa Atlántica, de acuerdo a lo que dispone el nuevo art. 181 de la Carta nicaragüense.

En definitiva, la regulación constitucional de Nicaragua en torno a la situación de los pueblos indígenas marca una evolución importante en el trato que históricamente se les ha dado a ellos, tanto en ese país, como en América Latina en general. A pesar de ello, no basta para consolidar un

⁵⁶⁷ La Reforma que propone el Gobierno de ese país, y que presentó en el mes de abril de 2016, pretende agregar un inciso final al art. 203 de la Constitución, el cual diría lo siguiente: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales de conformidad con sus propias normas, procedimientos, usos y costumbres siempre que no sean contrarios a los derechos consagrados en la Constitución y a los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Para este efecto deberán desarrollarse las coordinaciones necesarias entre el Sistema de Justicia Oficial y las autoridades indígenas”. Fuente: “Propuesta para la discusión presentada por los organismos ejecutivo, legislativa judicial: Reformas a la Constitución Política de la República de Guatemala en materia de Justicia”, disponible en <http://www.reformajusticiagt.org/wp-content/uploads/2016/04/Reforma-Constitucional-Documento-Base-250416.pdf> (página visitada el 24 de enero de 2017)

⁵⁶⁸ En lo pertinente, el mencionado Preámbulo señala: “Nosotros, representantes del Pueblo de Nicaragua, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente. Evocando la lucha de nuestros antepasados indígenas [...] promulgamos la siguiente Constitución Política de la República de Nicaragua”

⁵⁶⁹ Barié, op. cit., p. 423

paradigma descolonizador dentro del horizonte pluralista del cual se hizo referencia anteriormente. Se evidencia aún la sujeción de las culturas originarias a la estatal tradicional, y además es incompleta y parcial, toda vez que se concentra especialmente en las costas caribeñas o atlánticas, pero no considera el territorio en su globalidad, lo cual demuestra que continúa la mirada de los indígenas como “un otro”, al cual sólo se le protege y asegura espacios de autonomía de forma excepcional.

Del análisis de ambas constituciones centroamericanas, se comprueba la tesis de que, pese a los avances en la construcción de modelos pluralistas y descolonizadores (al reconocer la multiculturalidad presente en sus tierras), no son capaces de lograr plenamente estos objetivos, al no modificar sustancialmente sus instituciones ni reconociendo plena vigencia, y en plano de igualdad, al ordenamiento indígena en relación con el estatal.

4.2.2. *Los casos brasileño y colombiano*

Dos Constituciones cercanas al cambio de década 80-90 destacan en la evolución descolonizadora del constitucionalismo latinoamericano, como son las de Brasil (1988) y Colombia (1991). Diego MORENO lo afirma de modo categórico, al señalar que estas constituciones son emblemáticas dentro de Latinoamérica, toda vez que sus “respectivas filosofías, normas e instituciones servirían de inspiración o de punto de partida para otras constituciones de la región”⁵⁷⁰

Si se habla de una tendencia en Latinoamérica, nacida a partir de movimientos sociales y dirigida a resistirse a las políticas neoliberales, la Constitución de Brasil sería, según PISARELLO, su precursora. Junto con la de Colombia, agrega, han enriquecido en términos igualitarios y democráticos el constitucionalismo de la región⁵⁷¹. Y es que, más allá de los aportes provenientes de las dos Constituciones centroamericanas ya revisadas, la carta brasileña tiene el mérito de ampliar notablemente el catálogo de derechos constitucionales, incorporando una importante cantidad de derechos sociales.

Además, trae a Sudamérica el reconocimiento de derechos individuales y colectivos de los indígenas (o “indios” como también les llama), lo cual es un rasgo novedoso en la América meridional. En relación con la cultura, el Estado se obliga a proteger las manifestaciones de las culturas populares, indígenas y afrobrasileñas y de los otros grupos participantes de la civilización nacional (art. 215). El art. 231, en tanto, reconoce a los indios su organización social, costumbres, lenguas, creencias tradicionales y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Esta misma disposición entrega el usufructo exclusivo de las riquezas presentes en estas tierras a los indios que las ocupen, y establece que todo aprovechamiento de los recursos hidráulicos en tierras indígenas deberá hacerse previa autorización del Congreso Nacional, oídas las comunidades afectadas. Por último, debe mencionarse que se asegura a las comunidades indígenas el uso de sus lenguas maternas y sus métodos propios en el proceso de enseñanza (art. 210).

Y lo hace en medio de una larga historia de exclusión de los pueblos indígenas en Brasil⁵⁷². Según nos recuerda BARIÉ, ellos han sido considerados como “un estorbo para la explotación de las

⁵⁷⁰ Moreno, Diego, *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano en la encrucijada: Cuatro tendencias y algunos desafíos para el futuro*, en López Ulla (director), *Derechos Humanos y Orden Constitucional en Iberoamérica*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 147-215, p. 149.

⁵⁷¹ Pisarello Prados, Gerardo, *La Constitución venezolana de 1999 en el “nuevo” constitucionalismo latinoamericano*. En *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, G, Giappichelli Editore, Torino, 2012, pp. 395-413, p. 395.

⁵⁷² No se debe olvidar que, de acuerdo con el art. 6° del Código Civil brasileño de 1916, derogado por el nuevo Código de 2002, los “silvícolas” eran considerados incapaces relativos.

riquezas naturales”. Por lo mismo, durante siglos han sido ignorados, desplazados e, incluso, asesinados, y las comunidades indígenas, desmanteladas en miras de un anhelado progreso económico, principalmente en la época del “milagro brasileño” de la década del 70⁵⁷³.

No se puede, por lo tanto, desconocer las virtudes de la Constitución de 1988. Como recuerdan MONTAÑA y ASENSI, a partir de que ella introdujo el reconocimiento de las formas de organización, costumbres, lenguas, creencias indígenas, así como los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ellos ocupaban, toda América Latina inició un proceso de profunda transformación constitucional dirigida a dar respuestas adecuadas a los retos propios del pluralismo jurídico y étnico⁵⁷⁴

Pero no por ello se puede ignorar que la tarea por la dignidad de los pueblos y las culturas aún es incompleta. Teniendo a la vista estos avances, se puede decir que dicho ordenamiento coloca a Brasil “al borde del multiculturalismo”⁵⁷⁵; mientras que una perspectiva más crítica, como la que asumen MARTÍ y VILLALBA se nos dirá que es una Constitución que tan solo posee “un nivel medio de multiculturalismo”. Esto por cuanto, si bien se acepta la existencia de los pueblos indígenas y se garantizan algunos derechos sobre cultura y tierras, no existe reconocimiento de la justicia indígena, ni se establecen autonomías ni derechos especiales de participación en el esquema estatal⁵⁷⁶. Tampoco da respuestas en cuanto a las prácticas ni a la estructura estatal al principio multicultural y *pluriétnico* que intenta introducir⁵⁷⁷.

El modelo utilizado por Brasil sería, por lo tanto, siempre el de tutelaje o protección de las comunidades indígenas, lo cual, si bien es innovador en la historia de ese país y también en el contexto sudamericano, no basta para alcanzar plenamente el enfoque pluralista descolonizador, por desconocer la igualdad entre todas las culturas que habiten el territorio, más bien encuadrada dentro de políticas indigenistas del tipo integracionista y asimilacionista⁵⁷⁸. O, como lo indica WALSH, en Brasil, los derechos indígenas son simples añadidos de carácter especial al sistema normativo establecido, representando un modelo de “pluralismo jurídico subordinado”⁵⁷⁹.

La otra Constitución relevante de este período es la de Colombia de 1991.

El profesor Albert NOGUERA, natural de ese país, ha hecho un acabado estudio en torno a la importancia de la Constitución colombiana para la construcción del multiculturalismo y pluralismo en América Latina. Ya el año 2010 afirmaba frente a la pregunta ¿el neoconstitucionalismo multicultural andino es un Derecho nuevo?, que había sido el proceso constituyente colombiano el que había abierto un punto de inflexión en la evolución constitucional, “no sólo latinoamericana, sino

⁵⁷³ Barié, op. cit., p 189.

⁵⁷⁴ Montaña Pinto, Juan y Asensi Sabater, José, *Los derechos civiles y políticos en la Constitución venezolana de 1999*, en Viciano Pastor y Salamanca (coordinadores), *El sistema político en la Constitución bolivariana de Venezuela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 279-364, p. 299.

⁵⁷⁵ Barié, op. cit., p 193

⁵⁷⁶ Martí i Puig, Salvador y Villalba, Sara Mabel, *¿Pocos pero guerreros? Multiculturalismo Constitucional en cinco países con población indígena minoritaria*. En *Revista uruguaya de Ciencia Política*, Instituto de Ciencia Política, Montevideo, julio-diciembre 2012, pp. 77-96, p. 83.

⁵⁷⁷ Verdum, Ricardo, *Povos Indígenas no Brasil: o desafio da autonomia*, en Verdum (organizador), *Povos Indígenas. Constituições e Reformas Políticas na América Latina*, Instituto de Estudos Socioeconômicos, Brasília, 2009, pp. 91-111, p. 96.

⁵⁷⁸ Colaço, Thais Luzia, *Pluralismo jurídico e o direito indígena na América Latina: uma proposta de emenda constitucional no Brasil*, en Wolkmer y Fernandes (organizadores), *Constitucionalismo, Descolonización y Pluralismo jurídico en América Latina*, Universidad Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015, pp. 79-92, p. 87.

⁵⁷⁹ Walsh, Catherine, *Interculturalidad crítica y (de) colonialidad*. Ensayos desde Abya Yala, Abya-Yala, Quito, 2012, p. 142.

mundial”, agregando que en ella aparecen “aún en forma imperfecta pero claramente reconocible” algunas características que se diferencian con el constitucionalismo clásico, y que más tarde serían desarrolladas por otras Constituciones como las de Ecuador (1998 y 2008), Venezuela (1999), y Bolivia (2009)⁵⁸⁰.

Un año después, el mismo autor junto a CRIADO DE DIEGO desarrollarían esta tesis al concentrar la relevancia de esta Constitución, en la temática propia del ejercicio del poder constituyente. Ambos se apoyan en la concepción de poder constituyente propia del radicalismo democrático, que lo entiende como el derecho imprescriptible que tiene toda nación de poder cambiar su Constitución, conforme a lo que señalaba el art. 1º del Título VIII de la Constitución francesa de 1791. Si de eso se trata el poder constituyente, entonces el proceso constituyente colombiano se enmarcaría perfectamente en esa idea, toda vez que se trata de un acto originario, no previsto en la Constitución entonces vigente, y que supuso el ejercicio directo de soberanía por parte del pueblo, primero a través de un referendo, y luego con la creación, convocatoria y regulación de una asamblea constituyente. De allí que los dos autores cataloguen a la Constitución colombiana de 1991 como el “punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina”⁵⁸¹.

Como ya se ha dicho precedentemente, en una línea muy similar Rubén MARTÍNEZ y Roberto VICIANO han destacado el referido proceso constituyente de Colombia por ser el primero donde se aprecia claramente la activación de la soberanía del pueblo. Y ello ocurre como resultado de una necesidad para América Latina: la de permitir que los pueblos puedan hacer efectivas sus propuestas públicas, reclamadas a través de movimientos cívicos, dentro de escenarios de alta conflictividad social y política⁵⁸².

Además del aporte que la Constitución colombiana hace para la teoría y práctica del poder constituyente, tampoco se pueden ignorar otros aspectos que implica un importante reconocimiento del rol de los pueblos indígenas en la construcción de la sociedad. Y lo hace garantizando tres categorías de derechos⁵⁸³.

Primero, se encuentran algunos derechos culturales como el reconocimiento de la multiétnicidad, la multiculturalidad, el multilingüismo y la educación intercultural. Además, al dejar de reconocer a la religión católica como la religión oficial del Estado, se da una señal importante para las comunidades indígenas, las cuales desde 1890 habían estado bajo tutela oficial de la Santa Sede.

En segundo lugar, se reconocen también algunos derechos territoriales, como el de la propiedad comunitaria (la cual es, además, inalienable, imprescriptible e inembargable), y asegura el derecho a la consulta de los pueblos indígenas en caso de explotación de recursos naturales en sus territorios.

Finalmente, se establecen derechos de autogestión. En este apartado destaca el reconocimiento de los territorios indígenas como entidades territoriales con las mismas funciones de las demás unidades político-administrativas. Además, se aseguran dos escaños indígenas para el Senado.

⁵⁸⁰ Noguera Fernández, Albert, *¿De qué hablamos cuando hablamos de constitucionalismo multicultural?*. En *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, Extremadura, número XXVIII, 2010, pp. 87-116, p. 93.

⁵⁸¹ Noguera Fernández, Albert y Criado de Diego, Marcos, *La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina*. En *Revista Estudio Socio-Jurídicos*, Universidad de Extremadura, Cáceres, enero-junio 2011, pp. 15-49.

⁵⁸² Martínez y Viciano, *Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional*, op. cit., p. 12.

⁵⁸³ El desarrollo de estos derechos se realiza a partir de: Barié, op. cit. 260-266

Otro importante paso en el reconocimiento de los pueblos indígenas es la circunstancia que las autoridades de los pueblos indígenas puedan “ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus normas y procedimientos”. Sin embargo, esta atribución no es del todo autónoma, toda vez que esta competencia sólo podrá ejercitarse siempre que tales normas y procedimientos “no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República”, según dispone el art. 246. Con ello, el sometimiento de las prácticas indígenas a las tradicionales se vuelve a manifestar, al mantenerse el tutelaje estatal.

A partir del trabajo del brasileño César Augusto BALDI, se pueden concluir cuatro razones por las que ni la Constitución colombiana, ni la venezolana – que será analizada en seguida – pueden ser incluidas dentro del constitucionalismo descolonizador. *Primero*, porque no refunden el Estado, entendiendo por tal un esfuerzo por reinventar instituciones y procesos de organización. *Segundo*, porque sus catálogos de derechos se siguen apegando al modelo generacional (el de las tres clásicas generaciones) y eurocéntrico, sin que sea posible advertir el carácter complementario y de igual jerarquía de los mismos, ni la posibilidad que puedan ser exigidos colectivamente, a menos que se trate de comunidades, pueblos y nacionalidades. *Tercero*, porque los derechos garantizados se construyen a partir de la Declaración de las Naciones Unidas, y no del protagonismo indígena, lo cual se demuestra por cuanto en estos países la justicia indígena queda sometida a los Tribunales nacionales superiores y porque el léxico que se ocupa no es el propio del lenguaje indígena, entre otros factores. Y *cuarto*, por cuanto no incluyen el concepto de “plurinacionalidad”, como elemento que cuestiona los límites del Estado constitucional, proporciona una nueva institucionalidad, y que es el resultado tanto de la descolonización como de un profundo proceso intercultural⁵⁸⁴.

4.3. La situación especial de Venezuela

La situación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 1999 (CRBV) es probablemente la más particular de aquellas que quedarán excluidas del NCLAD, por lo que me detendré en analizar este caso con mayor extensión.

Es habitual que se le integre dentro de la categoría del “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”, aunque no necesariamente en la categoría más específica de “descolonizador”. Así por ejemplo, los ya citados MARTÍNEZ y VICIANO sostienen que el nuevo constitucionalismo latinoamericano está compuesto por la Constitución de Venezuela, además de la de Bolivia y Ecuador⁵⁸⁵. En el mismo sentido lo hacen Diego MORENO⁵⁸⁶, Alberto PÉREZ CALVO⁵⁸⁷, Francisco PALACIOS⁵⁸⁸ y Albert NOGUERA⁵⁸⁹, sólo por mencionar algunos autores.

A continuación, haré un intento por distinguir aquellos aspectos del proceso constitucional venezolano que lo aproximan al NCLAD, y aquellos que, en definitiva, permiten establecer que no pertenece a él.

⁵⁸⁴ Baldi, op. cit., pp. 59-69.

⁵⁸⁵ Sólo de modo referencial, véase Martínez y Viciano, *Fundamento teórico del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, op. cit., pp. 11-49.

⁵⁸⁶ Moreno, op. cit., p. 149.

⁵⁸⁷ Pérez Calvo, Alberto, *Características del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, en Storini y Alenza (directores), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 27-60.

⁵⁸⁸ Palacios Romeo, Francisco, *Nuevo Constitucionalismo Participativo en Latinoamérica*. Una Propuesta frente a la Crisis del Behemoth Occidental, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.

⁵⁸⁹ Noguera Fernández, Albert, *Los Derechos Sociales en las Nuevas Constituciones Latinoamericanas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

4.3.1. Rasgos del modelo venezolano que lo aproximan al NCLAD

Dentro de esta primera categoría, mencionaré las siguientes características que acercan al modelo venezolano al NCLAD: *primero*, el ejercicio directo del poder constituyente de parte del pueblo; *segundo*, el carácter personalista y autoritario del gobernante; y *tercero*, un acercamiento al proceso descolonizador y pluralista.

a) El ejercicio directo del poder constituyente por parte del pueblo

Debe mencionarse que a 1999, la Constitución vigente en Venezuela era la de 1961. Bajo su alero, se había incubado un modelo donde la política había sido monopolizada por los partidos políticos, y donde la ciudadanía tenía escasas instancias de participación. Con ello, tanto la política en general como el sistema de partidos había caído en un total desprestigio dentro de la población⁵⁹⁰.

Signo de esa crisis fueron las graves protestas y disturbios ocurridos, bajo el gobierno de Carlos Andrés Pérez, entre el 27 de febrero y el 8 de marzo de 1989 en la capital del país, en lo que se conoció como el “*caracazo*”. El entonces teniente-coronel Hugo Chávez Frías lideró unos pocos años más tarde, en febrero de 1992, un fallido golpe de Estado, el cual si bien no fue exitoso para sus pretensiones, terminó con un recordado discurso del propio Chávez, transmitido por televisión, en el cual señaló “*por ahora, nuestros objetivos no han sido cumplidos*”, dando claras señales que sus intenciones por recoger el descontento social y representarlo en un cambio institucional más profundo, seguían vigentes⁵⁹¹.

Como respuesta al alzamiento militar de 1992, el gobierno de la época presenta –en marzo del mismo año, un mes después de la insurgencia– un proyecto de reforma constitucional, mediante el cual se pretendía convocar a una Asamblea Constituyente. De esta forma, al tratarse de una instancia prevista en la propia normativa, permitiría “mantener el hilo constitucional”, según Njam⁵⁹². Sin embargo, este proyecto reformista fracasó, con lo cual los sectores pro-constituyentes, que sostenían que no era necesario una reforma constitucional previa para generar una nueva constitución, confirmaron su convencimiento sobre su propósito.

Dos hechos importantes ocurren en el año 1998. Primero, el 29 de mayo, se dicta la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, mediante la cual permitía, en su art. 181, que el Presidente de la República, el Congreso de la República, o un número no menor del diez por ciento de los electores inscritos en el Registro Electoral, convocasen a un referendo “con el objeto de consultar a los electores sobre decisiones de especial trascendencia nacional”. Esta ley ofrecía al movimiento partidario de una Asamblea Constituyente, “el basamento procedimental que le faltaba”, sin necesidad de una reforma a la Carta de 1961⁵⁹³.

El segundo hecho fue la elección, el 6 de diciembre, de Hugo Chávez como Presidente de la República. Con el afán de desligarse de la lógica partidaria, Chávez había fundado años antes un

⁵⁹⁰ Brewer Carías, Allan, *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas, segunda edición, 2000, p. 16-21.

⁵⁹¹ Martínez Meucci, Miguel Ángel, *Golpes de Estado en Venezuela durante el periodo 1989-2004: Evolución del conflicto y contexto sociopolítico*. En *Revista Análisis Político*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, número 64, septiembre-diciembre 2008, pp. 3-21.

⁵⁹² Njam, Humberto, *Las implicaciones de la democracia representativa: Un tema constitucional de nuestro tiempo*, en Haydée Fariás (coordinador), *Constitución y constitucionalismo hoy*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, agosto 2000, pp. 721-741, p. 724.

⁵⁹³ Njam, op. cit., p. 724-725.

“movimiento político”: el Movimiento Quinta República (MVP), el cual dentro de sus objetivos centrales era la refundación del Estado, pasando desde una Cuarta República, la “República de Venezuela” (aquella que se inicia con la separación de Venezuela desde la Gran Colombia, en 1830, y que contó con 21 constituciones), debilitada por la corrupción y la hegemonía partidista, a una Quinta República, la “República Bolivariana de Venezuela”. La invocación a Simón Bolívar no es casual: en primer lugar, representa al libertador, símbolo de unidad y autonomía, un caudillo por la que se ha construido una verdadera religión civil en Venezuela; y además, porque su pensamiento es tan vago y difuso, contradictorio a veces, que se asemeja mucho a la forma como el pueblo piensa, o como señala MARTÍNEZ la “falta de hondura ideológica” del *bolivarianismo* se justifica por el “carácter difuso del pensamiento popular”⁵⁹⁴.

En este contexto, el Presidente Chávez, el 2 de febrero de 1999 convocó a referéndum para el 25 de abril siguiente, mediante el cual, el 92,4% de los votantes aceptó la convocatoria a Asamblea Constituyente, cuyos miembros fueron elegidos el 25 de julio siguiente. Finalmente, el proyecto emanado de esta última fue aprobado mediante un segundo referéndum el 15 de diciembre del mismo año, por un 71,8% de sufragios a favor de la opción afirmativa⁵⁹⁵. Este último acto marca una diferencia importante con el proceso colombiano, el cual sólo contó con un plebiscito activador pero no otro de cierre, según destacan MARTÍNEZ y VICIANO⁵⁹⁶.

La narración de todos estos hechos no tendría mayor sentido si no se explicara qué de particular tuvo este proceso. Una primera particularidad se refiere a algo que ya se había advertido en la Constitución colombiana de 1991: se trata de un proceso que encuentra su origen a partir del empuje de la ciudadanía, “vertebrada fundamentalmente en movimientos sociales y ratificada por referéndums como símbolo de un empoderamiento desde abajo”⁵⁹⁷; vale decir – a pesar del innegable protagonismo de Chávez – se activa desde las bases ciudadanas, molestas por un sistema que las había postergado políticamente y traicionado a través de la corrupción.

Un segundo aspecto novedoso tiene que ver con el rol que ocupa el poder constituyente, y su consiguiente ejercicio, en relación con la Constitución vigente y los poderes constituidos. La CRBV se articula a partir de la premisa que el ejercicio del poder constituyente no queda sometido a la regulación constitucional existente, sino que permanece latente. Una importante sentencia dictada el 19 de enero de 1999 por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema acogerá esta tesis al resolver que: “indudablemente quien posee un poder y puede ejercerlo delegándolo, con ello no agota su potestad, sobre todo cuando la misma es originaria, al punto que la propia Constitución lo reconoce”, agregando que “de allí que el titular del poder (soberanía) tiene implícitamente la facultad de hacerla valer sobre aspectos para los cuales no haya efectuado su delegación”⁵⁹⁸. De este modo, por mucho que la Constitución de 1961 regulaba el procedimiento de reforma constitucional como

⁵⁹⁴ Honorio Martínez, José, *El papel del movimiento quinta república en la recomposición del Estado venezolano (1998-2000)*. En *Historia actual online*, Universidad de Cádiz, Cádiz, número 33, invierno 2014, pp. 21-34, p. 24.

⁵⁹⁵ Véanse: Brewer, op. cit., p. 27; Méndez y Zaldívar, op. cit., p. 121; y Consejo Nacional Electoral de Venezuela, *Referendos nacionales efectuados en Venezuela (1999-2000)*, Dirección General de Información Electoral, disponible en: <http://www.cne.gov.ve/web/documentos/estadisticas/e010.pdf> (revisado el 02 de marzo de 2017).

⁵⁹⁶ Martínez y Viciano, *Fundamento teórico del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, op. cit., pp. 33-34.

⁵⁹⁷ Méndez y Zaldívar, op. cit., p. 157.

⁵⁹⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela (1999): Sobre referendo para convocar una Asamblea Constituyente, 19 de enero, número 17. Disponible en: <http://www.pgr.gob.ve/blog/wp-content/uploads/2016/10/SALA-POLITICO-ADMINISTRATIVA-DE-LA-CSJ-19-01-99-HERCTOR-PARADISI-LEON.pdf> (revisado el 14 de abril de 2017)

única vía para modificarla formalmente, ello no impedía que el pueblo mismo, en el ejercicio directo del poder constituyente pudiera procurarse una nueva⁵⁹⁹.

Y finalmente, un tercer rasgo a ser destacado es que, del mismo modo como el constituyente del '99 no quedaba sometido por la Constitución de 1961, también se deja constancia en el nuevo texto que el poder constituyente no se agota con la dictación del nuevo texto, sino que permanece, por decirlo de algún modo, vivo o activo bajo la vigencia de la Constitución. Esto se comprueba, primero por cuanto las reformas constitucionales no solo pueden originarse a iniciativa de la Asamblea Nacional o del Presidente de la República, sino también por “un número no menor del quince por ciento de los electores inscritos y electoras inscritas en el Registro Civil y Electoral que lo soliciten” (art. 342 de la CRBV), y también porque todo proyecto de reforma constitucional que haya sido aprobado por la Asamblea Nacional, “se someterá a referendo dentro de los treinta días siguientes a su sanción” (art. 344 de la CRBV). Además, la idea de un poder constituyente en manos del pueblo lo sitúa en una posición jerárquica superior respecto de los poderes constituidos, lo cual se demuestra en el hecho que todos los cargos y magistraturas sean revocables – y el consiguiente referendo revocatorio de mandato – según lo establece el art. 72 de la CRBV.

De esta forma, el poder del pueblo no acaba con la redacción del texto fundamental, sino que pervive, pudiendo activarse en cualquier momento a iniciativa de los propios ciudadanos. Lo que hace la Constitución venezolana, por lo tanto, es poner en entredicho la idea de poder constituyente como poder extraordinario, así concebido en la Revolución Francesa, que sólo actúa en una escena revolucionaria que justifique su omnipotencia⁶⁰⁰. Lo que hay detrás de aquella concepción es que la mentada superioridad del pueblo en el ejercicio del poder constituyente se duerme una vez que entra en vigencia la Constitución por él creada, invirtiéndose de este modo la relación de autoridad: los poderes constituidos superarán al poder del pueblo, quien perderá su fuerza política, la que quedará relegada exclusivamente a elegir a quiénes decidirán por él.

Evidentemente en este punto, el proceso venezolano represente un avance en lo que a la teoría democrática del poder constituyente se refiere. No es de aquellas instancias donde la ciudadanía define el contenido del texto fundamental y se recoge, una vez aprobado éste. Más bien, construye una plataforma jurídico-política a partir del cual pueda proyectarse más adelante en la dinámica social del país. En este punto, se comienza a construir aquello que NEGRI describe lo que está ocurriendo en América Latina, donde “el poder constituyente no se ha dado solo como movimiento singular de levantamiento, insurrección y toma del poder por parte de multitudes o, si se quiere, de las fuerzas populares, encaminados a transformarse en Constitución, sino que se ha presentado más bien como una continuidad de operaciones de renovación”⁶⁰¹.

b) El carácter autoritario del gobernante

Para quienes adoptan una postura crítica respecto de los procesos constituyentes latinoamericanos de los últimos años, un argumento que suele esgrimirse es que ellos son resultado

⁵⁹⁹ Sobre el particular, véase Martínez Dalmau, Rubén, *El proceso constituyente venezolano de 1999: Un ejemplo de activación democrática del poder constituyente*, en Viciano Pastor y Salamanca (coordinadores), *El Sistema Político en la Constitución Bolivariana de Venezuela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 27-46.

⁶⁰⁰ Al respecto, véanse: De Vega, Pedro, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, primera edición y sexta reimpresión, 2007, pp. 34-37. y Negri, Antonio, *El Poder Constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2015, pp. 27-42.

⁶⁰¹ Negri, op. cit., p. 16.

de gobiernos autoritarios que buscan imponer un determinado modelo hegemónico, alejado de los valores republicano-democráticos⁶⁰².

Bajo tal premisa, la CRBV sería obra de un gobierno autoritario –y, además, populista o *neopopulista*⁶⁰³, y de izquierdas– como el de Hugo Chávez, tal como las Constituciones ecuatoriana y boliviana lo serían de otros gobiernos de iguales características como los de Rafael Correa y Evo Morales, respectivamente. Este criterio sirve tanto para emparentar a estas tres constituciones, como para excluir del grupo a la Constitución colombiana de 1991, generada bajo el gobierno liberal –y, desde esa mirada, más democrático– de César Gaviria⁶⁰⁴.

Para citar alguna referencia, se puede mencionar el trabajo del politólogo venezolano Diego BAUTISTA URBANEJA, quien intenta demostrar que en el proceso vivido durante ese país y que desembocó en la dictación de la Constitución de 1999, existe una lógica de amigo-enemigo de impronta *schmittiana*. Aun cuando no logra demostrar la influencia ideológica de Carl Schmitt en el proyecto político de Hugo Chávez, sí advierte semejanzas al relacionar la teoría política del primero con la práctica política del segundo. En concreto, para el tratadista alemán, “la distinción política específica, aquella a la que pueden reconducirse todas las acciones y motivos políticos, es la distinción de *amigo y enemigo*”⁶⁰⁵. Esta distinción, que se resume entre el enfrentamiento ente “ellos” y nosotros” tendría un carácter existencial para la política, de modo que la neutralización u ocultamiento del conflicto, la hace desaparecer.

Para BAUTISTA, esa misma idea está detrás del Movimiento de la Quinta República y del proceso constituyente de 1999. Para Chávez, esos “ellos”, el enemigo, serán los partidos políticos gobernantes entre 1958 y 1998, caracterizados por su ineptitud, perversidad y corrupción, y culpables de que los venezolanos estén privados de todo aquello a lo que tenían derecho (salud, educación, vivienda, bienestar, etc.). Por su parte, los “nosotros”, el bando amigo, es el pueblo víctima de tal despojo y, por cierto, las Fuerzas Armadas y demás seguidores del Presidente, quienes intentarán aplastar políticamente a los enemigos. El triunfo definitivo de los amigos sobre los enemigos estará representado, de acuerdo a este autor, por la aprobación de la CRBV, donde se concretaría “la economía moral” en términos de E.P. Thompson, vale decir, la obtención por parte del pueblo de aquello a lo que tiene derecho y que una conducta perversa le despojó⁶⁰⁶.

Desde una perspectiva diferente, pero igualmente crítica, BREWER-CARIÁS ha afirmado que la Constitución de 1999 fue producto de un fraude a la Constitución vigente a la época, como era la de 1961. Este fraude estaría configurado, en buena medida, por el hecho de que la Asamblea Constituyente se auto atribuyó la titularidad del poder constituyente, no como representante del pueblo, sino derechamente en reemplazo de él, con poderes exorbitantes y desmedidos.

En efecto, argumenta, en su Estatuto del 3 de agosto de 1999, la Asamblea Constituyente se declararía “depositaria de la voluntad popular y expresión de su soberanía con las atribuciones del Poder Originario para reorganizar el Estado Venezolano y crear un nuevo ordenamiento jurídico

⁶⁰² Esta crítica será desarrollada más adelante. Por el momento, solo esbozo lo central de ella.

⁶⁰³ Sobre el particular, véase Scocozza, Antonio y Palmisciano, Giuseppe, *La revolución <<bolivariana>> de Chávez*. En *Revista de Ciencias Sociales Ágora*, Fundación Ceps, Valencia, número 13, 2005, pp. 119-171.

⁶⁰⁴ Sobre la crítica democrática al modelo político incorporado en la CRBV, véase: Marta Sosa, Joaquín, *Dos constituciones cara a cara: mucha revolución y pocos cambios* (El conflicto de poder en Venezuela y la constitucionalización del sistema político en 1961 y 1999), en Ramos Rollón (editora), *Venezuela: Rupturas y Continuidades de Sistema Político*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, pp. 19-36.

⁶⁰⁵ Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Alianza editorial, Madrid, primera edición, quinta reimpresión, 2009, p. 56.

⁶⁰⁶ Bautista Urbaneja, Diego, *El proceso constituyente venezolano de 1999 y el concepto de lo político de Carl Schmitt*, en García de Enterría y Carande (editores), *Constitución y Constitucionalismo hoy*, Fundación Manuel García-Pelayo, Venezuela, 2000, pp. 761-784.

administrativo”. Lo mismo sería ratificado en el “Decreto mediante el cual se declara la reorganización de todos los órganos del Poder Público”, del 12 de agosto del mismo año, donde la Asamblea insistió que ejercía “el poder constituyente otorgado por [el pueblo] mediante referendo”, en circunstancias que aquello jamás había ocurrido. Además, la Asamblea, sin más competencias que las que ella misma se asignó, el 22 de diciembre de 1999 aprueba una serie de medidas que, ante la ausencia de disposiciones constitucionales transitorias, buscaron “hacer efectivo el proceso de transición”, una semana después del referendo aprobatorio de la Constitución. O sea, sin ratificación popular, se dictaron normas material – aunque no formalmente – constitucionales, las cuales tuvieron importantes objetos, como la disolución definitiva del Congreso y de las Asambleas Legislativas de los Estados, la supervisión y control de los órganos municipales por parte de la propia Asamblea Constituyente.

Tales vulneraciones al régimen constitucional existente fueron, señala BREWER-CARIAS, validadas por la Corte Suprema de Justicia en una serie de sentencias dictadas entre 1999 y 2000, con lo cual en vez de cumplir con su deber de controlar de la constitucionalidad, habría violentado también el ordenamiento constitucional, afectándose el Estado de Derecho. De esta forma, no sólo en su génesis, sino también en su aplicación, y con la anuencia de la Jurisdicción Constitucional, se ha ido adaptando la Constitución para “apuntalar un régimen a un régimen autoritario como el que se ha desarrollado bajo su manto”⁶⁰⁷.

En definitiva, la crítica que se hace del modelo venezolano se asemeja a la crítica que suele hacerse de los procesos constitucionales en Bolivia y Ecuador, lo cual termina por que muchos de sus opositores terminen incluyéndolos en una misma categoría.

c) Un acercamiento al proceso descolonizador y pluralista

Otro elemento que produce genera proximidad con el NCLAD, es el hecho indiscutible de que la Constitución venezolana incorpora elementos que avanzan hacia la descolonización, y el logro de un modelo jurídicamente pluralista. Este acercamiento se expresa a través del reconocimiento que se hace de los pueblos originarios, y de su cultura y derechos. Aquello ya comienza a esbozarse en el Preámbulo de la CRBV, el cual caracteriza a la República como “multiétnica y pluricultural”⁶⁰⁸.

El fundamento de este reconocimiento se funda, según YRIGOYEN, no en la conformación de un Estado multicultural, pluricultural, ni menos plurinacional, sino que en el principio de igualdad entre todas las culturas⁶⁰⁹. La expresión de esta idea se encuentra en la primera parte del art. 100 de la CRBV, el cual establece que “[l]as culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de

⁶⁰⁷ Brewer Carías, Allan, *Génesis y evolución de la Constitución de 1999*. En IX Jornadas de Derecho Público, Universidad de Monteávila, Caracas, mayo de 2009, pp. 1-20, disponible en: <http://www.brewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201,%2020991.%20GENESIS%20Y%20EVOLUCI%C3%93N%20DE%20LA%20CONSTITUCI%C3%93N%20DE%201999.%20Monte%20C3%A1vila%202009.doc>.pdf (revisado el 07 de marzo de 2017).

⁶⁰⁸ “El pueblo de Venezuela, en ejercicio de sus poderes creadores e invocando la protección de Dios, el ejemplo histórico de nuestro Libertador Simón Bolívar y el heroísmo y sacrificio de nuestros antepasados aborígenes y de los precursores y forjadores de una patria libre y soberana; con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado, que consolide los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones (...) decreta la siguiente constitución”. Preámbulo de la CRBV.

⁶⁰⁹ Yrigoyen, *Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista*, op. cit., p. 180.

atención especial, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas”.

Como consecuencia de lo anterior, el art. 119 de la CRBV declara que el Estado venezolano “reconoce la existencia de los pueblos y comunidades indígenas”, además de “su organización social, política y económica”, así como “sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones”⁶¹⁰. También se reconoce “su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar su vida”. Le entrega al Ejecutivo Nacional el deber de – con la participación de los pueblos indígenas – “demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras”. En relación con estas últimas, se les declara “inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en la ley”.

Para PÉREZ CALVO, el reconocimiento de los derechos sobre las tierras, a diferencia de lo que ocurrió en el caso canadiense donde su fundamento provino de antiguos tratados suscritos entre el Estado, se fundamenta en la costumbre jurídica⁶¹¹.

Dese el plano político, el art. 125 de la BRBV señala que “los pueblos originarios tienen derecho a la participación política”. A su vez, encomienda a la ley el deber de garantizar “la representación indígena en la Asamblea Nacional, y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena”.

Más adelante, el art. 126 de la CRBV declara que los pueblos indígenas “como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible”. Con ello, se les incorpora como integrantes del pueblo mismo, y se deja constancia de sus raíces ancestrales, señal de preexistencia respecto del Estado.

Pero la Constitución venezolana no solo es importante desde la perspectiva de los derechos indígenas, sino también en lo relativo a la participación ciudadana, como fórmula asociada al “proyecto de emancipación latinoamericana”, como lo llaman FIALLO y ZALDÍVAR. Esta mayor participación quedaría reflejada en la consagración de algunos derechos políticos, como el derecho al sufragio activo, el derecho a recibir rendiciones de cuentas de la labor de los representantes, de asociación política, a postular candidatos y a manifestación política. También se extiende a otras formas de participación, no necesariamente políticas, sino que en los planos económico y social. en este último sentido, el art. 70 de la CRBV señala, no taxativamente, algunas formas de intervención ciudadana en estos ámbitos⁶¹².

Para estos autores, la regulación de la participación en la Carta venezolana nos habla de una visión multidimensional de la política, que cambia aquella perspectiva que la reducía originalmente sólo al sufragio, y que tiene hoy un objetivo emancipador o de *empoderamiento* de la ciudadanía. Esta visión es resultado de tres ampliaciones de lo político: (1) además del derecho a voto, los ciudadanos podrán intervenir en la revocatoria de mandato, en referendos, a través de cabildos abiertos, de la iniciativa legal y de asambleas de ciudadanos; (2) la ciudadanía también estará posibilitada para actuar en otras esferas del desempeño cotidiano, incidiendo en la toma de decisiones

⁶¹⁰ Es necesario señalar que, en conexión con ello, el art. 9º de la CRBV señala que aun cuando el idioma oficial es el castellano, los idiomas indígenas “también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad”.

⁶¹¹ Pérez Calvo, op cit, pp 48-49

⁶¹² Fiallo Monedero, Liliam y Zaldívar Rodríguez, Abraham, *Un nuevo constitucionalismo para el proyecto de emancipación latinoamericana*, en Viciano Pastor (editor), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 197-213.

o revistiéndolas de legitimidad; y (3) la economía se construirá a través de modelos participativos, fundada en valores de cooperación y de prevalencia de los intereses sociales⁶¹³.

d) Otros rasgos

Finalmente, una vez revisados los tres principales rasgos que acercan al modelo constitucional venezolano al NCLAD, no quisiera ignorar otros dos que, si bien no son decisivos, sí pueden vincularlo directamente.

En primer lugar, la CRBV concibe un sistema jurídico-político que podría ser enmarcado *a priori* dentro de la idea de un “Estado material de Derecho”. Y lo hace en su artículo segundo, el cual señala textualmente: “Venezuela se constituye en un estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”. Tres son los elementos sustanciales que marcan la idea de Estado material: su carácter democrático, social y de justicia. Esta característica se remarca pues, aunque reforzado, será un elemento central del NCLAD.

Y en segundo lugar, la CRBV se trata de una constitución extensa, de 350 artículos permanentes, más una disposición derogatoria y otras 18 transitorias. Esta condición también estará presente en las posteriores constituciones de Ecuador y Bolivia, y para nada debe entenderse como algo casual. Ella –junto con la complejidad del texto, según VICIANO– debe entenderse como una herramienta para dejar del todo clara la voluntad del constituyente, reduciendo claramente las posibilidades de acción de los poderes constituidos, así como también los márgenes de interpretación por parte de los órganos encargados de efectuar el control de constitucionalidad⁶¹⁴.

4.3.2. Razones para excluir el modelo venezolano del NCLAD

La argumentación central se resume señalando que, si bien el modelo constitucional venezolano representa un avance fundamental hacia la construcción del NCLAD, el proceso descolonizador aún no está del todo logrado en aquel texto fundamental, por lo que sólo puede considerarse un antecedente importante, mas no un integrante de este estadio de constitucionalismo.

Para comenzar a desarrollar esta idea, se debe recordar que, aun cuando es importante, este trabajo no pretende estudiar la forma como se ha ejercido el poder constituyente en los diferentes países en análisis. Por lo mismo, si bien se reconoce que la CRBV ha tenido una génesis donde el impulso de la ciudadanía fue determinante, y donde el ejercicio directo de tal poder de manos del pueblo, ello no es suficiente para incluir a la Constitución venezolana dentro del NCLAD. Su inclusión o exclusión se resolverá, en definitiva, por el contenido de sus normas, esto es, si tienen o no un resultado descolonizador.

Dicho de otro modo, como se planteó, la forma como nació la CRBV puede explicar su pertenencia al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, identificado con determinadas características de los procesos constituyentes, pero no alcanzan para inscribirla *per se* dentro del

⁶¹³ *Ibidem*.

⁶¹⁴ Viciano Pastor, Roberto, *Caracterización general de la Constitución venezolana de 1999*, en Viciano Pastor y Salamanca (coordinadores), *El Sistema Político en la Constitución Bolivariana de Venezuela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 47-77, p. 52.

Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador (NCLAD), el cual agrega este último elemento material que habrá que dilucidar a partir del texto constitucional.

Si lo que pretendo es revisar el contenido de la CBRV, debo aclarar que, aun cuando el ya mencionado art. 100 de la CRBV habla de una aparente igualdad entre las diferentes culturas que conforman la venezolanidad, en otras disposiciones, tal igualdad claramente queda en entredicho.

Una de ellas es el también ya citado art. 126 de la CRBV, el cual luego de reconocer a los pueblos indígenas como parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano, dispone en su inciso final que: “[e]l término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional”. Lo que se ha entendido es que, a partir de dicha advertencia, lo que la Constitución busca es que los pueblos indígenas se vean impedidos de ejercer su autodeterminación. Más bien, lo que se quiere es tratar de compatibilizar la pertenencia a un pueblo indígena con el ser parte del pueblo venezolano⁶¹⁵, pero sometiendo políticamente –de forma hegemónica– los primeros al segundo. Conforme a ello, las posibilidades de actuación y participación de los pueblos indígenas y de sus miembros, se reduce casi exclusivamente a la protección de sus culturas y sus tierras, lo cual ya es bastante, pero en ningún caso alcanza a configurarse como una regulación descolonizadora.

Otra norma clave es la contenida en el art. 260 de la CRBV. En él, se señala que “las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución y a las leyes”. Agrega que “[l]a ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

Dicha disposición va en la línea de aceptar la validez de la jurisdicción indígena dentro de la institucionalidad nacional. Sin embargo, queda limitada, al menos, por cuatro vías. La primera, queda reducida a los espacios (“hábitat”) estrictamente indígenas⁶¹⁶. La segunda, sólo dirigida a los integrantes de estos pueblos. La tercera, las normas y procedimientos no deben ser contrarios a la Constitución y a las leyes. Y la cuarta, abre la posibilidad para que la ley establezca, bajo el pretexto de “coordinar” la jurisdicción especial con la nacional, una completa sujeción de la justicia indígena a la estatal.

Respecto de las dos últimas prevenciones y, aun cuando lo que se dirá escapa de algún modo al objeto de este trabajo, parece imprescindible revisar cómo ha resuelto el legislador venezolano lo prescrito por la Constitución. Para ello, corresponde revisar lo dispuesto en la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (LOPCI), publicada en la Gaceta Oficial N° 38.344 del 27 de diciembre de 2005.

El artículo 130 de la LOPCI ha reducido el límite material de la justicia indígena, puesto que abandona el criterio de que sus normas y procedimientos no puedan ser contrarios a la Constitución y las leyes. En primer término, se establece expresamente que los pueblos indígenas tienen el *derecho* de poder aplicar instancias de justicia, dentro de su hábitat y siempre que afecten sólo a sus integrantes. Pero, en lo que más nos importa, se dispone que esta justicia no debe ser incompatible “con los derechos humanos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República,

⁶¹⁵ Perez Calvo, op cit, p. 47

⁶¹⁶ René KUPPE aclara que la idea de “hábitat” y “tierras” tienen implicancias conceptuales diversas. La primera se emplea para aludir a espacios donde se desarrolle la jurisdicción, y también a los derechos derivados de la explotación de recursos naturales. La segunda tiene una connotación asociada al derecho de propiedad, específicamente a la propiedad indígena. Véase: Kuppe, Réne, *Los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras y recursos naturales en Venezuela*. Un análisis conceptual. En *Revista de Ciencias Sociales Ágora*, Fundación Ceps, Valencia, número 13, 2006, pp. 167-191, p. 176-179.

interculturalmente interpretados y con lo previsto en la presente Ley". De esta forma, el marco a ser respetado por la jurisdicción indígena no es toda la regulación constitucional y legal, sino solo los derechos humanos garantizados en normas internas y de derecho internacional, todas las cuales deben ser, además interpretadas con criterios de interculturalidad.

El sometimiento de la justicia indígena exclusivamente a los derechos y no a la legalidad entera, es coherente con lo dispuesto en el art. 8.2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el cual establece que el derecho de los pueblos de conservar sus costumbres e instituciones propias no deben ser incompatibles "con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos".

De esta forma, es la ley la que termina resolviendo la incongruencia entre la norma constitucional y el debido cuidado de los derechos de los pueblos indígenas venezolanos. Con ello, la LOPCI no hace más que confirmar lo deficitaria que resulta la normativa constitucional sobre la materia.

A su vez, en relación con la coordinación entre la justicia indígena y la ordinaria, la LOPCI intenta resolver el mandato del art. 260 de la CRBV, estableciendo en su art. 134 la reserva de la jurisdicción especial indígena. Entiende por ello el que las decisiones adoptadas por las autoridades indígenas legítimas sólo podrán ser revisadas por la jurisdicción ordinaria "cuando sean incompatibles con los derechos fundamentales" establecidos en la Constitución y en los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por Venezuela.

Con ello, a primera vista, pareciera que la autonomía de los tribunales indígenas es plena. Sin embargo, una lectura más detenida de la disposición, lleva a concluir que igualmente se establece una relación jerárquica, toda vez que quien define si aquellos violentan o no los derechos de las personas, es la jurisdicción ordinaria. Por lo demás, el mismo artículo 134 de la LOPCI establece que de los conflictos que se susciten entre ambas jurisdicciones, conocerá "el Tribunal Supremo de Justicia", con lo que nuevamente la decisión final será adoptada por un órgano estatal, sin integración necesariamente pluricultural, o sea, por el Estado central.

Por lo tanto, al revisar la legislación interna, se cumplen las aprensiones que señalé anteriormente. El legislador, a la hora de regular la coordinación entre ambas jurisdicciones, lo hizo aplicando criterios de jerarquía y no de mutuo respeto entre ellas.

Desde otro punto de vista, la Constitución venezolana tampoco incorpora de modo explícito y directo valores indígenas, como si lo harán las de Bolivia y Ecuador al establecer como principio básico el buen vivir o vivir bien, según se estudiará más adelante. Por último, la CRBV omite cualquier mención a la plurinacionalidad, lo cual constituye un elemento crucial en lo que será el NCLAD.

En definitiva, la exclusión de la Constitución de Venezuela del NCLAD no significa desconocer sus méritos en lo relativo a las transformaciones constitucionales latinoamericanas. De allí que PISARELLO sostenga que ella es "un puente", entre "los primeros intentos de organización constitucional de la década de los 80' e inicios de los 90' y las nuevas constituciones del Siglo XXI"⁶¹⁷, o dicho con más precisión en otro de sus escritos, "entre los primeros intentos de regeneración constitucional de la década de los 80 e inicios de los 90 y las nuevas constituciones de

⁶¹⁷ Pisarello, Gerardo, El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999: balance de una década. En *Sin Permiso*, Ediciones de Intervención Cultural, España, número 5, noviembre 2009, pp. 1-18, pp. 8-9.

Ecuador y Bolivia”⁶¹⁸. Pero precisamente ese rol de puente permite concluir que la tarea descolonizadora aún es incompleta, y que ella sólo se logrará con constituciones posteriores.

5.- El tercer adjetivo: “descolonizador”

Finalmente, se debe revisar la tercera característica que posee el constitucionalismo en análisis, el cual no solo es nuevo y latinoamericano, sino también descolonizador. Estos tres aspectos se trenzan indisolublemente en esta categoría de constitucionalismo. Al ser nuevo, permite distinguirlo de aquel temprano constitucionalismo latinoamericano, que buscó la emancipación política, la independencia de las potencias conquistadoras de América, lo que pudiéramos llamar un “antiguo constitucionalismo latinoamericano descolonizador”. Y al ser latinoamericano, posibilita diferenciarlo de otras formas recientes de constitucionalismos, desarrolladas en otras regiones del orbe, como en África y Asia⁶¹⁹.

De este modo, el problema central que se abordará a continuación este constitucionalismo que, siendo nuevo y latinoamericano, tiene un plan descolonizador. Para ello, se revisará el estado de cosas que vivían los dos países integrantes del modelo, como son Ecuador y Bolivia, al momento de iniciar los respectivos procesos constituyentes, y en qué sentido ello implicaba alguna forma de hegemonía que significaba colonización.

En el contexto de la presente investigación, este tema es primordial, toda vez que la colonización es aquel riesgo o enemigo a los derechos fundamentales contra el cual reacciona el NCLAD, siguiendo la metodología que se adoptó al comienzo de este trabajo⁶²⁰.

5.1. Bolivia y Ecuador: dos sociedades culturalmente diversas

La UNESCO definió a la cultura como “el conjunto de los rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o grupo social”, agregando que “[e]llo engloba, además de las artes y las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales del ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”⁶²¹. Mientras que Javier DE LUCAS ha señalado que la multiculturalidad consiste en “la existencia de hecho de las manifestaciones de la diversidad, del pluralismo cultural, es decir, la presencia en una misma sociedad de grupos con diferentes códigos culturales (identidades culturales propias) como consecuencia de diferencias

⁶¹⁸ Pisarello, *La Constitución venezolana de 1999 en el “nuevo” constitucionalismo latinoamericano*, op. cit., p. 400.

⁶¹⁹ Véase: Bunte, Marco, *Is There a New Constitutionalism in East Asia?*, en Barrera, Nolte y Schilling (editores), *New Constitutionalism in Latin America from a Comparative Perspective: A Step Towards Good Governance?*, Giga, Hamburg, 2010, p. 61 y Murray, Christina, *Is There a New Constitutionalism in Africa?*, en Barrera, Nolte y Schilling (editores), *New Constitutionalism in Latin America from a Comparative Perspective: A Step Towards Good Governance?*, Giga, Hamburg, 2010, p. 61-62.

⁶²⁰ Argumentos que se oponen a la tesis descolonizadora se pueden encontrar en: Mansilla, H.C.F., *Una mirada crítica sobre el indianismo y la descolonización*, El potencial conservador bajo el manto revolucionario, Rincón Ediciones, La Paz, 2014.

⁶²¹ UNESCO, *Declaración de México sobre las Políticas Culturales*. Conferencia mundial sobre las políticas culturales, México DF, 26 de julio – 6 de agosto de 1982. Disponible en: http://portal.unesco.org/culture/es/files/35197/11919413801mexico_sp.pdf/mexico_sp.pdf (revisado el 24 de febrero de 2017).

étnicas, lingüísticas, religiosas o nacionales, que es lo que designamos como sociedades multiétnicas”⁶²².

Así entendidos ambos conceptos, se debe constatar que tanto Bolivia como Ecuador son claramente sociedades multiculturales, carácter que, por lo demás, acompaña a todos los países latinoamericanos. La población mestiza, indígena y afrodescendiente es, en conjunto, claramente mayoritaria en estos países.

En el caso de Bolivia, uno de los debates más complejos ha girado en torno a la forma como se ha medido oficialmente su población. Hasta 1950, los censos clasificaban a las personas según su “raza”, más específicamente, según el color de su piel, en indígenas, blancos, mestizos y negros. A partir de ese año, las categorías se reducen solo a dos: en indígenas y no indígenas. Con el censo del año 2001, la pregunta es relativa a la identificación de las persona con algún pueblo originario (en específico: quechua, aymara, guaraní, chiquitano, mojeño, otro nativo, o ninguno)⁶²³.

El año 2012 se realiza un nuevo censo, donde se discutió acerca de si era pertinente, o no, agregar una nueva categoría: el mestizo. Esta categoría fue fundamental para la construcción del Estado boliviano, que intentó borrar las diferencias entre indígenas y no indígenas, en pos de una pretendida homogeneidad de la población. Por lo mismo, para el proyecto refundacional generado a partir de la CRB de 2009, esta categoría era incompatible con la lógica de un Estado Plurinacional. Por tal motivo, se elimina de la encuesta, lo cual significará que, ante una pregunta que no ofrecía opciones intermedias, sólo un 31% de la población se identifica como indígena⁶²⁴.

Es por ello que en el año 2014 la empresa Ipsos Apoyo, Opinión y Mercado efectúa una encuesta con más variables, donde un 52% de los consultados se reconoce mestizos, un 37% indígena (25% aymara, 11% quechua y 1% guaraní), un 3% blanco, y un 1% afroboliviano, mientras que el 4% responde que ninguno, y el 3% que no sabe⁶²⁵.

En Ecuador, por su parte, el Censo del año 2010, un 71,9% de los habitantes se identificaron como mestizos, un 7% indígenas, un 7,4% montubios, un 7,2% afroecuatoriano, un 6,1% caucásicos, y el 0,4% restante perteneciente a otras culturas o costumbres⁶²⁶.

Como se aprecia, en la operación demográfica ecuatoriana, figuran los mestizos, a diferencia de lo sucedido en Bolivia. Pero, además, se agrega una categoría mestiza propia de este país, de carácter rural campesina, formada por fusión étnica de indios, blancos y negros, y con cultura e identidad propia, como a la de los montubios⁶²⁷.

Si se analiza la situación de estos países a partir de las categorías propuestas por KYMLICKA, se puede decir que la diversidad cultural a la que he hecho referencia no se ha producido por razón

⁶²² De Lucas, Javier: *La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos*, en De Lucas (editor), *La multiculturalidad*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 63-64.

⁶²³ Moreno Morales, Daniel, Vargas Villazón, Gonzalo y Osorio Michel, Daniela, *Nación, Diversidad e Identidad en el marco del Estado Plurinacional*, Fundación Pieb, Cochabamba, 2014, pp. 38-40.

⁶²⁴ Censo 2012, *El 69% de los bolivianos dice no pertenecer a ninguno de los 36 pueblos indígenas reconocidos por la Constitución*. En *La Razón*, La Paz, 2013, disponible en: http://www.la-razon.com/index.php?url=/sociedad/Censo-bolivianos-pertenecer-pueblo-indigena_0_1879612128.html (revisado el 07 de marzo de 2017).

⁶²⁵ *El 52% de la población se identifica como mestiza*. En *El Día*, Santa Cruz, enero 2014, disponible en: https://www.eldia.com.bo/index.php?cat=1&pla=3&id_articulo=137187 (revisado el 07 de marzo de 2017).

⁶²⁶ Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, *Resultados del censo 2010*, Quito, 2010, disponible en: <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/resultados/> (revisado el día 24 de febrero de 2017).

⁶²⁷ Al respecto, véase: Hidekazu, Araki, *Movimientos étnicos y multiculturalismo en el Ecuador: Pueblos indígenas, afrodescendientes y montubios*. En *Revista electrónica ALAI. Revista Latinoamericana de información*, 2011, pp. 33-57.

de “inmigración individual y familiar”, sino por “incorporación de culturas que previamente disfrutaban de autogobierno y estaban territorialmente concentradas en un Estado mayor”. En atención a que para el autor, los términos “nación”, “pueblo” y “cultura” están estrechamente relacionados, la constatación de una diversidad cultural al interior de un Estado también puede ser asociada al concepto de Estado multinacional, como serían estos casos. Finalmente, habrá que indicar que, en su origen, estos Estados multinacionales pueden formarse de modo voluntario (como cuando se forman federaciones) o involuntario (que es lo que ocurre en los casos de invasión y conquista)⁶²⁸.

Bolivia y Ecuador corresponderían a este último caso, vale decir, se tratarían de Estados multinacionales formados por la incorporación, por la vía de la conquista, de pueblos, naciones o culturas, anteriormente dotadas de autogobierno, el cual perdieron por acción hegemónica de la potencia invasora. Esta observación es muy importante, toda vez que las respuestas que deben brindarse en estas sociedades, como en general en toda América Latina, al problema de la pluralidad cultural, no es exactamente la misma a aquellas que se exigen en otras sociedades, como las europeas, donde la pluriculturalidad proviene más bien del fenómeno de la inmigración de personas provenientes de países subdesarrollados o en vías de desarrollo.

5.2. Hegemonía y colonialismo

Tal como se ha señalado, la relación que existe entre las diferentes culturas que conforman los Estados en análisis, no operó en virtud de algún pacto o acuerdo, de lo que se deriva que no es una relación entre iguales, sino quede superioridad de una cultura colonizadora respecto de las demás.

Lo que necesito explicar es en qué sentido se puede decir que ese vínculo puede ser entendido como hegemónico, y de qué manera ello involucra aún algún modo de colonialismo, aun cuando estos países se hayan independizado de sus conquistadores europeos.

5.2.1. Las nociones de hegemonía y subalternidad en Antonio Gramsci

No se puede hablar de hegemonía sin aludir el aporte conceptual brindado por GRAMSCI. Sin que sea esta la oportunidad de tratar *in extenso* su teoría sobre la materia, se pueden señalar algunos elementos fundamentales para comprenderla⁶²⁹.

Se debe comenzar señalando que para GRAMSCI, no solo lo político incide en el ámbito social, sino que también cuestiones que tradicionalmente se entendieron como parte de la vida privada de las personas inciden en el terreno político. De esta forma, la acción del Estado no va dirigida exclusivamente a aquello que pueda llamarse gobierno (la constitución, la legislatura y el ejecutivo) sino que también va dirigida a aspectos económicos y de diversa índole, entramándose su actividad

⁶²⁸ Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*. Una teoría liberal de los derechos de las minorías, Paidós Ibérica, Barcelona, 1996, p.26.

⁶²⁹ Para abordar el pensamiento de Gramsci sobre la idea de hegemonía, he recurrido a las siguientes fuentes: Almeida Rodríguez, Manuel, *Dirigentes y dirigidos*: para leer los Cuadernos de la cárcel de Antonio Gramsci, Envión editores, Popayán, 2010, pp. 65-107; Gramsci, Antonio, *Cuadernos de la cárcel*, Ediciones Era, Turín, 1975, tomos número 1,2,3,4,5,6; Mouffe, Chantal, *Hegemonía e Ideología en Gramsci*, en Suarez (editor), *Antonio Gramsci y la realidad colombiana*, Foro Nacional por Colombia, Bogotá, 1991, pp. 13-233, pp. 167-227 y Portelli, Hugues, *Gramsci y el bloque histórico*, Siglo Veintiuno editores, Madrid, cuarta edición, 1977, pp. 65-91.

junto con la de la sociedad civil. Ambas esferas, la estatal y la privada, no están desconectadas del todo, sino que forman una unidad indisoluble.

Por otra parte, y ligado con lo anterior, GRAMSCI, a diferencia del marxismo más puro, cree que las ideologías son mucho más que una “falsa conciencia”, y que la ascendencia de una clase sobre otra es más compleja que el control de los medios de producción, sino que abarca también los ámbitos científicos, jurídicos, políticos, religiosos, artísticos y filosófico. De allí que la revolución no debe darse exclusivamente en torno al control de la economía, sino también de todos estos otros escenarios.

Es en este contexto que aparece la idea de hegemonía en la obra *gramsciana*. Para el autor italiano, la hegemonía no es tan solo la superioridad estatal-coactiva de una clase sobre otra, ni siquiera si ella ha tenido su origen en un control económico previo. Más bien se refiere a la dirección intelectual y moral de la clase dominante sobre la subordinada, de modo tal que la primera logra convencer a la segunda que su proyecto particular también es el de ellos. La hegemonía permite, de esta forma, percibir que los intereses particulares de una clase son, en verdad, intereses universales de todos.

A modo de paréntesis, y a propósito de lo anterior, se puede mencionar que una demostración del triunfo hegemónico de la cultura occidental es lo que Boavanetura de Sousa SANTOS llama “la pérdida de los sustantivos críticos”. Con esto se refiere a que la teoría crítica ha perdido la posibilidad de controvertir los conceptos o sustantivos provenientes de las teorías “convencionales o burguesas”, con otros propios, y que, por lo tanto, el debate sólo se ha dado a nivel de adjetivos: ya no se discute el desarrollo, la democracia o el cosmopolitismo, sino el tipo o clase de desarrollo, democracia o cosmopolitismo. Claramente esto identificaría una posición hegemónica de una cultura preponderante, por lo cual el autor llama a *resemantizar* viejos conceptos y a introducir otros nuevos, diferentes a los de la tradición eurocéntrica, como práctica contrahegemónica⁶³⁰

Tal es la fuerza hegemónica, que la clase dominada pasa a ser un grupo que, no obstante advertir su sometimiento y resistirse a él, pierde conciencia acerca de su verdadera fuerza y desarrollo político. Esto es lo que se conoce como “subalternidad”⁶³¹, la otra cara de la hegemonía o dominación: un grupo pasa a ser subalterno cuando acepta la relación mando obediencia, pese a que al mismo tiempo se resiste a él. Esto es especialmente evidente en el contexto sindicalista: el grupo de los trabajadores, pese a que reconoce la subordinación laboral y se oponen a ella, al mismo tiempo se convencen que dicha relación es inevitable gracias a la hegemonía intelectual del grupo dominante.

En rigor, GRAMSCI distingue tres grupos sociales. El primero, es la clase fundamental que dirige o conduce el sistema hegemónico. El segundo, los grupos auxiliares que son la base social de dicho sistema y que provee de personal para el mismo. Y el tercero, el de la clase subalterna, la cual queda excluida del sistema hegemónico, sin posibilidad alguna de cambiar esta relación, a menos que cobre verdadera conciencia de su fuerza. Esto último sólo será posible si se interviene todo el aparato ideológico del cual se sirve la clase hegemónica para someter a la subalterna.

En definitiva, en esta apretada reseña, se advierte que la idea de hegemonía y subalternidad en GRAMSCI tiene dos características importantes que serán útiles para la presente investigación. En primer lugar, la idea de que la dominación de una clase sobre otra se manifiesta a través de diferentes factores, dentro de los cuales se encuentran los ideológicos, jurídicos y culturales. Y en segundo lugar,

⁶³⁰ Santos, *Refundación del Estado en América Latina*. Perspectivas desde una epistemología del Sur, op. cit., pp. 30-31.

⁶³¹ Para abordar el pensamiento de Gramsci sobre la idea de hegemonía, he recurrido a las siguientes fuentes: Gramsci, op. cit.; Modonesi, Massimo, *Subalternidad, antagonismo, autonomía*. Marxismo y subjetivación política, Clacso, Buenos Aires, 2010; Portelli, op. cit., pp. 65-91 y Rodríguez, *Subalternismo*, op. cit., pp. 253-258

que las clases subalternas sólo podrán destruir la relación de hegemonía si logra atacar estos diferentes medios de sometimiento, para lo cual deben reconocer su posición y su verdadero potencial político.

5.2.2. *El colonialismo contemporáneo en Latinoamérica, una realidad hegemónica*

De acuerdo con lo ya analizado, Latinoamérica –particularmente Bolivia y Ecuador– es una región culturalmente diversa. Esta pluralidad, sin embargo, no convive en un plano de igualdad, sino que existe una relación propia de la hegemonía en términos *gramscianos*, en especial porque se había impuesto, bajo la fórmula del Estado liberal una única cultura dominante (la occidental, de tradiciones europeas) que logró subsumir a todas las demás culturas, como sometimiento de una clase sobre otra.

Boaventura de Sousa SANTOS se refiere a una serie de herramientas que elabora la teoría política liberal con miras de “garantizar la legitimidad y gobernabilidad del Estado de Derecho moderno en las sociedades capitalistas emergentes”. Estas herramientas (la democracia representativa, el derecho, los derechos humanos y el constitucionalismo) son instrumentos hegemónicos ya que buscan “la reproducción ampliada de las sociedades capitalistas de clases y porque son creíbles como garantes de la consecución del bien común, incluso por parte de las clases populares en sí afectadas negativamente por ellos”⁶³².

Como se aprecia, es posible advertir que se cumplen los dos elementos fundamentales de hegemonía propuestos por GRAMSCI: la utilización de herramientas ideológicas de sometimiento de una clase sobre otra, y la condición de subalternidad de las clases dominadas, manifestada por la convicción de la bondad y legitimidad de las herramientas utilizadas por la clase dominante.

Ahora bien, la idea de clase en este caso es más compleja que la de un “conjunto de personas con iguales intereses económicos”. Estos intereses también están presentes, pero no es el único factor determinante para resolver su delimitación. Aun cuando su trabajo proviene de otra relación colonial, como es la africana, el martiniqués Césaire AIMÉ explica en qué plano se produce la hegemonía propia del colonialismo. Para ello, distingue la idea de cultura y de civilización. Mientras la primera es local, nacional, la segunda se forma a través de “parentelas o familias de culturas”, las cuales pueden ser diferentes entre sí, similitudes sorprendentes que las reúnen. Por lo tanto, aun cuando sea posible hablar de la cultura francesa, alemana o inglesa, también es posible referirse a una sola civilización europea. La civilización, por lo tanto, define la parte más general de aquellas culturas que la integran, mientras que estas últimas adquieren un carácter más particular pero irradiante a la civilización toda⁶³³.

Continuando con esta idea, el autor señala que, en el fenómeno de la colonización, sus efectos no son solo políticos, toda vez que también se extiende al ámbito cultural, toda vez que en aquellas sociedades donde ha existido colonización “se ha vaciado de su cultura, de toda cultura, a pueblos enteros”. Y al no operar en zonas geográficas de gran amplitud, el efecto colonizador produce como consecuencia la muerte de la civilización de la sociedad colonizada. Se reemplaza, en definitiva, la civilización colonizadora suplantando o reemplazando a la civilización nativa⁶³⁴.

Ya en el ámbito latinoamericano, este fenómeno se replica también. Existieron intentos de incorporar a los indígenas a esta nueva civilización que se había instalado en el continente. Pero precisamente ello, tal como lo señala PRADA, constituye una perspectiva colonial, ya que la cultura

⁶³² Santos, *Refundación del Estado en América Latina*. Perspectivas desde una epistemología del Sur, op. cit., pp. 58-59.

⁶³³ Césaire, Aimé, *Discurso sobre el colonialismo*, Ediciones Akal, Madrid, 2006, pp. 45-47.

⁶³⁴ Ídem, pp. 47-53.

occidental termina consolidándose como cultura moderna⁶³⁵. De allí que MIGNOLO señale que “modernidad/colonialidad” son dos caras de la misma moneda”, y que “colonialidad es constitutiva de modernidad y que por consiguiente no hay, no puede haber, modernidad sin colonialidad”⁶³⁶

Una vez instalada la idea de que la cultura moderna se identifica con la occidental, ella logró invadir los diferentes espacios de desenvolvimiento individual y social. No solo hubo invasión violenta que implicó la ocupación de territorios, sometimiento de la población y extracción desmesurada de recursos naturales. También ha significado la expansión universalizadora de esta cultura occidental, ya no de los países europeos, sino de las formas políticas, económicas y culturales al resto del mundo⁶³⁷.

Me parece adecuado aplicar la visión del historiador francés René SEDILLÓT acerca de lo que él entendía, ya en 1957, por colonización, precisamente en su libro “La historia de las colonizaciones”. Él nos recuerda que esta palabra proviene de la raíz indoeuropea *kvel*, que significa “circular o rodar”, que luego derivó a la idea de “ocuparse en cultivar o habitar”, agregando que para los primeros pueblos pastores, “cultivar y habitar” son actos simultáneos. Por eso, aquella raíz etimológica sirvió para producir dos términos que la incluyen: la palabra “agrícola” y “colonia” o “colonización”. En definitiva, la colonización no es sólo ocupación, ni migración, ni invasión. La colonización implica, necesariamente, cultivar, labrar. “La conquista puede transformarse en colonización, indudablemente, pero a condición de que el conquistador pacifique, de que el soldado se convierta en labrador”, dirá SEDILLÓT, y luego reafirmará diciendo que “la colonización es un fenómeno de cultivo y de cultura”⁶³⁸.

Extrapolando lo dicho por el autor galo, lo ocurrido en los territorios conquistados termina siendo un fenómeno que excede los márgenes bélicos de la invasión militar. También significó una labor de cultivo. Pero no solo el cultivo agrario, reemplazando las antiguas especies nativas por otras nuevas, sino que también el cultivo en la idiosincrasia, en las formas de vida, de conocimiento y de organizarse políticamente, en la religión, la lengua, y el Derecho de los pueblos originarios. Y ello porque el “salvaje”, se asimila con su entorno, como parte del “espacio de la inferioridad”, como lo llama SANTOS⁶³⁹, y que debe ser cultivado. Así, la cultura occidental europea se queda en estas tierras, aun cuando los conquistadores la dejan o se mestizan en ellas, enraizada en América, luego de siglos de sometimiento.

Hay otra conexión que es importante mencionar para explicar la perpetuación del modelo europeo-liberal-capitalista. Se trata del interés de las propias familias criollas para mantenerlo, en miras a su propio interés. Ricardo SANIN así lo señala cuando menciona que son las elites colonizadas quienes, a través del mecanismo de la Ilustración se afirman en el poder, manteniendo sus privilegios, conservándose la colonialidad en las américas⁶⁴⁰. Más tarde, el fenómeno se replica cuando las oligarquías locales formada por empresarios y políticos, ya sea por la admiración al éxito norteamericano o, incluso, mediando corrupción, hacen lo posible por replicar dicho modelo a

⁶³⁵ Prada, Raúl, *¿Qué se entiende por colonialismo, descolonización y colonialidad?*, en Sarzuri-Lima (coordinador), *Escenarios (Des) colonizadores*, Instituto Internacional de Integración Convenio Andrés Bello, Lima, 2012, pp. 41-47, pp. 44-45.

⁶³⁶ Mignolo, Walter, *La Opción Descolonial: El Pachakuti conceptual de nuestro tiempo*. En *Conceptos y Fenómenos Fundamentales de Nuestro Tiempo*, Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., agosto 2006, pp. 2-10, p. 4.

⁶³⁷ Prada, Raúl, *¿Qué se entiende por colonialismo, descolonización y colonialidad?*, op. cit., cfr. p. 46.

⁶³⁸ Sédillot, René, *Historia de las colonizaciones*, Editorial Ayma, Barcelona, 1961, pp. 17-19.

⁶³⁹ Santos, Boaventura de Sousa, *Una epistemología del Sur*, Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires, 2009, p. 218.

⁶⁴⁰ Sanin Restrepo, Ricardo, *Cinco tesis desde el pueblo oculto*, en Alterio y Niembro (coordinadores), *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica*, Editorial Porrúa, México D. F., 2013, pp. 95-125, pp. 110-111.

Latinoamérica, mutando el modelo colonizador, de aquél que comenzó por las conquistas de los siglos XVI y XVII al imperialismo capitalista del Siglo XX⁶⁴¹. Por ello, más que hablar de un modelo eurocéntrico, lo que se aprecia en esta zona del globo es una dicotomía, como dice SANTOS entre un norte global y de un sur global, sin aludir a un continente específico, sino más bien a una lógica donde el primero representa la lógica del capitalismo, el colonialismo y el imperialismo, mientras que el segundo alude precisamente a la lucha anticapitalista, anticolonial y antiimperial⁶⁴².

El triunfo de la ideología liberal y capitalista en América Latina, a costa sin embargo de la subalternación de masas sociales de gran extensión, se da en todos los ámbitos de la existencia social. Estos ámbitos son identificados por QUIJANO en cinco rubros: (a) el trabajo y sus productos; (b) la naturaleza y sus recursos; (c) el sexo, sus productos y la reproducción de la especie; (d) la subjetividad y sus productos, incluido el conocimiento; y (e) la autoridad y sus instrumentos, especialmente de coerción, para reproducir el patrón de relaciones sociales y regular de sus cambios⁶⁴³.

La sistematización que haré, sin embargo, será diversa. Postularé para efectos de esta investigación que la hegemonía colonizadora se ha realizado en cuatro planos diversos, que desarrollaré a continuación. Estos no están del todo separados entre sí, ni se trata de compartimentos estanco sin conexión entre ellos, más bien se encuentran íntimamente entrelazados bajo ese modelo global, por esa llamada cultura moderna que se ha impuesto en América Latina. Especialmente, ello había ocurrido en los dos países objeto de este estudio, Bolivia y Ecuador, sociedades que como ya se dijo, son diversas culturalmente pero donde una cultura en particular había logrado el control y la hegemonía en cada uno de estos ámbitos.

5.3. Las cuatro áreas de colonialismo en América Latina

Como ya se adelantó, la imposición del modelo propio del norte global, de origen europeo, caracterizado por el colonialismo capitalista y liberal, se manifiesta en diferentes rubros, como son en el ámbito cultural, político, jurídico y económico. Esta circunstancia produjo afectación de ciertos derechos fundamentales, en defensa de otros ideológicamente de estirpe liberal, por lo que el NCLAD reaccionará con el objeto de evidenciarlos primero, y garantizarlos a continuación.

En lo que sigue, abordaré estas cuatro áreas del colonialismo.

5.3.1. *El colonialismo en el ámbito cultural: el monoculturalismo y sus soluciones insuficientes*

Una de las características más importantes de los Estados que se formaron en América Latina, luego de que se independizaran es que ellos se construyen a partir de un modelo cultural único –el ya mentado modelo europeo liberal o del norte global–, el cual operó de forma hegemónica respecto de todas las demás culturas preexistentes en los territorios conquistados.

⁶⁴¹ Corvalán Marquez, Luis, *El que no lo vea, renuncie al porvenir*. Historia de América contemporánea. Una visión latinoamericanista, Ceibo ediciones, Santiago de Chile, 2016, Tomo I, cft. pp. 237-238.

⁶⁴² Santos, Boaventura de Sousa, *Introducción: Las epistemologías del Sur*, en Vianello y Mañé (coordinadores), *Formas-Otras*. Saber, nombrar, narrar, hacer, Centro de Estudios y Documentación Internacionales de Barcelona, Barcelona, 2011, pp. 9-22, p. 16.

⁶⁴³ Quijano, Anibal, *Colonialidad del poder y clasificación social*, en Santos y Meneses (editores), *Epistemologías del Sur (Perspectivas)*, Ediciones Akal, Madrid, 2014, pp. 67-107, p. 70.

La monoculturalidad presente en estos países no deriva solo de determinadas conductas asumidas por los gobernantes o por las élites, sino que se trata de una condición estructural de los Estados. La idea de Estado-Nación generado a partir de un pacto social supone homogeneidad cultural de sus suscriptores, miembros de una misma cosmovisión y capaces de desarrollar un discurso común a partir de ciertos conceptos, en principio, universales⁶⁴⁴.

Aquella premisa, sin embargo, no pasó de ser más que una ficción teórica, con absoluto desprecio por la realidad social de estos países, los cuales, como ya se comentó, son culturalmente ricos y diversos, muy distantes de aquella pretendida igualdad cultural. Ficción, sin embargo, que tuvo poco de ingenua y bien se puede aludir a una verdadera planificación, urdida por quienes deseaban imponer o mantener el modelo colonizador. La construcción nacional exigió muchas veces el exterminio de miles de indígenas, como sucedió con la llamada “Conquista del desierto” en Argentina⁶⁴⁵ o con el “Genocidio selk’nam (u ona)” en Chile⁶⁴⁶. La eliminación física de la población indígena, sin embargo, no era un proyecto viable ni en Bolivia ni en Ecuador, en atención a su tamaño, por lo cual la vía para su desaparición debía ser su absorción al paradigma occidental⁶⁴⁷.

En el Virreinato del Perú, al cual pertenecían las tierras que hoy corresponden a Bolivia, se decía que existían dos repúblicas: la de los indios y la de los españoles. Esta división facilitaba la organización política interna, ya que simplemente se impuso un régimen de esclavitud a través de la figura del yanacona. En el Siglo XIX, la nomenclatura de la “república de los indios” queda degradada al apelativo de “la indiada” y sus integrantes fueron mestizándose, migrando a las ciudades, donde recibieron el nombre de “cholos”. Desde ese momento, las particularidades de la población indígena jamás fueron consideradas en ningún texto constitucional decimonónico⁶⁴⁸.

Se trató, pues, como dicen algunos autores, de un “Estado excluyente” que ignoró de modo absoluto a la enorme masa de los pueblos originarios, y no sólo eso, sino que el mestizo (o “cholo”), aquél que no formaba parte ni del poder establecido ni de los coyunturales pactos indígenas era considerado como una desgracia para el país⁶⁴⁹.

A este período le siguió el del nacionalismo revolucionario, iniciado luego de la Revolución Nacional de 1952, donde se hicieron importantes esfuerzos por consolidar la idea de Estado-Nación, expandiendo los derechos a todas las personas, creando escuelas públicas en zonas rurales, inspirado en un ideal de igualdad de todos los bolivianos. Nuevamente esta concepción ignoraba la cultura de los pueblos originarios, siendo reemplazada por la cultura moderna occidental. Al indígena comenzó

⁶⁴⁴ Durán Böhme, Juan Carlos, *Del Estado Multicultural al Estado Plurinacional*. En *Revista Boliviana de Derecho*, Editorial el País, Santa Cruz de la Sierra, número 8, julio 2009, pp. 28-72, cft. pp. 39-42 y Villoro, Luis, *Sobre Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos*. En *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México D. F., número 3, 1995, pp. 7-19.

⁶⁴⁵ Trentini, Florencia, Valverde, Sebastián, Radovich, Juan Carlos, Berón, Mónica y Balazote, Alejandro, “*Los nostálgicos del desierto*”: La cuestión mapuche en Argentina y el estigma en los medios. En *Cultura y Representaciones Sociales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., número 8, 2010, pp. 186-212.

⁶⁴⁶ Méndez, Patricia María, *La extinción de los selknam (onas) de la isla de Tierra del Fuego. Ciencia, discurso y orden social*. En *Gazeta de Antropología*, Departamento de Antropología, Geografía e Historia de la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación de la Universidad de Jaén, Jaén, número 28, 2012.

⁶⁴⁷ Moreno, Vargas y Osorio, op. cit., cft. pp. 11.

⁶⁴⁸ Albó, Xavier, *Muchas naciones en una*, en Ortuste (coordinador), *¿Nación o naciones boliviana(s)? Institucionalidad para nosotros mismos*, Ciencias del Desarrollo de la Universidad Mayor de San Andrés, La Paz, 2009, pp. 63-98, pp. 63-69.

⁶⁴⁹ Moreno, Vargas y Osorio, op. cit., pp. 11-13.

a llamársele simplemente “campesino” y como símbolo de unidad nacional se rescataba la figura del - hasta entonces- malmirado mestizo⁶⁵⁰.

La situación en el Ecuador no es muy diferente a lo ya descrito. La conquista española implicó el sometimiento inmediato de la población indígena ecuatoriana. Por años se explicó tal dominación a partir de una supuesta superioridad bélica de los europeos. Pero poco se dijo sobre la división interna de las fuerzas incas, y de lo mucho que esta circunstancia influyó en el triunfo de los peninsulares. En efecto, una proporción importante de los incas lucharon junto a los españoles en contra de la autoridad del Tahuantisuyo. Tampoco se ahondó mayormente en las epidemias que diezmaron notablemente a las fuerzas indígenas. Ambos errores históricos implicaron elevar, injustamente, a los europeos a la categoría de “raza superior”⁶⁵¹.

Esta aparente superioridad en el campo de batalla fue seguida del control político del territorio, por lo que la hegemonía cultural pasó a ser prácticamente una consecuencia inevitable. De esta forma, se omitirá las virtudes de los pueblos indígenas en la construcción del discurso ecuatoriano, o lo que AYALA llama la “expulsión de los indígenas del escenario de nuestra historia”⁶⁵².

En el Siglo XX, tiene lugar en Ecuador un importante debate cultural, el cual se desarrolla, según RODRÍGUEZ, en dos fases. La primera se produce a partir de la Revolución Juliana de 1925, la cual pone de relieve al mundo trabajador, tanto urbanos como campesinos, indígenas y no indígenas, todos quienes se opusieron a la plutocracia o bancocracia, ya desgastada por la inflación y la desigualdad en el país. En esta primera fase, la gran pregunta era relativa a quiénes eran definitivamente “los ecuatorianos” entendidos como nación, y si dentro de ellos debían ser incluidos los indios, cholos y montubios. La segunda fase se inicia en 1941, con la guerra con Perú, cuando se hizo necesaria la unidad nacional, en torno a un personaje que lograra aunar la nación ecuatoriana. Este fue, al igual que en Bolivia, el mestizo⁶⁵³.

Otra vez, tal como lo había narrado en relación con Bolivia, en Ecuador las políticas estatales iban dirigidas a la generación de un país donde las culturas indígenas eran incorporadas y, con ello, aniquiladas por la cultura oficial, que no era otra sino la cultura occidental europea liberal.

La problemática que se origina a partir de la diversidad cultural ha tratado de ser resuelta a través de diferentes perspectivas. Ellas no podrán ser analizadas detalladamente en este trabajo, pero al menos, intentaré pasar revista sumariamente de ellas, para poder contextualizar la idea de la descolonización. Me refiero a la postura indigenista, multicultural, postcolonial y decolonial:

- a) El *indigenismo* es una corriente definida por CHOQUE como “la ideología del mestizo, método y técnica de unificación nacional [y que] toma su origen en la interacción de dos fuerzas de signo opuesto: el indianismo y el occidentalismo”, entendiéndolo por el primero, la expresión cultural del indio y por lo segundo, la expresión cultural del europeo (español, francés) y del norteamericano. Es una tendencia antropológica y política, agrega, concentrada en el estudio de la problemática indígena, y que tiene manifestaciones artísticas, estatales, educacionales, económicas, etc., que van dirigidas tanto a trabajar tanto en lo simbólico como en la organización de políticas públicas vinculadas con los pueblos indígenas en las sociedades pluriétnicas o pluriculturales⁶⁵⁴.

⁶⁵⁰ Albó, *Muchas naciones en una*, op. cit., pp. 67-68.

⁶⁵¹ Ayala Mora, Enrique, *Resumen de Historia del Ecuador*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2008, p. 13.

⁶⁵² Ídem, p. 14.

⁶⁵³ Rodríguez Albán, Martha Cecilia, *Cultura y política en Ecuador: estudio sobre la creación de la Casa de la Cultura*, Facso, Quito, 2015, pp. 39-74.

⁶⁵⁴ Choque, *El Indigenismo y los Movimientos Indígenas en Bolivia*, op. cit., p. 37.

La concepción del indígena no queda circunscrita sólo al continente americano. También puede ser usada como sinónimo de quien es local, nativo u originario, y en oposición del inmigrante, extranjero o colono. Por lo mismo, puede encajar perfectamente con la idea, por ejemplo, de un indígena africano, como lo describe Dismas MASOLO⁶⁵⁵.

Se puede decir que la corriente indigenista busca situar al indígena como un sujeto dotado de plenos derechos, dentro de una sociedad compuesta por diversas culturas donde de los pueblos originarios se halla en desventaja política. Se contraponen con la discriminación y la minusvalía que de modo tradicional se le trató en los países colonizados. Promueve un diálogo entre culturas distintas, entre la macro cultura capitalista y las culturas indígenas oprimidas, buscando la complementación entre sistemas sociales antagónicos⁶⁵⁶.

Su postura es menos radical que la del indianismo, que es una reflexión y una acción política e ideológica generada por el indio, y que tiene dos objetivos principales. El primero es la revitalización de la cultura, el pensamiento tradicional y las instituciones ancestrales indígenas⁶⁵⁷. El segundo, es la liberación, mediante la revolución política. Por lo mismo, a diferencia de la orientación reivindicativa del indigenismo que busca asimilarse en la sociedad blanco-mestiza, el indianismo busca su emancipación. REINAGA lo describe en términos que merecen ser transcritos: *“La esperanza de que el cholaje resuelva nuestro problema cultural, que el cholaje ponga alfabeto al keswa y al aymara y nos revele nuestra historia y nuestra cultura, es una esperanza vana, inútil. Es una esperanza de asnos... Así como en el siglo pasado no resolvió el liberalismo positivista, hoy no resolverá el nacionalismo socializante ni el comunismo de cuño cholos. Este problema resolveremos los indios, cuando triunfe nuestra Revolución; la Revolución India. Sólo el indio resolverá el problema del indio. Somos indios”*⁶⁵⁸.

- b) El *multiculturalismo* es una corriente que pretende dar una respuesta normativa al pluralismo cultural. Así lo entiende DE LUCAS, quien explica que multiculturalidad y multiculturalismo son cosas diversas, mientras la primera es un hecho, el segundo es una postura ideológica frente al mismo⁶⁵⁹. O como sostiene ARANGO, el multiculturalismo, no es una condición como lo es la multiculturalidad, sino una ideología u orientación⁶⁶⁰.

El multiculturalismo también puede definirse en contraposición a otras soluciones al pluralismo cultural. Así, se puede contrastar con las políticas de la expulsión, la segregación, y la asimilación. Mientras las dos primeras son políticas de exclusión, la última, junto con el multiculturalismo constituyen políticas de inclusión.

La expulsión se basa en el rechazo que las minorías culturales sean consideradas miembro de la comunidad política, y para ello se usan mecanismos tales como la repatriación. La segregación, en tanto, no pretende el traslado forzado de las minorías, sin embargo, se les encapsula dentro del territorio y se les somete a una provisionalidad permanente y a un trato diferenciado del resto de los habitantes. Por lo tanto, la expulsión y la segregación se

⁶⁵⁵ Masolo, Dismas, *Filosofía y conocimiento indígena: una perspectiva africana*, en Santos y Meneses (editores), *Epistemologías del Sur (Perspectivas)*, Ediciones Akal, Madrid, 2014, pp. 517-537.

⁶⁵⁶ Soza Soruco, Jorge Luis, *El Discurso de la “cosmovisión andina”*. Una lectura marxista del “mundo andino”, Ediciones Bandera Roja, La Paz, 2009, p. 74.

⁶⁵⁷ Choque, *El Indigenismo y los Movimientos Indígenas en Bolivia*, op. cit., p. 83.

⁶⁵⁸ Reinaga, Fausto, *La revolución india*, Minka, La Paz, cuarta edición, 2010, pp. 136-140.

⁶⁵⁹ De Lucas, *La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos*, op. cit., pp. 63-64.

⁶⁶⁰ Arango, Joaquín, *¿De qué hablamos cuando hablamos de multiculturalismo?*. En *El País*, 2012, disponible en: http://elpais.com/diario/2002/03/23/opinion/1016838006_850215.html (revisado el 15 de marzo de 2017).

distinguen por cuanto la primera es considerada una política de intolerancia, y la segunda sería de tolerancia a lo multicultural. También es considerada una política de intolerancia a lo multicultural, pero – como se dijo – de inclusión, la asimilación. Esta última pretende la uniformidad de todos los sujetos y grupos conforme a un patrón común, a través de su absorción al grupo cultural dominante⁶⁶¹.

El multiculturalismo, por su parte, supone que “toda persona que viva en una sociedad, sea cual fuere su origen nacional o identidad cultural, tiene que contemplarse que disponga de los mismos derechos y deberes que el resto de la sociedad”, a través de formas democráticas de convivencia que permiten a todos los habitantes reencontrarse con su cultura de origen⁶⁶².

Estas formas democráticas dan lugar a distintos tipos de multiculturalismo, según lo describe TORRENS, como son el multiculturalismo del reconocimiento, del diálogo, de la diversidad, de la integración y de la igualdad.

El multiculturalismo *del reconocimiento* tiene por concepto clave la diferencia; pretende la afirmación de las identidades y la valoración de la diversidad; y está ligado con el factor comunitario, ya que pretende robustecer a las minorías para que puedan representar dichas diferencias en la esfera pública.

El multiculturalismo *del diálogo*, en tanto, trabaja con el mestizaje como eje central, entiende que en una sociedad hay identidades múltiples que se entrecruzan y que están llamadas a interactuar con el objetivo de lograr una cultura común, mestiza o de fusión, creando un espacio público compartido mediante el diálogo intercultural.

Para el multiculturalismo *de la diversidad*, tanto el mestizaje como la diferencia constituyen su centro, y combina elementos de los dos anteriores, ya que reconoce las diferencias culturales y promueve su diálogo, pero sin que ninguna de ellas sea aniquilada, como pareciera que ocurre con la segunda tendencia.

El multiculturalismo *de la integración* tiene precisamente a la integración como término clave, persigue la igualdad de derechos desde la indiferencia ante la diversidad; está conectado con perspectivas más liberales y concepciones atomistas de la sociedad, por cuanto favorece las libertades individuales y rechaza que las personas sean consideradas en razón con su pertenencia a colectividades.

El multiculturalismo *de la igualdad*, finalmente, se centra en la igualdad multicultural, aboga por la igualdad de derechos con reconocimiento de las diferencias y diálogo entre culturas, a través de la reversión de las desigualdades étnicas implicadas en las desigualdades sociales, y lo pretende realizar a través de siete mecanismos fundamentales: (1) el reconocimiento de la ciudadanía y de los derechos políticos, (2) el reconocimiento y valoración de las diferencias, (3) la interculturalidad o interrelación comunitaria y diálogo intercultural, (4) la redistribución por medio de la eficacia de los derechos sociales, (5) el empoderamiento y presencia política de las minorías, (6) la desegregación, revirtiendo la desigualdad étnica, promoviendo las acciones afirmativas, y (7) la libertad individual de elección de los propios estilos de vida⁶⁶³.

⁶⁶¹ Torrens, Xavier, *Multiculturalismo*, en Antón Mellón (editor), *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 381-404, pp. 388-396.

⁶⁶² Ídem, p. 396.

⁶⁶³ Ídem, pp. 399-403.

Más allá de la forma que asuma, el paradigma multicultural se abre paso en medio de los modelos hegemónicos, y rescata la igual dignidad de todas las culturas que integran una sociedad. Sin embargo, no busca subvertir el orden jurídico político existente, más bien lo enriquece por el reconocimiento de la diversidad, y en algunos casos, por la incorporación de las diferentes sensibilidades culturales en la toma de decisiones políticas. Aun así, el molde institucional y los cánones ideológicos son los provenientes del modelo tradicional. En ese sentido, las pretensiones de transformar las bases del orden existente no se satisfacen con la ideología multicultural, tan solo hay un intento de mutua adaptación entre la cultura hegemónica y las de minoría.

- c) El *postcolonialismo* es una corriente de difícil definición, variada y compleja. Su origen se ubica en los trabajos de Edward Said, Gayatri Spivak, Homi Bhabba, Albert Memmi, Aimé Césaire, Amílcar Cabral, C.L.R. James y Frantz Fanon, entre otros, y que comenzaron a elaborarse en la década de 1940⁶⁶⁴

SHOHAT explica que el postcolonialismo nace como reacción al concepto del “Tercer Mundo”. Durante el Siglo XX, dicho apelativo sirvió para aludir tanto a los movimientos nacionalistas anticoloniales, como a los países político-económicamente dependientes. En verdad, dicho bloque no existe como cuerpo cohesionado, ni sus supuestos integrantes son homogéneos, ni revolucionarios. Tampoco es efectivo que las luchas anticoloniales se den entre Estados, sino que muchas veces se produce en el seno de ellos mismos. Por lo mismo, el término “postcolonial” ha servido para referirse a ese conjunto de teorías, variadas y diversas, que se articulan como “discursos críticos que tematizan las cuestiones derivadas de las relaciones coloniales y sus secuelas, cubriendo un período histórico amplio (incluido el presente)”⁶⁶⁵.

El hecho de que sea una corriente que nace en las antiguas colonias, independizadas en diferentes épocas de la Historia, trae consigo la problemática temporal de definir cuándo comienza lo postcolonial. Así, en América, Sudáfrica y Oceanía la mayoría de las emancipaciones tuvieron lugar entre los Siglos XVIII y XIX, mientras que en África y Asia estos procesos son recién del Siglo XX. El riesgo de esta indeterminación es la globalización del concepto de la postcolonialidad, escondiendo su diversidad y sus particularidades geográficas y temporales. Además, el prefijo “post”, hace pensar que el colonialismo es una cuestión del pasado, ocultando también el hecho de que parte de él se mantiene hasta nuestros días⁶⁶⁶.

Aun asumiendo esas dificultades, y sin poder ahondar más en este tema, se puede afirmar que el postcolonialismo pretende evidenciar que las perspectivas epistémicas desde las cuales se observan y estudian las sociedades anteriormente colonizadas, se encuentran cargadas por un discurso globalizador. Se trata de una mirada autocrítica, que asume que el conocimiento se ha construido bajo el paraguas de la occidentalización, entendida como “un fenómeno sin retorno y que el único camino viable para todo el mundo es aprender a negociar con ella”⁶⁶⁷. Su mérito está en evidenciar que el saber que se había desarrollado en estas

⁶⁶⁴ Rabasa, José, *Postcolonialismo*, en Szurmuk y Mckee (coordinación), *Diccionario de estudios culturales latinoamericanos*, Siglo Veintiuno editores, Madrid, 2009, pp. 217-221, p. 218.

⁶⁶⁵ Shohat, Ella, *Notas sobre lo <<postcolonial>>*, en Mezzadra (compilador), *Estudios Postcoloniales. Ensayos fundamentales*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2008, pp. 103-120, pp. 104-106.

⁶⁶⁶ Ídem, pp. 109-111.

⁶⁶⁷ Castro-Gómez, Santiago y Mendieta, Eduardo, *Introducción: La translocalización discursiva de Latinoamérica en tiempos de la globalización*, en Castro-Gómez y Mendieta (coordinadores), *Teorías sin disciplina. latinoamericanismo, postcolonialidad y globalización en debate*, Miguel Ángel Porrúa, México D. F., 1998.

naciones había estado mediatizado por el paradigma de las potencias conquistadoras. A partir de ese diagnóstico pueden derivar consecuencias políticas importantes, que podrían llegar a ideales emancipadores y descolonizadores, sin embargo, es insuficiente para construir, por sí solo, un nuevo orden constitucional.

- d) La perspectiva *decolonial* o *descolonial*⁶⁶⁸, tal como ocurre con lo postcolonial, nuevamente nos enfrenta a una alternativa epistémica más que a una propuesta de transformación del Estado. Walter MIGNOLO sostiene que el pensamiento decolonial nació en el mismo momento en que se funda la colonialidad/modernidad en América, a partir de los pensamientos indígena y afrocaribeño, para luego extenderse a Asia y África. Se desarrolla bajo la Guerra Fría, y una vez que ella se acaba, “el pensamiento decolonial comienza a trazar su propia genealogía”. Más adelante, aclara que la diferencia con los estudios postcoloniales es que “la genealogía de estos se localiza en el postestructuralismo francés más que en la densa historia del pensamiento planetario decolonial”⁶⁶⁹.

Un autor fundamental para el pensamiento decolonial es el sociólogo peruano Aníbal QUIJANO, quien aboga por una crítica urgente al paradigma de la racionalidad/modernidad, y propone desprenderse de sus vinculaciones con la colonialidad. A partir de ello, se podrá avanzar hasta desprenderse de “todo poder no constituido en la decisión libre de las gentes libres” y así destruir la colonialidad del poder mundial⁶⁷⁰.

A esta ruptura con el pensamiento colonial se le ha conocido como el “giro decolonial”, y produce la apertura y la libertad “del pensamiento y de formas de vida-otras (economía-otras, teorías políticas-otras); la limpieza de la colonialidad del ser y del saber; el desprendimiento de la retórica de la modernidad y de su imaginario imperial articulado en la retórica de la democracia”⁶⁷¹.

La meta decolonial no es aún jurídica ni políticamente descolonizadora, ni siquiera alcanza a serlo culturalmente. Más bien representa, como sostiene QUIJANO, una “descolonización epistemológica” que debiera dar paso a “una nueva comunicación intercultural, a un intercambio de experiencias y de significaciones, como la base de otra racionalidad que pueda pretender, con legitimidad, alguna universalidad”⁶⁷². Como se ve, no pretende subvertir las relaciones de dominación y hegemonía que se dan en el contexto, es parcial ya que no se aboca a los demás aspectos que implican subalternidad, como es en lo relativo a la hegemonía jurídica, económica y política, y no tiene necesariamente por objeto la transformación radical ni la refundación de la organización estatal.

⁶⁶⁸ De acuerdo a lo que señala Alejandro de Oto, se aceptan ambas denominaciones. El señala que en las publicaciones argentinas (también se puede decir derechamente, en las latinoamericanas) ha prevalecido el uso de “descolonial”, mientras que en el resto de los países, lo usual es el galicismo “decolonial”. Véase en de Oto, Alejandro, *Pensamiento Descolonial/Decolonial*. En *Centro de Educación, Ciencia y Sociedad*, Pensamiento Latinoamericano y Alternativo, Buenos Aires, disponible en: <http://www.cecies.org/articulo.asp?id=285> (revisado el 15 de marzo de 2017).

⁶⁶⁹ Mignolo, Walter, *El pensamiento descolonial: desprendimiento y apertura*. Un manifiesto, en Castro-Gómez y Grosfoguel (editores), *El giro descolonial*. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global, Siglo del hombre editores, Bogotá, 2007, pp. 25-46.

⁶⁷⁰ Quijano, Aníbal, *Colonialidad y modernidad/racionalidad*. En *Perú Indígena*, número 13, 1992, pp. 11-20, p. 19.

⁶⁷¹ Mignolo, *El pensamiento descolonial: desprendimiento y apertura*. Un manifiesto, op. cit., p. 29.

⁶⁷² Quijano, *Colonialidad y modernidad/racionalidad*, op. cit., pp. 19-20.

Otra vez, la fórmula decolonial tal como sucedió con lo postcolonial, alude a un cambio trascendente en la esfera de la forma como se construye el conocimiento, a la desconstrucción del lenguaje y del conocimiento, develando las matrices coloniales y construyendo saberes novedosos apoyados en paradigmas ancestrales. Y si bien de aquello pueden derivar más tarde consecuencias políticas y jurídicas, ello no ocurrirá sino con el movimiento descolonizador.

5.3.2. *El colonialismo en el ámbito político: los enemigos internos y externos a la autodeterminación*

Otra de las manifestaciones del colonialismo es en materia política. En esta área, lo que se propone es que, aun cuando puede haberse puesto término a la dominación europea en estas regiones, el colonialismo político no ha desaparecido, toda vez que las decisiones políticas siguen siendo adoptadas por una elite, sin que las masas hayan podido jamás tener el control de las mismas.

Según Bartolomé CLAVERO, mucho hicieron las primeras constituciones latinoamericanas para forjar esta situación. En efecto, sostiene que “[n]o resulta misterio alguno que las flamantes constituciones americanas fueron ante todo la pantalla que ocultaba la continuidad del colonialismo”, y que “[q]uienes formaban Estados no se liberaban de un yugo colonial que nunca habían sufrido y del que se venían beneficiando (...) [fortaleciendo] el colonialismo a través, entre otros medios, de constituciones estableciendo poderes oportunos al efecto de dicho continuismo de fondo”. Así, este sometimiento no ocurre “a pesar de las constituciones, sino por medio de ellas”⁶⁷³.

Este fenómeno es explicado por PALACIOS como una suerte de “expropiación política” realizado por las clases criollas terratenientes, inmediatamente lograda la independencia de los países latinoamericanos. Ella consistió en la privación de la participación, fruto de la *patrimonialización* del Estado, en la cual dicha clase no sólo se quedó con las antiguas tierras de la Corona y de la Iglesia – además de las tierras censales, municipales y comunitarias – sino que además se apropió de la gestión política interna⁶⁷⁴.

Dicha situación no cambiaría sustancialmente después. Las primeras implantaciones del sufragio universal fueron de poca utilidad, ya que se sucedían los estados de excepción y la persecución de los disidentes. Más tarde, se generaliza el sufragio universal, pero el control político y social se realizará a través de frentes partidocráticos, manteniéndose el modelo cerrado, con presencia de partidos cerrados que gobernaban alternadamente o mediante alianzas. La salida a los abusos derivados de la partidocracia fue, regularmente, la de los golpes de Estado y sus dictaduras militares posteriores, donde nuevamente la exclusión era la regla. Ya con la disidencia exterminada, se elimina la base público-social de los Estados, bajo la determinación de los grupos de presión y, principalmente, la dirección de las tecnocracias funcionales a las transnacionales⁶⁷⁵.

Para que la clase hegemónica pueda monopolizar las decisiones políticas se ha valido de diversas herramientas. Una de ellas consiste en el recurso a la *meritocracia*⁶⁷⁶. El control del

⁶⁷³ Clavero, Bartolomé, *Bolivia entre constitucionalismo colonial y constitucionalismo emancipatorio*, en Chivi Vargas (coordinador), *Bolivia, Nueva Constitución Política del Estado*. Conceptos elementales para su desarrollo normativo, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, Ayacucho, 2010, pp. 97-108, p. 97.

⁶⁷⁴ Palacios, op. cit., p. 35.

⁶⁷⁵ Ídem, pp. 35-36.

⁶⁷⁶ Sobre la idea de meritocracia y sus implicancias en esta materia, véase artículo de Sarzuri-Lima, Marcelo, *Escenarios (des) colonizadores*, en Sarzuri-Lima (coordinador), *Escenarios (Des) colonizadores*, Instituto Internacional de Integración Convenio Andrés Bello, Lima, 2012, pp. 11-40.

conocimiento, de las ciencias y de la cultura por parte de la clase colonizadora condujo a que dichas formas de construcción del saber adquiriesen pretensiones de universalidad, y pasaron a ser métodos verdaderos e incuestionables. Sólo quienes pudiesen ser conocedores de aquellas formas tenían los méritos suficientes para decidir las cuestiones políticas. Se generaba de, alguna forma, un racismo por inteligencia, por medio del cual los únicos que podían ocupar espacios de poder eran quienes tenían los méritos suficientes para ello, o sea, quienes habían logrado destacar en las academias formadoras de expertos en conocimientos hegemónicos.

La consecuencia de estas prácticas no podía ser otra: la exclusión de las clases ajenas a tales conocimientos de los circuitos de poder. Tal exclusión derivaba, aparentemente, de su falta de méritos, según lo ya explicado. Sin embargo, la falta de recursos económicos por parte de las familias que vivían en situación de pobreza hacía muy difícil que sus hijos pudiesen acceder a tales estudios. Y lo que es peor, la lógica de que los méritos tenían que ver sólo con el conocimiento de cierta clase de saberes, impedía que quienes habían sido formados en otro tipo de culturas, especialmente las indígenas, pudiesen acceder a puestos de poder. Más aún, al ser generalizada, esta práctica no solo afectaba a individuos específicos, sino que impedía que masas enteras –especialmente los pueblos indígenas– pudiesen participar, perpetuándose el colonialismo político.

Sin embargo, la supervivencia del colonialismo aún después de obtenida la independencia de los países latinoamericanos no deriva sólo de prácticas, sino que tiene caracteres estructurales relacionados con la forma como se organizaron estas repúblicas a partir del Siglo XIX. De partida, se trata de Estados que intentan construirse bajo el paradigma de los Estados-nación, pero sin que fuera la nación la que daba origen al Estado, sino más bien –como sostiene CHUQUIMIA– fue a la inversa: el Estado dio origen a una nación. De esta forma, la ausencia de una conciencia nacional de base fue reemplazada por el imaginario de una conciencia de que “unos cuantos libertadores o independentistas conformaban un poder legítimo”. Con ello, la pretendida independencia sólo se dirigió a la demarcación del territorio, pero los pueblos originarios no la obtuvieron en realidad, siguieron siendo explotados y excluidos. Un sector minoritario y oligárquico detentaba el poder político y definía el destino de la nación⁶⁷⁷.

A la colonialidad interna debe agregarse más tarde aquella que proviene por la intromisión de potencias extranjeras, particularmente Estados Unidos, en la vida política latinoamericana. Esta intervención no es solo económica, sino que también se extiende a las definiciones políticas, las cuales dejan de estar en manos de los pueblos latinoamericanos, sino que son forzadas o, derechamente, adoptadas por las potencias del norte. Hay dos formas de entender esta intrusión: el imperialismo y el imperio.

El sociólogo belga François HOUTART señala que el imperialismo puede ser entendido, en sentido histórico, como “la dominación política de un Estado sobre varios otros para establecer una hegemonía política, económica, cultural”, aun cuando sostiene que, en la actualidad, significa “la articulación de todas las partes del mundo en un sistema mundial único, caracterizado por las desigualdades del desarrollo (...) como exigencia de la lógica misma de la acumulación del capital”⁶⁷⁸. En un sentido similar, debe citarse la célebre definición de Rosa LUXEMBURG, quien entiende por imperialismo: “la expresión política del proceso de la acumulación del capital en su lucha para conquistar los medios no capitalistas que no se hallen todavía agotados”⁶⁷⁹.

⁶⁷⁷ Chuquimia Escobar, René Guery, *Historia, Colonia y derecho de los pueblos indígenas*, en Santos y Exeni (editores), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Abya Yala, Quito, 2012, pp. 151-200, pp. 174-184.

⁶⁷⁸ François Houtart, *¿Qué es el Imperialismo?*. En *Cetri*, Louvain, 2004, disponible en: <http://www.cetri.be/Que-es-el-imperialismo?lang=fr> (revisado el 22 de marzo de 2017).

⁶⁷⁹ Luxemburg, Rosa, *La acumulación del capital*, Grijalbo, México, 1967, p. 346.

Sin embargo, HARDT y NEGRI sostienen que la idea de imperialismo alude a un proceso político concreto: corresponde a la extensión de la soberanía de los Estados-nación europeos más allá de sus propias fronteras. Estas últimas, entendidas como fronteras territoriales, delimitaban el centro de poder desde donde se ejercía el dominio sobre los territorios extranjeros externos. El imperio, en cambio, no establece ningún centro de poder, no se sustenta en fronteras ni barreras fijas, es “un aparato descentralizado y *desterritorializador* de dominio que progresivamente incorpora la totalidad del terreno global dentro de sus fronteras abiertas y en permanente expansión”⁶⁸⁰.

Ya sea que se trate del imperialismo o, derechamente, del imperio, la situación de los pueblos latinoamericanos implicó que su participación en la toma de decisiones nuevamente se vio afectada, excluyéndoseles en la toma de las decisiones políticas fundamentales. A su vez, dicha exclusión dio origen a dos líneas de resistencia: el *antiimperialismo* y el *antiglobalismo*.

El *antiimperialismo* es la resistencia a la pretensión de expansión de la soberanía por parte de los países dominantes, o sea, al imperialismo. En especial, la lucha se da en contra de Estados Unidos, algunos países europeos, e incluso con otros estados latinoamericanos. Sobre este último punto, no debe olvidarse que uno de los episodios clave en el empoderamiento de las clases indígenas en Bolivia fue la llamada “Guerra del gas”, originada precisamente por el rechazo de la exportación del gas natural por puertos chilenos, lo cual fue denunciado por dirigentes políticos bolivianos como una muestra “de ese poder imperial del neoliberalismo”, recordando que “Bolivia es antiimperialista, por lo que ha sido fácil unir las fuerzas populares para hacer frente a su gobierno”⁶⁸¹.

El *antiglobalismo*, en tanto, está más ligado con la resistencia al imperio, en los términos de HARDT y NEGRI, toda vez que su enemigo no son determinados países, sino un sistema instalado en el mundo entero con carácter hegemónico. Así, el antiglobalismo es una ideología que concibe a la globalización como un proceso histórico totalizador, y se opone a ella, así como a los sujetos que emergen de tal proceso. Estos individuos corresponden: (a) al cosmopolita (aquél que es reconocible en cualquier lugar del planeta, porque no exhibe ninguna particularidad local); (b) al capitalista (defensor del sistema económico global actualmente existente); y (c) al consumista (despreocupado del derroche energético y del desgaste ecológico que se origina por su conducta compulsiva)⁶⁸².

En definitiva, el colonialismo político se manifestará internamente por el control que realiza de los espacios de poder la clase dominante hegemónica, excluyendo a las masas populares, principalmente indígenas. También se manifestará, de forma externa, por la presencia del imperialismo y del imperio, lo cual también impide el ejercicio pleno de la autodeterminación política.

5.3.3. *El colonialismo en el ámbito jurídico: el monismo jurídico*

Como ya se explicó en el punto 4 de este capítulo, ínsito en la idea de colonialismo se ubica la imposición de un determinado orden jurídico a todos los pueblos que forman parte del Estado, sin reconocer las particularidades internas que puedan existir a partir de órdenes jurídicos que se originan

⁶⁸⁰ Hardt, Michael y Negri, Toni, *Imperio*, Harvard University Press, Massachussets, 2000, p. 13-14.

⁶⁸¹ Aguilar Agramont, Ricardo, *Aquel septiembre de octubre de 2003, más allá del gas por Chile*. En *La Razón*, La Paz, 2013, disponible en: http://la-razon.com/index.php?url=/suplementos/animal_politico/septiembre-octubre-alla-gas-Chile_0_1906609389.html (revisado el 22 de marzo de 2017).

⁶⁸² Sobre antiglobalismo, véase Moreno del Río, Carmelo, *Antiglobalismo*, en Antón Mellón (editor), *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*, Tecnos, Madrid, 2012, pp.459-478.

a partir de culturas diferentes. Esto es lo que se conoce como “monismo jurídico”, el cual entiende que el Estado es el productor exclusivo de Derecho⁶⁸³.

Las definiciones de monismo jurídico y de su contrapartida, el pluralismo jurídico, no siempre son abordadas, en atención a lo que sugiere E. Liliana LÓPEZ, y es que ambos términos suelen conceptualizarse sólo por oposición al otro⁶⁸⁴. John GRIFFITHS denomina este monismo como “centralismo jurídico”, y se refiere a él como una afirmación ideológica con pretensiones de parecer científica, acerca de cómo debe ser el mundo, agregando que mientras el pluralismo jurídico es un hecho, el centralismo jurídico es un mito, una ilusión. Sin embargo, este mito, esta ideología tiene tal arraigo porque los juristas y científicos sociales han convertido a esta imagen en un hecho y en “la piedra fundacional de la teoría social y jurídica”⁶⁸⁵. Como lo han sostenido ARIZA y BONILLA, tal creencia se funda en el compromiso de que “dentro de un [E]stado debe existir un soberano indivisible, esto es un solo individuo o un grupo de individuos con poder creador de [D]erecho y fuente única de poder político que garantice la cohesión y carácter unitario de la nación”⁶⁸⁶.

La necesidad de un ordenamiento jurídico único se funda en asegurar la seguridad jurídica, la igualdad y la libertad (o “liberalismo” como señala GARCÍA LOZANO⁶⁸⁷), donde al poder legislativo le corresponde la aprobación de normas jurídicas representativas de la voluntad del pueblo, y al ejecutivo y al judicial, aplicarlas.

La postura crítica al monismo jurídico surge con los procesos de descolonización vividos a partir de mediados del Siglo XX en Asia y África, descolonización que claramente era incompleta, toda vez que continuaba un remanente de ella al pretender conservarse el paradigma del Derecho estatal como único Derecho válido. Parte de la comunidad científica de los Estados en proceso de reestructuración centró sus estudios en los ordenamientos de los pueblos, y descubrió en ellos “otras formas de Derecho”, evidenciando que ellas quedaban ocultas bajo el paraguas del ordenamiento estatal⁶⁸⁸.

El inconveniente que se genera a partir de la existencia de un ordenamiento jurídico único y común radica en que el Derecho no es tan solo un conjunto de normas, sino que es expresión de un determinado paradigma ideológico que lo determina. O como dice MEDICI, “la creación de [los] significados jurídicos, la *jurisgénesis*, siempre se lleva a cabo a través de un proceso cultural”⁶⁸⁹. En atención a ello, el Derecho termina siendo uno de los vehículos en virtud del cual, aquella cultura hegemónica ejerce control hegemónico a toda la población, ocultando nuevamente las demás culturas.

⁶⁸³ López López, Liliana, *El pluralismo jurídico: una propuesta paradigmática para repensar el Derecho*. En *Revista de Derecho Constitucional Umbral*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, número 4: número extraordinario Pluralismo Jurídico, junio-diciembre 2014, pp. 31-64, cft. p. 44.

⁶⁸⁴ López, op. cit., p. 47.

⁶⁸⁵ Griffiths, John, “¿Qué es el pluralismo jurídico?”, en Bonilla, et al, *Pluralismo jurídico*, Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007, pp. 149-152.

⁶⁸⁶ Ariza Higuera, Libardo y Bonilla, Daniel, “*Estudio preliminar*”, en Engle, Griffiths y Tamana, *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2007, pp. 21 y 22.

⁶⁸⁷ García Lozano, Luisa Fernanda, *Pluralismo jurídico: nuevos constructos para microsociedades*. En *Revista de Derecho Constitucional Umbral*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, número 4: número extraordinario Pluralismo Jurídico, junio-diciembre 2014, pp. 87-102, p. 89.

⁶⁸⁸ Iannello, Pablo, *Pluralismo jurídico*, en Fabra y Núñez (editores), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., Volumen I, 2016, pp. 767-790, pp. 767-772.

⁶⁸⁹ Medici, Alejandro, *El malestar en la cultura jurídica*, La Plata, EDULP, 2011.

Al ser el monismo jurídico el modelo imperante en Latinoamérica, de ello se derivaron dos consecuencias. La primera, relacionada con el Estado de Derecho, la segunda con el sistema de Justicia.

Respecto del primero, el Estado de Derecho es concebido, en su concepto formal, como un modelo de organización que se caracteriza por la vigencia de una ley común para todos los habitantes, sin excepción alguna. El ideal rousseauniano que las sociedades pueden convenir en normas racionales que se forman por acuerdo de todos y, por lo mismo, obligan a todos supone, por cierto, homogeneidad de quienes participan, con su voluntad, en la dictación de aquellas. La lógica de que el ordenamiento jurídico es uno solo y que nadie puede exceptuarse de él, se sustenta en el principio de igualdad de todos los habitantes, y cualquier excepción implicará discriminación.

Como consecuencia de ello, el Estado de Derecho termina disfrazando la aludida relación hegemónica. La convicción, por parte de los indígenas y demás culturas no hegemónicas, que la obediencia y el sometimiento a tales normas jurídicas se justifica por la búsqueda del bien común y la paz social, consolida la subalternidad: es una circunstancia que incomoda, pero que se acepta, al estimarse como imposible de revertir.

En relación con el sistema de Justicia, la existencia de un único ordenamiento jurídico (monismo jurídico) también implica un único sistema jurisdiccional para la resolución de conflictos (monismo jurisdiccional). Tal como se indicó anteriormente, el carácter monista de la jurisdicción puede generarse por dos vías: por la inexistencia de mecanismos de jurisdicción diferentes a los oficiales, o bien, por el reconocimiento de los mismos, pero sometidos a los estatales. La transformación de este modelo es lo que, para Raquel YRIGOYEN, constituye un rasgo fundamental para poder avanzar hacia un verdadero pluralismo jurídico⁶⁹⁰.

5.3.4. *El colonialismo en el ámbito económico: mercantilismo y depredación*

El sociólogo boliviano Raúl PRADA define el modelo económico existente antes de los movimientos constituyentes en análisis, como un modelo desarrollista, basado en el supuesto de la revolución industrial, que es un paradigma surgido con el capitalismo inglés del Siglo XIX y que se extendió a la periferia del mundo capitalista durante la pasada década de los cincuenta y los sesenta⁶⁹¹.

Este modelo se genera en el así llamado “Primer Mundo”, pero su ejecución incidió también en Latinoamérica. Esta incidencia se explica, primero, por la explotación que el referido modelo realiza sobre los recursos presentes en esta región, y luego porque también fue implantado y adoptado por nuestros países como propio. Estas circunstancias significaron diferentes consecuencias que demuestran colonialidad y hegemonía en diferentes planos: (a) en lo laboral, implicó la dominación de las fuerzas laborales al servicio de un mercado eurocéntrico; (b) en lo medioambiental, se tradujo en la depredación de la naturaleza; y en lo social, (c) altos niveles de pobreza y desigualdad, además de (d) la exclusión de fórmulas alternativas de desarrollo y economía, las cuales quedaron sometidas al modelo económico predominante.

⁶⁹⁰ Al respecto, véanse: Yrigoyen, *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, op. cit., pp. 171-195; Yrigoyen, *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*, op. cit., pp. 537-567 y Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista*, op. cit., p. 171.

⁶⁹¹ Prada Alcoreza, Raúl, *Horizontes del cambio: Estado plurinacional y socialismo comunitario*, en Errejón y Serrano (coordinadores), *¡Ahora es cuándo, carajo!*. *Del asalto a la transformación del Estado en Bolivia*, El Viejo Topo, Barcelona, 2011, pp. 145-168, p. 158.

En relación con el ámbito laboral, la historia se remonta al Siglo XVI, cuando se inicia el comercio internacional luego de los grandes descubrimientos. La globalización del mercado encontrará en Europa su eje y su centro. Desde allí, el hombre blanco controlará todo el tráfico de mercancías y, para ello, será necesario contar con mano de obra india, negra y mestiza proveniente de América y África, así como con metales preciosos extraídos también de esas tierras para poder monetizar el intercambio comercial. De este modo, la hegemonía económica estaba radicada en la Europa atlántica, la cual no solo controlaba el tráfico de mercancías, sino que también el del trabajo humano: mientras el trabajo asalariado solo se mantenía en territorio europeo, ello no ocurrió en América, donde el trabajo fue gratuito, producto de la explotación, como manifestación de la dominación colonial⁶⁹².

En seguida, el colonialismo en materia económica también se expresa por el abuso y depredación que este modelo efectúa sobre el medio ambiente. Para que el centro económico situado, como se dijo, en Europa pudiese contar con los medios suficientes para poder desarrollarse, hizo necesario valerse de los recursos naturales de los países del denominado “Tercer Mundo”. Así, tuvo lugar el fenómeno conocido como *extractivismo*, el cual es definido por GUDYNAS como “un tipo de extracción de recursos naturales, en gran volumen o alta intensidad, y que están orientados esencialmente a ser exportados como materias primas sin procesar, o con un procesamiento mínimo”⁶⁹³. Este fenómeno quizás no sería problemático si, junto con él, no se produjera degradación y depredación ambientales. La degradación ambiental corresponde, según PRADA, al proceso corrosivo de contaminación, el cual “desata una insolvencia creciente de recursos renovables que conforman el medio ambiente y lo sostienen, sosteniendo al mismo tiempo al género humano y a los seres orgánicos”, y se produce por efecto de la deforestación, el daño a los suelos y la desertificación. La depredación, en tanto, es entendida por el mismo autor como aquella degradación ambiental que se produce por la acción de las sociedades humanas, quienes tienen “capacidad destructiva de los ecosistemas y equilibrios ecológicos, haciendo desaparecer especies y la riqueza de la biodiversidad”⁶⁹⁴.

El daño ambiental que se genera a partir de esta economía afecta lo que parte de la doctrina denomina “justicia ambiental”. Ello queda reflejado en la descripción que hace Joan MARTÍNEZ: “no todos los humanos son igualmente afectados por el uso que la economía hace del ambiente natural. Unos se benefician más que otros, de ahí los conflictos ecológico-distributivos o conflictos de justicia ambiental”⁶⁹⁵. Los mencionados conflictos de justicia ambiental se incrementan especialmente durante la pasada década de los noventa en América Latina por la implementación del proyecto neoliberal que permitió el “aterrizaje” de inversiones extranjeras en la región, los cuales trajeron, según APARICIO, expolio, empobrecimiento y, en lo que se trata aquí, destrucción ambiental⁶⁹⁶.

⁶⁹² Sobre el eurocentrismo económico y sus efectos en el ámbito del trabajo, véase: Quijano, Aníbal, *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina*, en Lander (compilador), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*, Clacso, Buenos Aires, julio 2000, pp. 201-246.

⁶⁹³ Gudynas, Eduardo, *Extractivismos. Ecología, economía y política de un modo de entender el desarrollo y la Naturaleza*, Centro de Documentación e Información Bolivia, Cochabamba, 2015, p. 13.

⁶⁹⁴ Prada Alcoreza, Raúl, *Más allá del capitalismo y la modernidad*, en Gosálvez y Dulon (coordinadores), *Descolonización en Bolivia. Cuatro ejes para comprender el cambio*, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia y Fundación Boliviana para la Democracia Multipartidaria, La Paz, 2017, pp. 269-322, p. 271.

⁶⁹⁵ Martínez Alier, Joan, *Los conflictos ecológico-distributivos y los indicadores de Sustentabilidad*. En *Revista Iberoamericana de Economía Ecológica*, Flacso, Quito, 2004, pp. 21-30, p. 21.

⁶⁹⁶ Aparicio Wilhelmi, Marco, *El Constitucionalismo de la crisis ecológica. Derechos y Naturaleza en las Constituciones de Ecuador y Bolivia*, en Pigrau (editor), *Pueblos indígenas, diversidad cultural y justicia ambiental*. Un estudio de las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 459-524, p. 464.

La sobreexplotación de los recursos naturales implica, desde la perspectiva del ser humano, un evidente perjuicio económico a las poblaciones latinoamericanas, pero también afecta la filosofía indígena que percibe a la naturaleza no solo como la proveedora de recursos, sino como un ente digno. Como lo señala Nina PACARI, bajo la cosmovisión indígena, todos los seres de la naturaleza “están investidos de energía que es el SAMAI y, en consecuencia, son seres que tienen vida [y] disfrutan de una familia, de alegrías y tristezas igual que el ser humanos”. Agrega que la Tierra para los indígenas es *allpa-mama*, la cual tiene una identidad de género, ya que es mujer, y además, “es lo más grande y sagrado, es la generadora de vida y producción; sin ella, caemos en la nada, simplemente somos la nada o no somos nadie, como dicen nuestros abuelos”⁶⁹⁷. El daño, por tanto, además de ser económico, es simbólico, moral y cultural.

Además, la imposición del modelo eurocéntrico generó –según sus críticos– pobreza y desigualdad. Así, por ejemplo, en Ecuador, la crisis derivada de este modelo trajo, como lo explica AYALA, un descenso de los niveles de vida: los precios se elevaron en proporciones inéditas, mientras que las remuneraciones se mantuvieron en niveles extremadamente bajos. La alta inflación y los bajos ingresos trajeron consigo que muchos ecuatorianos cayeran en la miseria y el desempleo⁶⁹⁸.

Algo muy similar se vivía en Bolivia. SERRANO y MONTERO narran de qué modo las agresivas políticas neoliberales aplicadas en la segunda mitad del Siglo XX en ese país generaron un grave desequilibrio social. Aun cuando creció la exportación de materias primas (principalmente, estaño), ello no alcanzó para poder satisfacer las necesidades internas de la población, por lo que el déficit fue suplido por un alto endeudamiento externo. Pero, además, se privatizaron 84 empresas públicas, y se sustituyó el régimen de reparto en materia de pensiones, por uno de capitalización individual. Todos estos cambios finalizaron con una altísima cesantía, aumento desmesurado de la pobreza, y graves problemas de desnutrición y exclusión⁶⁹⁹.

El impacto económico de estas políticas en ambos países se traduce, jurídicamente, en una grave afectación en el ejercicio de los derechos sociales. La crisis del modelo liberal que había motivado el surgimiento del constitucionalismo social – proceso ya tratado en el capítulo primero – se replica varias décadas después en América Latina, donde las políticas neoliberales que se implantaron en la región generaron las mismas deficiencias que ya habían operado anteriormente en el resto del mundo.

Finalmente, la imposición del modelo capitalista eurocéntrico produjo el ocultamiento de fórmulas económicas alternativas, las que no pudieron aplicarse debido a que quedaron sumergidas por el efecto hegemónico del mercado. En particular, hacía imposible pensar en algún modelo basado en criterios de solidaridad, de respeto por la naturaleza, y con respeto por la cultura indígena. Esta suerte de monismo económico es criticada por la comunidad académica y resistido por la población. Y es que, tal como lo señala Nicole PÉREZ, “[n]o existe un solo camino que conduzca al desarrollo, por lo cual es necesario generar mecanismos innovadores que se adapten a nuestra cultura y geografía”⁷⁰⁰.

⁶⁹⁷ Pacari, Nina, “Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas”, en Acosta y Martínez (compiladores), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009, pp. 33-34.

⁶⁹⁸ Ayala, *Rasgos de la reciente experiencia constitucional del Ecuador*, op. cit., pp. 64-65.

⁶⁹⁹ Serrano, Alfredo y Montero, Alberto, *El modelo económico del cambio*, en Errejón y Serrano (coordinadores), “¡Ahora es cuándo, carajo!”. *Del asalto a la transformación del Estado en Bolivia*, El Viejo Topo, Barcelona, 2011, pp. 181-196, pp. 183-186.

⁷⁰⁰ Pérez Ruales, Nicole, *Hacia un nuevo modelo de desarrollo*, en Ávila (editor), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Ministerios de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 201-223, p. 221.

6.- Consecuencias del colonialismo en los derechos fundamentales

El aspecto descolonizador es fundamental para una adecuada configuración conceptual de este nuevo constitucionalismo. Asimismo, es un elemento clave para comprobar la hipótesis planteada al inicio de la investigación, y es que el NCLAD se resiste al colonialismo, en tanto constituye una nueva amenaza para la garantía y ejercicio de los derechos fundamentales.

En esa línea, cabe advertir que la colonialidad ha producido, por ejemplo, afectaciones sobre algunos derechos civiles contra las mujeres. La vinculación entre colonialidad y género se produce a través de una particular relación hegemónica como es el patriarcado. La argentina María LUGONÉS ha desarrollado este punto, demostrando que dicho modelo ha generado violencia (e indiferencia hacia la misma) hacia las mujeres, especialmente, cuando pertenecen además a una minoría étnica⁷⁰¹. Dicha relación patriarcal, por cierto, fue uno de los elementos importantes por la cual las mujeres latinoamericanas, además de las reivindicaciones generales de toda la población, hayan exigido una transformación constitucional que también las incluya, no solo en lo formal – ya que se introduce el lenguaje de género en las nuevas Constituciones – sino también en sus derechos. Se propone un Estado pospatriarcal que avance hacia una concepción no aislada de las relaciones entre las personas, ni mucho menos de dominación, sino de interdependencia, de cuidado mutuo, aquello que Blanca RODRÍGUEZ explica como el paso de un modelo androcéntrico de ciudadanía, a uno de *cuidanía* (palabra que tiene su raíz en el verbo “cuidar”), donde todas las personas nos protejamos, con independencia, pero con respeto por nuestra diversidad⁷⁰². Esta transformación producirá efectos importantes en los derechos civiles de las mujeres, tanto en lo relativo al principio de igualdad, como en el cuidado por su vida e integridad física, enfrentándose respectivamente a la discriminación de género y a la violencia de género, ambas sustentadas en un patriarcado colonial hegemónico.

Sin embargo –y sin que con ello se minimicen las vulneraciones de derechos civiles– las cuatro formas de colonización antes señaladas: cultural, jurídica, política y económica, han producido principalmente vulneraciones a tres categorías de derechos, como son, los derechos culturales, políticos y sociales.

6.1. Afectación a derechos culturales

Para entender de qué forma el colonialismo afecta a los llamados derechos culturales, es recomendable recordar que para la UNESCO⁷⁰³, la diversidad cultural es “para el género humano, tan necesaria como la diversidad biológica para los organismos vivos” (art. 1°). Con el objeto de garantizarla, se establecen derechos culturales, los cuales son derechos humanos que poseen todas las personas para: poder expresarse, crear y difundir sus obras en la lengua que desee y en particular a su lengua materna; acceder a una educación y una formación de calidad que respete plenamente su identidad cultural; y a participar en la vida cultural que elija y ejercer sus propias prácticas culturales, dentro de los límites que impone el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales (art. 5°).

⁷⁰¹ Lugonés, María, *Colonialidad y Género*. En *Tabula Rasa*, Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal, Bogotá, número 9, julio-diciembre 2008, pp. 73-101.

⁷⁰² Rodríguez Ruíz, Blanca, *Hacia un Estado pospatriarcal. Feminismo y ciudadanía*. En *Revista de Derecho Constitucional Umbral*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, número 2, junio-diciembre 2012, pp. 25-63.

⁷⁰³ UNESCO: *Declaración Universal sobre Diversidad Cultural*, Conferencia General, 2 de noviembre 2001.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos establece en su artículo 15, párrafo 1.a. que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: Participar en la vida cultural”.

La expresión “toda persona” presente en la citada disposición fue objeto de la Observación General N° 21 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas del año 2010⁷⁰⁴. En efecto, sostuvo que aquella debe entenderse tanto al sujeto individual como al sujeto colectivo. Luego, agregará que “en otras palabras, una persona puede ejercer los derechos culturales: a) individualmente; b) en asociación con otras; o c) dentro de una comunidad o un grupo”. Por lo mismo, ha de entenderse la cultura no “como una serie de expresiones aisladas o comportamientos estancos, sino como un proceso interactivo a través de los individuos y las comunidades, manteniendo sus particularidades y sus fines, dan expresión a la cultura de la comunidad”.

Entendidos los derechos culturales de esta forma, es posible afirmar que, si bien el fenómeno de colonización afectó a los derechos en ambas dimensiones, ello fue particularmente más sensible en el ámbito colectivo que individual. Lo anterior, por cuanto se impidió a los pueblos indígenas poder desarrollar plenamente sus respectivas culturas, ocultándolas o sometiéndolas a una cultura oficial hegemónica. Tampoco se respetaron símbolos y elementos valiosos para las culturas indígenas, en especial lo que sucede con la naturaleza o Pachamama, un elemento central dentro de ellas.

6.2. Afectación a derechos políticos

La colonización también afectó profundamente a los derechos políticos.

Para graficar la anterior afirmación, se puede tener en cuenta la forma como VILLABELLA describe a la democracia existente en Latinoamérica. En ella, el autor identifica diez características que se pueden resumir así: (1) se trata de una democracia electoral que solo institucionaliza la representatividad política, “dejando a la sombra al pueblo, titular de la soberanía”; (2) se basa en una partidocracia fragmentada, polarizada y caudillista, propia de clubes privados; (3) procedimentalmente elitista, no transparente y clientelista; (4) la competitividad de las élites ha contribuido a la autofagia y a que el quehacer político en un campo de batalla; (5) se ha movido con una dinámica no dialógica, de suma cero, que ha propiciado la formación de ejecutivos hegemónicos y autoritarios, con rasgos propios de dictaduras constitucionales, cesarismos representativos o monarquías electivas; (6) se ha sustentado en un ciudadano hedonista, amoral, abstencionista y consumidor de la política en términos de coste-beneficio; (7) su eje fundamental ha sido el rediseño del presidencialismo y tibias reformas electorales; (8) la ampliación constitucional de derechos sigue siendo una utopía para los grupos más pobres del país; (9) ha sido el cauce para la adopción de políticas instrumentales, oportunistas y patrimoniales, con preferencia por los intereses del mercado y de los grupos privilegiados; y (10) se ha visto imposibilitada para construir consensos respecto de los problemas más apremiantes, de diseñar políticas capaces de enfrentar la crisis económica y social, y de “rebasar los umbrales de ingobernabilidad en los que a veces sobreviven algunas naciones”⁷⁰⁵.

⁷⁰⁴ Consejo Económico y Social, *Naciones Unidas*, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ginebra, 2010, pp. 1-19.

⁷⁰⁵ Villabella Armengol, Carlos Manuel, *Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. En *Revista Ius*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Puebla, número 25, verano 2010, pp. 49-76, p. 68.

Tal como se advierte en la descripción del jurista cubano, las democracias latinoamericanas han padecido de una serie de falencias, y que han incidido directamente en el ejercicio de los derechos políticos en esta región.

La hegemonía política ejercida por las clases dominantes en el contexto de la ya descrita colonización, ha afectado los derechos políticos, al menos en dos sentidos.

El primero de los dos sentidos está vinculado a la crítica que, en su oportunidad, formulaba el constitucionalismo democrático, y tiene que ver con una concepción extremadamente reducida de la democracia. Reducida en el sentido de entenderla exclusivamente en un sentido representativo, donde las decisiones fundamentales son adoptadas por una elite encapsulada en partidos políticos absolutamente desvinculados de la población, bajo un régimen conocido como partidocracia.

La partidocracia o “Estado de partidos”, es definida por DE CABO como “la situación en la que se produce una concentración de poder en manos de los partidos políticos en detrimento de la democracia parlamentaria”. La división formal de poderes se anula mediante la unión real o sociológica en un solo aparato de poder, ya que serán las direcciones de los partidos las que, a un tiempo, elaboran las listas parlamentarias, designan los candidatos al ejecutivo y proponen su correspondiente cuota de nombramientos del poder judicial⁷⁰⁶.

El sistema *partidocrático* entró en crisis en Ecuador y Bolivia al concentrar el poder en unos pocos. De esta forma, la participación ciudadana se redujo exclusivamente al ejercicio del derecho a sufragio, sin reales posibilidades de participación.

El segundo de los sentidos se refiere a un derecho colectivo de naturaleza política como es el derecho a la libre determinación o a la autodeterminación. Desde la perspectiva del derecho internacional, debe tenerse presente que “[t]odos los pueblos tienen el derecho de libre determinación”, según lo establece el art. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas confirma este derecho para los pueblos indígenas. En primer lugar, porque el derecho a la autodeterminación no se les puede negar, ya que “[l]os pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas”, de conformidad con su art. 2º. Y, en segundo lugar, porque de manera expresa, el art. 3º señala que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

La mencionada autonomía es definida por Consuelo SÁNCHEZ como “un sistema por el cual los pueblos indígenas pueden ejercer su derecho a la libre determinación bajo el marco de sus respectivos Estados” quien, además, menciona que un régimen de autonomía comprende los siguientes elementos fundamentales: (a) autogobierno; (b) definición de la base territorial; (c) establecimiento de competencias; y (d) participación y representación política en la vida nacional⁷⁰⁷.

Dicha autonomía o libre determinación ha sido negada tradicionalmente por los Estados latinoamericanos a los pueblos originarios, lo que fue una de las causas que motivó la emergencia indígena y las marchas masivas en Ecuador y Bolivia en la década de 1990, según lo relata Alexandra

⁷⁰⁶ De Cabo de la Vega, Antonio, *Representación y democracia como formas de legitimación y como formas de gobierno en el constitucionalismo*, en Noguera (coordinador), *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 95-112, p 100.

⁷⁰⁷ Sánchez, Consuelo, *Autonomía, Estados pluriétnicos e plurinacionales*, en Verдум (organizador) *Povos Indígenas. Constituições e Reformas Políticas na América Latina*, Instituto de Estudos Socioeconômicos, Brasília, 2009, pp. 63-90.

TOMASELLI⁷⁰⁸. Y ello, por cuanto el régimen colonial al que se ha aludido precedentemente impidió que los pueblos originarios pudieran autodeterminarse, y con ello, hay vulneración de derechos políticos colectivos, en los términos que así lo exige, al menos, el Derecho Internacional.

6.3. Afectación de derechos sociales

La colonización supone, por esencia, una distancia social inevitable, de privilegios, hegemonía y subalternidad de los dos grandes grupos sociales: los colonizadores y los colonizados.

En ese contexto, los detentadores del poder político, cultural y económico son los únicos que pueden satisfacer plenamente su mínimo vital, debido a que son quienes tendrán los recursos suficientes para poder costearlos. Las demás clases, sin embargo, se ven impedidas de hacerlo en razón de la pobreza a la que ha conducido un modelo de desarrollo que solo las consideró como parte del proceso productivo. O bien, si el Estado les reconoce tales derechos, lo hace de modo precario, a manera de beneficios o regalías, y como tales, susceptibles de ser suspendidos o disminuidos soberanamente por los controladores de las decisiones; o bien, se hace “a la manera”, esto es, bajo el paradigma de la cultura dominante, imponiéndose una sola clase de salud, una única forma de educar, un único modelo habitacional o de viviendas, negando la posibilidad que las minorías culturales, especialmente las indígenas, puedan decidir sobre la forma como ejercerán sus derechos sociales.

Esta situación se enmarca dentro de lo que la guatemalteca Otilia LUX DE COTÍ describe señalando que “[l]a explotación y las injusticias han sido producto del racismo implantado y estructurado en los Estados de América Latina a lo largo de su vida republicana, tomando como inicio los diferentes escenarios denigrantes ocurridos desde la colonización”⁷⁰⁹.

Como lo ha señalado Boaventura de Sousa SANTOS, lo que se ha vivido en las últimas décadas es lo que él llama “el retorno del colonizador”, resucitándose formas de ordenamiento colonial, como es por ejemplo el “gobierno indirecto”, caracterizado por que el Estado se retira de la regulación social y cuyos servicios públicos son privatizados. Esto ha significado que las antiguas obligaciones políticas que ataban a los Estados con las personas, han sido reemplazadas por obligaciones contractuales, “privatizadas y despolitizadas, bajo las cuales la parte más débil está más o menos a la misericordia de la parte más fuerte”. Dicha relación se asemeja con el orden de apropiación/violencia, que derivará en un *fascismo social*, lo cual define como “un régimen social de relaciones de poder extremadamente desiguales que concede a la parte más fuerte un poder de veto sobre la vida y el sustento de la parte más débil”⁷¹⁰.

En el escenario planteado por SANTOS, la eliminación de los derechos sociales vendría a ser una herramienta que utilizaría el *fascismo social* para expeler del contrato social a los trabajadores y clases populares, transformándolas en poblaciones descartables, haciendo revivir –en cierta forma– el estado de naturaleza precontractual⁷¹¹.

⁷⁰⁸ Tomaselli, Alexandra, *Autogobierno indígena: El Caso de la Autonomía Originaria Campesina en Bolivia*. En *Política, Globalidad y Ciudadanía*, Facultad de Ciencias Públicas y Administración Pública de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, volumen 1, número 1, enero-junio 2015, pp. 73-97.

⁷⁰⁹ Lux de Cotí, Otilia, *Derecho de los Pueblos Indígenas y derechos de la mujer*. Ponencia presentada con ocasión del Seminario Internacional Reformas Constitucionales y equidad de género, Cepal, Santa Cruz, 2005, pp. 1-10, pp. 2-3, disponible en: http://www.cepal.org/mujer/reuniones/Bolivia/Otilia_Lux.pdf (revisado el 24 de mayo de 2017).

⁷¹⁰ Santos, Boaventura de Sousa, *Descolonizar el Saber, Reinventar el Poder*, Trilce, Montevideo, 2010, p. 44

⁷¹¹ Ídem, p. 46.

De esta forma, el colonialismo trae como consecuencia una afectación radical a los derechos sociales, pero a su vez, el desconocimiento de estos últimos no hace más que profundizar la relación de dominación existente en el modelo colonial.

El daño causado a los derechos sociales, así como a los demás derechos mencionados anteriormente, es uno de los motivos fundamentales que explica el surgimiento del NCLAD y su propia configuración conceptual como un modelo “nuevo”, pues intentará revertir la situación planteada a través de herramientas específicas previstas en las respectivas constituciones. El tercer y último capítulo estudia cómo se ha materializado este desafío.

III.- CAPÍTULO TERCERO:

EL IMPACTO DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO DESCOLONIZADOR EN EL SISTEMA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Al iniciar este último capítulo, se hace necesario recordar que la hipótesis que se pretende demostrar es que el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador supone una modificación al sistema de derechos fundamentales, respecto de la evolución del constitucionalismo político. En la primera parte de este trabajo se analizó dicha evolución, hasta el surgimiento del NCLAD, advirtiendo que cada estadio de constitucionalismo hizo su propio aporte al sistema de derechos y garantías. En la segunda, se revisó en qué consiste esta nueva categoría de constitucionalismo, para lo cual me aboqué principalmente a la idea de descolonización.

Pero como esta investigación no versa solo sobre la idea de descolonización, sino más bien acerca de cómo esta influye en el sistema de derechos fundamentales, corresponde revisar en qué consiste dicha influencia. Para ello, seguiré ahondando en la idea de descolonización que trae consigo el NCLAD, pero ahora entendida como un proceso que se encuentra al servicio de ciertos derechos fundamentales. Finalmente, abordaré perspectivas específicas que emergen de tal noción, que tributan a nuevas formas de protección de derechos. Estas nuevas formas se referirán a la generación de un nuevo tipo de Estado, como marco general, más garantías específicas relativas a los derechos culturales, a los derechos políticos y a los derechos sociales.

Aun cuando se analizó en las páginas precedentes que han existido diferentes áreas de colonización (en el ámbito cultural, político, jurídico y económico), el proceso de descolonización es uno solo, al cual han confluído las diferentes ansias de autonomía y autodeterminación. Se trata de un proceso donde, simultáneamente se intenta poner término a las diversas formas de hegemonía, para lo cual serán las constituciones nacionales los instrumentos idóneos que permitirán plasmar estas aspiraciones emancipatorias.

En este sentido, los respectivos ejercicios constituyentes de Bolivia no sólo son instancias de redacción de nuevas cartas fundamentales, sino que se insertan en un proceso histórico más amplio, como es el de la descolonización.

Estas constituciones configurarán una nueva estructura estatal, en el marco del espíritu refundacional de este modelo, y que da pie a una organización política novedosa y a la inclusión de principios ligados a la cultura y cosmovisión indígena. Principios que habían sido desconocidos e ignorados durante siglos por el modelo liberal tradicional, o incluso por un modelo social desmejorado e incompleto, los cuales habían sido claramente insuficientes para la eficacia de los derechos culturales, políticos y sociales, en los términos ya explicados en páginas anteriores.

Las herramientas que usará el NCLAD para cristalizar la descolonización serán de diversa índole, según se analizará en este capítulo, en el ámbito de las tres categorías de derechos señaladas. Pero todas ellas construidas sobre la base de un modelo de Estado plurinacional e inspirado en el bien común, cuestión que se estudiará a continuación.

1.- El Estado Plurinacional

Tanto la CPE (2008) como la CPB (2009) reconocen como pilar fundamental de su ordenamiento la consideración de los respectivos Estados como plurinacionales⁷¹². Este es un elemento clave para la refundación de estos Estados latinoamericanos, que desafía radicalmente el concepto de Estado Nación. La plurinacionalidad, dice SANTOS, es una demanda por “el reconocimiento de otro concepto de nación, la nación concebida como pertenencia común a una etnia, cultura o religión”⁷¹³.

En el caso de la CPE, su art. 1º dispone que “*El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada*”.

Por su parte, la CPB, la primera parte de su art. 1º establece: “*Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías*”.

Aun cuando se observa la presencia del elemento “plurinacional” en ambas Constituciones, SCHAVELZON indica que no se trata, exactamente de la misma formulación. Para el modelo boliviano, el surgimiento de un Estado Plurinacional aparece como un elemento central, “con un sentido fuerte”, como sería el de inaugurar un nuevo tipo de Estado que supere la forma republicana. Sin embargo, en Ecuador, lo plurinacional no aparece en oposición a la república, y “su lugar parece diluirse al final de una enumeración donde el término acompaña la idea de intercultural y de laico, aparentemente sin la fuerza que se le otorga en Bolivia”⁷¹⁴.

De forma similar se pronuncia Raúl PRADA, miembro de la Asamblea Constituyente boliviana quien consignó que el texto constitucional del año 2009 es avanzado. Una manifestación de aquello es que lo plurinacional, no es como en Ecuador que “es solo un enunciado”, sino que, por el contrario, reaparece en distintos lugares de la Constitución. Lo plurinacional en Bolivia “es una transversal en la composición de la Constitución y en el ‘nuevo modelo de Estado’”⁷¹⁵.

Por lo mismo, debido a este reconocimiento más débil en el caso de la CPE, parte de la doctrina ha instado a que la plurinacionalidad deba ser recogida en Ecuador, principalmente por la vía de las prácticas y del ordenamiento infraconstitucional. Así por ejemplo, Mario MELO acota que la incorporación de este principio “reta a la Nación Ecuatoriana (sic) a debatir y definir los alcances de la plurinacionalidad con el fin de que, más allá de ser una proclama enunciativa, se convierta en el reconocimiento efectivo de la unidad en la diversidad”. Esta última noción, “la unidad en la diversidad”, el autor la refiere al imperativo de la unidad del Estado ecuatoriano, “respetando la diversidad de los pueblos y las culturas”⁷¹⁶.

⁷¹² Un completo análisis de la idea de plurinacionalidad y sus diferencias con la interculturalidad se puede hallar en: Grijalva Jiménez, Agustín, *Constitucionalismo en Ecuador*, Pensamiento Jurídico Contemporáneo, Quito, número 5, 2012, pp. 93-110.

⁷¹³ Santos, *Refundación del Estado en América Latina*. Perspectivas desde una epistemología del Sur, op. cit., p. 81.

⁷¹⁴ Schavelzon, op. cit., pp. 100-101.

⁷¹⁵ Prada Alcoveza, Raúl, *Al interior de la Asamblea Constituyente*, en Svampa, Maristella; Stefanoni, Pablo y Fornillo, Bruno (editores), *Balances y perspectivas. Intelectuales en el primer gobierno de Evo Morales*, Ediciones Le Monde Diplomatique, La Paz, 2010, pp. 37-97.

⁷¹⁶ Melo Cevallos, Mario, *Los derechos indígenas en la nueva Constitución*, en Saavedra, Luis Ángel (editor), *Nuevas instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano*, Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos (INREDH), Quito, 2009, pp. 97-110, p. 101.

La cuestión es que, énfasis más, énfasis menos, la idea de plurinacionalidad está presente en las Constituciones de los dos países, viene a representar una transformación importante a la forma como se había concebido el Estado en Latinoamérica y tiene consecuencias relevantes en materia de derechos fundamentales. Para aproximarnos a esta idea, delinearé el concepto de plurinacionalidad, para luego ahondar en uno de los principios fundamentales en que se inspira, como es el vivir bien.

1.1.Nación, nacionalidad, y plurinacionalidad

Tradicionalmente, los estudiosos de la Teoría Política han trazado una línea conceptual divisoria entre dos términos que tienen un origen fonético común, como son los de nacionalidad y nación. La primera, se trataría de una expresión propia del Derecho y representa aquel vínculo o relación del orden jurídico que une a un individuo con un Estado. La segunda, en tanto, representaría un concepto más bien sociológico, que alude a un conjunto de personas que poseen un mismo origen étnico, que generalmente hablan un mismo idioma y tienen tradiciones en común⁷¹⁷.

Como se advierte, mientras la nacionalidad vincula a las personas con el Estado, la nación en cambio nos habla de cierta pertenencia a una comunidad humana. No obstante ello, como lo explica IACONO, la Historia nos ha demostrado que no han sido pocas las ocasiones donde las naciones sólo han podido nacer como tal, luego de la creación del Estado. Así ha ocurrido con ciertas regiones geográficas que sólo se han constituido como Estado en épocas modernas, como sucede con Grecia, India o Egipto. Algo similar sucede con Turquía, Alemania, Italia y Siria, donde su aceptación como naciones es posterior al surgimiento de los respectivos Estados⁷¹⁸.

De este modo, es posible apreciar que, finalmente, existen dos aproximaciones conceptuales a la idea de nación. Una primera mirada alude a características comunes de quienes pertenecen a una determinada comunidad y, por lo tanto, es anterior, o al menos independiente de la noción de Estado. La segunda entiende a la nación como un resultante de la existencia del Estado, y representaría un grupo homogéneo que existe dentro suyo, a diferencia del pueblo, que se caracteriza por una pluralidad política interna y, por lo mismo, por su heterogeneidad.

Esta doble concepción de la idea de nación explica el aparentemente confuso art. 3° de la CPB: “La *nación* boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las *naciones* y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano”⁷¹⁹. ¿Cómo es posible sostener que una nación está compuesta por naciones? Esto solo es posible entenderlo a partir de la doble acepción de la expresión nación: aquella nación que brota del Estado boliviano está formada, entre otros elementos, por las naciones entendidas como comunidades de personas que poseen características comunes entre sí

Esta disposición constitucional apunta al corazón de lo que debe entenderse por Estado Plurinacional o por plurinacionalidad, un concepto complejo que vertebra las Constituciones del NCLAD, en función descolonizadora y refundacional.

La correcta comprensión del Estado Plurinacional exige aceptar, por lo tanto, que la pluralidad de naciones se refiere a aquello que Luis TAPIA llama las “naciones comunitarias”, o sea, aquellas “cuya matriz social que incluyen los procesos productivos, el orden social y la forma de gobierno

⁷¹⁷ Al respecto, véase a manera de ejemplo, Correa Sutil, Sofia y Ruiz Tagle Vial, Pablo, *Ciudadanos en democracia*. Fundamentos del sistema político chileno, Random House Mondadori, Santiago, 2010, p. 151.

⁷¹⁸ Iacono, Alfonso, *Raza, nación, pueblo: caras ocultas del universalismo*, en Silveira Gorski (editor), *Identidades comunitarias y democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 95-111, pp. 106- 107.

⁷¹⁹ Los énfasis son míos.

político, se organiza en torno a una estructura de carácter comunitario”. Es, precisamente, esa vida en comunidad la que da derecho a la tierra y a la participación en la toma de decisiones en lo relativo al trabajo, a la reproducción y al resto de los aspectos de la vida social. Esta caracterización no puede conducir al error de sostener que las naciones así entendidas son neutras políticamente. Ellas representan una voluntad de unificación político cultural, por lo que tienen pretensiones e identidades jurídicas propias, aun cuando no se constituyan individualmente bajo la forma estatal.⁷²⁰

Las naciones comunitarias, identificadas con los pueblos originarios, son diferentes a la nación ecuatoriana y a la nación boliviana, y por lo mismo, anteriores al fenómeno colonial y, naturalmente, a los Estados que surgen al obtener la independencia política. El carácter de preexistencia queda reflejado en las dos Constituciones que integran el NCLAD. Así, el art. 2º de la CPB indica que “Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado (...)”. Aun cuando no existe en la CPE una disposición así de explícita, se puede deducir, por ejemplo, de lo dispuesto en su art. 4º, el cual dispone que “El territorio del Ecuador constituye una unidad geográfica e histórica de dimensiones naturales, sociales y culturales, legado de nuestros antepasados y pueblos ancestrales (...)”.

Si la existencia de una pluralidad de naciones sobre un mismo territorio constituye una cuestión de hecho, la idea de un Estado Plurinacional, en cambio, encierra una voluntad política de construir y participar en un gobierno común, que reconozca las diferencias culturales y las incorpore en las instituciones, aclara TAPIA. El mismo autor agregará que la plurinacionalidad involucrará dos cosas: la voluntad de organizar dicho gobierno común, reconociendo diferentes culturas, y no sólo identidades y sujetos; y el establecimiento de relaciones de complementariedad y reciprocidad no sólo dentro de los miembros de una misma cultura, sino que, también entre colectividades de diferentes culturas⁷²¹.

En tal sentido, el surgimiento de un Estado plurinacional requiere un acuerdo o pacto amplio, una suerte de nuevo contractualismo, el cual, a diferencia de aquél diseñado por Hobbes y Locke, no está suscrito solo por individuos, sino por colectividades, pueblos o naciones, que dan vida a una nueva estructura estatal, con el objeto de participar en la conducción del Estado, reconociendo sus diferencias mutuas. Un acuerdo que involucre tanto a las tradiciones occidentales como las originarias. Katu ARKONADA lo explica señalando que el Estado Plurinacional rescata del saber liberal, el carácter “unitario social de derecho” del Estado, mientras que del saber ancestral indígena se rescatan las formas gubernativas propias de los pueblos indígenas⁷²².

Muy sugerente termina siendo en este sentido la postura del italiano Alessandro BARATTA, quien para estos casos propone revisar la idea de “alianza” presente en el Antiguo Testamento, pero por supuesto con una mirada mundana. Habida consideración que el pacto que dio origen a las actuales sociedades fue un acuerdo parcial, donde solo participaron los hombres (varones) blancos, adultos y propietarios, el Estado de Derecho que se construyó, lo hizo bajo la figura de una ciudadanía nacional única, que, si bien reconoció a las otras “patrias” existentes en el territorio, nunca llegaron a tener el carácter de “constitutivas para el Estado”.

⁷²⁰ Tapia, Luis, *Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional*. En *Revista Osal. Observatorio Social de América Latina*, Clacso, Buenos Aires, número 22, año VIII, septiembre 2007, pp. 47-63, pp. 51-54.

⁷²¹ Tapia, Luis, *Consideraciones sobre el Estado Plurinacional*, en Gosálvez y Dulong (coordinadores), *Descolonización en Bolivia. Cuatro ejes para comprender el cambio*, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, 2017, pp. 135-168, p. 145.

⁷²² Arkonada, Katu, *Modelos plurinacionales*, en Arkonada, Katu (coord.), *Un Estado, muchos pueblos*. La construcción de la plurinacionalidad en Bolivia y Ecuador, Icaria Editorial, Barcelona, 2012, pp. 91-131, p. 100.

Por eso es necesario, dice BARATTA, pensar en una nueva alianza. Una alianza donde se incluya a todos los excluidos del pacto (también propone una alianza entre el ser humano y la naturaleza). Una alianza que sea capaz de (re)fundar un Estado que aprenda de los diferentes saberes que conviven en él, “más rico gracias a las experiencias, a los objetivos, a las visiones del mundo que son expresión de las diversas patrias que lo constituyen”. Una alianza que reconozca institucionalmente nuestro vivir en una “sociedad mestiza”, donde no es posible el proyecto de homologación/asimilación. En definitiva, una alianza donde dejemos de estar frente a un Estado donde unos pocos “dejan vivir” a los demás dentro de sus patrias, sino frente “a un *Estado mestizo*, a un Estado de la *ciudadanía plural*, donde ya no hay extranjeros ni excluidos”⁷²³.

O como dice APARICIO: “La plurinacionalidad, junto con la interculturalidad derivada de su realización, sentaría las bases de un nuevo pacto entre culturas, en el marco de un nuevo constitucionalismo, el constitucionalismo dialógico”⁷²⁴.

Este pacto no puede celebrarse bajo las estructuras tradicionales del Estado liberal, para el cual la nación se confunde con el Estado. Como señala Boaventura de Sousa SANTOS, el concepto comunitario de nación no es el mismo que el concepto liberal, ya que no conlleva consigo necesariamente al Estado, y si bien envuelve la idea de autodeterminación no se refiere directamente a la independencia. Por eso, la idea de plurinacionalidad vinculada con esta concepción comunitaria obliga a refundar al Estado, toda vez que sus bases han variado: el Estado no se funda en la existencia de una sola nación, sino de muchas⁷²⁵.

1.2. Manifestaciones de la plurinacionalidad en el NCLAD

La existencia de Estados Plurinacionales en el NCLAD no es la mera enunciación de un principio. Muy por el contrario, tiene diversas expresiones o manifestaciones en el diseño de Estado. De ahí que Julio DEL REAL señale que la plurinacionalidad tenga un carácter “fundacional”, derivado de que opera como valor moral y valor político primordial en la Constitución. Se transforma en un “hecho fundante básico” del nuevo modelo de Estado de Derecho y de la propia Constitución⁷²⁶.

Desarrollando esta idea, DEL REAL distingue cuatro ámbitos donde termina trascendiendo constitucionalmente la plurinacionalidad: en el modelo de democracia, en el modelo territorial, en el modelo de justicia y en el modelo social-económico⁷²⁷. A continuación, desarrollaré y complementaré estas ideas, en atención a que el autor trabaja exclusivamente sobre la base del modelo boliviano y no

⁷²³ Baratta, Alessandro, *El Estado mestizo y la ciudadanía plural, consideraciones sobre una teoría mundana de la alianza*, en Silvera Gorski, Héctor (editor), *Identidades comunitarias y democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 185-210, pp. 201-202.

⁷²⁴ Aparicio Wilhelmi, Marco, *Ciudadanías intensas. Alcances de la refundación democrática en las constituciones de Ecuador y Bolivia*, en Noguera (Coordinador), *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 237-264, p. 258.

⁷²⁵ Santos, Boaventura de Sousa, *La Reinvencción del Estado y el Estado Plurinacional*. En *Revista Osal. Observatorio Social de América Latina*, Clacso, Buenos Aires, número 22, año VIII, septiembre 2007, pp. 25-46, pp. 37-38.

⁷²⁶ Del Real Alcalá, Alberto, *Neoconstitucionalismo con descentralización como mecanismo de generalización de los derechos. El caso Bolivia*, en Storini y Alenza (directores), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 361-379, pp. 361-363.

⁷²⁷ Véase: Del Real Alcalá, Alberto, *Constitución de 2009 y nuevo modelo de Estado de Derecho en Bolivia: El Estado de Derecho Plurinacional*, en Tudela Aranda (director), *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, junio 2011, pp. 115-126.

ecuatoriano. Para, finalmente, agregar una quinta manifestación, que es la que más importa a este trabajo, y es aquella que opera en el modelo o sistema de derechos fundamentales.

1.2.1. Manifestación de la plurinacionalidad en el modelo de democracia

La idea de un Estado Plurinacional incide, tanto en la participación y composición de los órganos del Estado, como en una representación política intercultural. Lo anterior, en atención a que la representación democrática se diversifica y se expresa por dos vías. La primera es la vía tradicional, esto es, el método representativo “basado en el voto universal”. Y la segunda vía es el método representativo “comunitario”.

La CPB indica en su art. 11.I. que “La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres”. El segundo inciso del art. 95 de la CPE dispone, en tanto, que “[I]a participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria”.

Es la CPB la que define qué debe entenderse por ejercicio comunitario de la democracia, señalando que es el que se ejerce “por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a Ley” (art. 11.II.3). La CPE no establece una norma equivalente a la del texto boliviano. Sobre este último punto, se ha señalado que la carta ecuatoriana solo se limita a mencionar la democracia comunitaria pero que no la despliega jurídicamente del modo como sí se hace en el boliviano. Ambos países, agrega Juan Pablo MORALES “tienen la responsabilidad de hacer un desarrollo de sus mecanismos a fin de cambiar la visión tradicional de la democracia y su ejercicio”⁷²⁸.

La introducción de los métodos comunitarios redundará en el establecimiento de mecanismos de participación que canalicen las necesidades políticas de los pueblos y nacionalidades indígenas, de modo que puedan postular candidaturas, en igualdad de condiciones que el resto de la sociedad civil y los partidos políticos, y – al igual que estos últimos – deberán organizarse democráticamente. Finalmente, la consideración de estas fuerzas comunitarias impulsa a los Estados, más allá de sus obligaciones internacionales, a dar fiel cumplimiento al deber de consulta en las decisiones que pudieren afectar a los pueblos originarios.⁷²⁹

Finalmente, en esta vinculación entre plurinacionalidad y democracia, parece interesante la observación de Agustín GRIJALVA. Este autor habla de un “constitucionalismo plurinacional”, el cual debe basarse en relaciones interculturales igualitarias que “redefinan y reinterpreten los derechos constitucionales y reestructuren la institucionalidad proveniente del Estado nacional”. Por lo mismo, el Estado plurinacional no es o no debe reducirse a una Constitución que incluya un reconocimiento puramente culturalista, ni mucho menos un instrumento para el dominio de pueblos con culturas distintas. El Estado plurinacional abre un amplio sistema de foros de deliberación intercultural auténticamente democrática⁷³⁰.

⁷²⁸ Morales Viteri, Juan Pablo, *Los nuevos horizontes de la participación*, en Ávila Santamaría (editor), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Ministerios de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 155-200, p. 194.

⁷²⁹ *Ibidem*.

⁷³⁰ Grijalva, op. cit., p. 95.

En definitiva, la plurinacionalidad abre el debate a nuevos actores, singulares y colectivos, a través de nuevas instancias de deliberación, donde se discutan, por cierto, intereses y derechos también novedosos, por lo que es evidente su incidencia en las formas tradicionales de democracia.

1.2.2. Manifestación de la plurinacionalidad en el modelo territorial

El principio de plurinacionalidad deriva también en una organización territorial basada en la existencia de autonomías territoriales.

En el caso de la CPB, el art. 1º ya transcrito señala, en lo pertinente que Bolivia es un estado “descentralizado y con autonomías”. Por su parte, el art. 269 dispone que “Bolivia se organiza territorialmente en departamentos, provincias, municipios y territorios indígena originario campesinos” (art. 269.I) y que “[l]a creación, modificación y delimitación de las unidades territoriales se hará por voluntad democrática de sus habitantes, de acuerdo a las condiciones establecidas en la Constitución y la ley” (269.II).

En relación con la CPE, se establece como deber primordial del Estado, el de “promover el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio, mediante el fortalecimiento del proceso de autonomías y descentralización” (art. 3.6). A su vez, asegura que “[l]os gobiernos autónomos descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera, y se regirán por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana” y que “[e]n ningún caso el ejercicio de la autonomía permitirá la secesión del territorio nacional” (art- 238, inciso primero).

José Luis LÓPEZ explica que, con las autonomías, de lo que se trata “es de garantizar el propio gobierno a una comunidad indígena dentro del ámbito de la soberanía del Estado”, o incluso de modo más específico, se refiere a “la capacidad que un grupo tiene para reglamentar un cierto número de actos que el Estado supervisa habitualmente”⁷³¹.

El régimen de autonomías se inserta dentro de la concepción de Estado plurinacional, que supone que cada una de las naciones y pueblos que lo componen tienen derecho a poder decidir cuestiones fundamentales dentro de sus respectivos territorios. Es, como lo afirma DE LA VARGA, uno de los mecanismos diseñados por las Constituciones boliviana y ecuatoriana para fortalecer la identidad de ambos países y de los pueblos que los componen, como manera de responder defensivamente a la globalización⁷³².

El sistema específico de las autonomías será analizado con mayor profundidad, páginas más adelante, a propósito de los derechos políticos en el NCLAD.

1.2.3. Manifestación de la plurinacionalidad en el modelo de justicia

Al igual que en el caso anterior, este tema también será analizado con posterioridad. De todos modos, revisaré algunas ideas esenciales.

⁷³¹ López Fuentes, José Luis, *El derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas en Bolivia*, Latinas Editores, Oruro, 2007, pp. 126-127.

⁷³² De la Varga Pastor, Aitana, *Autonomía Indígena: Del reconocimiento formal a la ejecución material*, en Pigrau (editor), *Pueblos indígenas, diversidad cultural y justicia ambiental. Un estudio de las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 371-414, pp. 381-382.

Los efectos de establecer un Estado Plurinacional alcanzan también al modelo de justicia imperante en los países que pertenecen al NCLAD. Ello es consecuencia de la consideración previa del pluralismo jurídico, vale decir, la coexistencia dentro del sistema jurídico, de distintos órdenes normativos, todos ellos de mismo nivel jerárquico. Particularmente relevante es el reconocimiento de los ordenamientos indígenas como Derecho válido y vigentes.

En efecto, luego de asumir que –dentro de cada Estado– pueden desenvolverse estos diferentes ordenamientos, institucionalmente se ha establecido que corresponde reconocer la validez de la variedad de sistemas de justicia, “todos ellos en situación de igualdad jerárquica”, como lo describe DEL REAL⁷³³.

El pluralismo jurídico en Bolivia está declarado en el art. 1° de la CPB, en especial donde señala que “Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”. A su vez, la amplitud de la justicia queda fijada en el art. 179.I, el cual dispone que “[l]a función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley”, agregando en el punto II del mismo artículo que “[l]a jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía”.

En Ecuador, a su vez, debe mencionarse la norma del art. 171 de la CPE, inciso primero: “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales”.

1.2.4. Manifestación de la plurinacionalidad en el modelo económico

La plurinacionalidad irrumpe también en las materias económicas, ya que se abre a la posibilidad de nuevas formas de producción. En particular, tanto en Bolivia como en Ecuador, se reconoce a la “economía comunitaria”, que corresponde al “medio típico y habitual de producción económica de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos”⁷³⁴. Además, se trata de un modelo económico que es respetuoso por la naturaleza y la cultura originaria, bajo el paradigma del “buen vivir” o “vivir bien”, alejado de formas individualistas de crecimiento económico.

Revisados los textos constitucionales, este cambio se consigna tanto en Ecuador como en Bolivia.

Así, en Ecuador, tal como lo demuestra GRIJALVA⁷³⁵ el sistema económico se inserta, junto con los sistemas políticos, socio-culturales y ambientales dentro de un “régimen de desarrollo” que garantizan el buen vivir, de acuerdo a lo prescrito en el art. 279 de la CPE.

Más adelante, el art. 283 de la mencionada Constitución caracteriza este sistema económico como un sistema “social y solidario; [que] reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una

⁷³³ Del Real, op. cit., p. 122.

⁷³⁴ Ídem, p. 123.

⁷³⁵ Grijalva, op. cit., pp. 49-50.

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 vivir”. La misma disposición establece que este sistema contiene una compleja y abundante variedad de formas de organización económica, como son la formas pública, privada, mixta, popular y solidaria, “y las demás que la Constitución determine”. Por último, dispone que la economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios.

Por su parte, los arts. 306 y 311 resuelven que los productos provenientes de las formas solidaria y comunitaria tienen prioridad de las compras públicas, y en las políticas estatales tanto comerciales como financieras.

La complejidad del sistema se explica por la condición plurinacional del Estado ecuatoriano. El respeto por la diversidad cultural existente en su territorio pasa también por proteger y promover los “espacios de reproducción e intercambio” (art. 276, N° 7 de la CPE), lo que conlleva a que los diferentes modelos económicos sean reconocidos y validados por el Estado⁷³⁶.

En lo referente a Bolivia, se institucionaliza la plurinacionalidad socio-económica, vale decir, la “economía comunitaria”, como aquel medio “típico y habitual de producción económica de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos”⁷³⁷.

En tal sentido, la CPB define al modelo económico boliviano como un modelo “plural y orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos” (art. 306.I). A su vez, a la hora de fijar el contenido de tal modelo plural, el art. 306.II señala que “[l]a economía plural está constituida por las formas de organización económica comunitaria, estatal, privada y social cooperativa”.

Como se aprecia, en la Constitución boliviana vuelve a aparecer la idea de una economía diversificada, y vinculada al principio del buen vivir o vivir bien. La economía plural integra elementos provenientes tanto de la economía social de mercado como de la economía comunitaria. Así lo explica, por ejemplo Gonzalo MAESTRO, al señalar que “la economía plural no elimina el mercado, pero no puede afirmarse que no establezca una preferencia [...] por las formas de economía colectivas y estatal”⁷³⁸.

La tesis propuesta por MAESTRO apunta a que el art. 311.1 de la CPB aparenta ser neutro frente a esta temática, al establecer que “[t]odas las formas de organización económica establecidas en esta Constitución gozarán de igualdad jurídica ante la ley”, pero que en verdad no lo es. El fundamento para sostener que esta igualdad opera “en beneficio” de las formas económicas alternativas radica precisamente en situarlas al mismo nivel que las tradicionales, inspiradas en un modelo de mercado. Esa sola consideración habilita sostener que, bajo el paradigma descolonizador, lo que se pretende es dar tanta relevancia a las economías solidarias y comunitarias, que pueden llegar a competir con el modelo de mercado, que ha operado hasta hoy de modo hegemónico.

⁷³⁶ Ibidem.

⁷³⁷ Del Real, op. cit., pp. 122-123.

⁷³⁸ Maestro Buelga, Gonzalo, *El Nuevo Constitucionalismo Económico Latinoamericano*, en Storini y Alenza (directores), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 85-107, pp. 90-91.

1.3. Manifestaciones de la plurinacionalidad en el modelo de derechos fundamentales

Un aspecto que no es relevado, al menos explícitamente por el mencionado trabajo de DEL REAL son las manifestaciones o efectos del Estado plurinacional en el modelo de derechos fundamentales.

Para abordar este punto, sostendré que el modelo plurinacional se vincula con el pluralismo al menos en dos sentidos: en un sentido externo y otro interno.

En un *sentido externo*, la plurinacionalidad viene a representar una fórmula que se resiste a modelos hegemónicos que pretenden instalarse de modo global en todos los países. Viene a ser, de este modo, una alternativa novedosa que –primero– enriquece y diversifica los diferentes modelos organizacionales existentes, y –a su vez– propone una original solución a la problemática de la diversidad cultural. Y en un *sentido interno*, la plurinacionalidad reconoce, acepta y habilita a las diferentes culturas que cohabitan en el territorio estatal de modo que puedan ejercer espacios propios de autonomías, intervenir en igualdad de condiciones de las decisiones estatales, y desplegar su cultura sin sometimiento a otra con pretensiones de superioridad. Dicho de otro modo, la plurinacionalidad *pluraliza* las opciones políticas y *es plural*, al aceptar la diversidad cultural dentro de un Estado.

Así las cosas, acierta SCHAVELZON cuando sostiene que el Estado plurinacional se aparta, por cierto, del monoculturalismo identificado con la asimilación e integración de los indígenas a la vida nacional, existente en Latinoamérica durante los primeros tres cuartos del Siglo XX. Pero que también se distancia del multiculturalismo iniciado a partir de la década de 1980, y en Bolivia y Ecuador desde el decenio siguiente, ya que solo se trataba de un reconocimiento de la diferencia cultural, sin que ello significase alterar en nada la subordinación de los pueblos culturalmente diferentes. En este último punto, efectivamente el modelo multicultural no es capaz de reconocer la posibilidad del control territorial, ni el poder político de libre determinación⁷³⁹.

En tal sentido, el proyecto plurinacional se enmarca dentro de un propósito aun mayor, que lo determina y lo genera, como es la idea de descolonización planteada en el capítulo anterior. Esto, por cuanto, los colonialismos cultural, político, jurídico y económico son subvertidos a través del modelo descolonizador propio de la plurinacionalidad. La constancia de que coexisten diferentes pueblos y nacionalidades dentro de un mismo Estado es enriquecida con un novedoso reconocimiento de derechos que, en un contexto de plurinacionalidad, contribuye a subvertir la relación de subalternidad existente hasta ahora.

Por este motivo, la descolonización como objetivo constitucional encuentra en el paradigma plurinacional una vía idónea para la protección de ciertos derechos fundamentales que se habían visto afectados durante siglos de colonialismo en Latinoamérica. Nuevamente será GRIJALVA quien explicará esta línea argumentativa señalando que el constitucionalismo plurinacional es un nuevo tipo de constitucionalismo “basado en relaciones interculturales igualitarias que redefinan y reinterpreten los derechos constitucionales y reestructuren la institucionalidad proveniente del Estado nacional”, agregando que para este modelo, el reconocimiento formal puramente culturalista no basta, sino que requiere de “un sistema de foros de deliberación intercultural auténticamente democrática”⁷⁴⁰.

El establecimiento de un Estado plurinacional supondrá, en definitiva, una redefinición de los derechos fundamentales. O, en términos más generales, puede ser una vía para la reconceptualización

⁷³⁹ Schavelzon, op. cit., p. 97.

⁷⁴⁰ Grijalva, op. cit., p. 95.

de los derechos humanos, como lo señala SANTOS. Para él, estos derechos deben dejar de entenderse sólo a partir de la lógica universalista propia de un localismo globalizado, que impone una concepción hegemónica de los mismos a todo el planeta. Más bien, debe avanzarse hacia una concepción contrahegemónica de naturaleza multicultural, hacia lo que denomina un proyecto “cosmopolita insurgente”. Esta concepción, más que adscribirse a una idea única y común de derechos humanos, aparece como “una constelación de significados locales y mutuamente inteligibles”⁷⁴¹.

En este contexto, lo que describe SANTOS se ajusta a lo que previamente he llamado la vinculación *externa* de la plurinacionalidad con el pluralismo, ya que es capaz de proporcionar una concepción novedosa de los derechos fundamentales. Concepción que es contrahegemónica y descolonizante respecto de la tradición liberal y radicalizadora respecto de la tradición social, proporcionando opciones conceptuales que amplían los márgenes de lo que se había entendido por derechos fundamentales.

La originalidad de la propuesta plurinacional tiene que ver, precisamente, con entender que los derechos, lejos de obedecer a una concepción única y universal, se sostiene sobre una diversidad interna, que exige ser respetada, brindándole espacios para que pueda desarrollarse autónomamente. Tal originalidad se produce como consecuencia de la pluralidad también *interna* de los Estados plurinacionales, donde los derechos fundamentales reconocen diferentes cosmovisiones de los pueblos, diferentes culturas, ordenamientos jurídicos y sistemas de justicia.

La plurinacionalidad se yergue como propuesta descolonizadora a los modelos hegemónicos y, al mismo tiempo y de modo coherente, se abre a reconocer la riqueza cultural y jurídica interna de cada sociedad. Los derechos fundamentales, en este sentido más que reconocer un único concepto, o una única orientación, quedan representados por un crisol de concepciones diferentes que se vertebran de modo tal de construir un ordenamiento constitucional común.

En este plan descolonizador y pluralizante, el modelo plurinacional propio del NCLAD, encuentra, a pesar de su diversidad interna, un patrón material que los reúne, un principio inspirador que es recogido por las Constituciones de Bolivia y Ecuador, como es la noción de “buen vivir” o “vivir bien”. La plurinacionalidad y el reconocimiento de las diferencias no resulta incompatible con la constitucionalización de este principio común a las diversas culturas que componen el Estado. Ello por cuanto se trata de una directriz basada precisamente en el respeto por todo lo que nos rodea: la naturaleza, los demás pueblos, los que nos antecedieron y las generaciones venideras, abriendo de este modo, complejos espacios de desarrollo capaces de tensionar las concepciones antropocéntricas y temporalmente restringidas de los derechos fundamentales, o sea, centradas exclusivamente en el ser humano de hoy.

Por lo mismo, la noción de buen vivir, que será desarrollada más adelante, más que destruir la diversidad, la despliega, aportando a la noción de derechos fundamentales una riqueza ética y conceptual renovadora.

Finalmente, es necesario señalar que el modelo plurinacional, que se dirige, como está dicho, a un plan descolonizador, incide de modo directo en los derechos culturales, los derechos políticos y los derechos sociales. En los derechos culturales, ya que reconoce a los pueblos como sujetos de derechos colectivos, dotándolos a su vez de la capacidad para generar sus propios ordenamientos y sistemas de justicia, en lo que se conoce como el pluralismo jurídico. En los derechos políticos, al abrir nuevos espacios de participación a los ciudadanos y a los pueblos. Y en los derechos sociales, ya que, junto con diversificar la economía, aceptando nuevos modelos de producción e intercambio, se cambia el eje del desarrollo, desde aquél que enfatiza al mercado, a uno más bien centrado en el ser humano y en la satisfacción de sus necesidades básicas.

⁷⁴¹ Santos, *Descolonizar el Saber, Reinventar el Poder*, op. cit., pp. 69-81.

1.4.El buen vivir (o vivir bien) como principio inspirador del Estado Plurinacional y del NCLAD

En las bases de una concepción pluralista de los derechos fundamentales, el principio del buen vivir (o vivir bien)⁷⁴² aparece como un elemento que logra reunir rasgos comunes propios de la cosmovisión indígena que inspira al NCLAD. El análisis de este principio se realizará revisando, en primer término, su constitucionalización en Bolivia y en Ecuador, para luego estudiar su contenido.

1.4.1. La recepción constitucional del buen vivir (o vivir bien)

Antes que la CPB lo hiciera, la Constitución de Ecuador en 2008 ya incorporaba el buen vivir a su texto. Lo hace expresándolo en idioma castellano (“buen vivir”) y también en su formulación quichua, o *sumak kawsay*. La recepción de este principio lo hace en tres apartados: en su Preámbulo, dentro de los Elementos Constitutivos del Estado, y a propósito de ciertos derechos inspirados en él.

En el Preámbulo, se señala que quienes integran el pueblo soberano del Ecuador han decidido construir “[u]na nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”.

En relación con los deberes primordiales del Estado, el numeral 5 del art. 3° de la CPE, se incluye el de “[p]lanificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir”.

En relación con los derechos fundamentales, la Constitución destina, dentro de su Título II (“Derechos”), el Capítulo II a los “Derechos del buen vivir”, distribuidos en ocho secciones, a saber: agua y alimentación (sección primera), ambiente sano (sección segunda), comunicación e información (sección tercera), cultura y ciencia (sección cuarta), educación (sección quinta), hábitat y vivienda (sección sexta), salud (sección séptima), y trabajo y seguridad social (sección octava).

A diferencia de lo que ocurre en Ecuador, la CPB recoge el vocablo aymara y su traducción es levemente diferente: *suma qamaña* o “vivir bien”⁷⁴³. En este caso, el vivir bien también aparece en el Preámbulo de la Constitución, como principio del Estado, y a propósito de los derechos constitucionales.

El Preámbulo caracteriza al nuevo Estado que se forma, como uno “donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos”.

Mientras que el art. 8°, dispone que entre otros “principios ético-morales de la sociedad plural”, el Estado asume y promueve el “*suma qamaña*” (vivir bien).

⁷⁴² Como se analizará, la CPE alude a este principio como “buen vivir”, mientras que la CPB usa la expresión “vivir bien”. Utilizaré una u otra expresión, según cuál sea la Constitución a la cual se aluda. En caso de referirme al principio sin asociarlo con alguno de los dos textos, hablaré simplemente de “buen vivir”.

⁷⁴³ Fernando Huanacuni prefiere traducir estos términos (*suma qamaña* en aymara y *sumak kawsay* en quichua) como “vivir en plenitud”, aun cuando actualmente se hable de buen vivir o vivir bien. Huanacuni Mamani, Fernando, *Vivir Bien/Buen Vivir*. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales, Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas, La Paz, 4ta edición, 2010, p. 15.

En su parte dogmática, la Constitución de Bolivia no estructura una particular categoría de derechos del vivir bien, como sí opera en la ecuatoriana. No obstante ello, algunos de los derechos constitucionalizados se inspiran en él. Así se dice, por ejemplo, respecto de la educación, que debe estar orientada, entre otros objetivos, “a la conservación y protección del medio ambiente, la biodiversidad y el territorio para el vivir bien” (art. 80). También se establece que el modelo económico boliviano es plural y que estará “orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos” (art. 306). Con ese fin, la organización económica boliviana se establece “[p]ara eliminar la pobreza y la exclusión social y económica [y] para el logro del vivir bien en sus múltiples dimensiones” (art. 313).

1.4.2. Elementos conceptuales del buen vivir

El jurista boliviano Fernando HUANACUNI explica que para conceptualizar el buen vivir debe tenerse presente dos ideas fundamentales: la cosmovisión y la identidad⁷⁴⁴.

La cosmovisión corresponde al conjunto de formas de ver, sentir, percibir y proyectar el mundo que posee cada cultura. En el caso de las culturas indígenas, ellas creen en que la vida es expresión de un *multiverso*, o sea, un espacio donde existen “muchas verdades”, y no una sola, como ocurre en la concepción occidental de *universo*. En este espacio, todo está conectado, interrelacionado, en armonía y equilibrio, donde el uno y el todo es importante para la comunidad. Esta particular comprensión acerca de lo que nos rodea no es exclusiva de los pueblos altiplánicos. El autor señala que ella está presente prácticamente en toda América (Abya Yala como es conocido este continente por los pueblos originarios), tanto en la región andina de Colombia, Ecuador, Bolivia, Perú, Chile y Argentina, como en los pueblos ancestrales de Norteamérica.

La identidad, por su parte, puede entenderse tanto desde una perspectiva cultural como natural. La primera corresponde a aquella “profunda relación con el entorno, con la Madre Tierra, con el lugar que habitamos”, de la cual nace una forma de vida, un idioma, la danza, la vestimenta, la música. La identidad natural, en tanto, es la que emerge de la complementación con toda la comunidad de vida. Más adelante desarrollaré por qué es importante tener presente esta doble conexión para la acertada comprensión del buen vivir, y sus proyecciones jurídicas.

Es en tal sentido que se inserta la idea de buen vivir, como una manifestación de tal cosmovisión indígena, por una parte, y como expresión de una identidad, en cuyo caso se vincula tanto con la cultura y la historia, como con la naturaleza. En definitiva, se trata de una concepción propia de la cosmovisión indígena, capaz de integrar diversos elementos: el ser humano y la naturaleza; el presente, el pasado y el futuro; los ancestros y las futuras generaciones. Como lo plantea HUANACUNI, “el buen vivir está ligado a la espiritualidad y esto emerge de un equilibrio entre el pensar y el sentir”. Este equilibrio exige saber convivir con nuestro entorno físico e histórico, se trata de “restablecer las armonías con uno mismo, con la pareja, con la familia, con la comunidad, con la madre tierra y con el padre cosmos”. De esta manera, se propende a una armonía con todo el entorno, pero asumiendo que el ser humano no es un ente extraño a él, sino parte de él. El mismo autor lo grafica señalando que “cuidamos no porque es ajeno o porque una norma lo dice, sino porque somos nosotros mismos; el deterioro de ese algo aparentemente externo, es el deterioro de nosotros, más aún del conjunto, y ese conjunto es la comunidad no solo de seres humanos sino la comunidad de vida”⁷⁴⁵. En la misma línea, Carolina SILVA señala que el *sumak kawsay* debe entenderse como “el encuentro del equilibrio entre los diferentes aspectos de la realidad”, donde “realidad” viene a ser la traducción

⁷⁴⁴ Ídem, pp. 27-28.

⁷⁴⁵ Ídem, pp. 3-5.

de la palabra *pacha*, que en rigor se asocia a “todo lo que es, o en otras palabras, todo lo que existe en el universo”⁷⁴⁶.

El buen vivir es mucho más que un principio inspirador de los nuevos Estados. Forma parte del proyecto emancipatorio del NCLAD. Alberto ACOSTA entiende que el buen vivir se proyecta “como una propuesta de cambio civilizatorio”, como “un gran paso revolucionario que nos conmina a transitar de visiones antropocéntricas a visiones socio-biocéntricas, con las consiguientes consecuencias políticas, económicas y sociales”⁷⁴⁷. Desde una perspectiva económica, el buen vivir representa un plan contrahegemónico que se resiste a la visión reduccionista del desarrollo como crecimiento económico, proponiendo a cambio una economía centrada en el ser humano y en sus múltiples relaciones con “la naturaleza, la vida comunitaria, los ancestros, el pasado y el futuro”⁷⁴⁸.

Considerando las limitaciones de extensión que presenta el presente trabajo, abordaré dos puntos relevantes que permiten caracterizar correctamente al buen vivir, como elemento central del NCLAD, y su conexión con los derechos fundamentales: (a) la conexión entre el buen vivir, el bien común y la igualdad como principios constitucionales; y (b) la relación entre buen vivir y derechos fundamentales.

1.4.3. *Buen vivir, bien común e igualdad*

Tradicionalmente, el bien común ha sido entendido como una de las finalidades más importantes de la construcción del Estado moderno. MATTEUCCI sitúa en el pensamiento escolástico el origen del concepto de bien común, y lo diferencia tanto del bien individual, como del bien público. El bien individual es el de cada persona, y el público es el de todos en cuanto están unidos. El bien común, en tanto, corresponde al bien de los individuos “en cuanto miembros de un [E]stado” y, si bien, no puede considerarse solo como la suma de los bienes individuales, sí se puede entender como un objetivo a lograr, donde “los ciudadanos puedan desarrollar sus cualidades personales y los individuos, impotentes por sí solos, deben solidariamente perseguir juntos ese fin común”⁷⁴⁹. En cuanto al contenido del bien común, HÄBERLE, atento a que podría tratarse finalmente de una “fórmula vacía”, propone –en el contexto de una constitución pluralista– que el sentido a este principio sea proporcionado por la ciencia cultural, ya que “el jurista no [lo] puede desentrañar solo”⁷⁵⁰.

Siendo el bien común un concepto central dentro de la arquitectura del Estado contemporáneo tiene, sin embargo, dos limitaciones importantes que explicaré a continuación. En primer lugar, se advierte una limitación espacial o natural, ya que se trata de un principio antropocéntrico, expresado por que el bien que se busca es el de los seres humanos, insertos en una determinada comunidad. Y en segundo término, se refiere solo a los hombres y mujeres que existen en la actualidad, sin incluir a las generaciones pasadas o futuras, a lo que le podríamos llamar limitación temporal.

⁷⁴⁶ Silva Portero, Carolina, *¿Qué es el buen vivir en la constitución?*, en Ávila Santamaría (editor), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Ministerios de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 111-154, p.116.

⁷⁴⁷ Acosta, Alberto, *El Buen Vivir*. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos, Icaria editorial, Barcelona, 2013, p. 124.

⁷⁴⁸ Larrea Maldonado, Ana María, *El buen vivir como contrahegemonía en la Constitución Ecuatoriana*. En *Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social*, Centro de Estudios Sociológicos y Antropológicos, Maracaibo, número 53, abril-junio 2011, pp. 59-70, pp. 59-60.

⁷⁴⁹ Bobbio, Norberto, Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco, op. cit., pp. 144-145.

⁷⁵⁰ Häberle, *El Estado constitucional*, op. cit., pp. 379-382.

El buen vivir intenta superar ambas limitaciones, ya que primeramente hace referencia a una armonía del ser humano con toda aquella realidad que lo circunda, no solo con sus demás congéneres sino también con el resto de la naturaleza, con los animales, las especies vegetales e, incluso, con los entes inanimados como ríos y montañas. El ser humano se sitúa éticamente en un plano de equivalencia con el resto de la naturaleza, la cual deja de tener un rol instrumental, sino que poseería un valor intrínseco, que es un sentido muy coherente con la cosmovisión indígena⁷⁵¹.

A su vez, el buen vivir se asocia con un equilibrio y respeto con el pasado y con las generaciones venideras. Ello también es coherente con una historia narrada por los pueblos indígenas con forma de espiral o circular y no lineal⁷⁵², por lo que la comunidad además de estar compuesta por los hombres y mujeres, y por los “animales, insectos, plantas, montañas, el aire, el agua, el sol”, también lo está por “lo que no se ve, nuestros ancestros y otros seres”⁷⁵³. De esta manera, desde un punto de vista temporal, el buen vivir implica un especial respeto por los ancestros y las futuras generaciones, respecto de las cuales no existe superioridad alguna.

De esta manera, este principio extiende de modo desafiante las fronteras conceptuales del bien común, motivando al logro de un equilibrio más profundo y complejo. Por lo mismo, si el paradigma del bien común ya se trataba de un ideal de difícil logro, el buen vivir impone un horizonte aún más provocador, que requiere cambios de paradigmas conceptuales que incorpore a la naturaleza y a los conocimientos y prácticas ancestrales como elementos que también deben ser resguardados por un Estado pluralista.

Manteniendo el mismo razonamiento precedente, es evidente que la idea de buen vivir provoca una transformación radical respecto del modo como se había venido entendiendo la idea de igualdad en los ordenamientos constitucionales. En la primera parte de esta investigación, se ha abordado los aportes que las diferentes tradiciones de constitucionalismo han hecho al principio de igualdad, partiendo de una igualdad formal de corte liberal, hasta llegar a una igualdad material y política planteada por los modelos social y democrático. Pero, nuevamente, se trata de igualdades acotadas a las personas existentes (y no a otros entes, ni a sujetos pasados o futuros). A ello, hay que agregar a que en sociedades donde no se ha avanzado en el horizonte pluralista, la igualdad tampoco abarca a las diversas culturas que componen la sociedad.

Lo que se advierte es que, por aplicación del principio del buen vivir, el ser humano es inserto en la relación espacio-tiempo, de un modo armónico y en plenitud con todo lo existente, alterando de modo radical las concepciones de igualdad cultivadas hasta el momento. En tal contexto, se puede decir que el buen vivir produce una verdadera explosión del principio de igualdad, extendiéndolo hacia fronteras nunca antes conocidas, incorporando de este modo tres nuevas igualdades, a las cuales le llamaré igualdad intercultural, igualdad intergeneracional e igualdad holística⁷⁵⁴.

La *igualdad intercultural* se refiere a que el buen vivir supone la coexistencia de diversas culturas que conviven en un mismo territorio. Tal igualdad queda reflejada en el Preámbulo de la CPB, en cuyo párrafo primero señala: “Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo

⁷⁵¹ Al respecto, véase: Gudynas, *La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador*, op. cit., pp. 34-47.

⁷⁵² Al respecto, véase Gavilán Pinto, Víctor, *El pensamiento en espiral. El paradigma de los pueblos Indígenas*, Ñuke Mapuförlaget, Santiago, 2011, pp. 93-94.

⁷⁵³ Huanacuni, op. cit., p. 53.

⁷⁵⁴ Una mirada similar, aunque sin relación con la idea del buen vivir la tiene Albert Noguera, quien distingue cuatro “dimensiones de la igualdad”: igualdad formal, igualdad material, igualdad subjetiva, igualdad intercultural, e igualdad con la naturaleza. En: Noguera Fernández, Albert: *La igualdad ante el fin del Estado Social*. Propuestas constitucionales para construir una nueva igualdad, Sequitir, Madrid, 2014, pp. 15-32.

sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia”. Es coherente con el establecimiento de un Estado plurinacional, tanto en Ecuador como en Bolivia, donde las diferentes naciones tienen posibilidades de intervenir, en igualdad de condiciones, en las decisiones más importantes del país.

La *igualdad intergeneracional* se vincula, por otra parte, con la necesidad de incorporar, en plano de equivalencia, a las personas que actualmente componen la sociedad con las demás generaciones, tanto las pasadas como las futuras. La visión cíclica de la historia por parte de los pueblos indígenas supone un reconocimiento genuino por el valor de los antepasados, cuyas tradiciones y enseñanzas deben mantenerse vivas; pero, al mismo tiempo, exige una alta responsabilidad con la descendencia, lo cual queda reflejado en poder legar aquellos mensajes y símbolos provenientes del tiempo precedente, así como también un hábitat adecuado para ellos. Esto, porque en la cultura de los pueblos originarios, el pasado y el futuro, junto con el presente, forman parte de una misma comunidad de vida, o como lo explica Elisa CANQUI, un rasgo propio de los conceptos indígenas es “que se basan en la tradición y el respeto a los antepasados, pero también están proyectados hacia el futuro”⁷⁵⁵.

La *igualdad holística*, finalmente, queda representada por aquella idea sustancial del principio del buen vivir, a la que ya se ha hecho referencia anteriormente, y que consiste en asumir una relación de igualdad entre el ser humano y el resto de la naturaleza. Como lo afirma GUIMARÃES DE MORAES, el modelo de desarrollo instalado de modo hegemónico en el planeta encuentra su base axiológica en la racionalidad antropocéntrica, que jerarquiza al hombre en relación con los demás elementos del medio ambiente, constituyéndose en una lógica separatista, opositora entre ambos⁷⁵⁶. Esta situación es quebrada por la filosofía del buen vivir (ancestral en sus orígenes, muy novedosa en las constituciones) que entiende que “el ser humano no está por encima de todas las formas de existencia, está al mismo nivel de ellas”⁷⁵⁷.

De esta forma, el principio de igualdad queda expandido en virtud del buen vivir, y se extiende a todas las culturas, todas las generaciones y todas las especies.

Por cierto que si se entiende las utopías como “una sociedad ideal o perfecta en todos sus sentidos”, entonces un país donde rija plenamente el ideal de buen vivir podría tener mucho de utópico. Sin embargo, aquella visión solo emerge a partir de lo que Julia MARTÍNEZ llama “una versión light” del principio, o sea, una suerte de slogan publicitario o una simple aspiración⁷⁵⁸. Sin embargo, si es interpretado bajo la lógica emancipatoria, pero en un diálogo con todos los escenarios posibles e, incluso, con los demás discursos utópicos, entonces más que convertirse en un “eco nostálgico”, ofrece una alternativa innovadora y real para una sociedad ecológica y un desarrollo sustentable⁷⁵⁹.

⁷⁵⁵ Canqui Mollo, Elisa, *El Vivir Bien, una propuesta de los pueblos indígenas a la discusión sobre el desarrollo*. En *Obets. Revista de Ciencias Sociales*, Alicante, volumen 6, 2011, pp. 19-33, p. 28.

⁷⁵⁶ Guimaraes de Moraes, Kamila, *Bem viver: um novo paradigma para a proteção da biodiversidade por seu valor intrínseco*, en Morato y Peralta (organizadores), *Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica*, Universidad de Costa Rica, Universidad Federal de Santa Catarina, Grupo de pesquisa Direito Ambiental na Sociedade de Risco, Instituto o Direito por um planeta verde, Brasil, 2014, pp. 107-130, p. 108.

⁷⁵⁷ Huanacuni, op. cit., p. 54.

⁷⁵⁸ Martínez, Julia Evelyn, *La utopía del buen vivir*, artículo disponible en la página web: <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=166252> (revisado el 4 de agosto de 2017)

⁷⁵⁹ Vanhulst, Julien y Beling, Adrián, *El buen vivir: una utopía latinoamericana en el campo discursivo global de la sustentabilidad*, en Polis, *Revista Latinoamericana*, Centro de Investigación Sociedad y Políticas Públicas, edición electrónica <http://polis.revues.org/9638>, núm. 36, Santiago, 2013.

1.4.4. *Buen vivir y derechos fundamentales*

Aun cuando se trata de un principio que está recogido tanto en la CPE como en la CPB, el análisis que brinda la carta ecuatoriana es más extenso que el que se aprecia en la de Bolivia. A pesar de ello, al tratarse de un elemento común en ambas Constituciones, las conclusiones pueden ser análogas para los dos casos.

En efecto, el buen vivir es un elemento central en la concepción y formulación de los derechos por parte de las Constituciones que forman parte del NCLAD. Se trata de un principio que permite que, en ambos países, toda la materia de derechos se plantee “no solo la de los derechos de los pueblos indígenas, de una forma realmente inédita en la historia constitucional latinoamericana”, como lo señala CLAVERO⁷⁶⁰.

Sobre este punto, debe ser destacado que la carta ecuatoriana establece una nueva categoría de derechos, a los cuales los denomina “derechos del buen vivir” (arts. 12 a 34), en oposición a los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, a los derechos de participación, a los derechos de libertad, a los derechos de la naturaleza y a los derechos de protección. De esta manera, la nueva clasificación se aleja a aquella tradicional que distingue entre derechos de primera, segunda y tercera generación. Por lo mismo, y como lo asevera SILVA, los derechos del buen vivir no deben ser confundidos con los llamados derechos sociales o de segunda generación. Primero, porque dentro de ellos se encuentran algunos derechos individuales, como el de comunicación e información. Y segundo, porque su contenido es diferente. Los derechos del buen vivir se caracterizarían porque “constituyen el objetivo del Régimen de Desarrollo y, por lo tanto [...] se ubica a los derechos contenidos en esta clasificación en el centro de las políticas de desarrollo del Estado”⁷⁶¹.

Esta última observación permite vislumbrar que el buen vivir cuestiona el modelo tradicional de desarrollo, redirigiéndolo hacia el ser humano como ente que forma parte de una comunidad, y no hacia el crecimiento económico como fin último, como sucede con la visión mercantilista.

GRIJALVA, apoyándose argumentalmente en Ferrajoli, sostiene que el buen vivir va encaminado a subordinar la economía a los derechos, profundizando el proceso de desmercantilización de los mismos. A partir de la irrupción del buen vivir, y a esa nueva forma de convivencia, en diversidad y armonía con la naturaleza, delineada ya en el Preámbulo de la CPE, la institucionalidad pública deberá ajustarse para materializarlo. En esa perspectiva, el sistema económico ecuatoriano tiene por objetivo “garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir”, conforme lo prescribe el art. 283 de la CPE. El ideal del buen vivir se ajusta a un “horizonte ético-económico [que] implica una crítica al consumismo, a la instrumentalización del trabajo humano y a la depredación de la naturaleza”, a la búsqueda de “una vida rica en un sentido más profundo e integral, digna en lo material, trascendente en lo social y espiritual, sensible a la diversidad cultural y a la naturaleza”. De allí que le corresponda al Estado crear las condiciones necesarias para su factibilidad, sin perjuicio del aporte que para ese fin pueda hacer también la creatividad de la autonomía individual⁷⁶².

⁷⁶⁰ Clavero, Bartolomé, *Estado Plurinacional: Aproximación a un Nuevo Paradigma Constitucional Americano*, en Clavero (editor), *Constitucionalismo Latinoamericano: Estados criollos ente Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Ediciones Olejnik, Santiago, 2016, p. 53.

⁷⁶¹ Silva, op. cit., p. 131.

⁷⁶² Grijalva, op. cit., pp. 45-49.

De esta forma, el buen vivir opera como una verdadera alternativa al modelo de desarrollo económico impuesto hegemónicamente por el pensamiento occidental europeo. A dicho modelo centrado en el individuo aislado de su entorno social y natural, poco o nada le importa la diversidad, no valora ni respeta al “otro” salvo como otro agente económico que está al servicio de su finalidad lucrativa. El buen vivir, en cambio, supera dicha filosofía individualista y, en una empresa descolonizadora, trata de apuntar a una ética de lo suficiente para la comunidad, no solo de seres humanos, ya que la humanidad está inmersa a su vez, en la comunidad de vida de la madre tierra o Pachamama⁷⁶³.

En definitiva, si el buen vivir está ligado a una nueva relación, armónica y respetuosa, tanto con la naturaleza, entonces es capaz de transformar los sistemas constitucionales de derechos en esas dos áreas (la de la naturaleza y la de las personas).

Solo de modo preliminar, ya que ambos asuntos serán desarrollados más adelante, se puede decir –en primer lugar– que el buen vivir introduce nuevas perspectivas en materias de derechos fundamentales vinculados a la naturaleza, ya sea reconociendo derechos a la naturaleza o Pacha Mama, o bien garantizando con especial énfasis el derecho a vivir un medio ambiente sano, intensificando el rol del Estado en tal asunto.

En segundo término, la exigencia de un nuevo trato dado a las personas –tanto en su plano individual como colectivo– traerá una doble consecuencia. Primero, hay un desplazamiento del mercado como eje de la preocupación del Estado, privilegiándose al ser humano y, con ello, mayor protección de los derechos sociales. Y segundo, la consideración de derechos colectivos de los pueblos indígenas, fundamentalmente en el ámbito cultural y político.

2. Aportes del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador en materia de derechos culturales

Como se revisó en el capítulo anterior, el fenómeno de colonización existente en América Latina tuvo graves consecuencias en relación con el ejercicio de los derechos culturales especialmente para los pueblos indígenas. Esto ya que sus culturas se vieron sometidos a una cultura hegemónica (la cultura europea) que los ocultaba y restringía⁷⁶⁴.

Será precisamente en este punto donde el NCAD configura los primeros cambios al sistema de derechos fundamentales. Y lo hace a partir de fórmulas tales como la plurinacionalidad y el buen vivir, con las cuales comienza a visibilizarse constitucionalmente, primero, la diversidad de culturas y, a continuación, la necesidad de una convivencia armoniosa entre todas ellas.

Para sostener que los pueblos son titulares de derechos culturales, es imprescindible, en primer término, reconocerlos como efectivos “sujetos de derechos”, derechos que, por lo demás, tendrán el carácter de colectivos en atención a las características del sujeto activo. Una vez aclarado ello, se revisará de qué modo el NCLAD es capaz de constitucionalizar estos derechos, al menos, en dos vertientes: en lo relativo al pluralismo jurídico y en relación con las demás manifestaciones de la diversidad cultural (símbolos, lenguas, relación con la naturaleza).

⁷⁶³ Al respecto, véase Acosta, op. cit., pp. 49-64.

⁷⁶⁴ La definición de cultura también fue revisada en el capítulo segundo.

2.1.Reconocimiento de los pueblos como titulares de derechos

Una característica relevante de las Constituciones que integran el NCLAD es la forma como ellas se hacen cargo de la diversidad cultural existente. Alejadas de las posturas multiculturalistas que se limitan solo a reconocer la existencia de diversos pueblos, sin que ello signifique necesariamente la consideración de los mismos como sujetos de derechos, las cartas boliviana y ecuatoriana precisamente consideran a los pueblos como auténticos titulares de derechos fundamentales.

Aun cuando los derechos colectivos son los derechos que, por excelencia, pertenecen a los pueblos indígenas y originarios, no debe prescindirse de la acertada observación de GRIJALVA: la ampliación de la titularidad de los derechos implica que los pueblos y nacionalidades pueden demandar no solo sus específicos derechos colectivos, “sino cualquier otro de los derechos establecidos en la Constitución”, por ejemplo, derechos sociales⁷⁶⁵.

2.1.1. Reconocimiento de los derechos de los pueblos en la CPB

Para tratar este punto, es imprescindible señalar el principio general establecido en el art. 14.III. de la CPB según el cual se reconoce derechos no solo a personas, sino también a colectivos. En efecto, la citada disposición garantiza “a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos”.

Pero aún más específico resulta el art. 2, el cual asegura a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, dada su existencia precolonial y su dominio ancestral sobre sus territorios, su “libre determinación en el marco de la unidad del Estado”, la cual consiste en “su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley”.

A su vez, en la primera parte de la CPB, denominada “Bases Fundamentales del Estado, derechos, deberes y garantías”, su Título II (“Derechos Fundamentales y garantías”) el constituyente dedicó el Capítulo IV a los “Derechos de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos” (arts. 30 a 32).

En este apartado, el art. 30.I. define a la nación y pueblo indígena originario campesino como “toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española”. Como señala GARCÉS, en la definición se aprecia una mirada *ruralizada* de estos pueblos, ya que al señalarse que comparten territorios, debiera entenderse que se alude a espacios territoriales definidos, continuos y rurales⁷⁶⁶. Pero también, se debe agregar que en el concepto queda en evidencia que el carácter preexistente de los pueblos, previos a la conquista europea, la cual califican, sin eufemismos, como una “invasión colonial”.

El art. 30.II., por su parte, garantiza una serie de derechos a las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, advirtiendo sin embargo que se hace “[e]n el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución”. Esta mención es importante porque la pluralidad de naciones y

⁷⁶⁵ Grijalva, op. cit., p. 103.

⁷⁶⁶ Garcés, Fernando, *Los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas y Originarios en la Nueva Constitución Política del Estado*, en Viciano y Storini (editores), *Innovación y continuismo en el modelo constitucional boliviano de 2009*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.127-153, p. 140.

pueblos no tienen un afán separatista o de disgregación del Estado, sino más bien existe en el marco de un Estado plurinacional en construcción⁷⁶⁷.

Los derechos que se protegen en dicho numeral son, sucintamente los siguientes: (1) a existir libremente; (2) a su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión; (3) a que la identidad cultural de cada uno de sus miembros, si así lo desea, se inscriba junto a la ciudadanía boliviana en su cédula de identidad u otros documentos de identificación; (4) a la libre determinación y territorialidad; (5) a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado; (6) a la titulación colectiva de tierras y territorios; (7) a la protección de sus lugares sagrados; (8) a crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios; (9) a que sus saberes y conocimientos tradicionales, su medicina tradicional, sus idiomas, sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y promocionados; (10) a vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas; (11) a la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso, promoción y desarrollo; (12) a una educación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo; (13) al sistema de salud universal y gratuito que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales; (14) al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión; (15) a ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles; (16) a la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios; (17) a la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros; y (18) a la participación en los órganos e instituciones del Estado⁷⁶⁸.

Se debe hacer presente que el pueblo afroboliviano gozará, en todo lo que corresponda, de los derechos económicos, sociales, políticos y culturales reconocidos en la Constitución para las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 32 de la CPB.

Por otra parte, el art. 31.I dispone que “[l]as naciones y pueblos indígena originarios en peligro de extinción, en situación de aislamiento voluntario y no contactados, serán protegidos y respetados en sus formas de vida individual y colectiva”. A su vez, el art. 31.II. establece que las naciones y pueblos indígenas en aislamiento y no contactados gozarán “del derecho a mantenerse en esa condición, a la delimitación y consolidación legal del territorio que ocupan y habitan”. En ambos casos, hay reconocimiento de derechos de los pueblos.

Finalmente, con un carácter más específico, el art. 56 protege el derecho de propiedad privada “individual o colectiva”, mientras que el art. 403, a propósito del territorio indígena originario campesino, señala que incluye el derecho al “uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables en las condiciones determinadas por la ley”.

2.1.2. Reconocimiento de los derechos de los pueblos en la CPE

Si bien la CPE no define a los pueblos originarios (como sí lo hace la CPB), debe tenerse en cuenta su art. 10, que consagra el principio general en materia de sujeto activo de los derechos, al

⁷⁶⁷ Ibidem.

⁷⁶⁸ Para el desarrollo de estos derechos, véase: Román Martín, Laura, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en las Constituciones de Bolivia y Ecuador*, en Pigrau (editor), *Pueblos indígenas, diversidad cultural y justicia ambiental. Un estudio de las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 333-369.

establecer que “[l]as personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales” (art. 10). A su vez, en relación con el ejercicio, promoción y exigibilidad de estos derechos, se puede hacer “de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes” (art. 11.1).

El citado artículo da inicio al Título II (“Derechos”) en la CPE, el cual contiene el Capítulo IV designado “Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades” (arts. 56 a 60).

En este capítulo, su art. 56 establece cómo se compone el país: “Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible” (art. 56). Nuevamente aparece la idea de una pluralidad que no divide, sino que enriquece y diversifica a un Estado único, plurinacional.

El art. siguiente será el que liste los derechos colectivos que se reconocen y garantizan a tales grupos, los cuales se pueden resumir en los siguientes: (1) mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social; (2) no ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural; (3) el reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación; (4) conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, las que serán inalienables, inembargables, indivisibles y exentas del pago de tasas e impuestos; (5) mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita; (6) participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras (7) la consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; (8) conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural; (9) conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral; (10) crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes; (11) no ser desplazados de sus tierras ancestrales; (12) mantener, proteger y desarrollar sus conocimientos colectivos, recursos genéticos, prácticas de medicina tradicional, el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora, prohibiéndose toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas; (13) mantener, recuperar, proteger, desarrollar y preservar su patrimonio cultural e histórico como parte indivisible del patrimonio del Ecuador; (14) desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, con criterios de calidad, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, conforme a la diversidad cultural, para el cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías de enseñanza y aprendizaje; (15) construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa; (16) participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado; (17) ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos; (18) mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación con otros pueblos, en particular los que estén divididos por fronteras internacionales; (19) impulsar el uso de las vestimentas, los símbolos y los emblemas que los identifiquen; (20) la limitación de las actividades militares en sus territorios, de acuerdo con la ley; y (21) que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones se reflejen en la educación pública y en los medios de comunicación; la creación de sus

propios medios de comunicación social en sus idiomas y el acceso a los demás sin discriminación alguna⁷⁶⁹.

En relación con los pueblos en aislamiento voluntario, se indica en la misma disposición que sus territorios “son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva”. Se agrega que “[e]l Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos”. En relación con estos últimos, señala que la violación de los mismos “constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley”.

Finalmente, el mismo art. 57 agrega una exigencia de no discriminación por género al establecer que “[e]l Estado garantizará la aplicación de estos derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres”.

Los arts. 58 y 59 se pronuncian, por su parte, sobre los derechos del pueblo afroecuatoriano y de los pueblos montubios, respectivamente. Finalmente, el art. 60 dispone que los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán “constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura”, reconociendo a las comunes que tienen propiedad colectiva de la tierra como una forma ancestral de organización territorial.

Fuera de este capítulo, la CPE también garantiza derechos a estas y otras colectividades. Así, el art. 13 señala que las personas y colectividades tienen derecho al acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos; el art. 16 se garantiza a todas las personas, en forma individual o colectiva, el derecho a una comunicación libre, incluyente, diversa y participativa; y el art. 257 dispone que las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas ecuatorianas podrán crear circunscripciones territoriales propias.

2.1.3. *Los derechos colectivos en el NCLAD*

Tal como lo señala ROMÁN, el nuevo modelo inmerso en estas Constituciones “empodera a comunidades y pueblos indígenas tradicionalmente marginados”⁷⁷⁰. Y este empoderamiento opera por medio del reconocimiento de una especial categoría de derechos, como son los derechos colectivos.

El jurista mexicano Juan Antonio CRUZ PARCERO sistematiza los diferentes conceptos de derechos colectivos, agrupándolos en dos categorías principales. En primer lugar, los derechos colectivos pueden ser entendidos como aquellos cuyos titulares son comunidades o grupos, como podrían serlo, en sus palabras, los derechos de “los pueblos indios”. En segundo término, también pueden ser entendidos como tales, los que persiguen fines o bienes colectivos, y no meramente individuales, como sucede con “el derecho a la autodeterminación de los pueblos”⁷⁷¹.

Sea que se opte por un camino o por el otro, es de gran importancia, y una novedad importante en el ámbito latinoamericano que las Constituciones boliviana y ecuatoriana reconozcan, primero a

⁷⁶⁹ Para el desarrollo de estos derechos, véase: Baltazar Yucailla, Rosa Cecilia, *Derechos de las Comunidades, Pueblos, y Nacionalidades*, en Andrade, Grijalva y Storini (editores), *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, Quito, 2009, pp. 211-234.

⁷⁷⁰ Román, op. cit., p. 342.

⁷⁷¹ Cruz Parcero, Juan Antonio, *Sobre el concepto de derechos colectivos*. En *Revista internacional de filosofía política*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, número 12, 1998, pp. 95-115.

los pueblos como sujetos de derechos y, como consecuencia de ello, se garanticen explícitamente derechos colectivos. Con la reivindicación de estos derechos – asegura Rosa BALTAZAR – los pueblos indígenas inician una nueva época dentro del Estado, pues se acepta la existencia de diversas culturas⁷⁷².

Agustín GRIJALVA, por su parte, ubica a los derechos colectivos como una clase de derechos de tercera generación, categoría esta última que, sin embargo, no define. A continuación, reconoce que hay derechos de tercera generación que tienen el estatus de derechos colectivos, y otros que no. Dentro de estos últimos se encuentran el derecho al desarrollo, a la paz, al patrimonio artístico y cultural, a un medio ambiente sano, etc. Mientras que, serían derechos colectivos, “los ambientales, los derechos étnicos y los de los consumidores”, así como, en relación con los pueblos indígenas, los derechos “a su identidad cultural, propiedad, participación, educación bilingüe, medicina tradicional, entre otros”. Lo que distinguiría a los derechos colectivos de los demás derechos de tercera generación es que “es relativamente posible determinar quiénes concretamente pueden reclamarlos o son afectados por su violación”, ya que se refieren a grupos más específicos. Así ocurre, por ejemplo, con los derechos de los pueblos indígenas y de los consumidores⁷⁷³.

En otro de sus trabajos, GRIJALVA acerca los anteriores conceptos a la CPE, destacando que en ella desaparece precisamente aquella clásica clasificación de los derechos basada en generaciones. En su reemplazo, se recurre a una división puramente temática (derechos de participación, de libertad, etc.). Allí se insertan los derechos colectivos, los cuales no son denominados como tal en el texto constitucional, sino como los “derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidad”, en atención a que pueden existir derechos colectivos que se asocian a otros titulares, diferentes a los indicados⁷⁷⁴.

La consideración de estos derechos quiebra la tradición liberal que solo concibe al individuo como titular de derechos fundamentales. Como lo sostiene LÓPEZ CALERA, “en un mundo profundamente individualista, hablar de derechos colectivos no tiene buena prensa (...) La hegemonía ideológica del individualismo no permite muchas alegrías en torno a los derechos colectivos”⁷⁷⁵. De allí que la inclusión y garantía de estos derechos tenga una intención contrahegemónica que intenta subvertir aquel lenguaje tradicional en materia de derechos, integrando a los grupos tradicionalmente postergados al sistema constitucional, como sujetos plenos de derechos.

La garantía de estos derechos viene a confirmar que el pacto social que dio origen a estas dos Constituciones no solo fue un acuerdo entre ciudadanos, sino que también de pueblos y colectividades, cuya presencia pretende permanecer en el texto resultante. A su vez, la protección de los derechos colectivos abre el camino a otros tipos de reconocimientos derivados del pluralismo cultural, como es el pluralismo jurídico, cuestión que será analizada más adelante.

⁷⁷² Baltazar, op. cit., p. 211.

⁷⁷³ Grijalva, Agustín, *Introducción*, en Ávila Ordóñez y Corredores Ledesma (editoras), *Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, pp- xv-xviii.

⁷⁷⁴ Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador*, op. cit., p. 103.

⁷⁷⁵ López Calera, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 13.

2.2.Reconocimiento de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas

Para los pueblos, especialmente los pueblos indígenas, el cuidado por los símbolos y las tradiciones que forman su cosmovisión, así como las lenguas que han utilizado de modo inmemorial para expresarla.

En tal sentido, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2006⁷⁷⁶ reconoce una serie de derechos que van en ese sentido, como el derecho de estos pueblos: a conservar y reforzar sus propias instituciones culturales (art. 5); a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura (art. 8.1); a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales (art. 11); a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas, y a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales (art. 12.1); a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escrituras y literaturas, y a atribuir los nombres a sus comunidades, lugares y personas, y a mantenerlos (art. 13.1); a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones queden debidamente reflejadas en la educación y la información pública (art. 15.1); a mantener y fortalecer su propia realización espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que han poseído u ocupado tradicionalmente (art. 25); a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas (art. 31.1); a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones (art. 33.1); y a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos y prácticas (art. 34).

La preocupación por la cultura de los pueblos que componen un Estado debe quedar reflejada en la Constitución. Lo anterior, por cuanto ella “no es sólo un texto jurídico o un código normativo, sino también la expresión de un nivel de desarrollo cultural, instrumento de la representación cultural autónoma de un pueblo, reflejo de su herencia cultural y fundamento de nuevas esperanzas”, como lo sostiene acertadamente HÄBERLE⁷⁷⁷.

En esa línea, las Constituciones de Ecuador y Bolivia recogen muchos elementos propios de las costumbres y símbolos ancestrales de los pueblos indígenas, de modo de construir un ordenamiento donde se visibilicen las diferentes culturas, las que habían permanecido ocultas durante siglos. La recepción de estos elementos pretende ser, por lo tanto, otro vehículo de descolonización, reactivo al constitucionalismo culturalmente asimilacionista que había regido desde los inicios de los Estados latinoamericanos.

Aun cuando pueden existir otros elementos que pudieran ser mencionados, en atención a las limitaciones propias de este trabajo, destacaré la recepción de tres manifestaciones culturales: (a) los símbolos culturales, (b) las lenguas y (c) las relaciones con la naturaleza.

En relación con los símbolos, se tendrá presente la idea que propone Marcelo NEVES, quien sostiene que “lo simbólico” se emplea para indicar todos los mecanismos de intermediación entre sujeto y realidad. Agrega que los símbolos, a diferencia de las señales, son extremadamente variables

⁷⁷⁶ La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue adoptada en la 61ª sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 13 de septiembre de 2007, y contó con el voto favorable de los representantes de Bolivia y Ecuador.

⁷⁷⁷ Häberle, Peter, *Constitución como Cultura*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2002, p. 71.

y caracterizados por su versatilidad. Luego, apoyándose conceptualmente en Lévi-Strauss, sostiene que las culturas y las estructuras sociales serían un sistema simbólico, como estructura de significantes⁷⁷⁸. De esta forma, se puede concluir que las culturas se nutren de su propio lenguaje simbólico que les permite interpretar la realidad y el hábitat en el que están insertas. Lo que hacen las Constituciones en análisis es, como se verá luego, incorporar dichos elementos de significación en el pacto político principal del Estado.

Respecto de las lenguas, las dos Constituciones que integran el NCLAD se caracterizan porque, además de reconocer el castellano o español como lengua oficial para todo el territorio del Estado, también se consideran oficiales para sus respectivos territorios, las lenguas de los pueblos originarios. Tal como lo sostiene PÉREZ CALVO, este doble reconocimiento se debe a que las políticas lingüísticas obedecen con mayor o menor fidelidad a la realidad. Por esto, la lengua castellana, al ser aquella que provenía de la potencia colonial, es conocida por toda la población, mientras que las diferentes lenguas indígenas sólo lo son en sus respectivos territorios⁷⁷⁹.

Finalmente, respecto de la naturaleza, se debe constatar que la concepción que de ella tienen las culturas originarias es diferente a la visión eurocéntrica recogida en nuestros ordenamientos. Por ello, aun cuando de modo diferenciado, tanto la CPE como la CPB la sitúan en un lugar privilegiado de su ordenamiento. Tal relevancia es, además, consecuencia del principio del buen vivir recogido por ambas cartas del NCLAD.

2.2.1. *Recepción constitucional de los símbolos de los pueblos indígenas*

Las fórmulas para incorporar el universo simbólico de los pueblos originarios a las Constituciones ecuatoriana y boliviana guardan ciertas diferencias. Puede constatarse que, en este punto, la CPB es más nutrida y rica que la CPE. No obstante ello, es posible apreciar un rasgo común, y es que en ambos casos los textos intentan armonizar y compatibilizar los símbolos provenientes tanto de la tradición europea, con la republicana surgida luego de las independencias y, por cierto, con los que se asocian con la cultura indígena.

No puede dejar de omitirse que, desde ya, las propias Constituciones tienen en sí mismas un valor simbólico de simultánea unidad y diversidad, el cual se intensifica con un lenguaje donde se urden las diferentes tradiciones que componen las sociedades boliviana y ecuatoriana. También el modelo plurinacional es simbólico, además de instrumental y apto para organizar una población étnica y culturalmente compleja, al ser el corolario de luchas sociales de orígenes remotos⁷⁸⁰.

La conquista por espacios constitucionales donde los símbolos culturales sean evidenciados da el arranque y la motivación épica para que las masas y los grupos movilicen las instancias constituyentes. En general, estos símbolos no son irrelevantes en la construcción de constituciones, más cuando se está en presencia de períodos fundacionales o refundacionales. Aun cuando más tarde los símbolos terminan teniendo una escasa incidencia jurídica, es precisamente la lucha por ellos, lo que primero en aparecer en estos procesos⁷⁸¹.

Debido a la importancia de los símbolos, las Constituciones ecuatoriana y boliviana se hacen cargo de ellos y los incorporan a sus textos.

⁷⁷⁸ Neves, Marcelo, *La constitucionalización simbólica*, Palestra Editores, Lima, 2015, pp. 31-32.

⁷⁷⁹ Pérez Calvo, op. cit., p. 53.

⁷⁸⁰ Al respecto, véase Tórrez y Arce, op. cit., pp. 115-121.

⁷⁸¹ Santos, Boaventura de Sousa, *Pensar el estado y la sociedad: desafíos actuales*, Waldhuter Editores, Buenos Aires, 2009, pp. 26-27.

a) Recepción de los símbolos en la CPB

Si se revisa en primer término la Constitución más abundante en el reconocimiento de elementos simbólicos, como es la boliviana, pueden apreciarse diferentes manifestaciones.

En el Preámbulo se deja constancia de las diferentes inspiraciones que tuvo el pueblo boliviano, de composición plural, para construir un nuevo Estado. Dentro de estas se incluyen gestas asociados a las luchas de los pueblos originarios, como “la sublevación indígena anticolonial”, así como la conquista de la independencia, y reivindicaciones posteriores, como “las marchas indígenas, sociales y sindicales”, también “las guerras del agua y de octubre” y “las luchas por la tierra y territorio”. Se agrega, además, otra fuente de inspiración, como es “la memoria de nuestros mártires”, concepto más amplio que podemos aplicar a las diferentes luchas mencionadas.

Todos estos episodios tienen, sin duda, una carga emotiva y simbólica ineludible, que da cuenta de luchas ancestrales por mayor autonomía y reconocimiento por la dignidad de los pueblos originarios.

Otro elemento simbólico del Preámbulo se halla hacia el final del mismo, donde se establece que la refundación de Bolivia se realiza “con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios”. La alocución a estas dos fuerzas: la *pachamámica* y la divina permite situar a la Constitución en el centro de dos tradiciones culturales, como son la indígena y la cristiana occidental, manifestadas por sus símbolos y creencias religiosas. De esta amalgama surge una nueva Bolivia, refundada a partir de las dos líneas históricas que confluyen en la Constitución.

El elemento religioso termina siendo un elemento simbólico fundamental en la construcción del Estado Plurinacional. Por ello el art. 4° establece que, aunque el Estado es independiente de la religión, “respeto y garantiza la libertad de religión y de creencias espirituales, de acuerdo con sus cosmovisiones”. La citada disposición, además de establecer la separación entre Iglesia y Estado, y garantizar un Estado laico, acepta las diferentes creencias, enfatizando el elemento “cosmovisión” que es uno de los más importantes a la hora de distinguir la cultura indígena de la europea⁷⁸².

Indudablemente, el art. 6.I resulta ser el más claro en relación con este tema, toda vez que establece los símbolos del Estado. En este precepto puede apreciarse con mayor nitidez la integración de las dos tradiciones señaladas: la europea occidental y la indígena.

La tradición europea se ve reflejada en algunos símbolos que suelen emplearse en el concierto internacional y globalizado. Dentro de ellos, se encuentra la bandera, el himno boliviano y el escudo de arma. Con un mismo origen europeo puede mencionarse también a la escarapela, que es un legado de la revolución francesa por la necesidad de llevar una cinta que simbolice los tres tonos de la bandera⁷⁸³.

A su vez, otros tres símbolos son manifestación de las culturas originarias: la wiphala, la flor del patujú y la flor de la kantuta. El whipala corresponde a la bandera del movimiento indígena de colorido arcoíris, y fue propuesta en la Asamblea Constituyente por los dirigentes aymaras y quechuas, provenientes del altiplano boliviano. La flor del patujú, en cambio, lleva los mismos tres colores de la bandera y fue propuesta por los pobladores de Beni, Pando y Santa Cruz, vale decir, de

⁷⁸² Sobre el particular, véase Amaru, Jym Qhapaq, *Cosmovisión Andina*. Inka Pachaqaway, Pachayachachiq – Investigación y Estudios Inkásicos, Lima, 2012, pp. 5-62.

⁷⁸³ Tapia Pinto, Iván Sandro, *Curso de Derecho Constitucional Boliviano*. Primera y quinta parte de la Constitución. Parte Dogmática o Material: Derechos Fundamentales y Garantías, Latinas Editores, Oruro, 2011, p. 55.

la zona oriental del país. La parte occidental y La Paz, en tanto, queda representada por la flor de la kantuta⁷⁸⁴.

b) Recepción de los símbolos en la CPE

La CPE, en tanto, es menos explícita en la recepción de símbolos. Sin embargo, el Preámbulo, al igual que en el caso boliviano, se contemplan elementos simbólicos que permiten identificar las tres principales fuentes culturales que nutren a la sociedad ecuatoriana, como son: la europea, la indígena y la republicana criolla. En relación con la primera, el Preámbulo invoca “el nombre de Dios”, aun cuando reconoce “las diversas formas de religiosidad y espiritualidad”. Luego, recoge – como ya se analizó – el principio del buen vivir o *sumak kawsay*, el cual también se identifica con la cosmovisión indígena. Por último, el espíritu republicano criollo se advierte al aludir al “sueño de Bolívar y Alfaro”⁷⁸⁵, como es la integración latinoamericana.

Los símbolos patrios, sin embargo, se reducen a aquellos que, en general, es posible encontrar en la mayoría de los Estados: la bandera, el escudo y el himno nacional (art. 2º, inciso primero). Aún así, el art. 57 reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el derecho a impulsar el uso de las vestimentas, los símbolos y los emblemas que los identifiquen, ampliando de este modo el listado aparentemente taxativo contenido en el art. 2º.

En la misma línea, el art. 16 reconoce a todas las personas, en forma individual o colectiva, el derecho a una comunicación libre, en su propia lengua y con sus propios símbolos.

2.2.2. Reconocimiento de la diversidad lingüística: el pluralismo lingüístico

Otra manifestación cultural de gran importancia se refiere al reconocimiento de las lenguas de los pueblos originarios. Sin embargo, a pesar de su importancia o, quizás precisamente por ella, el fenómeno de exclusión de los pueblos indígenas bajo la colonización buscó anular la memoria indígena, y sus formas de expresión, entre ellas, las lenguas⁷⁸⁶.

La consideración de una lengua única, el castellano, no solo significó ocultar una parte importante de la cultura indígena, sino que trajo consigo graves consecuencias políticas. Bajo el modelo monocultural y monolingüístico, lo que terminaba ocurriendo es que los puestos de decisión estatal eran ocupados exclusivamente por *castellanohablantes*, mientras que aquellos que sólo hablaban lenguas indígenas se encontraban en la parte más baja de la jerarquía, y los que manejaban ambos idiomas se hallaban al centro de la misma, según lo explica GARCÍA LINERA⁷⁸⁷.

Pero además de ello, si se tiene en cuenta que cada discurso se construye a partir de lenguas que lo expresan, entonces la existencia de una lengua dominante provoca que los discursos asociados a ella se transformen en discurso público u oficial. El fenómeno colonial ha utilizado el ocultamiento

⁷⁸⁴ Al respecto véanse: Ibídem y Tórrez y Arce, op. cit., p. 135.

⁷⁸⁵ La alusión es a Simón Bolívar (1783-1830), principal articulador de la independencia de Ecuador, y a Eloy Alfaro (1842-1912), líder de la revolución liberal ecuatoriana, iniciada en 1895 y que continuó luego de su muerte, hasta 1824.

⁷⁸⁶ Martínez de Bringas, Asier, *Los pueblos indígenas ante la construcción de los procesos multiculturales*. Inserciones en los bosques de la biodiversidad, en Berraondo (coordinador), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto Bilbao, Bilbao, volumen 14, 2006, pp. 85-105, p. 104.

⁷⁸⁷ García Linera, Álvaro, *La potencia plebeya. Acción colectiva e identidades indígenas, obreras y populares en Bolivia*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2015, pp. 9-526, pp. 276-277.

de las lenguas alternativas para esconder discursos también alternativos. La única posibilidad, por lo tanto, de acceder a derechos o a información relevante es a través de la lengua hegemónica, lo cual termina, bajo la consigna de la utilidad o la necesidad de abandonar todas aquellas lenguas diferentes a la oficial, esto es, a la hegemónica⁷⁸⁸.

De allí que el proceso descolonizador, en el ámbito cultural, vaya dirigido también hacia el reconocimiento, transmisión y, en algunos casos, la oficialización de las lenguas indígenas. Nuevamente en este punto, la CPB será más explícita en materia de pluralismo lingüístico, estableciendo además garantías más certeras que la CPE dirigidas a asegurarlas.

a) Pluralismo lingüístico en la CPB

Es el art. 5° de la CPB el que determina lo que MARTÍNEZ DALMAU llama “la oficialidad de las lenguas habladas en Bolivia”, así como las garantías de su uso⁷⁸⁹. En el apartado primero de dicho artículo se señalan dos tipos de idiomas oficiales: el castellano “y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos”. Estos últimos son treinta y seis, y son mencionados en la norma: el aymara, araña, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu’we, guarayu, itonama, leco, machajuyaikallawayaya, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco.

Esta disposición es consecuencia del art. 1° que reconoce que Bolivia se funda en la pluralidad y pluralismo lingüístico, entre otras pluralidades y otros pluralismos. Al respecto, Luis TAPIA agrega que el pluralismo cultural y político debe traducirse en el reconocimiento del carácter oficial “o de igual peso político” de las lenguas que hablan las diferentes culturas en el territorio boliviano, con lo cual se avanza, además, en la democratización intercultural⁷⁹⁰.

En tanto, el art. 5.II. asegura el uso efectivo de, al menos un idioma indígena en cada territorio. Lo hace disponiendo que el Gobierno plurinacional y los gobiernos departamentales deben utilizar al menos dos idiomas oficiales. Uno de ellos deberá ser el castellano, y el otro “se decidirá tomando en cuenta el uso, la conveniencia, las circunstancias, las necesidades y preferencias de la población en su totalidad o del territorio en cuestión”. En relación con los demás gobiernos autónomos, deberán utilizar los idiomas propios de su territorio, y uno de ellos debe ser el castellano.

Adicionalmente, la CPB establece otras garantías en este punto. Como la del art. 234.7, el cual establece como requisito para acceder a las funciones públicas “hablar al menos dos idiomas oficiales del país”, obligación, sin embargo, que entrará en vigor de modo progresivo, de conformidad con la ley, según lo dispone la décima disposición constitucional transitoria.

⁷⁸⁸ Sobre el particular, véase: Brieger Valencia, Katerin, *La toma de la conciencia lingüística*, en Centro de Estudios Constitucionales (CEC) de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo” (edit.) *Pluralismos*, 11 tesis, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”, Universitat de Barcelona, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España, La Paz, 2013, pp. 91-114, p. 95.

⁷⁸⁹ Martínez Dalmau, Rubén, *El Estado Plurinacional Comunitario Boliviano: Una definición autóctona de la forma de Estado*, en Viciano y Storini (editores), *Innovación y continuismo en el modelo constitucional boliviano de 2009*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 27-54, p. 43.

⁷⁹⁰ Tapia Mealla, Luis, *El pluralismo político-jurídico en la nueva Constitución de Bolivia*, en Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia y Universidad Mayor de San Andrés (coordinadores), *Miradas. Nuevo Texto Constitucional*, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (Idea Internacional), La Paz, 2010, pp. 261-272, p. 264-265.

También debe destacarse el deber que la CPB impone a otras entidades. Así, el art. 95.II señala que las universidades deberán implementar programas “para la recuperación, preservación, desarrollo, aprendizaje y divulgación de las diferentes lenguas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos”. Por otra parte, los medios de comunicación social deberán producir y difundir programas educativos plurilingües (art. 107).

b) Pluralismo lingüístico en la CPE

Ecuador no hace declaración explícita en su Constitución sobre el pluralismo lingüístico, como si lo hace el art. 1º de la CPB.

Aun así, establece un complejo sistema de “idiomas oficiales” que denota un pluralismo acotado en la materia, ya que el art. 2º distingue tres categorías, a saber: el idioma oficial, los idiomas oficiales de relación intercultural, y los de uso oficial en ciertos territorios. De esta manera, sólo el castellano será idioma oficial del Ecuador. En tanto que ese mismo idioma, junto con “el kichwa y el shuar” son idiomas oficiales de relación intercultural. Por último, los “demás idiomas ancestrales” son de uso oficial para los pueblos indígenas en las zonas donde habitan y en los términos que fija la ley”, correspondiéndole al Estado respetar y estimular su conservación y uso.

He señalado que en este caso existe un “pluralismo acotado” ya que, como lo advierte SCHAVELZON, en Ecuador, las diferentes lenguas no tienen la misma jerarquía⁷⁹¹, puesto que el trato dado a estas tres categorías denota una gradación de importancia entre ellas.

Finalmente, en el plano educativo, debe destacarse los arts. 45 inciso segundo y 347 número 9 de la CPE. El primero dispone que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho 2º educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades”, mientras que el segundo dispone que es responsabilidad del Estado, “garantizar el sistema de educación intercultural bilingüe, en el cual se utilizará como lengua principal de educación la de la nacionalidad respectiva y el castellano como idioma de relación intercultural”.

2.2.3. Reconocimiento de la naturaleza en clave plurinacional: la Pachamama

Uno de los elementos que integra de la cosmovisión indígena se refiere a una especial forma como estos pueblos se vinculan con la naturaleza.

Al inicio de esta temática, es necesario formular dos aclaraciones importantes.

En primer lugar, recordar que la idea de “naturaleza” es una construcción social y, como tal, es entendida de modo diferente, según la sociedad de la que se hable, tanto histórica, como geográfica y culturalmente. Su comprensión viene determinada por factores ideológicos y espirituales, por lo que las definiciones no son del todo objetivas, sino que quedan insertas en parámetros sociales y juicios de valor. En definitiva, será las concepciones que se tengan respecto de las relaciones entre los seres humanos y su entorno lo que va a determinar las concepciones acerca de la naturaleza⁷⁹².

VELA y ALFARO señalan, a manera ejemplar, tres momentos históricos que han construido sus propios entendimientos acerca de la naturaleza. Así, a partir de la *ilustración*, el predominio de la

⁷⁹¹ Schavelzon, op. cit., p. 160.

⁷⁹² Vela Almeida, Diana y Alfaro Reyes, Eloy, *Componente Antropológico*, en Prieto (autor), *Derecho de la Naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, Corte Constitucional del Ecuador y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2013, pp. 205-253, cf. pp. 205-206.

razón hace resaltar la dualidad entre ser humano y naturaleza: los procesos naturales serán estudiados mediante la lógica, “sin ningún tipo de mística sentimental”. Luego, para la *industrialización*, la naturaleza se vuelve un objeto productivo, medio generador de desarrollo humano, sin que existan barreras morales ni límites al poder humano de transformación. Finalmente, el *evolucionismo* entiende que el mundo está en permanente transformación, encontrándose el ser humano en el grado más alto de organización biológica, por lo que la naturaleza será todo aquello que se ubique por debajo de su supremacía. Más adelante, en la década de los sesenta, se enjuicia el dualismo presente en estas tres tendencias, desde la *ecología*. Esta, aun cuando se trata de una ideología proveniente del mundo occidental, se cuestiona la separación ser humano-naturaleza, proponiendo a cambio una visión holística, integradora, sin jerarquía sino con interrelaciones entre ser humano y el entorno natural. La naturaleza comienza a tener un valor intrínseco trascendental, “más allá de cualquier juicio de valor”⁷⁹³.

Una segunda aclaración relevante se refiere a que, asumiendo que la concepción de naturaleza es cultural, es variable. Esto explica por qué la idea que sobre ella ha tenido la cultura occidental europea es diferente a la que se tiene en otras zonas del planeta como, por ejemplo, los pueblos originarios de nuestro continente. Pero también, y este es el punto que quiero destacar, dentro de estos últimos pueblos, la comprensión acerca de la naturaleza y de la relación que hay entre ella y los seres humanos tampoco es homogénea.

En efecto, en una zona geográfica tan diversa en ecosistemas y, al mismo tiempo, culturalmente plural, es posible identificar diferentes comprensiones sobre esta temática. Así por ejemplo, Julio PRIETO identifica solo en el Ecuador, concepciones diferenciadas en las culturas amazónicas, en las andinas y en las del litoral. Las primeras, entienden la necesidad de mantener los ciclos naturales para su propia supervivencia. Las andinas se vinculan de un modo más espiritual con su entorno, a través de la imagen de la Pacha Mama como centro de su cosmogonía⁷⁹⁴. Finalmente, las costeñas son, a su vez, variadas. Por ejemplo, para los afrodescendientes la naturaleza representa el espacio que poblaron al obtener su libertad, mientras que para los montubios, que es un pueblo agrícola, conservan una pluralidad de saberes que les permiten mantener “una relación efectiva y afectiva con su entorno y con la sociedad”⁷⁹⁵.

PRIETO advierte que no puede caerse en el prejuicio de suponer que todos los pueblos indígenas tienen una relación biocéntrica con la naturaleza. Por el contrario, debe constatar que existen diferentes concepciones dentro de las culturas prehispánicas, en torno a la relación existente entre el ser humano y su entorno. No obstante ello, es posible encontrar en todas ellas una misma raíz “positiva y respetuosa” con la naturaleza, proveniente de conocimientos ancestrales acerca de los ciclos vitales. Esto, sumado a la urgencia de conservar el medio ambiente frente a la crisis ecológica, se tradujo en recoger finalmente en las Constituciones la visión espiritual propia de la cosmovisión andina.

Esta última se centra en la figura de la Pacha Mama o Madre Tierra, como símbolo religioso dotado de personalidad. De esta forma, el reconocimiento de los valores y saberes ancestrales “cuenta un poco la historia del hijo pródigo, que regresa arrepentido reconociendo su error”, recalca PRIETO,

⁷⁹³ Ídem, pp. 207-209.

⁷⁹⁴ La cosmogonía debe entenderse como “las concepciones del origen del mundo y al lugar que ocupa el hombre en ese universo” Vargas Montero, Guadalupe, *La cosmovisión de los pueblos indígenas*, en Córdova Plaza (coordinadora), *Atlas del patrimonio natural, histórico y cultural del Estado de Veracruz*, Universidad Veracruzana y Comisión para la Conmemoración del Centenario de la Revolución y el Bicentenario de la Independencia en Veracruz, Xalapa, volumen III, pp. 105-126, p. 108.

⁷⁹⁵ Prieto Méndez, Julio Marcelo, *Nociones Básicas*, en Prieto (autor), *Derecho de la Naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, Corte Constitucional del Ecuador y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2013, pp. 29-111, pp. 62-65.

convirtiéndose paradójicamente aquel conocimiento olvidado por la modernidad, ahora “en el nuevo paradigma”⁷⁹⁶.

La recepción de la naturaleza no es idéntica en Bolivia y Ecuador. Aun cuando ambas Constituciones optan por acoger esta postura de respeto por la naturaleza, alejándose de criterios antropocéntricos que la entiende sólo como objeto de propiedad, es evidente que la carta ecuatoriana se adentra en esta visión de manera más radical, al establecer derechos para la naturaleza. A continuación, se analizará la forma como ambas Constituciones se hacen cargo de esta temática.

a) La recepción de la naturaleza en la CPB

La Constitución de Bolivia sitúa a la naturaleza como un elemento de especial protección, lo cual se demuestra fehacientemente en muchas de sus disposiciones. Aun cuando sigue advirtiéndose una dualidad entre ser humano y medio ambiente, se aprecia, sin embargo, una alta preocupación respecto de la cuestión ecológica. Preocupación que no solo se manifiesta en el cuidado del ambiente como espacio donde las personas se desenvuelven, sino también porque tiene un valor intrínseco.

Parte este reconocimiento con las primeras palabras del Preámbulo, aludiendo a la diversidad, a la pluralidad de vida presente en las tierras pobladas por los primeros pueblos que se instalaron en el país: “En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores”. Esta riqueza fue lo que permitió a los pueblos comprender “la pluralidad vigente en todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas”.

La narrativa presente en este comienzo refuerza la idea que los pueblos indígenas, aun siendo originarios, anteriores a la llegada de los colonizadores europeos, no es la primera vida que habitó esta geografía. Mucho antes ya la habitaban otras especies vivas, que incluso, son posteriores a entidades no vivientes como montañas, ríos y lagos, las cuales también tienen alto protagonismo para las cosmovisiones de estas culturas⁷⁹⁷.

La posterior regulación de esta materia se realiza principalmente a través de los principios relativos al cuidado del medio ambiente y a la armonía con la naturaleza, así como también, a través de la inclusión de derechos y garantías vinculados con el medio ambiente.

Respecto de los referidos principios, se establece que: (a) es fin y función esencial del Estado, promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales e impulsar su industrialización (...), así como la conservación del medio ambiente para el bienestar de las generaciones actuales y futuras (art. 9, número 6); (b) es deber de las bolivianas y bolivianos, proteger y defender un medio ambiente adecuado para el desarrollo de los seres vivos (art. 108); (c) la negociación, suscripción y ratificación de tratados internacionales, se debe regir por el principio de armonía de la naturaleza (art. 255.II); (d) la economía plural debe desarrollarse en el marco del desarrollo sostenible y en armonía con la naturaleza (art. 311:II); (e) es deber del Estado y de la población, conservar, proteger y aprovechar de manera sustentable los recursos naturales y la biodiversidad, así como mantener el equilibrio del medio ambiente (art. 342); (f) la integralidad del territorio indígena originario campesino incluye el derecho a la definición de su desarrollo de acuerdo a sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza (art. 403.I).

⁷⁹⁶ Ídem, pp. 65-67.

⁷⁹⁷ Para la noción de entidades no vivientes, véase: Floridi, Luciano, *Ética de la información: su naturaleza y alcance*. En *Isegoria*, Departamento de Ciencia Filosófica de la Universidad de Bari, Bari, número 34, 2006, pp. 19-46.

Por otra parte, la CPB garantiza el derecho: (a) de las naciones y de los pueblos indígena originario campesinos a vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas (art. 30.II); (b) de todas las personas a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado, derecho que será ejercido de modo que permita a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente (art. 33); (c) de toda persona a ejercitar, a título individual o en representación de una colectividad, las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente (art. 34); y (d) a que la educación esté orientada a la conservación y protección del medio ambiente, la diversidad y el territorio para el vivir bien (art. 80.I).

b) La recepción de la naturaleza en la CPE

Como se anunció, la Constitución ecuatoriana es más radical a la hora de incorporar a la naturaleza. Y esto, por cuanto no solamente la concibe como parte de un derecho, o como objeto de protección, sino que además, como sujeto de derechos, bajo la figura de la Pacha Mama o Madre Tierra.

El Preámbulo celebra “a la naturaleza, la Pacha mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra experiencia”, y expresa que el pueblo ecuatoriano desea construir “una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”.

El trato que la CPE le da a la naturaleza y al medio ambiente es denso y abundante. Para objeto de su sistematización, se deben distinguir: los deberes del Estado y los particulares vinculados con la naturaleza; los derechos medioambientales; la relación entre el medio ambiente y los demás derechos; la incidencia de ella en el sistema económico y el modelo de desarrollo; el establecimiento de principios ambientales y de biodiversidad y, por supuesto, la consideración de la naturaleza como sujeto de derechos.

Este último punto será abordado en un apartado diferente, pues precisamente en él se hace más patente la descolonización en materia de derechos culturales, que caracteriza al NCLAD.

Respecto de los deberes y responsabilidades vinculados con la naturaleza, se puede mencionar: (a) el deber y responsabilidad de todos los ecuatorianos y ecuatorianas de respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible (art. 83, número 6); (b) el deber general del Estado de garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza, para la consecución del buen vivir (art. 277, número 1); y (c) la responsabilidad del Estado de garantizar la libertad e investigación con respeto al ambiente (art. 383, número 4).

Sobre los derechos subjetivos medioambientales, se reconoce: (a) el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*; declarándose de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados (art. 14) y (b) el derecho de todas las personas a vivir en un medio ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza (art. 66, número 27).

El medio ambiente se vincula también con otros derechos en la CPE. Así, por ejemplo: (a) la educación debe centrarse en el ser humano y garantizar, entre otros objetivos, el respeto al medio ambiente (art. 27); y (b) el derecho a la objeción de conciencia no podrá menoscabar otros derechos, ni causar daños a las personas o a la naturaleza (art. 66, número 12).

El cuidado por la naturaleza también incide en el modelo económico y de desarrollo. Esto queda reflejado, de manera ejemplar, en las siguientes disposiciones: (a) el régimen de desarrollo es definido como “el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*” (art. 275); el régimen de desarrollo tendrá, entre otros objetivos, el de recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo, y a los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural (art. 276, número 4); (b) el sistema económico es social y solidario y propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza (art. 283); (c) en el endeudamiento público debe velarse para que no afecte a la soberanía, los derechos, el buen vivir y la preservación de la naturaleza (art. 290, número 2); y (d) los recursos naturales no renovables pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado, y para su gestión priorizará la responsabilidad intergeneracional y la conservación de la naturaleza, entre otras consideraciones (art. 317).

Finalmente, es necesario destacar que la CPE dedica, dentro del Título VII (“Régimen del buen vivir”), el Capítulo II a la “Biodiversidad y recursos naturales” (arts. 395 a 415)⁷⁹⁸. En él, se establece que el Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras (art. 395, número 1), y se dispone una serie de deberes del Estado en este ámbito. En materia de diversidad, se establece que el Estado ejercerá la soberanía sobre la biodiversidad, cuya administración y gestión se realizará con responsabilidad intergeneracional, declarándose de interés público la conservación de la biodiversidad y todos sus componentes, en particular la biodiversidad agrícola y silvestre y el patrimonio genético del país (art. 400). Se establecen normas específicas en materia de patrimonio natural y ecosistemas (arts. 404 a 407), recursos naturales (art. 408), suelo (arts. 409 y 410), y del agua (arts. 411 y 412).

b) La naturaleza, titular de derechos en la CPE

Como ya se ha indicado, una de las peculiaridades de la CPE es la consideración de la naturaleza como titular de derechos. Este carácter sólo está presente en la Constitución del Ecuador, pero no en la de Bolivia. A pesar de no ser un elemento común a ambos documentos, es imprescindible detenerse a tratar este asunto, puesto que efectivamente aparece como un dato novedoso para la historia del Derecho constitucional comparado.

Normativamente, cabe destacar lo prescrito por el art. 10, el cual, luego de haberse señalado que “[l]as personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”, agrega que “la naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”.

De la lectura de la disposición se advierte, de inmediato, que la fuente normativa en materia de derechos de personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos es más amplia que la de la naturaleza. Respecto de los primeros, se trata de derechos presentes en la Constitución y en instrumentos internacionales, pero respecto de la segunda, sólo en la Constitución, y no en documentos internacionales, acotándose el origen de estos derechos exclusivamente a normas de carácter interno.

⁷⁹⁸ Para un análisis detallado de este apartado, véase el capítulo denominado “Régimen constitucional de la biodiversidad, patrimonio natural y ecosistemas frágiles; y recursos naturales”, en: Grijalva, op. cit., pp. 69-91.

La anterior observación, sin embargo, no opaca la relevancia de reconocer a la naturaleza el carácter de titular de derechos. Más aún cuando se aprecia que, más que tratarse de un principio encapsulado en una disposición programática aislada, muy por el contrario se desarrolla y se extiende en toda la CPE.

En efecto, dentro del Título II (“Derechos”) de la CPE, su Capítulo VII lleva por nombre “Derechos de la naturaleza” (arts. 71 a 74). A manera de sistematización, en este apartado es posible hallar tres tipos de disposiciones: las que declaran derechos; las que generan deberes para el Estado; y las que establecen garantías.

Respecto de las primeras, se establece que: (a) el derecho de la naturaleza o Pacha mama, “donde se reproduce y realiza la vida”, a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos (art. 71, inciso primero); (b) el derecho de la naturaleza a su restauración, independiente a la obligación del Estado y de las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependen de los sistemas naturales afectados (art. 72, inciso primero); y (c) el derecho de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir (art. 74, inciso primero).

En relación con los deberes del Estado, debe mencionarse: (a) el deber de incentivar a las personas naturales y jurídicas y a los colectivos para que protejan la naturaleza, promoviendo el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema (art. 71 inciso tercero); (b) el deber de establecer mecanismos eficaces para la restauración de la naturaleza, derivados de la explotación de los recursos naturales, adoptando las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas (art. 72, inciso segundo); y (c) el deber de aplicar medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales (art. 73, inciso primero).

Finalmente, en relación con las garantías específicas, es posible constatar: (a) la posibilidad de que toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad pueda exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza (art. 71, inciso segundo); (b) la prohibición de introducir organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional (art. 73, inciso segundo); y (c) la prohibición de que los servicios ambientales sean susceptibles de apropiación, su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado (art. 74, inciso segundo).

En perspectiva, la noción de una “naturaleza con derechos” tiene diferentes orígenes. Por una parte, están las posturas ecológicas que reaccionan frente a los abusos extractivistas de un modelo de mercado, que buscan complementar los catálogos de derechos humanos, ampliando los sujetos de derechos⁷⁹⁹. También están aquellas que entienden que la Tierra sería una especie de *superorganismo vivo*, representado por la figura de Gaia, la deidad griega que aludía a la vitalidad de este planeta, y como tal, requiere de cuidados especiales, y es portadora de dignidad y derechos⁸⁰⁰.

Aun cuando ambas fundamentaciones se hicieron presente en la discusión llevada a cabo en la Asamblea Constituyente de Montecristi⁸⁰¹, es indudable que la principal inspiración proviene de concepciones indígenas, específicamente andinas, ligadas con el principio del buen vivir (*sumak*

⁷⁹⁹ Véase: Acosta, Alberto, *Los Derechos de la Naturaleza*. Una lectura sobre el derecho a la existencia, en Acosta y Martínez (compiladores), *La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política*, Abya-Yala y Universidad Politécnica Salesiana, Quito, 2011, pp. 317-367.

⁸⁰⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia*, en Ávila Linzán (editor), *Política, justicia y Constitución*, Corte Constitucional para el Período de Transición y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, número 2, 2012, pp. 259-290.

⁸⁰¹ Acosta, *Los Derechos de la Naturaleza*. Una lectura sobre el derecho a la existencia, op. cit., pp. 340-347.

kawsay). Como lo explica Diana MURCIA, “se requiere de los derechos de la naturaleza para alcanzar el buen vivir”, agregando que “el *sumak kawsay* es el eje referencial de los derechos de la naturaleza”⁸⁰².

Esta última información es particularmente importante para este trabajo, ya que nos permite demostrar que la consideración de la naturaleza como sujeto de derechos es manifestación de la cultura indígena originaria. Esto refleja que –si no íntegramente el NCLAD– al menos la CPE, acepta y valida esta cultura, dentro de un plan de ruptura y de descolonización de las fórmulas hegemónicas imperantes en Latinoamérica.

Ahora bien, en la delimitación de cuál es el contenido de los derechos de la naturaleza, son muy útiles los trabajos de Eduardo GUDYNAS y Julio PRIETO sobre el particular⁸⁰³.

GUDYNAS plantea que la CPE establece un “claro mandato ecológico”, donde los derechos de la Naturaleza⁸⁰⁴ son mucho más que una mera adición ambientalista. El reconocimiento de estos derechos implica que la Naturaleza/Pachamama posee valores que le son propios (“valor intrínseco”), independiente de la valoración que de ella pueden realizar las personas. Por lo mismo, deja de ser un objeto (o conjunto de objetos) que sirve a ciertos fines humanos, sino que se vuelve sujeto, superándose de esta forma, su mero valor instrumental.

De esta forma, el autor reafirma algo que ya había sido mencionado en este trabajo: y es que estas concepciones superan de modo importante la noción de bien común existente hasta ahora. Mientras el bien común pretende el bienestar entre los seres humanos, se debe dar paso a un “bien común con la Naturaleza”. Así, “si estos derechos son tomados en serio, se generan nuevas obligaciones con el ambiente”, concluirá.

En relación con la idea de Pachamama, GUDYNAS recuerda que se trata de un término “anclado en los saberes tradicionales y además tiene una clara filiación andina”. Agrega que respecto de ella, no hay una concepción única en las diferentes culturas indígenas, y que –nuevamente– “si se toman los derechos de la Naturaleza en serio”, la incorporación de la Pachamama debiera abrir las puertas para el multiculturalismo. En razón de ello, se incorpora a la CPE, distintas “Pachamamas”, diferentes concepciones sobre ella, las cuales deben discutir y construir acuerdos, ya que ninguna es mejor a otra. Cada tradición cultural tendrá mucho que aportar, y aceptar los cambios que provengan de este diálogo.

Finalmente, para cerrar la exposición de la delimitación ofrecida de GUDYNAS, es necesario mencionar que critica las posturas que él califica como extremas y que, por lo mismo, debieran rechazarse. Se refiere en particular a aquellas que postulan que la vida sería lo más importante, incluida no solo la de especies vivientes, sino también la de los ríos, los cerros, el aire, relegando al hombre al último lugar. Se refiere particularmente a la opción adoptada por el intelectual y político boliviano David Choquehuanca quien señala que “[e]n primer lugar, están las mariposas, las

⁸⁰² Murcia, Diana, *El sujeto Naturaleza: elementos para su comprensión*, en Acosta y Martínez (compiladores), *La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política*, Abya-Yala y Universidad Politécnica Salesiana, Quito, 2011, pp. 287-316, p. 295.

⁸⁰³ En los siguientes párrafos me referiré a: Gudynas, Eduardo, *Los derechos de la Naturaleza en serio*, en Acosta y Martínez (compiladores), *La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política*, Abya-Yala y Universidad Politécnica Salesiana, Quito, 2011, pp. 239-286 y Prieto Méndez, Julio Marcelo, *Contenido de los derechos de la naturaleza (DDN)*, en Prieto (autor), *Derecho de la Naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, Corte Constitucional del Ecuador y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2013, pp. 115-165.

⁸⁰⁴ Gudynas alude a ella, como sustantivo propio, con mayúsculas.

hormigas, están las estrellas, nuestros cerros y en último lugar el hombre”⁸⁰⁵. Dicha posición, precisamente rompería el equilibrio biocéntrico, generando desigualdad entre los seres vivos, y banalizando el valor de la Pachamama, la cual pasaría a ser un mero slogan.

PRIETO, por otra parte, nos ofrece una aproximación más jurídica, con un énfasis en el análisis del texto constitucional, y con una mirada centrada más bien en los deberes, que en el derecho mismo, vale decir, centrada más en las conductas exigibles a los sujetos obligados, que en la naturaleza. En su exposición, aborda cuatro asuntos: (a) el deber de respeto integral; (b) el deber de reparación integral; (c) la existencia, mantenimiento y regeneración de los ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos de la naturaleza; y (d) la argumentación y prueba de las violaciones a los deberes relativos a la naturaleza⁸⁰⁶.

Sobre el deber de respeto integral a la naturaleza, PRIETO señala que habría una diferencia importante entre este deber y aquél deber general contenidos en la legislación internacional de derechos humanos. En efecto, el deber de respetar los derechos humanos se referiría a la prohibición de los Estados a participar, tolerar o autorizar actos u omisiones que repercutan en el goce de estos derechos. Pero, respecto de los derechos de la naturaleza, este deber no sólo recaería en el Estado sino, también, sobre todas las personas. Este deber de respeto debe ser integral, lo que significa que debe propenderse a que “el todo” pueda subsistir sin afectarse, o sea, “mantener y regenerar sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos productivos”⁸⁰⁷.

Respecto del deber de reparación integral, se referirá a que, producida una vulneración al deber de respeto, nace el deber de que se restablezca la situación anterior a la violación. Es también integral, lo cual se refiere a que debe enfocarse a cada una de las partes o componentes del sistema natural afectado, incluyendo a las personas que dependen del mismo. Es por esto último que la satisfacción del deber de reparación de la naturaleza no excluye la reparación de las personas, y viceversa.

Para explicar en qué consiste aquello de “la existencia, mantenimiento y regeneración de los ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos de la naturaleza” que debe ser respetado integralmente por el Estado, de acuerdo con el art. 71 de la CPE, PRIETO aclara que se trata de un concepto especialmente complejo, ya que no existe un nivel de conocimiento suficiente que permita comprender a cabalidad cómo funciona la naturaleza, y que sea capaz de explicar todos aquellos elementos que son descritos en la norma citada (existencia, mantenimiento, regeneración, ciclos vitales, estructura de la naturaleza, funciones, procesos evolutivos). Por lo mismo, el autor propone el abordaje desde dos aproximaciones metodológicas, las cuales, por razones propias de las limitaciones de este trabajo no puedo desarrollar. Una es la perspectiva biológica, donde los conceptos claves serán los de “procesos vitales”, “flujo de energía”, “ciclos de nutrientes”, “procesos de evolución”, etc. La otra, es la perspectiva desde el conocimiento ancestral, que se centra, justamente, en la noción de Pacha Mama y del *sumak kawsay*.

⁸⁰⁵ Declaraciones de prensa del 21 Abril de 2010, Agencia Boliviana de Informaciones ABI, citado por Gudynas, *Los derechos de la Naturaleza en serio*, op. cit., p. 268.

⁸⁰⁶ Este último punto excede a la finalidad de esta investigación, por lo que no me referiré a ella.

⁸⁰⁷ Hay una conexión en este punto con Gudynas, ya que este último reclama que la protección de la Naturaleza no sólo debe ir dirigida al cuidado de recursos o ecosistemas de mayor valor productivo o estético, sino que también debiera tener presente lo que él llama “las especies inútiles y feas”. Tomar en serio los derechos de la naturaleza incluye, por lo tanto, la protección de todas las especies, ya que todas ellas tienen el derecho de proseguir sus procesos ecológicos y evolutivos. Gudynas, *Los derechos de la Naturaleza en serio*, op. cit., pp. 258-260.

Finalmente, no puede dejar de mencionarse el abordaje de los derechos de la naturaleza por parte del constitucionalista ecuatoriano Ramiro ÁVILA en su libro “Los derechos y sus garantías”. En él, reflexiona en torno al fundamento y contenido de los derechos de la naturaleza⁸⁰⁸.

Sobre los fundamentos, el autor demuestra que algunas de las teorías que se usan para explicar la existencia de los derechos humanos, en principio no serían aplicables a los derechos de la naturaleza. Así, por ejemplo, la *dignidad* no sirve para explicar los derechos de la naturaleza ya que dicha condición significa –al menos en términos *kantianos*– que quien cuente con ella, es un fin en sí mismo, y no un medio, que no es algo que se pueda predicar de la naturaleza, ya que siempre es útil para fines humanos. Tampoco sería aplicable la teoría de los *derechos subjetivos*, ya que ella se basa en la capacidad que tiene su titular para exigir su derecho ante los tribunales de justicia, cosa que aquí no podría operar. Otra argumentación que sería inútil será la de la *capacidad*, en el sentido que sólo se puede tener derechos cuando el ordenamiento jurídico reconoce capacidad⁸⁰⁹, lo cual es inaplicable para la naturaleza, ya que no tiene las condiciones para expresar su voluntad ni para obligarse. Finalmente, en relación con las fundamentaciones basadas en el principio de *igualdad*, tampoco serían correctas respecto de los derechos de la naturaleza, ya que se trata de construcciones teóricas dirigidas a que todos los seres humanos son iguales, pero no reconocen que otras entidades puedan tener la misma categoría.

Sin embargo, ÁVILA propone una lectura no tradicional de las cuatro fundamentaciones antes señaladas. Sobre la *dignidad*, el autor recurre a una gama importante de teorías que reconocen a la Tierra es un ser vivo y que, incluso, tendría inteligencia planetaria. En tal caso, habría que constatar que la Tierra tiene sus propios fines, los cuales no pueden ser obstaculizados por los seres humanos, quienes terminaríamos siendo medios para el logro de aquellos. De ser así, ella gozaría de dignidad al constituirse como una entidad que es un fin en sí misma.

Respecto del principio de los *derechos subjetivos*, señala – recurriendo a Ferrajoli – que el *status* que permite a un ente ser titular de derechos lo define la norma jurídica positiva. Conforme a ello, puede observarse que tal *status* se ha ido ampliando con el tiempo, y que su evolución puede derivar perfectamente en aceptar a la naturaleza como titular de derechos.

Esta misma evolución puede apreciarse en el tercer concepto: la *capacidad*. Ella no debe entenderse sólo como la aptitud para ejercer derechos, sino también para ser titulares de los mismos. Por eso un menor de edad, por ejemplo, tiene capacidad para ser titular de derechos, aun cuando solo los puede ejercer su representante legal. Esto mismo podría aplicarse a la naturaleza quien, obviamente no puede ejercer los derechos por sí misma, pero sí podría hacerlo debidamente representada.

Por último, sobre la *igualdad*, ÁVILA vuelve a apelar a la evolución del término. El manto de la igualdad fue extendiéndose con el tiempo, para cubrir a todos los seres humanos, sin importar su sexo, raza, etc. Pero, claro, siempre con una orientación antropocéntrica. Argumentar que también se refiera a la naturaleza puede ser más difícil. Aun cuando las teorías de Peter Singer, contrarias al *especificismo*, podrían ser útiles para justificar que los animales tengan derechos, no son suficientes para referirse al resto de la naturaleza. La explicación vendría dada por la consideración de la Tierra como un ser vivo en sí misma y que, como tal, exige un trato más respetuoso entre todos los seres.

⁸⁰⁸ Ávila, Ramiro: *Los derechos y sus garantías*. Ensayos críticos, Corte Constitucional para el período de transición, Quito, 2012, pp. 111-149.

⁸⁰⁹ El art. 1461 del Código Civil ecuatoriano dispone que “la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio ni la autorización de otra”

Por otra parte, Josef EASTERMANN en “Filosofía Andina” defiende nuevas razones para justificar esos derechos, y estas son: (a) la relacionalidad; (b) la correspondencia; (c) la complementariedad; y (d) la reciprocidad⁸¹⁰.

La *relacionalidad* está vinculada con la visión holística de la vida que tienen los pueblos andinos. Según esta, todos los entes que existen se encuentran relacionados de forma negativa y positiva. De forma negativa, porque ninguno es carente de relaciones, todos necesitan del resto. De forma positiva, porque todo lo que un ente haga o deje de hacer afecta al resto. No es una relación causal, sino ontológica: no es que cada individuo tenga la capacidad de alterar al resto, sino que solo existe, solo “es” en conjunto con el resto. Se trata de una mirada esencialista: el conocimiento y la vida es integral y no compartimentalizada: “la realidad nos conoce en ella, y nosotros conocemos a la realidad en nosotros; tanto sujeto como objeto poseen intelectualidad, o mejor dicho: sapiencialidad”, dice EASTERMANN⁸¹¹. A partir de ello, ÁVILA señala que se debe entender que la naturaleza necesita de los seres que la habitan, y que los seres no podrían vivir sin ella. Dicho de otro modo, el ser humano no está en la naturaleza, sino que “es la naturaleza”. De ello deriva que no se pueda desintegrar el concepto de ser humano con el de la naturaleza, y que el daño que se le cause a ella, es un daño al propio ser humano⁸¹².

La *correspondencia* se refiere a aquella concepción andina de que las relaciones son mutuas y bidireccionales. Ello va a contramano de las concepciones occidentales, que se basan en criterios de causalidad: dado un fenómeno se sigue otro, de modo inevitable. Las relaciones así entendidas permiten conectar de modo recíproco todo lo que existe, incluido dentro de ello no solo aquello que es explicable racionalmente, sino también lo simbólico, lo afectivo, lo *celebrativo*. La lógica occidental, empeñada en separar los objetos, no es capaz de comprender estas interrelaciones. Si, en cambio, somos capaces de comprender estos vínculos de existencia, podremos comprender por qué es necesario reconocer los derechos a la naturaleza: respetarla significa respetar al ser humano.

La *complementariedad* consiste en entender que los elementos que componen la naturaleza no son opuestos ente sí, sino que complementarios y armónicos. Todos los elementos sufren de alguna deficiencia ontológica, lo que conlleva a que dos elementos diferentes no se oponen ni compiten, sino que son parte de una tercera unidad que los concilia, es un todo que los comprende. Al estar los opuestos “dinámicamente unidos”, no pueden excluirse, no es adecuado proteger solo algunos de sus elementos, porque generaría desequilibrio. De allí que sea imprescindible que tanto los seres humanos como la naturaleza gocen de derechos, jurídicamente protegidos.

Por último, la *reciprocidad*. Este principio alude a que todo lo que ocurre, incluidas las acciones humanas, se manifiesta en un acto recíproco como contribución complementaria. De allí que toda actuación humana tenga trascendencia cósmica, y una recompensa o compensación. Esta reciprocidad, por cierto, aun cuando pueda parecerlo, no tiene características de mercado (alguien o algo paga un precio por lo que se hace), sino que se trata de una *justicia cósmica*⁸¹³. Por eso, el ser humano debe comprender que a la naturaleza se le debe cuidar y proteger, para que a continuación recibamos el mismo trato de su parte. No hacerlo, “significaría alterar o descuidar las interrelaciones entre los elementos de la vida que son absolutamente necesarias” complementa ÁVILA⁸¹⁴.

En definitiva, a manera de conclusión, se puede decir que la inclusión de la naturaleza o Pacha Mama como titular de derechos introduce dos transformaciones relevantes en materia constitucional.

⁸¹⁰ Eastermann, Josef, *Filosofía Andina*. Sabiduría indígena para un mundo nuevo, Instituto Superior Ecuaméxico Andino de Teología, La Paz, segunda edición, segunda reimpresión, 2009, pp. 123-150.

⁸¹¹ Eastermann, op. cit., p. 135.

⁸¹² Ávila, *Los derechos y sus garantías*. Ensayos críticos, op. cit., p. 133.

⁸¹³ Eastermann, op. cit., p. 146.

⁸¹⁴ Ávila, *Los derechos y sus garantías*. Ensayos críticos, op. cit., p. 138.

La primera, la más evidente, la inclusión de un nuevo sujeto de derecho, un ente no humano (aunque compuesto también por humanos) que, dotado de valor intrínseco exige respeto. La segunda, es que la garantía de estos derechos es, al mismo tiempo, confirmación de que la CPE acoge y recoge los derechos culturales de los pueblos indígenas, a través de la incorporación de sus concepciones en torno a la especial relación que existe entre el ser humano y su entorno natural.

2.3.Reconocimiento del pluralismo jurídico

Si el Derecho es una manifestación cultural, entonces el monismo jurídico (que considera al Derecho estatal como el único válido), no solo oculta las otras formas jurídicas, sino que cercena una parte importante de la cultura de los pueblos que no identifican esa cultura oficial como propia. Por eso, la colonización jurídica es una forma de colonización cultural.

A manera de reacción a dicho modelo, y con un espíritu descolonizador, surge el pluralismo jurídico, el cual puede ser entendido como aquel principio en virtud del cual, se reconoce y acepta la validez de diversos ordenamientos jurídicos dentro del territorio de un Estado, en un plano de igual jerarquía. Antonio PÉREZ LUÑO lo explica señalando que “frente a la visión jerarquizada del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico se opone hoy la idea de pluralismo”, el cual implica una derogación de las ideas de monopolio y de jerarquía normativa producto del reconocimiento de áreas de libertad y autodeterminación de organizaciones sociales⁸¹⁵.

Su carácter descolonizador lo recalca DERPIC, ya que plantea que este pluralismo se plantea como un proyecto político-jurídico emancipatorio de “legalidad alternativa”, resultante del proceso de prácticas sociales insurgentes, “motivadas en la satisfacción de las necesidades esenciales”⁸¹⁶.

Es un principio que aparece en oposición al monismo jurídico y a la colonización cultural en él reflejada, y su reconocimiento produce dos consecuencias relevantes. La primera, es reaccionar frente a una concepción de Estado de Derecho, que ha actuado como un instrumento útil para la homogeneización monoculturalista. Y la segunda, la reivindicación de mecanismos jurisdiccionales no estatales, propios de las culturas hasta ahora subalternas, principalmente indígenas.

Raúl LLASAG vincula la aceptación constitucional de la diversidad cultural con el pluralismo jurídico. Para él, en un modelo plurinacional, el reconocimiento por aquella diversidad, el Estado está en la obligación de garantizar el derecho a vivir como pueblos diferentes em su propio territorio, “con sus particulares visiones, creencias, formas de organización social, política, económica y jurídica”⁸¹⁷.

En tanto, para Boaventura de Sousa SANTOS. Para él, los países latinoamericanos no debieran tener un sistema jurídico unitario, sino un sistema “unificado, pero no uniforme”. Por el contrario, debiera haber, al menos dos sistemas jurídicos: uno eurocéntrico y otro indocéntrico, los cuales no debieran estar totalmente separados para no peligrar la unidad del Estado. Por este motivo, es razonable que exista un Tribunal o Corte constitucional idóneos que resuelva los conflictos

⁸¹⁵ Pérez Luño, Antonio, *Estado constitucional y derechos de tercera generación*. En *Anuario de Filosofía del Derecho*, Sociedad española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, núm. XIV, 1997, pp- 545-570, p. 549.

⁸¹⁶ Derpic Salazar, Carlos, *La justicia comunitaria en la NCPE*, en Käss y Velásquez (editores), *Reflexión crítica a la Nueva Constitución Política del Estado*, Konrad Adenauer Stiftung, La Paz, 2009, pp. 480-516, p. 486.

⁸¹⁷ Llasag Fernández, Raúl, *La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad*, en Andrade, Grijalva y Storini (editores), *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, Quito, 2009, pp. 179-210, p. 182.

normativos que pudieran suscitarse. La importancia del pluralismo jurídico radica en la constatación de que no todas las culturas entienden del mismo modo la convivencia⁸¹⁸.

Pedro GARZÓN LÓPEZ identifica dos formas de comprender el pluralismo jurídico⁸¹⁹. A la primera forma la denomina *pluralismo jurídico en estricto sentido*. Este supone que coexisten diferentes ordenamientos “en un mismo espacio-temporal”, sin que exista una identificación entre Derecho y ley, negándose de este modo tanto el monopolio jurídico por parte del Estado, como el mito unificador del monismo jurídico-formalista, defendiendo la descentralización del Derecho estatal.

La segunda forma es la que denomina *pluralismo jurídico de anclaje monista*. Este, si bien también constata la existencia de diferentes ordenamientos, todos ellos quedan sometidos al estatal, quien es el detentador de la coacción en última instancia. Se trata de un monismo pluralizado que reconoce las normativas que ostentan organizaciones autónomas como Iglesias, instituciones deportivas, vecinales, etc.

Es importante señalar que, de acuerdo a lo expuesto, en principio ni el monismo jurídico ni el pluralismo de anclaje monista serían problemáticos si se trata de sociedades efectivamente monoculturales. La dificultad emerge cuando se está en presencia de sociedades pluriculturales, porque, en cualquiera de los dos casos, la sujeción a un ordenamiento estatal implica, además, la dominación de una cultura hegemónica.

En ese contexto, y contemplando que las sociedades latinoamericanas son culturalmente diversas, se puede constatar que la mejor solución es la del pluralismo en sentido estricto. Este es precisamente el modelo que recogen las Constituciones que conforman el NCLAD, toda vez que los diferentes órdenes que existen dentro del Estado (y con ello, las culturas que se expresan a través de los mismos) coexisten en plano de igualdad, sin que exista sujeción imposición de un ordenamiento (y cultura) sobre otro (u otra).

Esta afirmación podría cuestionarse, al menos por dos razones: (1) porque existe una única constitución en cada uno de estos Estados, la que daría coherencia a la diversidad normativa, y (2) porque se establece una jurisdicción constitucional que realiza el respectivo control de las normas internas conforme a aquella constitución única. Sin embargo, en primer lugar, el origen popular de las Constituciones, así como la incorporación de la plurinacionalidad como criterio de organización del Estado transforma a esa única constitución en un texto también plural, por lo que la coherencia es, al mismo tiempo, unitaria y plural. Y en segundo lugar, el órgano jurisdiccional competente para realizar el control también es de composición multicultural y plurinacional (al menos en Bolivia), lo que ofrece mayores garantías de pluralismo en la interpretación y la aplicación de la Constitución.

Para el desarrollo de este tema, y de acuerdo con lo mencionado previamente, se pasará revista a tres cuestiones relevantes: la incorporación del pluralismo jurídico como principio constitucional, la transformación del Estado de Derecho, y el reconocimiento de la justicia indígena.

2.3.1. *El pluralismo jurídico como principio constitucional del NCLAD*

La dinámica jurídica planteada por KELSEN en “Teoría Pura del Derecho” supone, como ya se conoce, que la validez de cada norma jurídica descansa en una norma superior. Esta última norma

⁸¹⁸ Santos, *La Reinención del Estado y el Estado Plurinacional*, op. cit., p. 24.

⁸¹⁹ Garzón López, Pedro, *Pluralismo jurídico*. En *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Universidad Carlos III Madrid, Madrid, N°5, 2014, pp. 217-218.

superior corresponderá a la constitución, la cual, a su vez, es válida por su armonía con una norma fundante, la cual, sin embargo, es hipotética. A partir de este esquema, el orden jurídico guarda un orden lógico, escalonado y jerárquico el cual, más allá a la referencia a aquella norma hipotética, debe guardar coherencia, en la forma y en el fondo, con la constitución⁸²⁰.

De allí que la constitución determine no solo el contenido de las demás normas jurídicas internas, sino que además configure el diseño general o la estructura de las fuentes formales del Derecho a nivel interno, determinando los órganos o entes generadores de las normas y los procedimientos a los que deben sujetarse para ello. A partir de esto, la circunstancia de si un Estado recoge un modelo jurídico monista o pluralista sólo podrá estar resuelto por la constitución, que es donde queda delineada la arquitectura normativa estatal.

Hasta el nacimiento del NCLAD, las constituciones latinoamericanas –tal como lo reseña YRIGOYEN, exposición que ya fue analizada en el capítulo anterior– se habían ajustado o al monismo jurídico o bien se habían ido acercando al horizonte pluralista, sin llegar plenamente a él. Será, nuevamente, Bolivia y Ecuador los primeros países en Latinoamérica en constitucionalizar el pluralismo jurídico, en los términos que se analizará a continuación.

a) La recepción del pluralismo jurídico en la CPB

La declaración más explícita de este principio en la CPB se encuentra en su art. 1º, el cual, en lo pertinente señala que “Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”.

Tal como ocurre con el binomio conceptual multiculturalidad/multiculturalismo, la Constitución reconoce tanto la pluralidad jurídica como el pluralismo jurídico. Por lo mismo, mientras constata la existencia de diferentes ordenamientos jurídicos, les reconoce y concede a todos ellos, la misma validez, que es lo que caracteriza al pluralismo.

El principio se encuentra reforzado con el reconocimiento que se realiza para que las naciones y pueblos indígena originario campesinos puedan aplicar “sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios” (art. 190.I), que es lo que YRIGOYEN llama “la potestad de darse sus normas”⁸²¹.

Pero, como ya se indicó, de nada serviría el pluralismo jurídico si las normas que originen en los pueblos y naciones queden sometidas a una Constitución monocultural –y no pluralista– y a mecanismos de control de constitucionalidad ejercidos por órganos monoculturales. No volveré a desarrollar ni la génesis de la CPB, ni la plurinacionalidad contemplada en ella. Sin embargo, es oportuno referirme al órgano competente para realizar el control de constitucionalidad.

En el caso de Bolivia, el Capítulo Sexto, Título III de la Segunda Parte (arts. 196 a 204) crea al Tribunal Constitucional Plurinacional, el cual, entre otras funciones, le corresponde conocer y resolver “[l]as consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto”, agregándose que “[l]a decisión del Tribunal Constitucional es obligatoria” (art. 202, número 8). También le compete conocer y resolver “[l]os conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental” (art. 202, número 11).

⁸²⁰ Para revisar la dinámica jurídica en este autor, véase: Kelsen, op. cit., pp. 201-284.

⁸²¹ Yrigoyen, Fajardo, Raquel, *Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista*, op. cit., p. 151.

Respecto de este órgano, el riesgo podría provenir que sus integrantes fueran designados a través de mecanismos que afincasen la postura monoculturalista hegemónica. Sin embargo, en Bolivia este riesgo no se concreta.

Esto porque de acuerdo con el art. 198, sus magistrados y magistradas “se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia”. Vale decir, sufragio universal, donde los postulantes serán propuestos por los dos tercios de los miembros de la Asamblea Legislativa y no podrán realizar campaña electoral (art. 182). Además, específicamente respecto del Tribunal Constitucional Plurinacional se dispone que “estará integrado por magistradas y magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino” (art. 197.I).

Se trata, pues, de un mecanismo donde los miembros, si bien son elegidos democráticamente, hay un mandato al legislador para que, a la hora de fijar las listas de postulantes, observen criterios de plurinacionalidad y de equilibrio entre justicias ordinaria e indígena. De esta forma, hay mayores garantías que la promesa del pluralismo jurídico se cumpla y no se obstruya por un órgano de estructura elitista y monocultural.

Por eso, concuerdo con VICIANO en el sentido que la CPB demuestra ser la más avanzada de Latinoamérica en lo tocante a que establece un mecanismo de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional. Es cierto que su argumento tiene que ver con que ella asegura la independencia formal del órgano (la cual “queda coja si no va acompañada de mecanismos democráticos que garanticen su independencia de origen”)⁸²², y no con la esperanza de mayor multiculturalidad. Pero bien puede ampliarse su opinión, entendiendo que la bondad de la elección también se vincula con brindar más seguridad de que se aplicarán criterios multiculturales en la interpretación constitucional, máximo si para los criterios de elección deben emplearse los referidos criterios de plurinacionalidad y equilibrio.

b) La recepción del pluralismo jurídico en la CPE

A diferencia de lo ocurrido en la CPB, la CPE omite disposiciones específicas que declaren explícitamente el pluralismo jurídico.

Tal reconocimiento opera más bien de modo indirecto, principalmente a través de dos disposiciones constitucionales.

Primero, debe ser mencionado el art. 57, el cual reconoce y garantiza “a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos”, una serie de derechos colectivos. Dentro de ellos, el del numeral 10, esto es, el de “crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.”

En segundo lugar, es relevante el art. 171 que permite a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercer funciones jurisdiccionales. A continuación, se dispone que estas se ejercerán “con base a sus tradiciones ancestrales y su derecho propio”, agregando: “dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres”.

⁸²² Viciano Pastor, Roberto, *El Tribunal Constitucional plurinacional de Bolivia: Un modelo rupturista y discutido*, en Viciano y Storini (editores), *Innovación y continuismo en el modelo constitucional boliviano de 2009*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 513-551, pp. 530-531.

La misma disposición señala que “[l]as autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales”.

De esta forma, la consideración del pluralismo jurídico en Ecuador, si bien no es expresa como en Bolivia, puede inferirse tanto de su condición de Estado plurinacional, como de la aceptación de jurisdicciones indígenas y de la potestad de estas para poder resolver los asuntos conforme a sus propias normas jurídicas.

Es importante anotar que el Derecho indígena no se encuentra sometido jerárquicamente a la legislación ordinaria, sino solo a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales, tal como lo prescribe el art. 171⁸²³.

Por lo tanto, a partir de esta norma, el verdadero desafío tendrá que ver con el modelo de control de constitucionalidad. En específico, habrá que atender tanto a la conformación del órgano llamado a realizar tal control, como a los mecanismos jurídicos que emplee para ese fin. Podría ser por esta vía por donde se traicione el pluralismo, al quedar nuevamente sometidos a las concepciones oficiales de una cultura dominante.

Pues bien, respecto del órgano, debe advertirse un déficit en la CPE ya que, a diferencia de lo que ocurre en Bolivia, el sistema de integración de sus miembros no es capaz de resolver, del todo, el riesgo que sea un órgano monocultural. Sus nueve miembros no son elegidos, ni tampoco existe la necesidad de que exista paridad multicultural ni utilización de criterios de plurinacionalidad en esta designación⁸²⁴. Por el contrario, serán nombrados “por una comisión calificadora que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones, Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social” (art. 434). De este modo, al menos en lo relativo a la adscripción de las personas que integrarán la Corte a las diferentes culturas que forman parte del Ecuador, no existe ninguna garantía de pluralidad, lo que representa una debilidad del modelo.

En relación con los mecanismos jurídicos de interpretación y aplicación, durante el proceso de control de constitucionalidad, tanto de la Constitución como de las normas objeto del control, tampoco existe alguna disposición constitucional que compela a la Corte Constitucional a utilizar criterios pluralistas. GRIJALVA lo plantea en términos normativos, pero más ideales que jurídicos, al sostener que “la Corte Constitucional deberá asegurar en su funcionamiento institucional algunas formas de análisis o diálogo intercultural”; mientras que YRIGROYEN plantea derechamente la necesidad de “constituir herramientas para una hermenéutica y una doctrina pluralista, a fin de salvar sus limitaciones o inconsistencias y garantizar que el principio del pluralismo igualitario y el proyecto descolonizador se puedan realizar en las normas secundarias, la jurisprudencia y políticas públicas”⁸²⁵.

⁸²³ Truj Trujillo, Julio César, *Plurinacionalidad y Constitución*, en Santos y Grijalva (editores), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Abya-Yala y Fundación Rosa Luxemburg, Quito, 2012, pp. 305-316, pp. 313-314.

⁸²⁴ Si debe anotarse, sin embargo, una búsqueda de la paridad de género al interior del órgano, toda vez que el art. 434 señala que “[e]n la integración de la Corte se procurará la paridad entre hombres y mujeres”.

⁸²⁵ Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista*, op. cit., p. 190.

2.3.2. *El efecto del pluralismo jurídico en la concepción de Estado de Derecho*

Tal como se señaló en el capítulo anterior, el monismo jurídico trae como consecuencia que el Estado de Derecho termina siendo una vía para consolidar jurídicamente una colonización cultural, al aplicarse a todas las personas un mismo ordenamiento jurídico en una cultura oficial. Bajo el argumento de la igualdad formal o igualdad ante la ley, y en el contexto del modelo de Estado Nación que supone que dentro del Estado existe una nación homogénea, se construye una triple identidad “Nación – Derecho – Estado”. Pero esa es una pretensión falsa en sociedades multiculturales.

Como se ha venido señalando en este trabajo, el Derecho es manifestación de una determinada cultura, y de una específica forma de concebir al mundo y a las relaciones entre las personas. De allí que el Estado de Derecho así entendido termine siendo una fórmula hegemónica que consolida la situación de subalternidad de aquellos pueblos que no comparten los postulados de la cultura dominante, violándose de esta manera sus derechos culturales. Más específicamente, en Latinoamérica son los pueblos originarios quienes sufren en mayor medida esta vulneración de sus derechos.

Por ello, el pluralismo jurídico trae consigo una realidad nueva. Se trata, como señala Boaventura de Sousa SANTOS de una sociabilidad sustentada en la convivialidad, o sea, en una reconciliación entre diferentes “universos culturales”, manifestada a través de una legalidad cosmopolita formada por una constelación jurídica tanto por un Derecho ancestral (internamente muy diverso, además) y otro eurocéntrico⁸²⁶.

Esta constelación jurídica, tan amplia como la describe SANTOS, quiebra la rigidez de un ordenamiento único, sino que reconoce sus diferencias internas. De esta manera, el Estado de Derecho deja de ser aquel instrumento de hegemonía en un contexto monocultural. Así ocurre con el Estado de Derecho del NCLAD, que es plurinacional y jurídicamente pluralista. Esto implica que el ordenamiento común para las diversas culturas ha tenido un origen multicultural y es respetuoso de la diversidad cultural. Así ha quedado consignado constitucionalmente, ya que las cartas de Bolivia y Ecuador han recogido estos principios de forma expresa.

Sin embargo, la forma como Bolivia y Ecuador han transformado al Estado de Derecho no es exactamente la misma. Pueden parecer matices, pero evidentemente las soluciones son distintas en un caso y en el otro. Así, mientras en la CPB el énfasis está en el pluralismo jurídico, en la CPE está en una concepción de Estado de Derecho material, radicalmente opuesto al Estado formal de Derecho.

En efecto, la CPB, explicita el pluralismo jurídico, y así lo declara expresamente en su artículo 1°. El Estado de Derecho en Bolivia, por lo tanto, se conjuga a partir de aquella constelación jurídica a la cual hace referencia SANTOS, de carácter multicultural.

La CPE, en cambio, no es explícita en el reconocimiento del pluralismo jurídico, lo cual, como ya se explicó, no debe entenderse que no lo reconozca. Sin embargo, hay otro elemento que se enfatiza en la comprensión constitucional del ordenamiento jurídico estatal, que tiene que ver con la concepción del Ecuador como un “Estado de derechos y justicia”.

Es el art. 1° de la CPE el que dispone, en lo pertinente: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”.

⁸²⁶ Santos, *Refundación del Estado en América Latina*. Perspectivas desde una epistemología del Sur, op. cit., pp. 89-90.

Como lo señala Pablo ALARCÓN, podría dar la impresión de que, al usarse la expresión “Estado de derechos”⁸²⁷, se está frente a un error tipográfico. Sin embargo, muy por el contrario, de esta cláusula emanan importantes efectos. Uno de ellos es el perfeccionamiento del Estado de derecho reducido exclusivamente a la ley en sentido formal, para dar paso a una presencia de los derechos que se consolidan como medios y fines que deben ser respetados por la autoridad y los particulares. Otro efecto importante se refiere, precisamente, a constatar que en este país conviven “varios sistemas de fuentes de derecho”: la ley, el derecho indígena, la jurisprudencia, las políticas públicas, el bloque de constitucionalidad, etc.⁸²⁸ Para ECHEVERRÍA, en tanto, el concepto de Estado de derechos tiene que ver con un Estado donde se *repriorizan* los derechos, en plano de igualdad jerárquica, por lo que debe orientarse hacia la efectividad de todos ellos. Esto explicaría por qué esta Constitución es reglamentada y garantista, ya que debe desarrollar en detalle los diferentes derechos asegurados en ella en miras a lograr la realización del modelo político⁸²⁹.

Ramiro ÁVILA relaciona la idea de “Estado de derechos” con las dos principales acepciones de la palabra “derecho”: en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo. En su sentido objetivo, la expresión “derechos” expresaría la voluntad del constituyente de establecer la pluralidad jurídica, donde el ordenamiento estatal se ve diversificado por otras fuentes: los precedentes nacionales e internacionales, los actos administrativos que generan políticas públicas, las normas provenientes de comunidades jurídicas y la moral, como antecedente para la comprensión de los textos jurídicos. Y en su sentido subjetivo, la expresión “derechos” hace referencia a la centralidad de los derechos de las personas, los cuales pasan a estar por sobre el Estado y por sobre la ley⁸³⁰.

Respecto de la idea de “Estado de justicia”, la noción es mucho más compleja. Tomás SÁNCHEZ intenta asociar esta idea con el principio del buen vivir o *sumak kawsay*, aunque también reconoce que se trataría de un objetivo utópico dirigido a “que cada uno de los ciudadanos seamos en sí justos”⁸³¹.

El Estado de justicia también es abordado por Ramiro AVILA. Para él, el Estado de justicia se vincula con las políticas públicas, las cuales deben ser compatibles normativamente con los principios, y axiológicamente con la justicia. Por lo mismo, sostiene que “la invocación del Estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa”⁸³². En otros de sus trabajos, AVILA aludirá a que el Estado de Justicia será aquél donde se concrete el orden social propuesto por la Constitución, que busca reemplazar el sistema político y

⁸²⁷ Se sugiere revisar respecto de la noción de Estado de Derechos, el trabajo de Antonio Pérez Nuño, el cual, sin embargo, he omitido deliberadamente por cuanto sus raíces ideológicas y conceptuales se encuentran más bien en el neoconstitucionalismo *dworkiniano* que en el fenómeno descolonizador. Pérez Nuño, Antonio Enrique, *Las Generaciones de Derechos Humanos*. En *Redesg. Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, volumen 2, junio 2013, pp. 163-196.

⁸²⁸ Alarcón Peña, Pablo, *El Estado constitucional de derechos y las garantías constitucionales*, en Benavides y Escudero (coordinadores), *Manual de Justicia Constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, N°4, 2013, pp. 99-110, pp. 100-102.

⁸²⁹ Echeverría, Julio, *El Estado en la nueva Constitución*, en Andrade, Grijalva y Storini (editores), *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, Quito, 2009, pp. 11-20.

⁸³⁰ Ávila Santamaría, Ramiro, *El neoconstitucionalismo transformador*, op. cit., pp. 121-148.

⁸³¹ Sánchez Jaime, José Tomás, *Justicia, periplos de un concepto*. Análisis del artículo 1 de la Constitución ecuatoriana de 2008, en Ávila Linzán (editor), *Política, justicia y Constitución*, Corte Constitucional para el Período de Transición y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, N°2, 2012, pp. 143-155.

⁸³² Ávila Santamaría, Ramiro, *Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia*, en Ávila Santamaría (editor), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Ministerios de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 27-28.

social que crea y reproduce élites y diferenciación entre mejores y peores situados, por un modelo igualitarista, basado en la solidaridad, protector de los menos favorecidos a través de un Estado fuerte⁸³³.

En definitiva, como se advierte, la concepción de Estado de Derecho en el NCLAD se acerca a una noción material y no formal. Aun cuando no se desconoce el rol de la legalidad, el Estado de Derecho no se reduce exclusivamente a ella, sino que, por el contrario, extiende el listado de disposiciones vinculantes al Derecho indígena, a los derechos fundamentales y a los principios de justicia. Bolivia enfatiza el primero de estos elementos, Ecuador los dos siguientes. La pérdida de protagonismo del Derecho ordinario –eurocéntrico diría SANTOS– hace que los pueblos indígenas recuperen, en propiedad, su autonomía normativa y que se reconozca la supremacía de los derechos y de la justicia por sobre el Derecho escrito. Pero, por sobre todo, desaparece o al menos se atenúa el efecto colonizador de un Estado de Derecho formal, portador de una cultura oficial y hegemónica.

2.3.3. *El reconocimiento de la justicia indígena*

El reconocimiento del pluralismo jurídico involucra no solo la aceptación de una multiplicidad de ordenamientos jurídicos. Requiere, además, que se reconozca la competencia a los órganos correspondientes a las diferentes culturas para poder resolver sus conflictos, todo ello de acuerdo con sus propias normas jurídicas y sus procedimientos. Por cierto que la irrupción de la justicia indígena no está exenta de dificultades prácticas, especialmente en el área penal, sin embargo parece necesaria para el pleno reconocimiento del pluralismo jurídico y de los derechos colectivos vinculados con él⁸³⁴.

SANTOS explica esta necesidad como cuestión de derechos fundamentales, específicamente como el derecho de los pueblos ancestrales a la jurisdicción propia⁸³⁵. Sin embargo, también puede entenderse que la jurisdicción indígena es parte del pluralismo jurídico, a través de una concepción más amplia del fenómeno jurídico: no solo compuesto por normas generales (escritas o consuetudinarias) y, en cierto modo, estáticas, sino que también por normas particulares, y dinámicas, como son las sentencias⁸³⁶. Así entendidos los ordenamientos, un modelo jurídicamente pluralista debiera contemplar no solo la posibilidad de que los diferentes pueblos generen sus propias normas generales, sino también las particulares, o sea, las sentencias dirigidas a resolver conflictos jurídicos concretos.

⁸³³ Ávila, Ramiro: “Caracterización de la Constitución de 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. En: Andrade, Santiago; Grijalva, Agustín y Storini, Claudia (edit.): *La nueva Constitución del Ecuador*. Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, Quito, 2009. Pág. 414.

⁸³⁴ Sobre los desafíos en materia penal, véase Borja Jiménez, Emiliano, *Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica*, en Berraondo (coordinador), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto Bilbao, Bilbao, volumen 14, 2006, pp. 663-683.

⁸³⁵ Santos, *Refundación del Estado en América Latina*. Perspectivas desde una epistemología del Sur, op. cit., pp. 90-91.

⁸³⁶ Dice Aguiló: “La sentencia es también un documento normativo que consta generalmente de dos partes: el fallo y la fundamentación del fallo. El fallo es una decisión que consiste en la emisión de una norma particular dirigida a las partes del proceso y/o a los órganos de ejecución con la que se trata de resolver un determinado conflicto jurídico (...)”. Aguiló Regla, Josep: (pág 1049) en: Aguiló Regla, Josep, *Fuentes del Derecho*, en Fabra y Rodríguez (editores), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., volumen 2, pp. 1019-1066, p. 1049.

En esta misma línea, es imprescindible tener en consideración que, tal como se señaló en relación con los ordenamientos jurídicos de los pueblos originarios, el reconocimiento de sus propias jurisdicciones también debe hacerse en un plano de igualdad y de no inferioridad jerárquica con los demás tribunales de justicia. Precisamente, tal como se abordó en el capítulo anterior, ese constituye uno de los inconvenientes que puede detectarse en las Constituciones de Guatemala (1985), Nicaragua (1987), Brasil (1988), Colombia (1991) y, en menor medida, de Venezuela (1999).

En relación con aquello, debe destacarse que, al menos en el caso de la CPB hay una declaración explícita de igual jerarquía entre la jurisdicción indígena y la ordinaria (art. 179.II CPB). Si bien la CPE no lo declara explícitamente, establece otros principios que denotan un alto nivel de independencia frente a los demás órganos y poderes del Estado, como el hecho que sus decisiones deban ser respetadas por todas las instituciones públicas y privadas (art. 171 CPE), y que las sentencias dictadas por la jurisdicción indígena generan cosa juzgada para efecto del *non bis in idem* (art. 76 CPE).

a) La jurisdicción indígena en la CPE

En el Título IV (Participación y organización del poder), Capítulo IV (Función Judicial y justicia indígena), se establece una Sección denominada Justicia Indígena, y está compuesta por un artículo único, el 171.

Aunque ya se ha hecho referencia a esa disposición, recordemos que de acuerdo a ella “[I]as autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres”.

Tal como lo anota LLASAG, no es la Constitución la que determina cuáles son las autoridades competentes para ejercer dichas atribuciones, sino que será cada comunidad, pueblo o nacionalidad indígena, a través de su propio Derecho, las que harán la designación, como manifestación de su autonomía interna⁸³⁷.

Por otra parte, en relación con la competencia, se distinguen tres áreas: la competencia material, la territorial y la personal.

Respecto de la competencia material, la CPE no establece norma alguna sobre este particular. Sin embargo, en opinión de YRIGROYEN, no debiese haber límite alguno, ya que ni la CPE, ni el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) restringen esta competencia, pudiendo extenderse, incluso, a materias penales⁸³⁸.

Sobre la competencia territorial, LLASAG detecta un conflicto en la interpretación del precepto, ya que al señalar que las funciones se ejercerán “dentro de su ámbito territorial”, podría entenderse de dos formas. La primera que comprende que es el conflicto el que debe haber surgido en el territorio propio de la comunidad; la segunda que asume que es la actividad jurisdiccional la que debe ejercerse dentro de dicho espacio, “lo que no significa que la autoridad indígena no pueda resolver un conflicto surgido entre indígenas fuera de su ámbito territorial”. Esta última es la tesis del autor, quien entiende que cualquier intento por limitar esta competencia es inconstitucional⁸³⁹.

⁸³⁷ Llasag, op. cit., p. 192.

⁸³⁸ Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pautas de coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho estatal*, Fundación Myrna Mack, Ciudad de Guatemala, 1999, p. 90.

⁸³⁹ Llasag, op. cit., p. 195.

Finalmente, respecto de la competencia personal, debe tenerse presente que estos jueces buscan resolver los conflictos que internamente se susciten en una comunidad, por lo que su “pertenencia étnica” es fundamental para deslindar su competencia. Esta cuestión, nuevamente, quedará determinada por cada Derecho indígena, que será quien defina esta pertenencia⁸⁴⁰. El problema surge en torno a si es posible que dicha justicia pueda resolver asuntos que se susciten entre miembros de la comunidad y externos a ella. En relación con esto, GRIJALVA tiene presente que el art. 171 señala que las autoridades de estos colectivos resolverán sus “conflictos internos”, de lo que se deduce que claramente se refiere a controversias entre indígenas. Agrega que respecto de conflictos interétnicos pero que afecten directamente a la comunidad, es una cuestión que debiera ser resuelta por la legislación o la jurisprudencia⁸⁴¹.

Respecto de la norma del art. 171 que señala que “[l]as autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos”, se debe decir que lo que ha pretendido el constituyente es que estas autoridades no se encuentren obligadas a actuar conforme a la legislación común, sino a su Derecho propio. Sobre este Derecho, es necesario realizar cuatro acotaciones.

Primero, que este Derecho puede ser escrito o no, en cuyo caso, tendrá el carácter de consuetudinario. *Segundo*, que es imprescindible que, en cualquiera de los dos casos, sea conocido y aceptado por la colectividad, para no incurrir en arbitrariedad. *Tercero*, que este Derecho no se reduce sólo al actualmente existente, ya que por aplicación del art. 57, número 10 de la CPE, las colectividades indígenas pueden crear, desarrollar y aplicar su propio Derecho, cuestión que ya fue tratada anteriormente. Esto, unido a que el propio art. 171 hace referencia no sólo a “prácticas ancestrales”, sino que también “al derecho propio”, se expresa una voluntad de incorporar tanto Derecho consuetudinario con legislación indígena actual⁸⁴². Y, finalmente, en *cuarto* término, que estas normas y procedimientos no deben ser “contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales”, de acuerdo al mismo art. 171, constituyendo un límite material a la validez de dichas normas y procedimientos.

El inciso segundo del art. 171 es muy importante para terminar de comprender cómo opera la jurisdicción indígena en el Ecuador, ya que establece que “[e]l Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas”. Esto demuestra que estas autoridades no quedan sometidas a otras superiores, ya que sus resoluciones deben ser obedecidas por toda autoridad o institución. Como lo señala Juan MONTAÑA, de esto se deriva que las decisiones de la justicia indígenas no pueden ser impugnadas o apeladas ante jueces o tribunales comunes, toda vez que, además, estas sentencias no pueden ser objeto de control de legalidad, por ejemplo, por la vía de una casación⁸⁴³.

No obstante ello, estas decisiones “estarán sujetas al control de constitucionalidad”, según lo prescribe el mismo art. 171 en análisis. Ximena RON explica este control, señalando que “la acción por la cual la Corte Constitucional vigila el cumplimiento de la Constitución por parte de las autoridades jurisdiccionales indígenas se denomina control de constitucionalidad de decisiones jurisdiccionales indígenas y se sustancia a través de la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena”. Esta acción extraordinaria está contemplada en el art. 437 de la CPE, y si bien puede ser deducida, en general, en contra de “sentencias, autos definitivos y

⁸⁴⁰ Ídem, p. 196

⁸⁴¹ Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador*, pp. 108-110.

⁸⁴² Montaña Pinto, Juan, *La Función Judicial y la justicia indígena en la nueva Constitución ecuatoriana*, en Ávila, Grijalva y Dalmau (editores), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Tribunal Constitucional del Ecuador, Quito, 2008, pp. 189-216, cfr. pp. 212-213.

⁸⁴³ Ídem, pp. 213-214

resoluciones con fuerza de sentencia”, independientemente de cuál sea el origen de estos actos, siempre que vulneren el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución, también puede emplearse para impugnar decisiones provenientes de autoridades indígenas. La circunstancia de que este control sea el mismo que el que puede realizarse respecto de las sentencias ordinarias, “ratifica y fortalece el carácter vinculante de las decisiones emitidas por autoridades indígenas, al ser en esencia idéntica a la acción extraordinaria de protección que procede contra las sentencias o autos definitivos de la justicia estatal”⁸⁴⁴.

Por último, el citado art. 171 finaliza señalando que “la ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria”. Esta debiera ser una ley que, básicamente, distribuya competencias, como lo explica GRIJALVA. Dicha ley, sin embargo, no se ha dictado. A pesar de ello, el autor propone que la solución puede y debe ser canalizada por la jurisprudencia constitucional y, en general “por una estructura institucional pública intercultural”⁸⁴⁵.

b) La jurisdicción indígena en la CPB

La segunda parte de la CPB (“Estructura y organización funcional del Estado”) regula, en su Título III el “Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional”. En el Capítulo Primero (“Disposiciones Generales”, la CPB proclama que “[l]a función judicial es única”, y distingue tres tipos de jurisdicciones: la ordinaria, la agroambiental, la indígena, y las especializadas (art. 179.I)

La jurisdicción ordinaria la ejerce el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces. La jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales⁸⁴⁶; y la jurisdicción indígena, por sus propias autoridades. Respecto de las jurisdicciones especializadas, dispone que serán reguladas por la ley.

De inmediato, a continuación, el art. 179.II establece un principio fundamental para el pluralismo jurídico, respetuoso por las diversidad cultural y jurídica, al disponer: “La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía”. Este igualitarismo jurisdiccional representa una importante herramienta para el proceso de descolonización de la matriz colonial de inspiración liberal⁸⁴⁷.

⁸⁴⁴ Ron Erráez, Ximena, *La jurisdicción indígena frente al control de constitucionalidad en Ecuador. ¿Pluralismo jurídico o judicialización de lo plural?*, Corporación Editora Nacional y Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2015, pp. 40-43.

⁸⁴⁵ Grijalva, *Constitucionalismo en Ecuador*, p. 109.

⁸⁴⁶ Con el objeto de definir las funciones de esta jurisdicción, me permito transcribir lo dispuesto en el art. 189 de la CPB: “Son atribuciones del Tribunal Agroambiental, además de las señaladas por la ley: 1. Resolver los recursos de casación y nulidad en las acciones reales agrarias, forestales, ambientales, de aguas, derechos de uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, hídricos, forestales y de la biodiversidad; demandas sobre actos que atenten contra la fauna, la flora, el agua y el medio ambiente; y demandas sobre prácticas que pongan en peligro el sistema ecológico y la conservación de especies o animales; 2. Conocer y resolver en única instancia las demandas de nulidad y anulabilidad de títulos ejecutoriales; 3. Conocer y resolver en única instancia los procesos contencioso administrativos que resulten de los contratos, negociaciones, autorizaciones, otorgación, distribución y redistribución de derechos de aprovechamiento de los recursos naturales renovables, y de los demás actos y resoluciones administrativas. 4. Organizar los juzgados agroambientales.”

⁸⁴⁷ Chivi Vargas, Idón Moisés, *El Órgano Judicial*, en Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia y Universidad Mayor de San Andrés (coordinadores), *Miradas. Nuevo Texto Constitucional*, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (Idea Internacional), La Paz, 2010, pp. 409-422, p. 419.

Carlos GOITÍA llama la atención que esta igualdad jerárquica sólo opera respecto de estas dos clases de jurisdicciones, y no en relación con las jurisdicciones agroambiental y especial. La explicación sería histórica: lo que algunos constituyentes pretendieron fue enfatizar que la jurisdicción indígena es tan válida e importante como la ordinaria, toda vez que, hasta entonces muchas veces las policías, jueces y fiscales la interpretaban como una jurisdicción menor⁸⁴⁸.

Otro aspecto que observa GOITÍA es que habría sido recomendable (o “saludable” en sus palabras) incorporar que la jurisdicción de cada pueblo goza de igual jerarquía que la de los demás pueblos⁸⁴⁹. Coincido con aquella percepción, ya que una declaración de ese tipo habría sido coherente con el modelo plurinacional.

El Capítulo Cuarto del mismo Título será el que establezca la regulación básica de la Jurisdicción indígena originaria campesina, en sus tres artículos, 190, 191 y 192.

En términos muy similares a lo ya descrito en el caso ecuatoriano, el art. 190.I de la CPB dispone que “[l]as naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios”. Como se aprecia, serán las propias naciones y los propios pueblos quienes deberán decidir, de acuerdo con su propio Derecho, quiénes serán las autoridades competentes para ejercer tales funciones, y el complejo normativo y procedimental a emplear para ese fin⁸⁵⁰.

El art. 190.II, por su parte establece los límites de esta jurisdicción, al establecer que ella “respete el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución”. El constituyente optó por explicitar los derechos a la vida y a la defensa, a pesar de que ambos son derechos ya garantizados por la CPB (arts. 15.I y 115.II), de modo de evitar, con especial énfasis, su vulneración. La idea es, por ejemplo, evitar ciertas situaciones extremas, como puede ser privar de la vida al condenado⁸⁵¹.

El art. 191, junto con señalar que esta jurisdicción “se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino”, establece sus ámbitos de vigencia personal, material y territorial, lo cual la hace mucho más clara y explícita que la carta ecuatoriana.

Respecto de la competencia personal, señala que “están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciados o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos”. No define, sin embargo, qué debe entenderse por miembro de tales colectivos, motivo por el cual deberá ser el Derecho de cada comunidad el que deberá definir esta pertenencia, lo que transforma este asunto en uno de los más complejos –o “peliagudos”– como lo dice ALBÓ en esta materia, al punto que incluso

⁸⁴⁸ Goitía, Carlos Alberto, *Constitución Política y justicia indígena originaria campesina*. Potestades de generación normativa y de administración de justicia, Friedrich Ebert Stiftung, La Paz, 2012, pp. 329-330.

⁸⁴⁸ Ídem, p. 330.

⁸⁴⁹ Ídem, 330

⁸⁵⁰ Un análisis relativo a quiénes son estas autoridades en algunas comunidades específicas, se puede encontrar en: Bazarco Osorio, Martín y Exeni Rodríguez, José Luis, *Bolivia: Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad*, en Santos y Exeni (editores), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Abya Yala, Quito, 2012, pp. 49-145, pp. 57-69.

⁸⁵¹ Goitía, op. cit., p. 59.

se ha propuesto que si, en un caso, participan personas de distintos orígenes, debieran intervenir las diferentes jurisdicciones competentes, y “concretar entre ellas su decisión”⁸⁵².

En relación con esta indeterminación, nuevamente GOITÍA plantea una visión crítica, y se pregunta si esta filiación depende de estudios de ADN, de la pigmentación de su piel, de sus vestimentas, de su autoidentificación, etc.⁸⁵³. A pesar de ello, lo importante será, como lo destaca CHVI que la aplicación de la jurisdicción indígena no procede para personas no indígenas sino solo para los miembros de la comunidad⁸⁵⁴.

Sobre la competencia material, la CPB optó por delegar esta determinación al legislador, al disponer que “[e]sta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional”⁸⁵⁵. El 29 de diciembre de 2010 fue publicada la referida Ley de Deslinde Jurisdiccional, bajo el número 073. Su art. 10.I entrega a esta jurisdicción el conocimiento de “los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron”. El art. 10.II excluye algunas materias de este conocimiento, las cuales – de modo resumido – son las siguientes: (a) *en materia penal*, ciertos delitos (contra el Derecho Internacional; por crímenes de lesa humanidad; contra la seguridad interna y externa del Estado; de terrorismo; tributarios y aduaneros; delitos cuya víctima sea el Estado; cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes; y los de violación, asesinato u homicidio); (b) *en materia civil*, los procesos donde sea parte o tercero interesado el Estado; (c) los asuntos referidos al Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional público y privado, y Derecho Agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas; y (d) las demás materias que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la Ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente⁸⁵⁶.

Como se aprecia, la decisión del legislador fue la de establecer que, en principio, todos aquellos asuntos que habían sido conocidos por las autoridades indígenas continuarán haciéndolo, pero excluyendo determinadas materias, ya sea por la gravedad de los asuntos (como respecto de ciertos delitos), por su especialidad (en materia laboral, de seguridad social, de Derecho Internacional, etc.), o donde el Estado tenga intereses (ciertos asuntos civiles, o relativos al área tributaria, administrativa, minera, de hidrocarburos, etc.).

En relación con la competencia territorial, el mencionado art. 191 de la CPB dispone que esta jurisdicción se aplica a “las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos de producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino”. Con ello, también se zanja aquel problema que continúa abierto en Ecuador: el territorio indígena determina la ubicación de los

⁸⁵² Albó, Xavier, *Justicia indígena en la Bolivia plurinacional*, en Santos y Exeni (editores), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Abya Yala, Quito, 2012, pp. 201-247, p. 230.

⁸⁵³ Ídem, p. 362

⁸⁵⁴ Chivi, op. cit., p. 419.

⁸⁵⁵ Un análisis general de esta ley puede revisarse en: Gadea, Elise, *Pluralismo jurídico en Bolivia: Institucionalización de mecanismos de coordinación y de cooperación entre justicias indígenas originarias y justicia ordinaria*, en Gadea (editora) y Launay y Bellina (coordinadoras), *El pluralismo jurídico y normativo ¿Una vía para refundar la gobernanza?*. Experiencias africanas y latinoamericanas que toman en cuenta la diversidad en la regulación del derecho oficial, Instituto de investigación y debate sobre la gobernanza, Lima, 2011, pp. 69-77.

⁸⁵⁶ Es necesario agregar que esta misma ley resuelve la disparidad en el trato igualitario entre las diferentes jurisdicciones contempladas en la CPB, toda vez que en su art. 3º dispone: “Artículo 3. (Igualdad jerárquica). La función judicial es única. La jurisdicción indígena originaria campesina goza de igual jerarquía que la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción agroambiental y otras jurisdicciones legalmente reconocidas”.

asuntos que serán conocidos por esta jurisdicción y no sólo la sede donde esta se ejercerá, como se discute en ese país.

Reforzando la independencia e igual jerarquía de la jurisdicción indígena con la ordinaria, el art. 192 de la CPB establece que sus decisiones serán acatadas por “toda autoridad pública o persona”. En la misma línea se dispone que, para el cumplimiento de las mismas, las autoridades jurisdiccionales indígenas “podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado”.

Para finalizar el análisis de esta disposición, se debe señalar que ella impone al Estado, el deber de promover y fortalecer la justicia indígena originaria campesina. Con este objeto, “[l]a Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas”.

En lo tocante a los controles de constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales de las autoridades indígenas, en principio, ellas no serán sometidas a controles de constitucionalidad, como sí podría ocurrir en Ecuador. Sin embargo, podría existir participación del Tribunal Constitucional Plurinacional por dos vías: (a) por alguna consulta que las mismas autoridades indígenas originarias campesinas formulen a dicho órgano; o (b) por un conflicto entre jurisdicciones⁸⁵⁷.

Efectivamente, el art. 202, número 8 de la CPB otorga al Tribunal Constitucional Plurinacional la atribución para conocer y resolver “[l]as consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto”, y agrega que “[l]a decisión del Tribunal Constitucional es obligatoria”. Mientras que el numeral 11 del mismo artículo le permite a este tribunal la atribución de conocer y resolver “los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental”.

Como se aprecia, la jurisdicción del Tribunal Constitucional Plurinacional sólo se activa a petición de las autoridades jurisdiccionales indígenas, o bien, para resolver cuestiones de competencia. No opera, por lo tanto, como instancia para revisar lo obrado, ni para constatar la correcta o incorrecta aplicación del Derecho al caso concreto, como tampoco para impugnar por alguna parte, la constitucionalidad de la decisión jurisdiccional, manteniéndose de esta forma, el debido respeto por su independencia.

3. Aportes del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador en materia de derechos políticos

Si algo caracterizó a las constituciones latinoamericanas del Siglo XX fue que todas ellas identificaron a sus sistemas de gobierno como democráticos. Dichas democracias fueron diseñadas conforme a un modelo representativo tradicional, donde el pueblo, más o menos informado, elegía a sus autoridades, y eran ellas las que, en definitiva, adoptaban las decisiones políticas relevantes. La participación de la ciudadanía era escasa o nula en el ejercicio del poder político, y dejaba en manos de una élite la resolución de la gran parte de los asuntos públicos.

Como ya se estudió, esto provocó en el hemisferio norte, el surgimiento del constitucionalismo democrático primero y del constitucionalismo popular después, pero a Latinoamérica las transformaciones propuestas por tales modelos se tardaron en llegar.

⁸⁵⁷ Chivi, op. cit., p. 419.

No debe olvidarse que parte de la Teoría Política entiende que la democracia ha de definirse “en relación con un ideal”⁸⁵⁸, o conforme “a un estándar ideal”⁸⁵⁹, por lo que es posible entender que las democracias se construyen y perfeccionan de acuerdo a ciertos índices y en mira a determinados objetivos. Por lo mismo, aun cuando pueda establecerse que el modelo existente en esta zona del planeta era democrático, habrá que agregar que lo era, pero de modo incompleto, aún lejano de aquel ideal de los autores.

Es en esta misma línea que AVRITZER y SANTOS sostienen la necesidad de “democratizar la democracia” en América Latina. Para ello, es necesario advertir que el modelo de democracia representativa, en países donde existe mayor diversidad étnica suele asumir condición hegemónica, ya que los grupos postergados tienen graves dificultades para el reconocimiento de sus derechos y la cuestión relativa a la diversidad de intereses choca reiteradamente con el particularismo de las élites económicas. Democratizar la democracia, por lo tanto, implicará aproximarse a prácticas no hegemónicas de la misma, específicamente de tipo participativo y “con horizontes emancipatorios”⁸⁶⁰.

Lo que algunos investigadores lo advierten como una necesidad, los movimientos sociales lo habían expresado como exigencia tanto en Bolivia como en Ecuador, a través de reivindicaciones que tuvieron distinto comportamiento en ambos casos. Tal como se narró en el anterior capítulo, en Bolivia, las movilizaciones se iniciaron en las zonas rurales por la población indígena y continuaron en las ciudades. En Ecuador, en cambio, fueron las clases con menores ingresos en los centros urbanos (los “forajidos”), junto con estudiantes y trabajadores de las ciudades, quienes comenzaron la oleada de protestas, a las cuales se unieron más tarde, las poblaciones indígenas y campesinas. Lo importante es que, independiente del curso que hayan tomado los hechos, las aspiraciones descolonizadoras se aunaron en los respectivos procesos constituyentes y en los textos constitucionales que de ellos derivaron.

Ambas demandas, aquellas que eran exigidas por la generalidad de la población, y las específicas de los pueblos indígenas serán recogidas por el NCLAD, con lo cual avanza en el proceso democratizador, enriqueciendo y no eliminando el sistema representativo.

Para lograr este objetivo, estas Constituciones actuarán por dos vías. Primero, a través de la incorporación de instrumentos de participación ciudadana, propias de democracias directas. Y, en segundo término, a través del reconocimiento de derechos políticos y espacios de autonomía a los pueblos indígenas.

3.1. Nuevas formas de participación en el NCLAD

El NCLAD ha construido lo que VILLABELLA llama “un nuevo prototipo democrático”, que consiste en una democracia expansiva en sus umbrales e inclusiva en sus participantes⁸⁶¹.

Es importante mencionar que, si bien el objeto de nuestro estudio son las Constituciones de Ecuador y Bolivia, es imprescindible reconocer que la temática relativa a los derechos de participación ya había sido recogida en términos muy similares, algunos años antes, por la

⁸⁵⁸ Ross, Alf, *¿Por que democracia?*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 93-96.

⁸⁵⁹ Dahl, op. cit., p. 49.

⁸⁶⁰ Avritzer, Leonardo y Santos, Boaventura de Sousa, *Introdução: para ampliar o cânone democrático*, en Santos (coordinador), *Democratizar a democracia: Os caminhos da democracia participativa*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2002, pp. 30-82.

⁸⁶¹ Villabella, op. cit., p. 69.

Constitución venezolana de 1999 (CRBV). Incluso, algunos autores observan que el inicio del proceso se ubicaría aún antes, en la Constitución colombiana de 1991, la cual comienza a incorporar elementos propios de una democracia participativa⁸⁶².

Sin que sea esta la oportunidad de analizar con detalle la Constitución venezolana, se puede mencionar que en su Preámbulo plantea “refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica”.

Como consecuencia de tal declaración, la CRBV desarrolla una serie de herramientas para hacer efectiva dicha participación, dentro de las cuales destacan las siguientes: (a) se dispone que la soberanía popular no es disociada en titularidad y ejercicio, ya que de acuerdo con su art. 5º, “reside intransferiblemente en el pueblo”; (b) se proclama, en su art. 62, que todos “los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas”, extendiendo la participación política a formas diferentes al sufragio; y (c) se reconoce el derecho de los electores a que sus representantes les rindan cuenta de su gestión (art. 66)⁸⁶³.

Este cambio de perspectiva en relación con la construcción de las democracias en las sociedades latinoamericanas será recogido más tarde por las cartas boliviana y ecuatoriana, que es lo que paso revisar a continuación.

3.1.1. *El rol de la participación en el NCLAD*

Tal como lo señala Ana Micaela ALTERIO, es claro que la teoría de la democracia presente en el nuevo constitucionalismo latinoamericano (y en él, ella incluye también a Venezuela), es la de “democracia participativa”. Una característica importante de este tipo de democracia es que no cuestiona la esencia del sistema representativo, sino que intenta mejorarlo, introduciendo la idea de participación como complemento⁸⁶⁴.

La importancia de la participación para la democracia es lograr lo que algunos autores han llamado el “empoderamiento ciudadano”. Joanna GONZÁLEZ lo define como el proceso por el cual “los ciudadanos van adquiriendo poder y control para tomar decisiones y alcanzar sus propios objetivos”. El empoderamiento político resulta condición *sine qua non* – agrega la autora – para construir un poder popular que ofrezca a los ciudadanos la decisión y el control sobre los asuntos que afectan sus vidas cotidianas, tanto en el ámbito local como nacional, compitiendo por lo tanto con las elites, quienes han tenido hasta hoy el ejercicio exclusivo del poder. En el ámbito latinoamericano, las últimas Constituciones, de Venezuela, Ecuador y Bolivia, han incorporado nuevas herramientas de participación, encaminadas precisamente a dicho empoderamiento⁸⁶⁵.

A su vez, entendida la participación como derecho, NAVAS y NOGUERA señalan que ha pasado de ser solo un “derecho constitucional” a ser también un “derecho constituyente”. No es que deje de

⁸⁶² Noguera y Criado, op. cit., pp. 15-49.

⁸⁶³ Para el desarrollo del derecho de participación en Venezuela, véase: Combellas, Ricardo, *Representación versus participación en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Análisis de un falso dilema, en Viciano y Salamanca (coordinadores), *El Sistema Político en la Constitución Bolivariana de Venezuela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 79-98.

⁸⁶⁴ Alterio, op. cit., p. 286

⁸⁶⁵ González Quevedo, Joanna, *Bases jurídicas para el empoderamiento político en los actuales diseños constitucionales de Venezuela, Ecuador y Bolivia*, en Viciano (editor), *Estudios sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 269-298.

ser un derecho constitucional, pero su carácter se intensifica al operar también como constituyente. Sobre este punto, me detendré un momento, pues su análisis es importante para entender cómo actúa la participación en el NCLAD.

Los *derechos constituyentes* son aquellos derechos fundantes, o sea, aquellos a partir de los cuales “se ordena una sociedad históricamente determinada y la vida de los individuos que viven en ella, en tanto se vuelve la clave constitutiva e interpretativa fundamental de la organización social, política y económica”. Estos autores también los llaman “derechos-totalidad”, toda vez que son derechos base alrededor de cuyo reconocimiento se construye y articula el conjunto de relaciones económico-sociales que vive una sociedad. Es el caso, por ejemplo, de la propiedad en el Siglo XIX, y el trabajo en el Siglo XX⁸⁶⁶.

A su vez, un derecho es *constitucional*, cuando –a diferencia de los anteriores– operan como “derechos-fragmento”, vale decir, “regulan relaciones simples de la realidad social constituidas por las vinculaciones de individuos a individuos, o entre una pluralidad de ellos”. Son valiosos, puesto que implican una ampliación de la libertad, pero no afectan estructuralmente a la base del sistema. Dentro de esta categoría, se ubicarían, por ejemplo, el derecho al aborto o a un trato equivalente entre las parejas, sean del mismo o de distinto sexo⁸⁶⁷.

¿Cómo debe entenderse este paso de la participación de ser solo un derecho constitucional a ser, ahora, un derecho constituyente? Esto puede explicarse a partir de tres perspectivas⁸⁶⁸.

- a) Como derecho constitucional, la participación opera como motivación técnica, especialmente, como técnicas de corrección frente a las desviaciones de la democracia representativa, y lo hace “parcheando” el modelo con mecanismos de democracia directa, revitalizando el modelo liberal-representativo ya desgastado.

Sin embargo, como derecho constituyente, actúa como motivación ideológica, y su rol es más intenso, en dos sentidos. Primero, porque produce un cambio en el orden estatal y económico, construyéndose un nuevo sujeto colectivo, a partir de un antagonismo estructural con el sistema. Y también, porque sirve como estrategia de transición, de desborde de las estructuras estatales, las instituciones políticas y sus relaciones de distribución, reorganizando formas alternativas de apropiación, gestión, organización y dirección social y política.

- b) En relación con el momento en el que actúa, la participación como derecho constitucional sólo sirve para completar o perfeccionar las decisiones estatales, o sea, actúa en la fase decisoria. Vale decir, la participación opera para fijar las políticas públicas, pero no para implementarlas, ya que eso adquiere un carácter técnico-administrativo.

Pero la participación como derecho constituyente opera tanto en la fase de decisión, como en la de implementación de las políticas públicas. En la fase de decisión, porque la construcción social del Estado no se realiza exclusivamente bajo la responsabilidad del aparato estatal, sino que también hay una actuación comunitaria. Y en la de implementación, porque la ejecución concreta de las políticas públicas en los barrios también se realiza con

⁸⁶⁶ Noguera Fernández, Albert y Navas Alvear, Marco, Los nuevos derechos de participación ¿Derechos constituyentes o constitucionales? Estudio del modelo constitucional de Ecuador, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 32-33.

⁸⁶⁷ Ídem, p. 33

⁸⁶⁸ La comprensión de la participación como derecho constituyente y como derecho constitucional, se encuentra en: Noguera y Navas, op. cit., pp.49-69.

partición de la ciudadanía que conoce mejor las prioridades y los cursos correctos de acción, acorde a los espacios.

- c) Si se atiende a las consecuencias de la participación, cuando actúa como derecho constitucional, al tener una motivación exclusivamente técnica, ella queda subsumida en la mecánica del Estado. No se involucra con la implementación de las políticas, y no alcanza a producirse una des-identificación de la política con las instituciones estatales (y su consecuente re-identificación con la acción colectiva).

En cambio, sólo si la participación es considerada como derecho constituyente, actuará como factor de transformación. Esta vez sí es posible afirmar que la política que se desarrollaba solo en lugares y con sujetos tradicionales (instituciones públicas, partidos políticos), pasa a desenvolverse también en lugares “salvajes” (espacios de auto organización ciudadana) y por sujetos nuevos (movimientos sociales y sociedad civil organizada). Así, la participación logra des-identificar la política con las instituciones del Estado, y pasa a re-identificarse con la acción colectiva de movimientos sociales y sociedad civil.

- d) Adicionalmente, no debe perderse de vista que el elemento “participación” es esencial en los procesos constituyentes, subjetivando y empoderando “a una multitud y plural variedad de sujetos colectivos”.

Como se observa, la participación, entendida como derecho constituyente y no solo como derecho constitucional tiene una incidencia sistémica, estructural en el modelo constitucional. No es un derecho más, sino que determina de un modo decisivo la forma como se diseña el Estado y sus relaciones con las personas.

La función, por lo tanto, de la participación será mucho más intensa que la de acompañar, guiar o controlar la acción de los gobernantes. La participación pretende, más bien, arrebatarse los espacios de toma de decisiones políticas a las élites, destrabando la *partidocracia*. Así, funda un modelo que tiene como tarea, descolonizar a la masa, al pueblo, liberarlo de aquel grupo dominante que había venido ejerciendo el poder político de modo hegemónico durante toda su historia.

La participación operará, como se ha tratado de explicar, como agente de transformación, pero también – y sin dejar de ser un derecho constituyente en términos de NAVAS y NOGUERA – actuará como derecho subjetivo, que podrá ser invocado por los ciudadanos, y respetado por los agentes públicos.

A continuación, se revisará, en concreto, de qué manera la participación es recogida tanto por la CPE, como por la CPB. Para ello, abordaré la recepción del principio de participación en las Constituciones y cuáles son las herramientas previstas en ellas para hacerla efectiva.

3.1.2. *La participación en la CPE*

La participación es un principio que está presente en, prácticamente, la totalidad de la CPE.

Francisco PALACIOS lo comprueba. contabilizando en ella, 102 “entradas” con la palabra participación, y otras 13 con la palabra participativo. Pero, además, independientemente del número de menciones, la transversalidad de la participación queda demostrada, entre otras razones porque, a

pesar de que cuenta con un capítulo propio en la CPE, ella está presente en la proclamación y desarrollo de muchos otros derechos. Por ejemplo, el art. 16.1, garantiza a todas las personas, en forma individual o colectiva, el derecho a “una comunicación, libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa (...)”⁸⁶⁹.

Para revisar de qué modo es recibida la participación en la CPE, se atenderá a las disposiciones que la garanticen en términos generales, para luego revisar sus manifestaciones específicas.

a) Recepción genérica de la participación en la CPE

Ya en el art. 1º, la CPE recoge la participación, a propósito de la soberanía, la cual queda radicada en el pueblo, “cuya voluntad es el fundamento de la autoridad”, agregándose que se ejerce no solo por medio de los órganos del poder público, sino que además a través “de las formas de participación directa previstas en la Constitución”. Con esta disposición se confirma lo señalado por NAVAS y NOGUERA respecto que la participación opera como un derecho constituyente, en la toma de decisiones políticas, y no como mero acompañante de los procesos estatales. La ciudadanía no colabora con el ejercicio de la soberanía, sino que la ejerce directamente gracias a las diversas formas de participación.

La CPE dedica un Capítulo a los “Derechos de Participación” (arts. 61 a 65), que corresponde al Capítulo quinto del Título II (“Derechos”). En este se incluyen derechos propios de modelos tanto representativos como participativos.

Así por ejemplo, el art. 61 señala que las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos: elegir y ser elegidos (número 1); desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades (número 7, primera parte); y conformar partidos y movimientos políticos, afiliarse o desafiliarse libremente de ellos (número 8, primera parte). Estas garantías están asociadas a formas representativas de gestión de lo público, sin que puedan intervenir en decisiones políticas específicas.

Sin embargo, seis disposiciones del mismo artículo, se asocian a fórmulas participativas propiamente tal: participar en los asuntos de interés público (número 2); presentar proyectos de iniciativa popular normativa (número 3); ser consultados (número 4); fiscalizar los actos del poder público (número 5); revocar el mandato que hayan conferido a las autoridades de elección popular (número 6); participar del proceso de elección y designación de los empleos y funciones públicas (número 7, segunda parte); y participar en las decisiones que adopten los partidos políticos (número 8, segunda parte).

Como se observa, el derecho garantizado en el numeral 2 (a “participar en los asuntos de interés público”) es de carácter general. Entendido de esa forma, se liga directamente con lo dispuesto en el inciso segundo del art. 95, el cual confirma a la participación como un derecho de incidencia amplia dentro del sistema político ecuatoriano: “La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria”.

Las tres normas recién citadas permiten demostrar que, en el Ecuador, tal como lo señala MORALES, la participación opera en dos sentidos. Primero, como principio orientador de las actuaciones de las entidades del sector público (art. 1º), a la cual debe agregarse el Capítulo primero

⁸⁶⁹ Palacios, op. cit., pp. 74-75.

(“Participación en democracia”) del Título IV (“Participación y organización del poder”), que se ubica entre los arts. 95 y 117. Y, como derecho subjetivo, en los arts. 61 y 95⁸⁷⁰.

Es importante mencionar que, tal como lo explica Simón PACHANO, la participación puede articularse constitucionalmente por dos vías. A través del establecimiento de canales y procedimientos para que fluya la participación, con incidencia en la vida pública. O bien, a través de la conformación de instancias estatales para que se plasme. Ante esos dos diseños, el autor asegura correctamente que Ecuador tomó la segunda vía. Esto se comprueba por la creación de un órgano especializado como es el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, el cual tiene como función la de promover e incentivar “los derechos relativos a la participación ciudadana, impulsará y establecerá mecanismos de control social en los asuntos de interés público, y designará a las autoridades que le corresponda de acuerdo con la Constitución y la ley”, según lo prescribe el art. 207⁸⁷¹.

La misma disposición establece que los siete consejeros y consejeras serán seleccionados a través de un proceso organizado por el Consejo Nacional Electoral, de entre los postulantes que propongan las organizaciones sociales y la ciudadanía. Será el art. 208 el que señale sus atribuciones específicas, dentro de las cuales se pueden mencionar: promover la participación ciudadana (número 1), establecer mecanismos de rendición de cuentas de instituciones y entidades del sector público (número 2), investigar denuncias (número 4), actuar como parte procesal en los casos que deriven de sus investigaciones (número 6), etc. Este Consejo, junto con la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las Superintendencias forman la “Función de transparencia y control social”, el llamado “Cuarto Poder del Estado”⁸⁷².

Establecido el derecho general de participación en la CPE, es necesario atender a algunas formas específicas de participación que contempla en su texto. Con el objeto de trazar las diferencias y semejanzas con la CPB, y en atención a la necesidad de no extender este trabajo, se analizarán sólo algunos de los instrumentos de participación. Para ello, se tomará como base los seis derechos de participación contemplados en el art. 61, excluyendo la formulación general del número 2, precisamente por cuanto su generalidad tiene que ver más con un principio que con un derecho específico; y la referencia a la participación en partidos políticos del número 8, toda vez que se trata de la intervención en una entidad privada.

En atención a ello, los instrumentos de participación que se mencionarán son: la iniciativa normativa popular, la consulta, la fiscalización de los actos públicos, la revocación de mandato, y el derecho a la resistencia.

b) La iniciativa normativa popular en la CPE

La iniciativa normativa popular puede ser definida como “la facultad de los sujetos de proponer proyectos de reforma constitucional, o de leyes, o de regulaciones inferiores a estas, a los órganos encargados de aprobarlas”⁸⁷³. Se enmarca dentro de un derecho más amplio, indicado en el art. 102,

⁸⁷⁰ Morales Viteri, op. cit., p. 159.

⁸⁷¹ Pachano, Simón, *Democracia representativa y mecanismos de democracia directa y participativa*, Friedrich Ebert Stiftung, Quito, 2010.

⁸⁷² Ackerman, John, *Estructura Institucional para la Rendición de Cuentas. Lecciones Internacionales y Reformas Futuras*, Auditoría Superior de la Federación, México D.F., p. 4.

⁸⁷³ La definición es una adaptación de la que figura en: Noguera y Navas, op. cit., pp. 109-110. El cambio introducido se refiere a la incorporación de la reforma constitucional.

para presentar “propuestas y proyectos a todos los niveles de gobierno, a través de los mecanismos previstos en la Constitución y la ley.

El art. 103 establece la iniciativa popular no solo en materia legislativa, sino en relación con cualquier órgano “con competencia normativa”. Para ejercerla, se requerirá de un respaldo no inferior al 0,25% de las personas inscritas en el registro electoral de la jurisdicción correspondiente, salvo que se trate de un proyecto de reforma constitucional que requerirá del 1% del total de personas inscritas en el registro electoral.

El caso de las reformas constitucionales no debe confundirse con el de las enmiendas constitucionales. Importante es señalar que la CPE distingue tres formas de cambio constitucional: (a) las enmiendas constitucionales, que son modificaciones a disposiciones específicas que no afecten el sistema constitucional de forma trascendental; (b) las reformas constitucionales, que es un grado medio de transformación; y (c) los cambios en el núcleo significativo de la Constitución, para lo que se requiere la convocatoria de Asamblea Constituyente.

Respecto de las enmiendas constitucionales, no existe iniciativa popular, sino que, derechamente, se entrega a la ciudadanía potestades normativas, toda vez que la consulta que las origina no tiene por objeto activar a un órgano encargado de debatirlas, sino que pretenden aprobar proyectos, a veces, promovidos también de modo popular. En efecto, el art. 441 señala que en el caso de enmiendas constitucionales, que no alteren la estructura fundamental de la Constitución, o el carácter y elementos constitutivos del Estado, que no establezca restricciones a los derechos y garantías, o que no modifique el procedimiento de reforma de la Constitución, se realizará “[m]ediante referéndum solicitado por la Presidenta o Presidente de la República, o por la ciudadanía con el respaldo de al menos el ocho por ciento de las personas inscritas en el registro electoral”⁸⁷⁴.

La CPE establece, además, una serie de garantías que persiguen dar efectividad al ejercicio del derecho a la iniciativa normativa: (a) derecho a designar representantes ante el órgano respectivo; (b) plazo de 180 días para tratar la propuesta, y en caso de no hacerlo, esta entrará en vigencia⁸⁷⁵; y (c) la Presidencia de la República sólo podrá enmendar los proyectos de ley que se inicien por esta vía, pero no vetarlos totalmente.

Como se aprecia, la iniciativa popular que ofrece la CPE cae dentro de lo que se conoce como iniciativa popular indirecta, vale decir, aquella donde la ciudadanía presenta una propuesta, pero que debe ser canalizada por el Congreso u otro órgano competente. Esto, a diferencia de la iniciativa popular directa, que es aquella donde los ciudadanos presentan una propuesta para que sea sometido a un referéndum, sin intervención de las autoridades políticas⁸⁷⁶.

⁸⁷⁴ Los cambios constitucionales en Ecuador pueden asumir tres formas: (a) enmiendas constitucionales, que son modificaciones a disposiciones específicas que no afecten el sistema constitucional de forma trascendental; (b) reformas constitucionales, que es un grado medio de transformación; y (c) cambios en el núcleo significativo de la Constitución, para lo que se requiere la convocatoria de Asamblea Constituyente.

⁸⁷⁵ La regla cambia en el caso de reformas constitucionales. En lo pertinente, el art. 103 dispone: “En el caso de que la Función Legislativa no trate la propuesta en el plazo de un año, los proponentes podrán solicitar al Consejo Nacional Electoral que convoque a consulta popular, sin necesidad de presentar el ocho por ciento de respaldo de los inscritos en el registro electoral. Mientras se tramite una propuesta ciudadana de reforma constitucional no podrá presentarse otra”.

⁸⁷⁶ Gómez Campos, Steffan, *Mecanismos de democracia directa en América Latina: Una revisión comparada*. En *Revista Derecho Electoral*, Tribuna Supremo de Elecciones República de Costa Rica, Costa Rica, N°10, 2010, p. 22.

c) La consulta en la CPE

Nuevamente, tal como en el caso anterior, el derecho a la consulta es recogido en términos amplios, ya que el art. 61 se refiere a ella, simplemente, como el derecho de las ecuatorianas y ecuatorianos “a ser consultados”.

NAVAS y NOGUERA entienden que la consulta es un instrumento dirigido “a saber el criterio o parecer sobre un asunto que reviste importancia para quien consulta”, y explican que es un derecho que tiene, al menos dos dimensiones diferentes. En cuanto a los objetos, la consulta va dirigida a cuestiones que tienen un interés público (arts. 61.2 y 95). En cuanto a los sujetos, en tanto, es un derecho “en principio universal”, que consiste en que toda persona (además de las comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, conforme al art. 10), tiene el derecho a consultar, como también el derecho a ser consultada⁸⁷⁷.

En aquella estadística ya mencionada elaborada por PALACIOS, la palabra “consulta” aparece 38 veces en la CPE, lo que demuestra lo abundantemente presente que está en el texto constitucional⁸⁷⁸. Por lo mismo, se hace necesario sistematizar las diferentes expresiones del derecho a consulta. Dicho trabajo fue hecho por NAVAS y NOGUERA, quienes identifican las siguientes formas de consulta en la CPE⁸⁷⁹:

Primero, como derecho genérico de todos los ecuatorianos y ecuatorianas “a ser consultados”, derecho garantizado en el ya citado art. 61, número 4. No existiendo una formalidad única para su ejercicio, puede efectuarse mediante asambleas, consejos consultivos, etc.

Segundo, el derecho a consultar. Se refiere al derecho a solicitar la convocatoria popular sobre cualquier asunto, establecida en el art. 104. Según esta disposición, para solicitar la consulta, deben distinguirse tres situaciones: (a) si la consulta es nacional, se requiere el respaldo del 5% de las personas inscritas en el registro electoral; (b) si es de carácter local, el respaldo debe ser del 10% de los inscritos en el respectivo registro electoral; (c) si es solicitada “por ecuatorianos y ecuatorianas en el exterior, para asuntos de su interés y relacionados con el Estado ecuatoriano”, requerirá el respaldo de al menos el 5% de las personas inscritas en el registro electoral de la circunscripción especial.

Tercero, el derecho a consultar sobre enmiendas a la Constitución por iniciativa popular. Este derecho está consignado en el art. 441. Como se dijo párrafos antes, en este caso la consulta no tiene por objeto dar inicio a un proceso ante la Asamblea Nacional, sino que se desarrollaría al margen, y de modo paralelo con el órgano parlamentario. Se debe agregar también, aun cuando los autores en análisis no lo mencionan, la convocatoria a asamblea constituyente (art. 444), la cual podrá realizarse a través de consulta popular, promovida por la Presidencia de la República, o por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, o por el 12% de las personas inscritas en el registro electoral.

Cuarto, el derecho de comunas, comunidades, pueblos y naciones, a la consulta previa a libre e informada sobre: (a) proyectos de explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras (art. 57 número 7); (b) proyectos legislativos a los mismos colectivos indicados en el párrafo anterior (art. 57 número 17), y (c) toda decisión o autorización estatal que pueda afectarles (art. 398). Estos derechos serán analizados más adelante.

Y, quinto, el derecho a consulta de los niños, niñas y adolescentes en los asuntos que les afecten (art. 45). Esta disposición es coherente con la Convención sobre Derechos del Niño, ratificada por Ecuador el 23 de marzo de 1990, la cual establece, en su art. 12, el derecho de los niños: (a) a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, cuando esté en condiciones de

⁸⁷⁷ Noguera y Navas, op. cit., p. 118

⁸⁷⁸ Palacios, op cit, p. 74

⁸⁷⁹ Noguera y Navas, op. cit., p. 119-148

formarse un juicio propio; (b) a que se tenga debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez; y (c) particularmente en el caso de procedimientos que los afecten, a ser escuchado.

A los cinco casos señalados por los mencionados autores, debe agregarse lo relativo a la ratificación de los tratados internacionales. Al efecto, el inciso primero del art. 420 dispone: “La ratificación de tratados se podrá solicitar por referéndum, por iniciativa ciudadana o por la Presidenta o Presidente de la República”. La forma como se haya aprobado un tratado incidirá también en el procedimiento de denuncia, ya que, aun cuando la regla sea que esta corresponda al Presidente o Presidenta de la República, si se trata “de un tratado aprobado por la ciudadanía en referéndum, se requerirá el mismo procedimiento que lo aprobó”, ordena el inciso segundo del mismo artículo.

d) La fiscalización ciudadana del poder público en la CPE

Este derecho es definido como “la facultad de ejercer un escrutinio sobre el poder público institucionalizado”, aunque también, de modo excepcional puede extenderse a otros sujetos, por ejemplo, a aquellos actores no públicos que manejen recursos públicos o asuntos de interés público⁸⁸⁰.

El cambio en el patrón, a partir de la CPE, es que el control⁸⁸¹ deje de tener exclusivamente un carácter interno, donde los órganos estatales controlen a los órganos estatales, y pase a tener una dimensión participativa. En parte esta consideración queda reflejada por lo dispuesto en el art. 204, el cual proclama que “[e]l pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho a la participación”.

La fiscalización se desarrollará principalmente a través del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, al cual le corresponde “[e]stablecer mecanismos de rendición de cuentas de las instituciones y entidades del sector público y coadyuvar procesos de veeduría ciudadana y control social”, además de “[f]iscalizar los actos de [los] órganos del poder público, y requerir a las servidoras y servidores públicos las informaciones que considere necesarias” (art. 208, números 2 y 9, respectivamente).

e) La revocación de mandato en la CPE

La revocatoria de mandato (o *recall* en términos anglosajones), es definido por IDEA INTERNATIONAL como “un procedimiento de democracia directa que permite a la autoridad apropiada y/o a un específico número de ciudadanos a demandar un voto para que el electorado decida si un funcionario elegido de modo público debe ser removido de su cargo antes del término de su mandato”⁸⁸².

Naturalmente, es diferente de otras formas de remoción de autoridades, como el *impeachment* o juicio político, por medio del cual se puede destituir a ciertos funcionarios, por acción del órgano legislativo. La diferencia pasa porque en la revocatoria, la decisión recae total o parcialmente en la ciudadanía, constituyéndose como una forma de democracia directa. La referencia a la intervención total o parcial se refiere a que, en Derecho comparado, se conocen dos tipos de revocatorias: la completa y la mixta. En la primera, la ciudadanía participa tanto en la iniciativa como en la decisión

⁸⁸⁰ Ídem, p. 149.

⁸⁸¹ El Derecho constitucional ecuatoriano no hace una distinción nítida entre fiscalización y control. Prueba de ello es que el desarrollo del derecho de fiscalización (enunciado en el art. 61) se hace empleando la expresión “control”.

⁸⁸² Idea International, *Direct Democracy*. The International IDEA Handbook, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Stockholm, 2008, p. 109. Traducción propia.

final. En cambio, en la mixta, es la autoridad política la que somete a consideración del electorado la remoción de un funcionario⁸⁸³.

Es el art. 105 el que regula algunas reglas básicas de procedimiento, señalando: (a) titularidad: sólo podrán revocar el mandato, las personas en goce de los derechos políticos; (b) las autoridades que pueden ser sometidas a la revocatoria: todas las autoridades de elección popular; (c) plazo: podrá presentarse una vez cumplido el primero y antes del último año del mandato respectivo; (d) límite: durante el período sólo podrá realizarse un proceso de revocatoria de mandato; (e) patrocinio: la solicitud de revocatoria deberá contar el respaldo de, al menos, el 10% de los inscritos en el registro electoral respectivo, salvo para el caso de la revocatoria del Presidente o Presidenta de la República, en cuyo caso se requerirá de un mínimo del 15% de los inscritos en el registro electoral.

f) El derecho a la resistencia en la CPE

El derecho a la resistencia que recoge la CPE (no así la CPB, la cual no lo garantiza) no debe ser confundido con el derecho a rebelión de corte iusnaturalista, ni mucho menos con el tiranicidio, ni con ninguna otra forma de subversión que atente en contra del Estado constitucional. Por el contrario, es un derecho que se refiere “a la idea contemporánea de la desobediencia como forma de ejercicio de determinados derechos, vulnerados por acción u omisión por el Estado”⁸⁸⁴.

En la CPE, está garantizado por su art. 98, el cual señala: “Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos”.

El derecho a la resistencia es consecuencia de concebir al Ecuador como “un Estado de derechos”, donde la primacía de los derechos permite a los ciudadanos resistirse a acciones públicas o privadas que los vulneren efectiva o potencialmente. Pero, además, el Estado de derechos, al concebir un conjunto amplio y no taxativo de derechos, permite a que las personas puedan demandar el reconocimiento de nuevos derechos.

Es evidente que la formulación constitucional encierra vaguedades que puede derivar en dificultades de aplicación. Una autora que ha observado este problema es María Nazareth RAMOS, quien ha señalado que la forma como está consignado este derecho en la CPE: (a) puede llevar a que actos antijurídicos o inmorales puedan ser defendidos; (b) puede conducir a interpretaciones contradictorias entre los diferentes tribunales; (c) al poder ejercerse también en contra de sujetos particulares, por actos que produzcan o puedan producir vulneración de derechos, “generaría un caos en la sociedad”; (d) permitiría a las personas, invocando la posibilidad de “demandar el reconocimiento de nuevos derechos”, autoconcederse derechos nunca antes reconocidos pero que ellas consideren importantes o necesarios, lo cual reflejaría un alto grado de subjetividad de la resistencia; y (e) exigiría de los jueces un alto nivel de preparación para evitar que, fruto del derecho a la resistencia, terminen validándose conductas graves como el terrorismo o el sabotaje⁸⁸⁵.

Sin embargo, sigue pareciendo un derecho necesario, especialmente cuando se trata de intervenciones estatales donde el Estado elude los mecanismos de participación y consulta. Esto

⁸⁸³ Gómez Campos, op. cit., p. 27.

⁸⁸⁴ Noguera y Navas, op. cit., p. 187. Para la evolución histórica de los derechos de rebelión y resistencia, así como la aplicación jurisprudencial de este último, véase: Noguera y Navas, op. cit., pp. 186-212

⁸⁸⁵ Ramos Rosas, María Nazaret, *Imprecisiones respecto al Derecho a la Resistencia en el Ecuador*. En *Law Review*, Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2008, pp. 1-8.

permite, en especial a los colectivos oponerse a proyectos y medidas de este tipo, haciendo efectiva una auténtica acción de protesta social frente a actos injustos e ilegítimos⁸⁸⁶.

3.1.3. *La participación en la CPB*

Tal como sucede en el caso ecuatoriano, para la CPB la participación también es, tanto un derecho como un principio. Como tal, está presente de modo transversal, aun cuando con menos explícito y protagónico, en todo el texto constitucional. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en la CPE, el tratamiento es más disperso, ya que no cuenta con una sección o capítulo exclusivo donde se aborde.

A pesar de esto, se puede realizar el análisis de la participación, empleando el mismo esquema utilizado anteriormente.

a) Recepción genérica de la participación en la CPB

No es posible encontrar en la CPB declaraciones sobre la participación tan radicalmente claras como las que se encuentran en el art. 1° de la CPE.

Por ejemplo, en la descripción del Estado boliviano del art. 1° de la CPB no existe mención alguna a la idea de participación.

Tampoco figura en el art. 8.II como uno de los valores del Estado, salvo cuando se refiere a la “equidad social y de género en la participación”. Sin embargo, esta expresión parece enfatizar más el trato equivalente entre las personas en materia de participación, que la participación misma. En otras palabras, por ejemplo, si se redujeran, por igual, tanto a hombres como a mujeres, las posibilidades de intervenir en el gobierno de su ciudad, entonces, el tratamiento estaría acorde con la norma constitucional citada, aun cuando hubiera una disminución en el grado de participación ciudadana.

Se debe destacar que, en esta materia, la participación indígena está tratada de un modo mucho más extenso que la participación general, o sea, aquella que podrían ejercer todas las personas (o ciudadanos, en este caso). Esto puede explicarse porque la CPB, como ya se señaló, es fruto de movimientos sociales de origen indígena, que luego se extienden a las ciudades, y por lo mismo, la descolonización política se intensifica en materia de pueblos indígenas. En cambio, la CPE tiene un origen más ciudadano que incorpora a continuación las demandas indígenas, por lo que, a nivel de participación, su regulación es más amplia ya que los requerimientos originales tienen una connotación genérica y no étnica.

Otro problema que se detecta es la dispersión, incluso, lo inconsistente y contradictorio de la regulación constitucional en esta materia, según lo detecta Marcos CRIADO. En efecto, el trato dado a la participación no se agota en ciertos artículos, dirá el autor, “sino que encuentra referencias en todo el texto constitucional”⁸⁸⁷. Pero, además, evidencia que, habiendo diferentes artículos que hacen

⁸⁸⁶ Véase: Guaranda Mendoza, Wilton, *Recursos naturales, constitucionalismo y derechos*, en Cordero (editor y coordinador), *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*, Fundación Regional de Asesorías en Derechos Humanos, Quito, Tomo II, 2010, pp.171-208, pp. 171-185.

⁸⁸⁷ Criado de Diego, Marcos, *Participación y Control Social en la Constitución Boliviana de 2009: Un ejemplo de creatividad constitucional*, en Viciano y Storini (editores), *Innovación y continuismo en el modelo constitucional boliviano de 2009*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 351-384, pp. 368.

referencia a las formas de participación, no todos coinciden en ellas, lo que es señal de inconsistencia y contradicción interna⁸⁸⁸.

Las dos disposiciones más relevantes en esta materia son los arts. 11 y 26, las que pasaremos a revisar a continuación.

En el art. 11.I, la República de Bolivia adopta para su gobierno “la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres”. De esta disposición, de inmediato deben destacarse dos cosas. Aunque no en el mismo orden, en primer término, se recoge la igualdad de género en materia política, lo que demuestra que la CPB es “un texto cargado simbólicamente y materialmente de elementos a favor de la mujer”, como dicen MARTÍNEZ y VICIANO⁸⁸⁹. Y, además, se establece una suerte de clasificación de las formas de ejercicio democrático, las cuales son desarrolladas en el párrafo que sigue.

En efecto, el art. 11.II señala cómo se ejerce cada una de estas formas democráticas: (1) la forma directa y participativa, “por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa”; (2) la forma representativa, “por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, conforme a Ley”; y (3) la forma comunitaria “por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a Ley”.

Por su parte, el art. 26, garantiza el derecho de control y participación política. En su epígrafe I, dicho artículo reconoce un derecho para todas las ciudadanas y ciudadanos. Apréciase de inmediato que es un derecho que no se reconoce a todos los habitantes, ni a todos los nacionales, como sí ocurre en Ecuador, sino solo a quienes ostenten la ciudadanía. Este derecho consiste en “participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político, directamente o por medio de sus representantes, y de manera individual o colectiva”. La participación colectiva no sólo se refiere a la actuación de los partidos políticos, como tradicionalmente se hizo, sino que también, como lo señala CAMISÓN, a través de las organizaciones de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos y las agrupaciones ciudadanas⁸⁹⁰. Luego, la disposición vuelve a expresar el principio enunciado en el art. 8°, al indicar que “[l]a participación será equitativa y en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres”.

Es importante señalar que el uso de la expresión “participación” en el párrafo recién mencionado es de carácter amplio, o sea, referido a las tres formas de ejercicio democrático indicadas en el art. 11 y no sólo aplicables a la democracia representativa. Se habla, por lo tanto de participación como equivalente a “ejercicio de derecho político”.

En su epígrafe II, se demuestra lo dicho, ya que señala qué derechos comprende el derecho a la participación. Y cuando lo hace, puede advertirse que conviven derechos políticos vinculados a las tres formas democráticas del art. 11.

Así, por ejemplo, en relación con la democracia directa y representativa, el número 5 incorpora el derecho a “[l]a fiscalización de los actos de la función pública”.

⁸⁸⁸ Ídem, pp 356-357

⁸⁸⁹ Martínez Dalmau, Rubén y Viciano Pastor, Roberto, *Mujeres y Constitucionalismo Transformador en América Latina*, en Corts Valencianes (editor), *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico*. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino, Corts Valencianes, Valencia, pp. 431-442, p. 438.

⁸⁹⁰ Camisón Yagüe, José Ángel, *Nuevas perspectivas de los derechos civiles y políticos en la Constitución Boliviana de 2009*, en Viciano y Storini (editores), *Innovación y continuismo en el modelo constitucional boliviano de 2009*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 55-125, pp. 112-113.

Respecto de la democracia representativa, deben mencionarse los siguientes derechos: al sufragio, igualitario, directo, individual, secreto, libre y obligatorio, escrutado públicamente (número 2).

En lo tocante a la democracia comunitaria, se garantizan los derechos: a la participación en procesos electorales en los territorios donde se practique una democracia comunitaria (número 3), y a la elección, designación y nominación de los representantes de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (número 4).

Se puede señalar, finalmente, que en un plano intermedio se encuentra el derecho a “la organización con fines de participación política, conforme a la Constitución y la ley” (número 1), ya que, prescindiendo de la palabra “participación” que se emplea para definir el derecho, las organizaciones políticas pueden funcionar tanto en cualquiera de las tres formas de democracia.

Para el desarrollo de los derechos de participación, se tendrán en cuenta las distintas formas de ejercicio de la democracia directa y participativa, que señala el art. 11.II., número 1, y que me permito reiterar: “[el] referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa”, además del derecho a participar en el diseño de las políticas públicas y el derecho al control social, de los arts. 241 y 242⁸⁹¹.

b) El referendo en la CPB

El profesor boliviano Iván TAPIA une, bajo la expresión “consulta”, tres tipos de referendos: el constitucional, el legislativo y el administrativo, según si tiene por objeto aprobar o rechazar reformas constitucionales, normas legales o decisiones administrativas⁸⁹². Sin embargo, dicha clasificación parece estar construida a partir de las experiencias del derecho constitucional comparado, y no del ordenamiento boliviano, donde no existen referendos legislativos ni administrativos. Más correcto parece sistematizar el derecho al referendo distinguiendo las materias a ser consultadas.

De esa forma, se debe hacer mención a los plebiscitos en materia de reformas constitucionales, de tratados internacionales, y territoriales.

El referendo en materia de reformas constitucionales procede en dos hipótesis. La primera se refiere a la tramitación de reformas totales a la Constitución, o que afecten a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución. En estos casos, se requiere de dos referendos. El primero, con el objeto de activar una Asamblea Constituyente, ya que esta clase de reformas exige este órgano. Y el segundo será aquel a través del cual se apruebe el proyecto de reforma constitucional elaborado por esta Asamblea. La segunda hipótesis se refiere a la reforma parcial de la Constitución o que no recae en las materias indicadas. Esta vez, no será necesaria Asamblea Constituyente (ni referendo para convocarla), ya que será tramitada por la Asamblea Legislativa Plurinacional. Aun así, el proyecto aprobado por este órgano necesitará igualmente de referendo aprobatorio (art. 411).

Asimismo, procede el referendo para la aprobación de tratados internacionales previo a su ratificación, en los casos indicados en el art. 257.II (cuestiones limítrofes, integración monetaria, integración económica estructural, y cesión de competencias institucionales a organismos internacionales o supranacionales en el marco de procesos de integración). El art. 259 contempla dos casos adicionales de referendos, ya que se requerirá: de referendo aprobatorio de un tratado cuando así lo solicite el 5% de los ciudadanos registrados en el padrón electoral, o el 35% de los

⁸⁹¹ Se omitirá, en este apartado, el desarrollo de la consulta previa, pues será analizada más adelante.

⁸⁹² Tapia Pinto, op. cit., p. 288.

representantes en la Asamblea Legislativa Plurinacional., y también para solicitar al órgano ejecutivo la suscripción de un tratado. Por último, se debe mencionar que un tratado aprobado por referendo sólo podrá ser denunciado, previo referendo (art. 260).

En el ámbito de los referendos territoriales, la variedad es nutrida: los departamentos descentralizados podrán acceder a autonomía, mediante referendo (art. 274); las regiones podrán constituirse en autonomías regionales, a iniciativa de sus municipios, vía referendo (art. 280.II); la agregación de municipios, distritos municipales y/o autonomías indígena originario campesinas para conformar una región indígena originario campesina, se decidirá mediante referendo y/o de acuerdo a sus normas y procedimientos de consulta según corresponda (art. 295.II). En relación con la iniciativa y convocatoria a referendos departamentales y municipales, será de competencia exclusiva de los gobiernos departamentales o municipales autónomos, según el caso (arts. 300 y 302).

c) La iniciativa legislativa ciudadana en la CPB

A diferencia de lo que sucede en Ecuador, la iniciativa normativa popular no permite a la ciudadanía cualquier proceso nomogenético, sino exclusivamente en el campo legislativo.

Enrique SORIANO define la iniciativa legislativa como “el conjunto de actuaciones que ponen en marcha el procedimiento legislativo” o “la capacidad de obligar al parlamento a debatir sobre una propuesta presentada”. Además, destaca la amplitud de sujetos dotados de iniciativa (las ciudadanas y ciudadanos, las asambleístas y los asambleístas, el órgano ejecutivo, el Tribunal Supremo en materias relacionadas con la administración de justicia, y los gobiernos autónomos de las entidades territoriales, señala el art. 162.I), los cuales podrán presentar sus proyectos sobre cualquier materia de ley, sin que existan limitaciones materiales (salvo aquellas leyes que impliquen gasto, que serán de iniciativa exclusiva del ejecutivo, de conformidad con el art. 321)⁸⁹³.

Los proyectos de ley presentados por iniciativa ciudadana deberán ser enviado a la Cámara de Diputados. Esta regla rige también para todas las demás iniciativas, salvo para los proyectos presentados por los asambleístas, los cuales sólo podrá ser presentado en la Cámara a la cual pertenezcan los legisladores redactores (art. 163, números 1 y 2).

La regulación constitucional de este instrumento es escasa, pues la CPB delega en la ley y en los reglamentos de cada Cámara el desarrollo de “los procedimientos y requisitos para ejercer la facultad de iniciativa legislativa” (art. 162.II)

d) La revocatoria de mandato en la CPB

El art. 240 establece las bases de la revocatoria de mandato en la CPB. En cuanto a qué autoridad puede ser objeto de revocatoria, la regla es similar a lo que ocurre en el Ecuador, ya que se extiende a “toda persona que ejerza un cargo electo (...) excepto el órgano judicial” (art. 240.I).

También es diferente en cuanto al momento en el que puede operar, ya que solo podrá solicitarse cuando haya transcurrido al menos la mitad del período del mandato, pero no podrá tener lugar durante el último año de la gestión (art. 240 II), y procederá una sola vez en cada mandato constitucional del cargo electo (art. 240 III).

⁸⁹³ Soriano Hernández, Enrique, *El predominio del continuismo en el parlamento de la Constitución de Bolivia de 2009*, en Viciano y Storini (editores), *Innovación y continuismo en el modelo constitucional boliviano de 2009*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 203-238, pp. 227.

El referendo revocatorio podrá ser solicitado por al menos el 15% de los votantes del padrón electoral de la circunscripción que eligió a la servidora o al servidor público (art. 240.III), y en caso de ser aprobado, el afectado cesará inmediatamente en el cargo, proveyéndose su suplencia conforme a la ley (art. 240.V).

e) Asambleas y cabildos en la CPB

Si bien figuran enunciadas ambas instancias en el art. 11, su desarrollo no se halla en la CPB, ya que la disposición que “[l]as asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a la ley”.

TAPIA sostiene que las diferentes formas de participación previstas en el art. 11 se pueden agrupar en dos categorías. Por una parte, el referendo, la iniciativa legislativa, y la revocatoria de mandato, se ubican dentro de “procesos de democratización en el seno de los estados modernos, pero ya están bien incorporados en la cultura política de los sectores populares”. Y por la otra, se encuentran la asamblea y el cabildo. Estos últimos forman parte “de la estructura comunitaria, de la historia de asambleas sindicales de trabajadores y de sus luchas por la democratización del Estado”. Además de ello, los cabildos forman y quedan asociados tanto a estructuras comunitarias como a momentos de lucha anticolonial y antiliberal⁸⁹⁴.

f) El derecho a participar en el diseño de políticas públicas y el derecho al control social en la CPB

Finalmente, además de los derechos consignados en el art. 11, el art. 241 agrega otros dos, los cuales se caracterizan porque, si bien su titularidad recae en “pueblo soberano”, su ejercicio le corresponde a “la sociedad civil organizada”.

Sobre esta última, se ha entendido que, en Bolivia, la sociedad civil organizada tiene un concepto amplio. Como tal, comprendería “diversos actores y diferentes niveles de complejidad institucional”, incluyendo a: los movimientos sociales, las organizaciones indígenas, campesinas y comunitarias, los gremios y sindicatos, las cámaras empresariales y asociaciones de productores, los colegios profesionales, los comités cívicos, las juntas de vecinos y organizaciones de base, las asociaciones y fundaciones, también conocidas como Organizaciones No Gubernamentales (ONG)⁸⁹⁵.

Así entendido el concepto, se presentan problemas para definir y seleccionar las agrupaciones que debieran conformar la sociedad civil organizada, por lo que se constituye como un desafío que deberán asumir tanto la legislación como las propias organizaciones⁸⁹⁶.

Ahora bien, revisando cuáles son en concreto estos derechos, se debe señalar en primer lugar el derecho a participar “en el diseño de las políticas públicas” (art. 241.I), y “en la formulación de las políticas de Estado” (art. 242, número 1). Prácticamente, observa CRIADO, no hay mayores diferencias entre ambos, ya que los dos operan en la fase de diagnóstico de las políticas públicas, pero no en su implementación. Si con ello pudiera pensarse que la sociedad organizada no puede participar

⁸⁹⁴ Tapia Mealla, op. cit., p. 269.

⁸⁹⁵ Fundación Construir, *Libertad de Asociación en Bolivia*, Fundación Construir, La Paz, 2014, p. 17.

⁸⁹⁶ Al respecto, véanse: Zegada Claire, María Teresa, *Crítica y análisis de la estructura y organización funcional del Estado*, en Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia y Universidad Mayor de San Andrés (coordinadores), *Miradas. Nuevo Texto Constitucional*, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (Idea Internacional), La Paz, 2010, pp. 139-150, p. 145 y Criado de Diego, op. cit., p. 375.

de la implementación de tales políticas, habría un error, puesto que también lo puede hacer por la vía del control⁸⁹⁷.

Precisamente, el derecho a ejercer el control social será el segundo derecho que se debe mencionar en este acápite. Será el art. 241.II el que señale que “[l]a sociedad civil organizada ejercerá el control social a la gestión pública en todos los niveles del Estado, y a las empresas e instituciones públicas, mixtas y privadas que administren recursos fiscales”.

Como se aprecia, el control no recae exclusivamente sobre entidades públicas, sino que también sobre otras entidades que administren recursos del Fisco. La CPB establece algunas reglas básicas respecto del ejercicio de este derecho: (a) el control social se dirigirá a “la calidad de los servicios públicos (art. 241.III); (b) el marco general para el ejercicio del control social será establecido por ley (art. 241.IV); (c) la sociedad civil deberá organizarse para definir la estructura y composición de la participación y control social (art. 241.V); y (d) le corresponde a las entidades del Estado, generar espacios de participación y control social por parte de la sociedad (art. 241.VI).

Además de lo dicho, y de otras disposiciones constitucionales y legales, la participación y el control social va a implicar: apoyar al Órgano Legislativo en la construcción colectiva de las leyes; desarrollar el control social en todos los niveles del gobierno y las entidades territoriales autónomas, autárquicas, descentralizadas y desconcentradas; generar un manejo transparente de la información y del uso de los recursos en todos los espacios de la gestión pública; formular informes que fundamenten la solicitud de la revocatoria de mandato; conocer y pronunciarse sobre los informes de gestión de los órganos y funciones del Estado; coordinar la planificación y control con los órganos y funciones del Estado; denunciar ante las instituciones correspondientes para la investigación y procesamiento, en los casos que se considere conveniente; colaborar en los procedimientos de observación pública para la designación de los cargos que correspondan; y apoyar al órgano electoral en transparentar las postulaciones de los candidatos para los cargos públicos que correspondan (art. 242).

3.2.La participación política de los pueblos indígenas en el NCLAD

Sin duda, uno de los rasgos más importantes del NCLAD se refiere a la consideración de los pueblos indígenas no solo como tales, o sea como entidades dotadas de características propias, de las cuales derivan derechos culturales, sino que también como colectivos dotados de derechos políticos.

Así también lo entiende Bartolomé CLAVERO: “El Estado plurinacional se vincula, ante todo, tanto Bolivia como en el Ecuador, al reconocimiento constitucional de la existencia de pueblos indígenas con derechos propios de alcance político”. Para confirmarlo, agrega que ambas Constituciones encierran algo bien peculiar, “que donde echa sus raíces es en los derechos políticos de los pueblos indígenas como derechos propios y originarios en cuanto que, según la misma forma del reconocimiento constitucional, no dependientes de concesión del Estado”⁸⁹⁸.

Con esto, CLAVERO parece tocar la fibra precisa de los derechos de los pueblos indígenas en el NCLAD: son derechos que los poseen con un carácter originario y no por concesiones legislativas graciosas, derechos que los habilitan a actuar y decidir libremente dentro de un Estado que ellos colaboran en formar, y no que los reconoce como un apéndice.

⁸⁹⁷ Criado, op. cit., p. 367

⁸⁹⁸ Clavero, *Estado Plurinacional: Aproximación a un Nuevo Paradigma Constitucional Americano*, op. cit., pp. 42-43.

Efectivamente la refundación de los Estados como plurinacionales se construye a partir del empuje de los pueblos indígenas, pero, del mismo modo, exige de sus ordenamientos el reconocimiento por aquella fortaleza política que les dio vida. Esta potencialidad no podía quedar encapsulada históricamente solo en la génesis del nuevo modelo, sino que tenía que expresarse jurídicamente en su diseño constitucional. Solo de esta forma, los nuevos Estados podrían ser entendidos, con justicia, como Estados plurinacionales.

El reconocimiento de los derechos políticos de los pueblos originarios tiene su origen en el diseño plurinacional que convoca a los diferentes colectivos a participar de las decisiones políticas del país y, cuyo análisis ya se ha efectuado en este trabajo. Sin embargo, no es posible ignorar que tal reconocimiento tiene una segunda inspiración importante, y es la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁸⁹⁹.

Es correcto lo que señala Rachel SIEDER respecto del impacto que han tenido algunos instrumentos internacionales en esta materia⁹⁰⁰. El más importante ha sido el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo⁹⁰¹, el cual inspiró muchas de las reformas constitucionales multiculturales de los años 90⁹⁰² y, por cierto, también influyó en el NCLAD.

Un aspecto donde dicha influencia fue más evidente fue respecto de la consulta. Se debe tener presente que el art. 6.1. obliga a los gobiernos a “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente” (letra a). El art. 6.2 por su parte, señala que “[l]as consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

SCHILLING-VACAFLOR destaca el hecho que, de Latinoamérica, Ecuador en 2008 y Bolivia en 2009 fueron los primeros Estados en incorporar la consulta indígena a sus textos constitucionales, a pesar de las dificultades que han podido existir luego para su implementación⁹⁰³.

En efecto, en el caso de Ecuador, el art. 57 de la CPE, se reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos “a consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente”.

⁸⁹⁹ Para revisar la influencia del Derecho Internacional en las constituciones latinoamericanas en materia de pueblos indígenas, véase: Anaya, James, *Los derechos de los pueblos indígenas*, en Berraondo (coordinador), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto Bilbao, Bilbao, volumen 14, 2006, pp. 29-60.

⁹⁰⁰ Ver: Sieder, Rachel, *Pueblos indígenas y derecho(s) en América Latina*, en Rodríguez (coordinador), *El derecho en América Latina*. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011, pp. 303-321, pp. 306-307.

⁹⁰¹ Convenio N° 169 “Sobre pueblos indígenas y tribales” de la Organización del Trabajo, de 1989. Ratificado por Bolivia el 11 de noviembre de 2011, y por Ecuador el 15 de mayo de 1998. Fuente: página web de la Organización Internacional del Trabajo: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312314 (revisada el día 20 de julio de 2017).

⁹⁰² Yrigoyen, *Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista*, op. cit., pp. 142-149.

⁹⁰³ Schilling-Vacaflor, Almut, *Free, Prior and Informed Consent: Legal Norms and Legal Realities in Bolivia and Ecuador*, en Barrera, Nolte y Schilling (editores), *New Constitutionalism in Latin America from a Comparative Perspective: A Step Towards Good Governance?*, Giga, Hamburg, 2010, p. 46

Si bien no establece que el resultado de la consulta sea vinculante para el Estado, sí dispone que hacerla es un deber para el Estado, toda vez que la citada disposición agrega que “[l]a consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna”. Finalmente, se establece que “[s]i no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley”.

En el caso de Bolivia, como ya se revisó, el art. 11 de la CPB incluye, en su número 1, a la consulta previa como una de las formas como se puede ejercer la democracia directa y participativa. Y de manera más específica, el art. 30.II proclama, en beneficio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, el derecho a “ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles”.

La misma disposición establece que, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables, “se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada”, en los territorios que estos pueblos habiten.

Para el correcto análisis de los derechos políticos reconocidos a los pueblos indígenas en las Constituciones del NCLAD, es necesario revisar tres asuntos fundamentales, a saber: (1) el reconocimiento de la “ciudadanía indígena” como presupuesto básico; (2) el derecho a la autodeterminación de los pueblos”; y (3) las autonomías indígenas.

3.2.1. *La ciudadanía indígena*

Jurídicamente, la noción de ciudadanía ha sido entendida por parte del Derecho Constitucional como la calidad que ostentan ciertas personas (los ciudadanos) para ser titulares de derechos políticos. Usaré para confirmar la anterior afirmación el trabajo de uno de los constitucionalistas bolivianos más importantes del Siglo XX, *Ciro Félix TRIGO*, quien definía este término como el “vínculo jurídico-político establecido entre el individuo y el Estado, es una cualidad que habilita a una persona para el ejercicio de todos los derechos políticos y comporta deberes y responsabilidades correlativos respecto del Estado”⁹⁰⁴.

Algunas de las características más importantes de aquella concepción tradicional de ciudadanía eran las siguientes: (a) su carácter individual: era una calidad que tenían sólo ciertos individuos; (b) su carácter político: otorgaba a los ciudadanos la titularidad de derechos políticos (los cuales, bajo el imperio del modelo liberal, se reducían al derecho a sufragio); (c) su carácter igualitario: todos los ciudadanos poseían los mismos derechos, ya que no existen ciudadanos de primera y segunda categoría; y (d) su carácter contingentemente positivo: era el ordenamiento jurídico el que definía quiénes eran ciudadanos.

La emergencia del problema de la diversidad cultural ya sea por la llegada de masas de migrantes a los Estados ya formados, o por la aparición de movimientos sociales al interior de Estados coloniales que pusieron de relieve la exclusión histórica de los pueblos originarios, logró tensionar cada uno de los cuatro pilares que sostenían el concepto tradicional de ciudadanía.

El carácter individual de la ciudadanía entró en conflicto con la exigencia de derechos políticos colectivos, como el derecho a la libre determinación, recogido por el art. 1.1 del Pacto Internacional

⁹⁰⁴ Trigo, *Ciro Félix, Derecho Constitucional Boliviano*, Fondo Editorial de la Biblioteca y Archivo Histórico del Honorable Congreso Nacional, La Paz, 2ª edición, 2003, p. 471.

de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966⁹⁰⁵ y el art. 3° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.

El carácter político también se complejiza, toda vez que, con la irrupción de nuevos sujetos colectivos, los derechos políticos se diversificaron hacia otras categorías diferentes al sufragio. El caso más claro es el recientemente citado: el derecho a la libre determinación de los pueblos.

El carácter igualitario es cuestionado por algunos autores, como KYMLICKA, quien plantea la necesidad de construir una ciudadanía diferenciada, a través de la cual se deba asignar derechos específicos a minorías étnicas y nacionales, como el derecho de autogobierno, los derechos poliétnicos y los derechos especiales de representación⁹⁰⁶.

Finalmente, los desafíos que se generaron por las tres razones antes indicadas condujeron a cuestionarse el diseño de la ciudadanía en las respectivas constituciones era o no el apropiado para el momento político en el que se hallaban tanto Ecuador como Bolivia. Vale decir, se hizo necesario revisar el cuarto carácter: el contingentemente positivo.

Para abordar estos cambios, previamente se debe hacer algo de historia. Efectivamente, si se revisa el origen del término ciudadanía, hay que remontarse a las revoluciones burguesas del Siglo XVIII, en particular la independencia norteamericana y la revolución francesa. Se trataba de una expresión que igualaba a todos los individuos en derechos y obligaciones frente al Estado, eliminando aquellas diferencias basadas en la sangre, el rango o la pertenencia a clases. El caso es que estas mismas diferencias jurídicas se mantuvieron en América bajo la dominación europea, distinguiéndose estatutos propios para aristócratas, miembros del clero, criollos e indios. En principio, con la independencia, tales diferencias desaparecen, y todos adquieren un mismo estatus: el de ciudadanos⁹⁰⁷.

Y es aquí donde la crítica multiculturalista del Estado liberal advierte que, en rigor, tal igualdad no existe, ya que siguen existiendo clases que poseen mejores condiciones sociales y jurídicas (requisitos de instrucción, por ejemplo) para el acceso a posiciones de poder. Por lo demás, se plantea una contradicción entre la ciudadanía y los derechos de autonomía y libre determinación de los pueblos y naciones que componen a los Estados: mientras los ciudadanos tienen todos los mismos derechos políticos, solo ciertas comunidades (y, por lo tanto, no todos los ciudadanos) se ven beneficiadas con los derechos de autonomía⁹⁰⁸.

La solución parte, como lo señala APARICIO, por ampliar los muros de la ciudadanía política a nuevas formas de ciudadanía: la social, la cultural, la ambiental⁹⁰⁹. No concuerdo con él en la afirmación de que se tratarían de nuevas formas de ciudadanía, diferentes a la ciudadanía política, porque finalmente todas ellas incorporan pretensiones de actuar en el ejercicio del poder. Y desde ese punto de vista, más que nuevas formas de ciudadanía, serían nuevos actores que se incorporan al diálogo político. Así, la ciudadanía indígena, una de las caras de la ciudadanía cultural, lo que termina haciendo es visibilizar a los pueblos indígenas como auténticos actores sociales, dotados de derechos políticos propios. En ese sentido, parece acertada la afirmación de GARZÓN LÓPEZ: “en lo que sí

⁹⁰⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Art. 1.1: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue ratificado por Bolivia el día 12 de agosto de 1982, y por Ecuador el 6 de marzo de 1969. Fuente: Organización de Naciones Unidas: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en (revisada el día 30 de julio de 2007)

⁹⁰⁶ Kymlicka, op. cit., pp. 46-55

⁹⁰⁷ Villoro, Luis, *Autonomía y ciudadanía de los pueblos indios*. En *Revista Internacional de Filosofía política*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1998, pp. 66-78, p. 71.

⁹⁰⁸ Ídem, p. 72

⁹⁰⁹ Los conceptos de ciudadanía social, cultural y ambiental se encuentran en: Aparicio, op. cit., pp. 238-242.

parecen coincidir de forma sustancial tanto pueblos indígenas como minorías nacionales es en la demanda de autodeterminación política, el corazón de la ciudadanía multinacional⁹¹⁰.

En definitiva, lo que terminan haciendo Bolivia y Ecuador es reconocer esta ciudadanía indígena, considerando a los pueblos como titulares de derechos, no solo culturales como se analizó algunas páginas atrás, sino que también políticos.

Con ello, se resuelven o, al menos se suavizan, las tensiones señaladas. En primer término, el carácter individual de la ciudadanía se complementa con nuevos titulares colectivos. En seguida, los derechos políticos reducidos prácticamente al sufragio, y luego a instrumentos de participación propios de democracias participativas, se amplían a nuevos derechos constitucionales, como el de la libre determinación y autonomía de los pueblos. Y finalmente, si bien se mantienen derechos políticos con un carácter igualitario (como, nuevamente, el derecho a sufragio), aparecen nuevos derechos que dan pie a una ciudadanía diferenciada, sólo para determinados colectivos.

Una de las formas como se podría manifestar la ciudadanía indígena es a través de instrumentos que aseguren la participación de personas provenientes de dichas etnias en los órganos principales del Estado a través de acciones afirmativas, como podrían ser las leyes de cuota. Esto, por cuanto entender a los pueblos indígenas como auténticos actores políticos debiera considerar no sólo las posibilidades autárquicas dirigidas a adoptar decisiones internas para su colectivo, sino que también el derecho a intervenir en las decisiones estatales a través de sus concepciones y en defensa de sus derechos e intereses legítimos.

En relación con esto último, no es posible verificar normas en tal sentido en la CPE. Los profesores ecuatorianos Luis MALDONADO y Víctor Hugo JIJÓN hacen presente, de modo crítico, esta situación, señalando que en la estructura y conformación de los poderes del Estado “no se establece con claridad el derecho de participación colectiva de los pueblos indígenas”. Esto ha llevado a que ninguno de los órganos principales del Estado (legislativo, ejecutivo, participación y control social) haya cambiado su representación ni diseño institucional para incorporar el principio de plurinacionalidad. Cuando más, se ha contratado personal administrativo de origen indígena y se ha incorporado una justicia indígena, pero ello es insuficiente para la toma de las decisiones políticas⁹¹¹.

Algo muy diferente sucede en Bolivia, donde sí es posible encontrar mecanismos que aseguran esta participación indígena en los poderes públicos, salvo en el órgano ejecutivo que, por su característica unipersonal, es imposible de intervenir. De esta manera:

- Respecto de la Asamblea Legislativa Plurinacional: una de las unidades territoriales que eligen representantes a la Asamblea son las circunscripciones especiales indígena originario campesinas (art. 146.VII), disponiéndose además que en la elección de asambleístas se garantizará la participación proporcional de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (art. 147.II).
- Respecto de la función jurisdiccional: se crea, como ya se analizó, la Jurisdicción indígena originaria campesina, que será impartida por las autoridades que designen los respectivos pueblos y naciones (art. 190.I).
- Respecto del Tribunal Constitucional Plurinacional, si bien el mecanismo de designación queda regulado por ley, la CPB dispone que sus miembros serán elegidos “con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino” de justicia (art. 197).

⁹¹⁰ Garzón López, op. cit., p. 150

⁹¹¹ Maldonado Ruiz, Luis y Jijón, Víctor Hugo, *Participación política y ejercicio de derechos en los pueblos indígenas del Ecuador*, en Cajías de la Vega, Beatriz (editora), *Participación política indígena y políticas públicas para pueblos indígenas en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, La Paz, 2011, 171-214, pp. 198-203.

Entre otras razones, las medidas adoptadas por la CPB dirigidas a tratar de resolver los problemas derivados de la marginación indígena, podrían ser las que han permitido a Roberto GARGARELLA hacer con ella una pequeña excepción en su dura crítica al constitucionalismo latinoamericano. El autor construye una tesis conforme a la cual, los cambios constitucionales recientes en América Latina han sido amplios y detallados en materia de derechos, pero escasos en lo que tiene que ver con plantearse modificaciones a los modelos de Estado y al ingreso efectivo de los ciudadanos a los espacios de decisión política (lo que él llama “la sala de máquinas de la Constitución”).

Sin embargo, cuando se aproxima al caso boliviano, el autor señala que su Constitución presenta algunas novedades de interés, difiere de las demás constituciones por cuanto no estaría motivada por propósitos cortoplacistas sino se dirige a resolver problemas más profundos, es creativa e innovadora, etc. Pero lo que más importa para este trabajo: la CPB intenta vincularse “con la resolución del problema de la marginación indígena”. Aun cuando el autor no se pronuncia de manera inequívoca al sistema de cuotas boliviano como solución a la exclusión de los pueblos originarios, es posible sostener que aquel puede ser uno de los motivos por los cuales el autor argentino hace alguna salvedad con esta Constitución en su mirada tan crítica de los procesos latinoamericanos. Por cierto, con la carta ecuatoriana, no se hace la misma excepción⁹¹².

El reconocimiento de la ciudadanía indígena tendrá una expresión fundamental, como es la incorporación a las Constituciones del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas.

3.2.2. *La libre determinación de los pueblos indígenas*

El derecho político más importante que el NCLAD reconoce a los pueblos indígenas es su derecho de libre determinación, garantizado tanto por normas internacionales como constitucionales. Para poder desarrollar este derecho y sus manifestaciones, se hace necesario distinguir cuatro conceptos importantes, como son: la libre determinación, la autodeterminación, la autonomía indígena y las autonomías. Comenzaré revisando el derecho a la libre determinación, para luego abordar la autonomía indígena y las autonomías.

a) El derecho a la libre determinación de los pueblos

Sin que esto constituya una definición, se debe comenzar señalando que, en general, cuando se habla de libre determinación de los pueblos, se habla también de autodeterminación, vale decir, ambos términos suelen ser usados indistintamente. Por ejemplo, para APARICIO, la libre determinación comporta, “la posibilidad de los pueblos de *autodeterminar*⁹¹³ su organización política, sus instituciones jurídicas, sus relaciones con otras organizaciones sociales y políticas, sus condiciones de desarrollo”⁹¹⁴.

Hay pocas referencias a cierta distinción conceptual entre ambos términos. Una de ellas es la que formula Katharine Hazel WEST, quien señala que la autodeterminación se refiere a que la capacidad de los Estados de llevar por sí mismos sus asuntos de gobierno y el mantenimiento de su

⁹¹² Gargarella, Roberto: *La sala de máquinas de la Constitución*. Dos siglos de constitucionalismo en América (1810-2010), Katz Editores, Madrid, 1ª. edición, 2ª. reimpresión, 2015, pp. 343-346.

⁹¹³ La palabra “autodeterminar” es usada como: “fijar por sí mismos”. El énfasis es neutro.

⁹¹⁴ Aparicio, op. cit., p. 409

independencia sea reconocida por los demás Estados, “ya sea por otorgamiento, reconocimiento o beligerancia”. Mientras que la libre determinación sería, según la WEST, de reciente creación, restringido a aquellos esquemas constitucionales que reconocen la existencia de pueblos indígenas u otro tipo de nacionalidades internas, y consistiría en el derecho a que se desarrollen garantías legislativas para otorgarles a estos pueblos ciertos derechos en materia de autonomía territorial y cultural⁹¹⁵.

Para efectos de este trabajo, ambos términos se usarán indistintamente, y así se hará porque las Constituciones así lo hacen.

Para hablar del derecho a la libre determinación, debe aclararse que ella en ningún caso corresponde a la secesión. Ni el derecho internacional, ni los pueblos indígenas así lo pretenden, al menos en Bolivia y Ecuador. Por lo tanto, lo que corresponde es hallar el contenido del derecho, teniendo presente la unidad e integridad de los Estados⁹¹⁶.

Con el objeto de fijar su contenido, el jurista y teólogo vizcaíno José A. DE OBIETA CHALBAUD lo desarma conceptualmente, para distinguir los cuatro derechos que lo componen, a saber: el derecho a la autoafirmación, a la autodefinición, a la autodelimitación, y a la autodisposición⁹¹⁷.

El derecho a la *autoafirmación* es aquél por el cual un grupo humano se proclama a sí mismo como pueblo o nación. DE OBIETA sostiene que esa proclamación es ante la comunidad internacional. Para que esta declaración sea jurídicamente válida debe obedecer, además, a una realidad sociológica objetiva, que el autor lo reduce a dos elementos: la etnia y la conciencia étnica. Aun cuando no lo menciona el autor, habrá que señalar que, en el caso de los pueblos originarios, no es necesario que su reconocimiento lo formulen ante los demás Estados, lo relevante es que esta proclamación sea ante los demás pueblos que componen el Estado donde solo se encuentran y ante el propio Estado.

El derecho a la *autodefinición*. Este derecho tiene un componente personal, ya que consiste en el derecho de cada pueblo de decidir quiénes son los miembros que pertenecerán al pueblo.

El derecho a la *autodelimitación* parte de la base que todo pueblo necesita de un territorio para poder existir. Inclusive, si por algún motivo el pueblo perdiese su territorio, dejaría de ser pueblo y pasaría a ser una “minoría étnica no territorial”. Sucintamente, la autodelimitación consiste en el derecho que tiene todo pueblo para determinar por sí mismo los límites de su territorio.

Finalmente, el derecho a la *autodisposición*. Se refiere al derecho que tiene un grupo humano, un pueblo en este caso, de establecer su autoridad, el poder público que lo dirige hacia su fin propio, que es el bien de todo el grupo. Esta capacidad que tiene el grupo para dirigirse a sí mismo, le es inherente y no le puede ser desposeída. La autodisposición tiene dos facetas: una interna y otra externa.

La *autodisposición interna* consiste en la posibilidad que tiene toda colectividad para darse el régimen de gobierno que ella quiera, lo que implica: definir su régimen político, el establecimiento

⁹¹⁵ Walsh, Katherine Hazel, *El derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas en el ordenamiento político colombiano*, Tesis de grado para optar al título de Magister en Estudios Latinoamericanos, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2014, p. 10.

Sin publicar, disponible en:

<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/13428/HazelWestKatharine2014.pdf?sequence=1> (revisado el día 30 de julio de 2017).

⁹¹⁶ Aparicio, p. 410 y p. 417

⁹¹⁷ De Obieta Chalbaud, José, *El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos*, Tecnos, Madrid, 1ª edición 1985 y 3ª reimpresión 1989, pp. 64-78.

de su sistema económico y social, y la organización de su propia vida cultural (determinando la política lingüística y el régimen escolar, entre otros asuntos).

La *autodisposición externa* es aquel derecho que suele confundirse con la secesión, pero esa identificación es errónea. En realidad, de lo que se trata es “la facultad que tiene el pueblo de determinar por sí mismo su status político y su futuro colectivo en relación con otros grupos políticos”. Es importante considerar que existen tres formas de asumir la autodisposición externa: (a) la decisión libremente tomada de unirse a un Estado ya existente; (b) la decisión de unirse con otros pueblos para formar, un nuevo Estado; y (c) la disposición de separarse por completo del Estado al que pertenecía, con el objeto de formar uno nuevo.

Aun cuando pueda parecer innecesario, es importante tener presente que este derecho es efectivamente un derecho humano. José A. DE OBIETA así lo sostiene, a partir de los principios de libertad y de igualdad⁹¹⁸.

En relación con la libertad argumentó sobre la base de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual afirma solemnemente que “todos los seres humanos nacen libres”. Esta libertad significará que ningún individuo puede ser forzado a actuar de una cierta forma, o sea, cada persona se “autodetermina”. Si esto pasa con los seres humanos, lo mismo podrá decirse de los pueblos, ya que no son en realidad más que colectividades específicas de personas humanas”. De ello se derivará que la libertad de los pueblos no sea otra cosa que “la trasposición al plano colectivo de las libertades individuales que poseen por su esencia las personas que los constituyen”.

Por otra parte, a partir de la idea de la igualdad, DE OBIETA sostiene que ella también da a este derecho el carácter de derecho humano, tanto desde la igualdad sociológica, como de la igualdad ética de todos los pueblos. Conforme a la primera, señala que aun cuando existan diferencias entre los pueblos, culturalmente poseen las mismas características culturales: todos crean una lengua, una organización social y unas costumbres, que les permite ser efectivamente “pueblos”. De acuerdo con la segunda, los pueblos, al ser colectivos formados por seres humanos dotados de dignidad (y de igual dignidad), también gozarán de idéntica dignidad y de los mismos derechos. Así, conforme a ambas igualdades, no podrían existir pueblos dotados de la potestad de autodeterminarse, y otros no.

Pero el trabajo de este autor va más allá y plantea un punto que es crucial para esta investigación, y es que cuando un pueblo somete a otro, e impide su autodeterminación, se está en presencia de un acto de colonialismo, que debe ser considerada una “denegación de derechos fundamentales”. Este sometimiento colonial, al cual califica como “absolutamente condenable en sí”, se da en igual medida, ya sea que se trate de una dominación extranjera o colonialismo externo, o bien cuando un pueblo o grupo étnico se ve sometido al predominio de otro pueblo extraño dentro del mismo Estado-nación, cuya cultura se le impone. A esta última situación, se le puede llamar también “colonialismo interno”.

Si se ha traído a colación lo expuesto por DE OBIETA es porque lo ya relatado permite explicar por qué los derechos de libre determinación sirven como factor emancipatorio, que rompe el sometimiento colonial, tanto a nivel externo como interno. Esto se demuestra en el NCLAD, donde para subvertir el último colonialismo, al cual habían estado sometidos, por siglos, los pueblos originarios, se hizo necesario poner término a esta situación alienante, garantizándoles la posibilidad de actuar libremente, dentro de la propia estructura del Estado.

Además de los factores doctrinarios que, en un contexto de descolonización, justifica el reconocimiento de estos derechos, también están los factores jurídicos, más específicamente, del

⁹¹⁸ Ídem, pp. 85-90

Derecho Internacional. Y esto por cuanto algunos instrumentos que ya han sido mencionados a lo largo de este trabajo han establecido el derecho de todos los pueblos a su autodeterminación.

Al revisar dichos instrumentos, se notará de inmediato que este derecho está reconocido a los pueblos y no a los Estados. Esta observación es imprescindible para entender que su aplicación genera efectos no sólo para las relaciones internacionales, sino que también para la trama de relaciones que se generan, entre los pueblos que componen un Estado, y por lo mismo, dentro de sus propias fronteras.

Marco APARICIO sintetiza los principales documentos que, a nivel internacional, recogen este derecho⁹¹⁹, partiendo por la Carta de fundación de las Naciones Unidas, cuyo art. 2º establece como objetivo “fomentar entre las naciones, relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal”.

También destaca el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) como otro documento de gran relevancia, por ser específicamente un Tratado sobre Derechos Humanos. Y aun cuando ya fue mencionado anteriormente, reitero lo dispuesto en su art. 1.1: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”⁹²⁰.

El Convenio 169 de la OIT no se pronuncia expresamente sobre el derecho a la autodeterminación de los pueblos, pero incorpora, como ya se revisó, el derecho a la consulta y a la participación en las decisiones estatales (arts. 6 y 7).

La referencia a estos instrumentos internacionales es particularmente importante en el caso del NCLAD, porque ambas Constituciones dan a las normas no solo recogen al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sino que además lo sitúan en un lugar privilegiado dentro de los respectivos ordenamientos jurídicos, con la más alta jerarquía.

Así se desprende del el art. 3º de la CPE, el cual dispone en su numeral 1, que uno de los deberes primordiales del Estado es “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular, la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”. Ello, además, es coherente con el hecho que Ecuador se declare como un Estado de Derechos, por el cual se priorizan todos los Derechos al más alto nivel jerárquico, con independencia de la jerarquía normativa del precepto en el que se consignan.

Por su parte, algo similar ocurre en Bolivia, donde el art. 13.IV de la CPB dispone que “[l]os tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.

⁹¹⁹ Aparicio Wilhelmi, Marco, *El derecho de los pueblos indígenas a la Libre Determinación*, en Berraondo (coordinador), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto Bilbao, Bilbao, volumen 14, 2006, pp. 399-421, pp. 413-414.

⁹²⁰ La misma disposición está contenida en el art. 1.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el cual fue ratificado por Bolivia el día 12 de agosto de 1982, y por Ecuador el 6 de marzo de 1969. Fuente: Organización de Naciones Unidas: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&clang=_en (revisado el día 1º de agosto de 2017)

b) *La recepción del derecho a la libre determinación de los pueblos en el NCLAD*

Sin perjuicio de su recepción a través del Derecho Internacional, las dos Constituciones que forman el NCLAD proclaman el derecho a la libre determinación de los pueblos originarios, otra vez con énfasis diferente en Ecuador y Bolivia, siendo la CPB bastante más explícita que la CPE.

Tal reconocimiento se explica por las exigencias que los pueblos originarios hicieron desde comienzos de la vida republicana, en orden a mayores espacios de decisión. “Las demandas de autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas, presentes con fuerza desde mediados de los años 80 en algunos países de América Latina, han interpelado las relaciones coloniales de poder vigentes a lo interno de los Estados-nación”, explica Pablo ORTIZ⁹²¹.

Revisando en primer lugar la CPE, su art. 57, hace referencia a los pueblos en aislamiento voluntario, señalando que sus territorios son de posesión irreductible e intangible. Pero en lo que nos interesa en este punto, agrega que “[e]l Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos”. Como se advierte, la norma citada no alude a la libre determinación como un derecho de todos los pueblos y nacionalidades, sino solo aquellos que se encuentren voluntariamente aislados. El factor territorial, por lo tanto, es clave para asignar este derecho, ya que las comunidades asentadas ya en centros urbanos, por ejemplo, no podrían invocarlo.

Más adelante, el art. 96, en su inciso primero, reconoce “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 gobierno, así como de las entidades públicas y de las privadas que presten servicios públicos”.

Coherentemente, la CPE hace operar este principio no solo en las relaciones que puedan darse, a nivel interno, entre los diferentes pueblos que componen al Estado, sino que también lo hace en materia de relaciones internacionales. Por ello, a través del art. 416, el Ecuador “[p]roclama la independencia e igualdad jurídica de los Estados, la convivencia pacífica y la autodeterminación de los pueblos, así como la cooperación, la integración y la solidaridad”.

Sin embargo, la forma como la CPB garantiza este derecho es más explícita que la carta ecuatoriana. Desde ya, en su Preámbulo, se hace referencia a una Bolivia “comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos”.

Será en el art. 2º cuando proclama de modo general este derecho: “Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado”. A continuación, indica que este derecho comprende el “derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley”.

La anterior idea es ratificada por el art. 30.II, número 4 de la CPB, el cual establece que en el marco “de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución, las naciones y pueblo indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: a la libre determinación y territorialidad”.

A su vez, al momento de definir la autonomía indígena originaria campesina, el art. 289 lo hace señalando que “consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones

⁹²¹ Garcés, Fernando, *Las políticas del conocimiento y la colonialidad lingüística y epistémica*, en Walsh (editora), *Pensamiento crítico y matriz (de)colonial*. Reflexiones latinoamericanas, Abya Yala y Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2005, pp. 137-267, p. 251.

y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias”.

c) *La titularidad del derecho a la libre determinación en el NCLAD*

Preguntarse acerca de quién es el titular del derecho a la libre determinación es fundamental para entenderlo a cabalidad. DE OBIETA explica lo importante de este asunto, cuando señala que se trata de “una cuestión previa que hay que resolver antes de proceder al examen específico del contenido del derecho de autodeterminación”, ya que “para un grupo humano concreto sólo tiene sentido hablar de la autodeterminación si previamente ha sido calificado como pueblo o nación, puesto que son estos grupos étnicos los únicos que disfrutan plenamente tal derecho”⁹²².

Si se observa lo establecido tanto en el PICDP, como en el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales (PIDESC), este derecho es reconocido al sujeto “pueblo”. Ahora bien, para estos efectos, la definición de pueblo se puede realizar a partir de diferentes perspectivas.

Una de ellas es la que propone APARICIO, quien distingue pueblo de lo que podría ser “otro posible sujeto de derechos colectivos, las minorías”. Al respecto, constata que los representantes indígenas han venido insistiendo en que sus colectivos no pueden ser tratados jurídicamente como minorías culturales, sino que ello implicaría de algún modo ocultar que se trata de pueblos originarios cuya soberanía fue violentada por el proceso de conquista y colonización. Por ello, prefieren el término pueblo, esto es, una “colectividad de personas unidas conscientemente por una comunidad de origen, historia, tradiciones, idioma, religión, etc. que se afirma como sujeto de derechos culturales, políticos y económicos, resaltando, en primer lugar, el derecho a la libre determinación”⁹²³.

Sin embargo, a pesar de la resistencia los pueblos indígenas a ser calificados como minorías culturales, no puede omitirse la constatación que aquellos y estas tienen un punto en común: ambos ocupan una posición de subordinación con respecto al sector dominante del país. La diferencia pasa por que los pueblos indígenas se encuentran “forzosamente en un esquema de competencia con el Estado por el control [de los elementos nacionales]”, elementos tales como el territorio propio, una organización política propia y una población propia. Mientras que las minorías culturales no pretenden el logro de aquellos elementos, sino que el respeto de su propia identidad cultural diferenciada⁹²⁴.

Respecto de lo señalado por APARICIO, tal como se ha venido explicando en este trabajo, sólo se puede coincidir parcialmente con su observación. O al menos asumirla, pero con un matiz. Es cierto que los pueblos indígenas persiguen reivindicaciones políticas vinculadas con aquellos elementos o “fragmentos del Estado” en lenguaje de JELLINEK⁹²⁵. Sin embargo, no puede desconocerse que también exigen respeto por su identidad cultural y sus diversas manifestaciones. No por nada, ya lo hemos visto, hay un decisivo esfuerzo por que esta condición se constitucionalice, colmando a los textos supremos de símbolos, derechos y garantías encaminados a asegurar dicha identidad. En definitiva, los pueblos indígenas son, a la vez, pueblos en el sentido político del término, y minoría cultural, emergiendo de ambas circunstancias, el derecho político a la autodeterminación y el derecho cultural al reconocimiento y protección de su identidad.

Es cierto lo que afirma Claudia MENDOZA: aun cuando el derecho a la autodeterminación se extiende a todos los pueblos, incluidos los pueblos indígenas, la verdad es que aún no se alcanza un

⁹²² De Obieta, op. cit., pp. 63-64.

⁹²³ Aparicio, op cit, 401-402

⁹²⁴ Ídem, p. 402.

⁹²⁵ Jellinek, Georg, *Fragmentos del Estado*, Civitas, Madrid, 2016.

pleno reconocimiento como sujetos de derechos que les permita, ejerciendo la libre determinación, llegar a un plano de libertad e igualdad⁹²⁶.

Sin embargo, tal aseveración tiene, al menos dos matices.

El primero es la observación que formula Marco APARICIO: la libre determinación es un proceso. Proceso que, no solo es único en cada caso o lugar, sino que –además– es “siempre inconcluso”, ya que evoluciona debido a las constantes renegociaciones entre los pueblos⁹²⁷. Por ello, la dinámica que se ha ido dando los últimos años, con movilizaciones indígenas en algunos casos, y con la organización en partidos o movimientos en otros, se puede esperar que, con el tiempo se avance hacia un mayor reconocimiento del derecho a la libre determinación.

Y el segundo, es que la aprensión que expresa la autora pareciera no considerar la experiencia, precisamente del NCLAD, donde el establecimiento de Estados plurinacionales y la constitucionalización expresa de este derecho, si no quizás del todo, se acerca bastante al modelo ideal por ella planteado.

Sobre este mismo punto, corresponde revisar quiénes son los titulares de este derecho en las Constituciones en análisis, la ecuatoriana y boliviana. En relación con la CPE, en su art. 57 (ya transcrito), el Estado adquiere el deber de adoptar las medidas para hacer respetar la autodeterminación “de los pueblos en aislamiento voluntario”. Como ya se dijo, no se trata de un reconocimiento genérico, para todos los pueblos indígenas, sino solo a estos. La Constitución no define qué se entiende por esta clase de colectivos.

Ha sido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que los ha definido como los “pueblos o segmentos de pueblos indígenas que no mantienen contactos sostenidos con la población mayoritaria no indígena, y que suelen rehuir todo tipo de contacto con personas ajenas a su pueblo”. Bajo este concepto también se entienden los “pueblos o segmentos de pueblos previamente contactados y que, tras un contacto intermitente con las sociedades no indígenas han vuelto a una situación de aislamiento, y rompen las relaciones de contacto que pudieran tener con dichas sociedades”⁹²⁸.

Es importante destacar que el aislamiento debe ser “voluntario”, en atención a que la decisión de permanecer en esa situación debe ser obra de una decisión libre de los pueblos, y no producto de presiones externas. La Comisión ha señalado que la condición de voluntariedad realza la importancia del derecho a la autodeterminación, “ya que aun si la decisión de permanecer en aislamiento es una estrategia de supervivencia resultado de presiones externas, ésta es una expresión de autonomía de estos pueblos en tanto sujetos de derecho, y como tal debe ser respetada”⁹²⁹.

Por su parte, aquella voluntariedad conduce también a que este aislamiento bajo ningún motivo pueda ser visto como un área de reserva de la cual no puedan salir los pueblos indígenas, ya que “siempre tendrán el ejercicio de sus derechos colectivos y el ejercicio de los derechos que corresponde a todos los ciudadanos ecuatorianos”⁹³⁰.

⁹²⁶ Mendoza Antúnez, Claudia, *El derecho de autodeterminación: un derecho humano de los pueblos indígenas*. En

Estudios en homenaje a don José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes. Universidad Autónoma de México, México DF, 2013, pp. 1-24, p. 2.

⁹²⁷ Aparicio, op. cit., 420-421

⁹²⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/13. Publicación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington D.C. 2013, p. 4.

⁹²⁹ Ídem, p. 5

⁹³⁰ Baltazar, op. cit., pp. 216-217.

La situación en la CPB es más compleja, ya que no hay singularidad en la titularidad del derecho a la libre determinación. Si se recuerda, el art. 2º, señala que aquel derecho se garantiza a “las naciones y pueblos indígena originario campesinos”.

Xavier ALBÓ advierte que dicha expresión no puede ser definida sólo desde una perspectiva jurídica occidental, sino que debe hacerse un esfuerzo semántico intercultural. En caso contrario, agrega “se corre el riesgo de no entender nada”⁹³¹.

Pues bien, en ese contexto, hay que tener presente aquello que fue explicado casi al inicio de este capítulo, y es que el concepto de nación que se usa para aludir a la diversidad interna del Estado Plurinacional. Explica ALBÓ que lo que pretende la CPB es saldar una deuda histórica con los pueblos precoloniales reconociéndoles condición de nación, con el solo objeto de oponerse a aquella pretensión de los Estados modernos de monopolizar para sí la calidad de “nación”. Bolivia es, por tanto, “una Nación-Estado unitaria compuesta de muchas ‘naciones y pueblos’ de raíces precoloniales; es una *Nación-Estado Plurinacional*”.

A partir de esta concepción, es posible pensar en las naciones como entidades subestatales o “sin Estado” (algo así como naciones al margen o independiente del Estado), y no necesariamente como antecedentes (“antesala” dice ALBÓ). Es a estas naciones a las cuales alude el art. 2º, y a las que les reconoce el derecho a la autodeterminación.

Pero la disposición también alude a “pueblos”, y lo hace de modo indisoluble con las naciones. En general, la CPB mantiene permanentemente unidos ambos términos. Las razones que esgrime ALBÓ para ello tienen que ver con evitar una eventual discusión acerca de si todos los pueblos pueden ser considerados naciones, o si hay algunos que no lograron conformarse como tales. Al concederse a ambas entidades, naciones y pueblos, el mismo estatus jurídico, la calificación de alguna de ellas en una u otra categoría sería indiferente.

Por último, para terminar de comprender quién es el titular del derecho a la autodeterminación en Bolivia, deben revisarse los adjetivos que se usan para describir a los colectivos. La CPB habla de ellos como naciones y pueblos “indígena originario campesinos”. Adviértase que, de las tres palabras, sólo la última está expresada en plural. Esto quiere decir que no se trata de tres calificativos diferentes, sino que de uno solo, formado por la fusión de los tres vocablos.

En esta cohesión, se reúnen las diferentes “maneras históricas con que los diversos pueblos con raíces precoloniales se denominan a sí mismos, según los lugares”: los pueblos de las llamadas “tierras bajas” se reconocen como *indígenas*, los de la región andina son conocidos como *campesinos*, mientras que muchos otros se reconocen como *originarios*. Lo que cohesionan finalmente a todas estas denominaciones es la existencia precolonial de estos colectivos, independientemente del lugar geográfico que habiten o la forma como se ganen su sustento.

d) La autonomía como manifestación de la libre determinación de los pueblos indígenas

Como se mencionó algunas páginas atrás, el trato dado al derecho de la libre determinación de los pueblos indígenas en Bolivia no es exactamente el mismo que en Ecuador, estableciéndose en el primer caso, un régimen de garantías más extenso y explícito que en el segundo. Una manifestación

⁹³¹ Albó, Xavier, *Lo indígena originario campesino en la nueva Constitución*, en Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia y Universidad Mayor de San Andrés (coordinadores), *Miradas. Nuevo Texto Constitucional*, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (Idea Internacional), La Paz, 2010, pp. 713-723, pp. 717-718.

de esto es que solo en Bolivia se establece la autonomía de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, cosa que no se advierte en Ecuador.

Javier RUPIÉREZ se aproxima conceptualmente a la autonomía, explicando primero que la libre determinación puede asumir diferentes formas, en particular externas e internas. Las formas externas son aquellas que operan cuando un pueblo que, perteneciendo a un Estado, decide separarse de él, para convertirse en un nuevo Estado, o para unirse a otro, o para formar con otros pueblos un nuevo Estado. Las formas internas consisten en la decisión de un pueblo de seguir permaneciendo al Estado donde se ubica, siempre que este lo reconozca como pueblo y le garantice sus derechos, pactando con ellos la forma de ejercerlos. La versión externa corresponde a la soberanía, y la segunda a la autonomía⁹³².

De esta forma, la autonomía es una de las formas de ejercer el derecho a la libre determinación, y es aquella por la cual han optado los pueblos originarios en ciertos países. Su delimitación conceptual no es simple.

Para ello, hay que tener presente que el art. 2° de la CPB señala que la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos consiste “en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley”.

A su vez, el art. 289 define esta autonomía como “el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias”.

Este autogobierno se regirá por las normas establecidas en el art. 290, que pueden sintetizarse en: (i) la conformación de las autonomías se basa en dos elementos: en los territorios ancestrales ocupados por estos pueblos y naciones, y en la voluntad de su población; y (ii) el autogobierno se ejercerá de acuerdo a las normas, instituciones, autoridades y procedimientos de los propios pueblos y naciones, en armonía con la Constitución y las leyes.

Como se observa, tal como lo señala DE LA VARGA, la autonomía jurídicamente representa “una identidad que se supone otorga autenticidad a los pueblos originarios y la distingue de la soberanía como un ‘derecho’ reservado a los Estados-nación”. Agrega que ella es invocada para demandar que las instituciones nacionales e internacionales reconozcan el estatus histórico de pueblos originarios y el derecho a definir sus propias fórmulas de autoridad, justicia y realización espiritual y cultural⁹³³.

Marcelo VARNOUX formula una crítica al reconocimiento de esta autonomía. Sostiene que el autogobierno contenido en la autonomía, sólo se otorga en beneficio de minorías nacionales, nunca de mayorías. Así ocurre, por ejemplo, con los indígenas norteamericanos o canadienses. Esto, sin embargo, no ocurre en Bolivia, donde la población indígena es claramente mayoritaria⁹³⁴.

Por último, para terminar de aclarar la idea de autonomía, se hace imprescindible distinguirla de lo que son las “autonomías” (en plural). Estas corresponden a niveles subnacionales de gobiernos locales, los que podrán establecerse, siempre que concurren ciertos requisitos constitucionales. En lo que importa a este trabajo, se debe aclarar que las autonomías no tienen exclusivamente una

⁹³² Rupiérrez, José, *Constitución y autodeterminación*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 49-76.

⁹³³ De la Varga, op. cit., p. 378.

⁹³⁴ Varnoux Garay, Marcelo, *El Estado Plurinacional de Bolivia: organización territorial y autonomías departamentales*, en Käs y Velásquez (editores), *Reflexión Crítica a la Nueva Constitución Política del Estado*, Konrad Adenauer Stiftung, La Paz, 2009, pp. 363-395, p. 375.

fundamentación étnica, basada en la preexistencia de comunidades prehispánicas, sino a factores territoriales que, unidos a decisiones voluntarias de sus habitantes, deciden organizarse de este modo.

Ecuador, que no reconoce la autonomía de los pueblos indígenas, sí contempla autonomías, bajo las denominaciones de “gobiernos autónomos descentralizados” y “régimen especiales”. Los gobiernos autónomos descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera, y se regirán por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana, y en ningún caso darán lugar a secesión del territorio nacional, según lo establece el art. 238 de la CPE. La misma disposición señala cuáles serán estos gobiernos, ninguno de los cuales, sin embargo, tiene alguna connotación indígena, sino puramente de ordenación territorial: juntas parroquiales rurales, los concejos municipales, los concejos metropolitanos, los concejos provinciales y los concejos regionales.

A partir de ello, el art. 257 de la CPE permite la formación de circunscripciones territoriales indígenas o afroecuatorianas que ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente, y se regirán por principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos. Para poder constituirse de este modo, las parroquias, cantones o provincias conformados mayoritariamente por comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, afroecuatorianos, montubios o ancestrales podrán adoptar este régimen de administración especial, luego de una consulta aprobada por al menos las dos terceras partes de los votos válidos⁹³⁵.

A su vez, en Bolivia, la CPB crea las autonomías indígena originario campesinas que son “los territorios indígena originario campesinos, y los municipios y regiones que adoptan tal cualidad de acuerdo a lo establecido en esta Constitución y la ley” (art. 291.I). Estas autonomías se unen a las autonomías departamentales, regionales y municipales (arts. 278, 281 y 284, respectivamente), todas las cuales contribuyen a moldear aquella declaración del art. 1º, que señala que Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional, que, entre otras características, declara que es “con autonomías”.

Para su conformación la CPB no establece procedimientos formales, sino que sólo se requerirá de la voluntad expresada de su población en consulta, en conformidad a sus normas y procedimientos propios como único requisito exigible (art. 293.I).

Los arts. 303 y 304 definen las competencias de las autonomías indígena originario campesinas, señalando que, además de sus competencias, asumirán la de los municipios. Las competencias propias de estas autonomías son muy variadas: algunas de naturaleza normativa (elaborar su Estatuto para el ejercicio de su autonomía conforme a la Constitución y la ley); otras de administración y planificación (definir y gestionar de formas propias de desarrollo económico, social, político, organizativo y cultural, de acuerdo con su identidad y visión de cada pueblo, y elaborar Planes de Ordenamiento Territorial y de uso de suelos, en coordinación con los planes del nivel central del Estado, departamentales, y municipales); otras de administración; otras relacionadas con la jurisdicción (ejercer la jurisdicción indígena originaria campesina para la aplicación de justicia y resolución de conflictos a través de normas y procedimientos propios de acuerdo a la Constitución y la ley); otras de protección del medio ambiente (gestión y administración de los recursos naturales renovables, de acuerdo a la Constitución, preservación del hábitat y el paisaje, conforme a sus principios, normas y prácticas culturales, tecnológicas, espaciales e históricas); otras de servicio (en materia de electrificación, mantenimiento de caminos, deporte, etc.); etc.

⁹³⁵ Arias Manzano, Tania, *¿Hacia un nuevo ordenamiento territorial? De la descentralización a la carta de competencias explícitas y obligatorias, el régimen autónomo descentralizado aprobado en Montecristi*, en Ávila, Grijalva y Dalmau (editores), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Tribunal Constitucional del Ecuador, Quito, 2008, pp. 217-240, p. 233.

4. Aportes del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador en materia de derechos sociales

Antes de abordar la situación de los derechos sociales en el NCLAD, es necesario retomar algunas ideas que se han ido vertiendo sobre ellos en el presente trabajo. Así, en el Capítulo I, se avanzó en la conceptualización de los derechos sociales, ligándolos con el principio de igualdad material como fundamento central. También se indicó que el factor “prestación” no era relevante para definirlos, por lo que es posible advertir que existen derechos sociales prestacionales y derechos sociales no prestacionales.

En el Capítulo II, por su parte, se señaló de qué forma el modelo colonial implantado en Latinoamérica, ligado con un sistema económico liberal ha profundizado las diferencias sociales, afectándose aquella igualdad material que, precisamente, busca ser concretada a través de esta categoría de derechos.

El movimiento descolonizador que busca sacudirse de aquel régimen se volcará, por la vía del NCLAD, a revitalizar los derechos sociales, lo cual se realiza a través de su resignificación, de la consolidación de un abundante catálogo de derechos sociales y de un apropiado sistema de garantías judiciales.

4.1. La resignificación de los derechos sociales en el NCLAD

Al enfrentarnos a la idea de “resignificar algo”, surge la noción de un proceso intelectual dirigido a darle un sentido nuevo a un objeto preexistente. La resignificación se inserta dentro de un proceso de cambio o transformación, y se vincula con perspectivas nuevas en la relación existente entre un enunciado y una acción, idea u objeto al cual va dirigido. Una de las razones por las cuales puede producirse la resignificación es que sea consecuencia de un proceso de emancipación, contrahegemónico e, incluso, de emancipación política. En ese contexto, la resignificación busca proponer una interpretación diferente o alternativa a cualquier fenómeno de la esfera social, poniendo en duda versiones del mundo dominantes, imperantes y a veces naturalizadas⁹³⁶.

En tales términos, la resignificación no busca eliminar o sustituir ni enunciados (como podría ser, por ejemplo, el paso de “súbditos” a “ciudadanos”), ni los objetos o situaciones representados en tales enunciados (como podría ocurrir con el fin de la esclavitud y su reemplazo por la libertad). La resignificación trabaja con enunciados y objetos ya existentes, y los interpreta a partir de un cambio de paradigma, muchas veces, como se dijo, con fines emancipatorios.

A partir de aquello, se puede asegurar que el NCLAD resignifica los derechos sociales. Por cierto, ello no significa que las Constituciones ecuatoriana y boliviana pretendan eliminarlos o sustituirlos. Es más, no se debe olvidar que ambos Estados se identifican como Estados sociales, y así queda consignado en los arts. 1º de sus Constituciones. Ramiro ÁVILA enfatiza este carácter del Estado ecuatoriano, señalando que, si la pobreza debe ser considerada consecuencia de la violación

⁹³⁶ Para la idea de resignificación, véase: Molina Valencia, Nelson, *Discusiones acerca de la resignificación y conceptos asociados*. En *Revista MEC-EDUPAZ*, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, número III, septiembre-marzo 2013, pp. 39-63.

de derechos sociales, entonces, el Estado social centrado en ellos, tiene como consecuencia el construir un estado que pretende erradicar la pobreza⁹³⁷.

A continuación, se revisarán algunos aspectos que revelan esta resignificación.

4.1.1. Reconocimiento pleno e igual jerarquía de todos los derechos

Es un hecho conocido que, a pesar de que las constituciones del mundo se iban nutriendo cada vez más de derechos sociales, ellos no fueron tratados plenamente como derechos fundamentales, sino que lisa y llanamente, como pretensiones “de segunda categoría”⁹³⁸. PISARELLO lo explica señalando que se han quedado como derechos “axiológicamente subordinados a los derechos civiles y políticos”⁹³⁹.

Muestra de ello es que, por ejemplo, la Constitución española define a los derechos civiles y políticos como “derechos fundamentales” (arts. 15 a 29) y a los derechos sociales como “principios” (arts. 39 a 52). Entre otras consecuencias, este diferente trato dado en las constituciones del mundo explicaría por qué estos derechos suelen no contar con las mismas garantías judiciales con las que cuentan los demás derechos.

Albert NOGUERA, destaca que con lo que él llama “nuevo constitucionalismo latinoamericano” (incluye a Venezuela), se ha reactivado a los derechos sociales como derechos “de primera”, superándose aquella distinción entre derechos fundamentales (civiles y políticos) y no fundamentales (sociales)⁹⁴⁰. Revisemos a continuación la manifestación de esta igual jerarquía en las Constituciones de Ecuador y Bolivia.

Además de las manifestaciones específicas que pueden hallarse en ambas Constituciones, es muy importante considerar que, en el caso ecuatoriano, el art. 11 número 6 de la CPE establece expresamente que “[t]odos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”.

Adviértase de inmediato que en dicha disposición se menciona la interdependencia, lo cual significa que todos los derechos “establecen relaciones recíprocas entre sí, y el disfrute de cualquiera de ellos depende en buena medida de la realización de otro anterior”⁹⁴¹. Por su parte, la indivisibilidad debe entenderse como aquel principio que supone que, siendo interdependientes, los derechos “deben ser preservados armónicamente”⁹⁴², o como dice ÁVILA, significa que los derechos “al igual que las personas, son integrales; no se puede sacrificar un derecho a costa de otro”⁹⁴³. Al ser interdependientes e indivisibles, al necesitarse mutuamente sin que uno prefiera al otro en su protección, entonces

⁹³⁷ Ávila, Ramiro, *El Neoconstitucionalismo Transformador*. El estado y el derecho en la Constitución de 2008, op. cit., p. 175.

⁹³⁸ Hernández Cervantes, Aleyda, *Hacia una nueva concepción de los derechos sociales*. En Revista Jurídica Jalisciense, Universidad de Guadalajara, Guadalajara, pp. 145 – 168, cfr. pp. 147-148.

⁹³⁹ Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías*. Elementos para una reconstrucción, Editorial Trotta, Madrid, 2007, pp. 37-41.

⁹⁴⁰ Noguera Fernández, Albert, *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 174.

⁹⁴¹ Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*. Apuntes para su aplicación práctica. En Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, Porrúa, México DF, pp. 135-165, cfr. 152-153.

⁹⁴² Nogueira, op. cit., pp. 247-248.

⁹⁴³ Ávila, *Los derechos y sus garantías*, op. cit., p. 83.

necesariamente los derechos tendrán además la misma jerarquía, característica que también es mencionada por la disposición en comento.

De alguna forma, esta igualdad entre derechos, y la pérdida de las categorías taxonómicas tradicionales, llevaron a que la CPE estableciera una novedosa clasificación de los mismos, distinguiendo siete categorías de derechos: (1) los derechos del buen vivir (agua y alimentación; ambiente sano; comunicación e información; cultura y ciencia; educación; hábitat y vivienda; salud; y trabajo y seguridad social); (2) derechos de las personas y grupos de atención prioritaria (adultas y adultos mayores; jóvenes; movilidad humana; mujeres embarazadas; niños, niñas y adolescentes; personas con discapacidad; personas con enfermedades catastróficas; personas privadas de libertad; personas usuarias y consumidoras); (3) derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades; (4) derechos de participación; (5) derechos de libertad; (6) derechos de la naturaleza; y (7) derechos de protección.

La CPB, por su parte, recoge de modo muy similar los principios enunciados en la carta ecuatoriana. En efecto, el art. 13.I establece que los derechos que reconoce la Constitución son “inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos”. El art. 13.III agrega que “[l]a clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros”.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con la carta ecuatoriana, en Bolivia se reproduce la clasificación tradicional de los derechos, aun cuando introduce algunos matices. En efecto, la CPB distingue entre: (1) derechos fundamentales (vida, integridad física, psíquica y sexual, eliminación de la violencia de género; agua y alimentación; educación; salud; hábitat y vivienda; etc.); (2) derechos civiles (autodefinición cultural; intimidad, honra, honor, propia imagen y dignidad; libertad de pensamiento, espiritualidad, religión y culto; libertad de reunión y asociación; expresión de pensamientos y opiniones; acceso a la información; libertad de residencia; libertad y seguridad personal; inviolabilidad de domicilio y comunicaciones); (3) derechos políticos (participación en la formación, ejercicio y control del poder político; derecho a la participación; derecho a sufragio); (4) derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos; (5) derechos sociales y económicos (medio ambiente; salud y seguridad social; trabajo y empleo; a la propiedad; derechos de la niñez, adolescencia y juventud, de las familias, de las personas mayores, de las personas con discapacidad, de las personas privadas de libertad, de los usuarios y consumidores); (6) educación, interculturalidad y derechos cultural (educación; educación superior; culturas; ciencia, tecnología e investigación; deporte y recreación); y (7) comunicación social.

Como se advierte, es posible identificar apartados destinados a los derechos civiles, a los políticos, a los sociales y económicos y los culturales, por lo que termina siendo una estructura bastante fiel a las concepciones tradicionales. A estas categorías, sin embargo, se agregan otras específicas como los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y la comunicación social.

Otra manifestación de que los derechos sociales tendrán la misma jerarquía que los demás derechos, es que todos ellos están amparados por un mismo sistema de garantías judiciales, cuestión que por su extensión será analizada con mayor detalle más adelante.

4.1.2. Catálogos no taxativos de derechos sociales

Las dos Constituciones en análisis establecen catálogos no taxativos de derechos sociales, o sea, contemplan “cláusulas abiertas para el reconocimiento de nuevos derechos”. Estas cláusulas establecen que el reconocimiento de los derechos establecidos en la constitución y los tratados

internacionales de derechos humanos no excluye los demás derechos que pudieren atribuirse a las personas⁹⁴⁴.

La CPE utiliza un criterio aparentemente iusnaturalista para abrir el listado de derechos, ya que establece en su artículo 11, numeral 7 que el “reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”.

El supuesto carácter iusnaturalista recaería en el llamado es a que sea la *dignidad* de las personas y de los colectivos allí mencionados la que permita invocar derechos no enumerados en el texto constitucional. Sin embargo, aclara NOGUERA que si entendemos a la dignidad humana como un concepto dinámico, que se ajusta al momento histórico del que se trate, su mención no debe asociarse con postulados del derecho natural. Más bien lo que pretendería esta disposición es permitir que, conforme al curso de la historia, y a la evolución y transformación de los derechos, estos puedan añadirse al catálogo existente en el ordenamiento jurídico⁹⁴⁵.

La CPB, en tanto, con un lenguaje más escueto, establece una cláusula aun más abierta, pues no establece parámetro alguno – ni siquiera la dignidad – para entender que se puede introducir un nuevo derecho. El art. 13.II, sobre este punto, dice así “[I]os derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados”.

El problema es que es tal la amplitud hará que quede en manos de los jueces la definición de cuáles serían esos otros derechos adicionales que se añaden al listado de derechos de las personas. La aproximación a fenómenos neoconstitucionalistas, con la entrega en los hechos de amplias facultades a los jueces para colmar los vacíos constitucionales, puede significar una contradicción con la vocación democrática y popular del modelo boliviano. No debe olvidarse que los derechos operan, primero, como un límite para la acción del Estado, y por lo mismo suelen tener una carga contramayoritaria. Aceptar que los jueces generen nuevos derechos por vía jurisprudencial implicaría una limitación ilegítima a la democracia y a las voluntades mayoritarias. Pero, además, si se considera que los derechos tienen eficacia horizontal y son vinculantes para las demás personas, entonces los límites a las libertades individuales de los demás, también pueden terminar siendo fijados por los jueces, con criterios de activismo judicial, y no por los órganos democráticos.

Es cierto que en el caso ecuatoriano este riesgo en algo se reduce, ya que al menos esboza un criterio de incorporación: la dignidad humana, sin embargo, sigue siendo tan vago que también puede producirse el inconveniente que desde ya se advierte para la situación de Bolivia.

En definitiva, y volviendo a las cláusulas abiertas, es cierto que la amplitud en ella consignada no es exclusiva para los derechos sociales. Sirve para incorporar derechos sociales, pero también civiles, políticos o colectivos. Sin embargo, en el ámbito de los derechos sociales parece particularmente importante, toda vez que al exigir –muchos de ellos– un alto costo para su implementación por parte del Estado, este suele eludir su constitucionalización.

Al existir, sin embargo, catálogos no taxativos de derechos (sociales en particular), su reconocimiento deja de depender exclusivamente de la voluntad de los órganos dotados de potestades normativas, sino que ahora también emergen a partir de factores *extra positivos* que los incorporan al sistema jurídico. Y es aquí donde opera la resignificación de los derechos sociales: los derechos sociales han dejado de ser derechos cuyo origen se encuentra en las constituciones escritas, sino que

⁹⁴⁴ Noguera Fernández, Albert, *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, op. cit., pp. 160-161.

⁹⁴⁵ Ídem, pp. 199-200.

también puede estarlo en conceptos tales como la dignidad humana o la evolución histórica de los pueblos, que complementan el sistema constitucional de estos países.

4.1.3. *Función descolonizadora y lectura plurinacional de los derechos sociales*

Se ha indicado precedentemente que los derechos sociales son un factor descolonizador que reacciona principalmente a la colonización económica y cultural en América Latina.

Sin embargo, el objetivo descolonizador no finaliza con la constitucionalización de estos derechos. Es posible encontrar, adicionalmente, un constante llamado a que ellos sean aplicados en clave descolonizadora, con conciencia plurinacional, y que su ejercicio esté guiado por los principios que han surgido de la alianza multicultural.

Muchos de los derechos sociales protegidos en el NCLAD están muy lejos de estar configurados de modo neutro, sino que vienen “cargados” con una filosofía multicultural, holística, respetuosa de la diversidad cultural y del buen vivir. En definitiva, es posible observar que en el NCLAD se da un doble proceso de transformación: *primero*, el modelo plurinacional transforma o incide en la forma como se conciben los derechos sociales, y *luego* estos mismos derechos operan como agentes transformadores o de cambio en la sociedad misma, con el objeto de que las bases sobre las cuales se ha refundado el Estado se hagan patente en las relaciones sociales.

Para acreditar lo señalado, observaré brevemente el modo como estas Constituciones garantizan el derecho a la educación y el derecho a la salud.

a) El caso del derecho a la educación

Probablemente sea en la educación donde más se aprecie esta condición. Catherine WALSH menciona con claridad que Bolivia y Ecuador “giran alrededor de la transformación, refundación y descolonización del sistema” y “procuran la concepción y práctica de los principios de interculturalidad y plurinacionalidad en el sistema educativo nacional”⁹⁴⁶.

Esto se nota porque en relación con el derecho a la educación, la CPE dispone que esta se centrará en el ser humano y garantizará su desarrollo holístico, señalando también que será intercultural y diversa, “de calidad y calidez”, entre otras características (art. 27). También asegura el derecho a aprender “en su propia lengua y ámbito cultural” (art. 29).

La CPB, en tanto, garantiza el derecho de toda persona a recibir una educación “integral e intercultural” en todos sus niveles (art. 17). Se establece, además, que la educación es “intracultural, intercultural, plurilingüe en todo el sistema educativo” (arts. art. 30.II, número 12, y 78.II), además de “unitaria, pública, universal, democrática, participativa, comunitaria, descolonizadora y de calidad”(art. 78.I).

No deja de llamar la atención que, entre otros rasgos, la educación en Bolivia deba ser “liberadora y revolucionaria” (art. 78.III), lo que es coherente con la inspiración emancipadora que se delinea ya desde el Preámbulo y que se incorpora también en la educación.

⁹⁴⁶ Walsh, Catherine, *Interculturalidad crítica y educación intercultural*. En Viaña. Jorge; Tapia, Luis y Walsh, Catherine (autores), *Construyendo interculturalidad crítica*, Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, La Paz, pp. 75-96, p. 86.

También la educación “fomentará el civismo, el diálogo intercultural y los valores ético-morales” (art. 79). Sólo para no extenderme en demasía, se puede mencionar en último término lo dispuesto en el art. 80.II, el cual insiste en el rol de la educación en el contexto de plurinacionalidad: “La educación contribuirá al fortalecimiento de la unidad e identidad de todas y todos como parte del Estado Plurinacional, así como a la identidad y desarrollo cultural de los miembros de cada nación o pueblo indígena originario campesino, y al entendimiento y enriquecimiento intercultural dentro del Estado”.

b) El caso del derecho a la salud

Otro derecho social que puede servir para demostrar lo señalado es el derecho a la salud, tanto por su vinculación con otros derechos como por el respeto a las formas indígenas de salud.

Nuevamente, al revisar la CPE, se advierte que el art. 32 señala que la realización de este derecho “se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir”. También dispone que, entre otros principios que regirán la prestación de los servicios de salud será el de interculturalidad.

Es importante señalar que, según el art. 57, se reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el derecho a “mantener, proteger y desarrollar (...) sus medicinas y prácticas de medicina tradicional”.

La CPB, por su parte dispone que el sistema único de salud será “universal, gratuito, equitativo, intracultural, intercultural, participativo, con calidad, calidez y control social” (art. 18.III). A las naciones y pueblos indígena originario campesinos se les garantiza el derecho a que su medicina tradicional sea valorada, respetada y promocionada (art. 30.II, numeral 9) y al “sistema de salud universal y gratuito que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales” (art. 30.II, numeral 13).

Por último, dispone que el “sistema de salud es único e incluye a la medicina tradicional de las naciones y pueblos indígena originario campesinos” (art. 35.II).

4.2.El nutrido catálogo constitucional de derechos sociales

Una de las características de las últimas constituciones latinoamericanas es la ampliación de los respectivos catálogos de derechos, especialmente sociales.

Así lo observan autores como VILLABELLA, quien alude a que en Latinoamérica ha existido lo que él denomina una “multiplicación de los derechos”, los que han nacido a partir del desarrollo científico-técnico, la preocupación por proteger facetas específicas del ser humano y la aparición de nuevas formas de agresiones a derechos ya existentes⁹⁴⁷.

VICIANO y MARTÍNEZ, por su parte, afirman un aspecto relevante de las nuevas constituciones latinoamericanas es su “profusa carta de derechos”. Una de las causas de esta ampliación tiene que ver con la identificación de grupos débiles, a quienes se les pretende no solo proteger, sino que también integrar⁹⁴⁸.

⁹⁴⁷ Villabella, op. cit., p. 53.

⁹⁴⁸ Martínez y Viciano, *Fundamento teórico del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, op. cit., p. 46.

Y si se revisan los textos constitucionales de Ecuador y Bolivia no se podría menos que coincidir con las estas apreciaciones. En efecto, es posible advertir un nutrido catálogo de derechos sociales, muy coincidentes entre ambas. Si fuera necesario clasificar los derechos en ellas consignados, se puede hablar de:

- Derechos sociales ligados al trabajo (derecho al trabajo, remuneraciones justas y suficientes, de sindicalización, derecho a huelga, a la negociación o contratación colectiva, etc.),
- Derechos que buscan condiciones generales de vida digna (derecho a la alimentación, al vestuario, a la vivienda, al hábitat, al medio ambiente sano, al agua, al deporte y la recreación, a la salud, a la educación, etc.), y
- Derechos dirigidos a proteger grupos vulnerables (niños, niñas, adolescentes, ancianos, personas con discapacidad, jóvenes, privados de libertad, migrantes, usuarios y consumidores).

Sin embargo, la pregunta que se debe hacer a continuación es si este generoso listado de derechos es una característica atribuible de modo exclusivo al NCLAD o si proviene de un fenómeno anterior, y que Bolivia y Ecuador se limitan a recoger.

Para realizar ese análisis, propongo cotejar, entre sí, cinco Constituciones latinoamericanas. Una de corte liberal, como es la de Chile (1980); otra propia del constitucionalismo social, como la de Colombia (1991); la de Venezuela (1999), que es el antecedente más directo del NCLAD; y, por cierto, las de Ecuador (2008) y Bolivia (2009). Se adicionará el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para advertir si, luego de su acuerdo, los países han generado a nivel constitucional, nuevos derechos sociales. Con toda esta información, se elaborará un cuadro comparativo.

Es importante mencionar que, para elaborar este gráfico, tuve en consideración cinco aspectos que detallaré: (1) no se hizo diferencias en materia de intensidad, vale decir, no se distinguió si un derecho estaba “más protegido” en una constitución que en otra; (2) cuando un derecho era reconocido exclusivamente para una sola categoría de personas, no fue considerado; (3) se incluyeron solo los derechos que sustancialmente son identificables como derechos sociales (por eso, algunos derechos presentes en el PIDESC se les excluyó, como la libre determinación de los pueblos, del art. 1°); (4) las comparaciones sólo se realizaron de conformidad a lo establecido en las constituciones, y no en las leyes; y (5) sólo se consideraron derechos expresamente garantizados, no derechos que podrían entenderse incorporados por vía de la interpretación, como podría suceder, por ejemplo, con el derecho fundamental al agua, el cual es omitido por la Constitución colombiana, pero que podría desprenderse de algunos de sus preceptos⁹⁴⁹.

De la observación del cuadro, se puede señalar lo siguiente:

- a) Se puede evidenciar un aumento constante en el número de derechos protegidos en estas constituciones latinoamericanas, a partir del PIDESC. La única excepción es el caso de Chile, cuya Constitución sólo protege 8 de los 19 derechos contemplados en el Pacto, a los cuales debe agregarse el derecho a vivir en un medio ambiente sano, no contemplado en el PIDESC.
- b) Con la aprobación de la Constitución colombiana, el número de derechos aumenta considerablemente, ya que protege 21 derechos. Esto se explica porque esta Constitución, como ya se señaló es la que trae a Hispanoamérica (uso esta expresión para excluir a Brasil) el Estado Social de Derecho, lo que provoca una mayor atención a los derechos sociales.

⁹⁴⁹ Sobre ello, véase: Sutorius, Mies y Rodríguez, Sonia, *La fundamentalidad del derecho al agua en Colombia*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad del Externado, Bogotá, número 735, julio-diciembre, 2015, pp. 243-265, pp. 485-486, p. 248.

- c) Las Constituciones de Venezuela, Bolivia y Ecuador contemplan un número muy similar de derechos garantizados (26, 29 y 30, respectivamente). El aumento, en relación con la carta colombiana aparece en la parte más baja del cuadro, la cual representa la emergencia de derechos dirigidos a grupos vulnerables (mujeres embarazadas, niños, niñas, adolescentes, ancianos, etc.)
- d) Por lo tanto, es posible concluir que el NCLAD no representa una transformación radical en cuanto al número de derechos protegidos. En otras palabras, si el catálogo de derechos en la CPB y la CPE es extenso, no es fruto de una transformación sustancial introducida por Bolivia y Ecuador, sino que se debe a dos factores: (i) la recepción del Estado Social de Derecho a partir del modelo colombiano; y (ii) la mayor preocupación por grupos vulnerables.

Cuadro N° 1:

Los derechos sociales en el PIDESC y en cinco Constituciones latinoamericanas vigentes

Derecho	PIDESC 1966	Constitución Chile 1980	Constitución Colombia 1991	Constitución Venezuela 1999	Constitución Ecuador 2008	Constitución Bolivia 2009
Al trabajo	Art. 6.1	---	---	Art. 87	Art. 33	Art. 46
Condiciones salariales justas	Art. 7.a.i	Art. 19.6	Art. 53	Art. 91	Arts. 33 y 328	Art. 46
Condiciones salariales suficientes	Art. 7.a.ii	---	Art. 53	Art. 91	Art. 328	Art. 46
Descanso	Art. 7.d	---	Art. 53	Art. 90	---	Art. 49.II
Sindicalización	Art. 8.1.a	Art. 19.19	Art. 39	Art. 95	Art.326.7	Art. 51
Huelga	Art. 8.d	---	Art. 56	Art. 97	Art. 326.14	Art. 53
Seguridad social	Art. 9	Art. 19.8	Art. 48	Art. 86	Art. 34	Art. 45
Negociación colectiva	---	---	Art. 55	Art. 96	Art. 32.13**	Art. 49
Protección de la maternidad en el trabajo	Art. 10.2	---	Art. 53	Art. 76	Art. 332	Art. 49
Alimentación	Arts. 11.1 y 11.2	---	Arts. 43, 44, 46***	---	Art.13	Art. 16.I
Vestido	Art. 11.1	---	---	---	Art. 66.2	---
Vivienda	Art. 11.1	---	Art. 51	Art. 82	Art. 30	Art. 19
Hábitat	---	---	---	Art. 82	Art. 31	Art. 19
Ciudad	---	---	Art. 322*	---	Art. 31	---
Medio ambiente sano	---	Art. 19.8	Art. 78	Art. 127*	Art. 14	Art. 33
Agua	---	---	Art. 366*	Art. 127*	Art. 12	Arts. 16.1 y 20

	PIDESC 1966	Chile 1980	Colombia 1991	Venezuela 1999	Ecuador 2008	Bolivia 2009
Recreo/deporte	---	---	Art. 52	Art. 111	Arts. 24 y 381-383	Arts. 104 y 105
Salud	Art. 12	Art. 19.9	Art. 49	Art. 83	Arts. 32, 50, y 35 a 45	Arts. 18 y 35
Educación	Arts. 13.1 y 13.2	Art. 19.10	Art. 67	Art. 102	Arts. 26 a 29	Arts. 17, y 77 a 97
Elección establecimiento educativo	Art. 13.3	Art. 19.11	Art. 68	---	Art. 29	Art. 88.II
Participar en la vida cultural	Art. 15.1.a	---	Art. 70	Art. 101	Arts. 21 y 23	Art. 98.III*
Derechos de autor	Art. 15.1.c	Art. 19.25	Art. 61	Art. 98	Art. 22	Art. 102
A la propiedad	---	Art. 19.23	Arts. 60 y 64	---	Art. 66.26	Art. 56
Protección a la familia	Art. 10.1	Art. 1°*	Art. 42	Art. 75	---	Art. 62
Embarazo/mujeres embarazadas	---	---	Art. 43	Art. 76	Art. 43	Art. 45
Niñas, niños y adolescentes	---	---	Arts. 44 y 45	Art. 78	Arts. 44-46	Arts. 58-61
Ancianidad o tercera edad	---	---	Art. 46	Art. 80	Arts. 36 a 38	Art. 67-69
Discapacidad	---	---	Art. 47	Art. 81	Arts. 47-49	Art. 70-72
Jóvenes	---	---	Art. 45	Art. 79	Art. 39	Arts. 58-61
Privados de libertad	---	---	---	Art. 272*	Art. 51	Arts. 73, 74
Migrantes	---	---	---	---	Art.40	---
Usuarios y consumidores	---	---	Art. 78*	Arts. 113 y 177*	Arts. 52-55	Arts. 75-76

*= establecido como deber **= establecido como "contratación colectiva" ***= derecho garantizado a ciertas personas

No obstante ello, a nivel interno, la CPB y la CPE representaron cambios importantes en lo referente a los derechos sociales para las respectivas historias constitucionales de ambos países. En Bolivia, sobre todo, es posible constatar una mayor expansión de derechos sociales que en Ecuador, en relación con los anteriores textos a los actualmente vigentes.

Así, en el caso boliviano, la Constitución de 2004 contemplaba sólo 15 derechos, los cuales se elevan a los ya mencionados 29 derechos el año 2008. En Ecuador, el salto es menos notorio, ya que la Constitución de 1998 ya había entrado al modelo de Estado social, por lo que el aumento es de 24 a 30 derechos para el año 2009.

Cuadro N° 2:
Los derechos sociales en las Constituciones de Bolivia (2004, 2009) y Ecuador (1998, 2008)

DERECHO	Constitución Ecuador 1998	Constitución Ecuador 2008	Constitución Bolivia 2004	Constitución Bolivia 2009
Al trabajo	Art. 23.20	Art. 33	Art. 156	Art. 46
Condiciones salariales justas	Art. 35	Arts. 33 y 328	Art. 7.j	Art. 46
Condiciones salariales suficientes	Art. 35	Art. 328	Art. 7.j	Art. 46
Descanso	---	---	Art. 157.I	Art. 49.II
Sindicalización	---	Art.326.7	Art. 159.I	Art. 51
Huelga	Art. 35.10	Art. 326.14	Art. 159.II	Art. 53
Seguridad social	Art.55	Art. 34	Arts 7.k y 158.II	Art. 45
Negociación colectiva	Art.35.12**	Art. 32.13**	---	Art. 49
Protección de la maternidad en el trabajo	---	Art. 332	Art. 53*	Art. 49
Alimentación	Art. 23.20	Art.13	---	Art. 16.I
Vestido	Art. 23.20	Art. 66.2	---	---
Vivienda	Art. 23.20	Art. 30	---	Art. 19
Hábitat	---	Art. 31	---	Art. 19
Ciudad	---	Art. 31	---	---
Medio ambiente sano	Art.23.6	Art. 14	Art. 79	Art. 33
Agua	Art. 23.20	Art. 12	---	Arts. 16.I y 20
Recreo/deporte	Art.82	Arts. 24 y 381-383	---	Arts. 104 y 105
Salud	Arts. 42 a 46	Arts. 32, 50, y 35 a 45	Art. 7.a	Arts. 18 y 35
Educación	Arts. 66 a 79	Arts. 26 a 29	Art. 7.c	Arts. 17, y 77 a 97
Elección establecimiento educacional por los padres	Art. 67	Art. 29	---	Art. 88.II
Participar en la vida cultural	Art. 23.22	Arts. 21 y 23	---	Art. 98.III*

	Ecuador 1998	Ecuador 2008	Bolivia 2004	Bolivia 2009
Derechos de autor	Art. 30	Art. 22	---	Art. 102
A la propiedad	Art. 23.23	Art. 66.26	---	Art. 56
Protección a la familia	Art.37*	---	Art. 42*	Art. 62
Embarazo/ mujeres embarazadas	Art.37*	Art. 43	---	Art. 45
Niñas, niños y adolescentes	Arts. 58 a 62	Arts. 44-46	Art. 44	Arts. 58-61
Ancianidad o tercera edad	Art. 54	Arts. 36 a 38	Art. 46*	Art. 67-69
Discapacidad	Art. 53	Arts. 47-49	---	Art. 70-72
Jóvenes	---	Art. 39	---	Arts. 58-61
Privados de libertad	---	Art. 51	---	Arts. 73, 74
Migrantes	---	Art.40	---	---
Usuarios y consumidores	Art. 92	Arts. 52-55	Art. 78	Arts. 75-76

* = establecido como deber

**= establecido como “contratación colectiva”

De acuerdo con lo señalado, es posible extraer algunas conclusiones importantes:

Primero, la llegada del constitucionalismo social a Hispanoamérica trajo consigo un considerable aumento de derechos sociales a las Cartas Fundamentales. Así se comprueba con la notable diferencia que existe entre Chile, por un lado, y Colombia (y las cartas posteriores) por el otro.

Segundo, las Constituciones de Bolivia y Ecuador no son del todo novedosas en el contexto del derecho comparado latinoamericano, pues no son las primeras en contemplar catálogos extensos de derechos sociales.

Tercero, sin embargo, lo innovador de ambos textos es que, junto con el de Venezuela, constitucionalizan derechos dirigidos a proteger a personas pertenecientes a grupos vulnerables, lo cual es una concreción del principio de igualdad material⁹⁵⁰.

Cuarto, otro aspecto distintivo de las Constituciones boliviana y ecuatoriana es el sentido que a estos derechos les otorgan las cartas en comento. La resignificación de los derechos sociales que se analizó algunas páginas atrás permite visualizar que los derechos sociales son importantes para el NCLAD más que por consideraciones cuantitativas, por el sentido que ellos tienen para el modelo.

⁹⁵⁰ Al respecto, véanse: Salgado, Judith, *Derechos de Personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador*, en Andrade, Grijalva y Storini (editores), *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, Quito, 2009, pp. 137-155; y Noguera Fernández, Albert, *La apuesta constitucional por la justicia social: los derechos sociales y económicos en el modelo boliviano de 2009*, en Viciano y Storini (editores), *Innovación y continuidad en el modelo constitucional boliviano de 2009*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.155-180.

Y, quinto, finalmente, además de su resignificación, el rol descolonizador de los derechos sociales en el NCLAD queda reflejado por la transformación que producen los textos constitucionales en la historia constitucional interna de Bolivia y Ecuador, toda vez que ninguna constitución anterior había contemplado listados tan extensos y generosos de estos derechos como estos últimos.

4.3.Las garantías judiciales de los derechos sociales en el NCLAD

Es necesario, para aproximarse adecuadamente a las garantías judiciales de los derechos sociales, recordar los principios de interdependencia y de misma jerarquía que rigen en las Constituciones ecuatoriana y boliviana. Coherente con ellos, ambas Constituciones contemplan idénticos instrumentos procesales para proteger tanto a los derechos civiles, como a los derechos sociales.

También debe tenerse presente que, por cierto, las garantías judiciales no son las únicas garantías de los derechos que contemplan ambas Cartas fundamentales. Claudia STORINI menciona las diferentes garantías que se encuentran en ambas Constituciones, como son: (a) el procedimiento agravado de reforma constitucional (art. 441 CPE, y art. 411 CPB); (b) la reserva de ley ordinaria en el caso de Bolivia y orgánica en el de Ecuador para la regulación de los derechos constitucionales (arts. 132 y 133 CPE, y art. 109.II CPB); (c) la vinculación directa de todos los poderes públicos, sin necesidad de desarrollo legislativo previo (art. 11.3 CPE, y art. 410 CPB); (d) la previsión de un procedimiento preferente y sumario para la protección jurisdiccional de todos los derechos, de una reparación integral y de instrumentos para garantizar el efectivo cumplimiento de la sentencia o resolución (art. 86 CPE; y arts. 128 y siguientes CPB); y (e) la previsión de unas acciones en garantías de determinados derechos que el constituyente de Ecuador define como de protección, de hábeas corpus, de hábeas data, por incumplimiento y de acceso a la información pública (arts. 88 y siguientes CPE), y el de Bolivia como de libertad, de protección de privacidad, popular y de cumplimiento (arts. 125 y siguientes CPB).

Si se atiende exclusivamente a las garantías judiciales, la misma autora destaca que en ambas Constituciones, es posible distinguir tres tipos de acciones:

- a) Garantías jurisdiccionales que protegen todos los derechos: la acción de protección y acción extraordinaria de protección en Ecuador; y el amparo constitucional y acción popular en Bolivia. Aun cuando STORINI no la menciona, también deben incluirse las acciones “por incumplimiento” (CPE) o “de cumplimiento” (CPB).
- b) Acciones que protegen derechos concretos, a las que llama acciones especiales, como: la acción de hábeas corpus o acción de libertad en la Constitución boliviana, y el hábeas data o acción de protección de privacidad.
- c) Medidas cautelares (art. 87, CPE), así como en el caso boliviano la posibilidad del Tribunal Constitucional de revisar las acciones de libertad, amparo constitucional, protección de privacidad, popular y de cumplimiento⁹⁵¹.

Por último, también será importante señalar que, si bien sustancialmente no hay mayores diferencias entre Ecuador y Bolivia, es posible advertir que en Ecuador se distingue entre acciones

⁹⁵¹ Storini, Claudia, *Derechos y garantías en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, en Storini y Alenza (directores), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 61-83, pp. 76-77, Viciano y Martínez, *El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, op. cit., pp. 109-146.

ordinarias y extraordinarias, mientras que Bolivia no realiza tal diferencia y todas sus acciones constitucionales protectoras de derechos son ordinarias.

Como no existen acciones exclusivas para los derechos sociales, lo que corresponde es que se analicen las garantías jurisdiccionales que protegen todos los derechos, dentro de los cuales se encuentran, naturalmente, los sociales. A estas acciones las llamaré acciones genéricas.

En atención a que no está vinculado con este trabajo, se omitirá el análisis de las otras acciones constitucionales.

4.3.1. *Las garantías judiciales de los derechos sociales en la CPE*

La CPE contempla dos acciones genéricas, las cuales reciben por nombre acción de protección ordinaria y acción de protección extraordinaria. La diferencia sustancial entre una y otra es que la acción de protección ordinaria se tramita ante la justicia ordinaria, y la acción de protección extraordinaria, ante la Corte Constitucional. Además, se contempla una acción por incumplimiento, para aquellos casos en que, bajo ciertos supuestos, las normas internas no desarrollen debidamente los derechos.

a) La acción de protección ordinaria en la CPE

Es el art. 88 de la CPE el que establece esta acción⁹⁵², pero a su vez, se rige por las disposiciones comunes a todas las garantías jurisdiccionales de los arts. 86 y 87.

En general, se trata de un procedimiento desformalizado y oral, aun cuando la acción pueda presentarse oralmente o por escrito. Para su interposición no será necesaria formalidad alguna, ni siquiera será necesario citar la norma infringida. Finalmente, se dispone que el procedimiento que establezca la ley deberá ser “sencillo, rápido y eficaz”, y no se aplicará ninguna norma procesal que tienda a retardar su ágil despacho (art. 86, numeral 2).

Otra característica que se debe mencionar es que es una acción que intenta facilitar a las personas el acceso a la justicia. Por ejemplo, el órgano competente será el juez o jueza del lugar en el que se origina el acto u omisión o donde se produzcan los efectos. En segunda instancia, conocerán las Cortes Provinciales de Justicia (art. 86, numeral 2).

Ramiro ÁVILA destaca que, a diferencia de la acción de amparo que existía bajo la Constitución de 1998, en la protección ordinaria, la titularidad o legitimación activa es muy amplia. En efecto, la anterior acción solo podía ser interpuesta por el afectado, lo cual era señal de un modelo liberal-individualista. En cambio, la nueva acción de la Constitución de 2008 es abierta, *actio popularis*, lo cual demuestra un régimen garantista. En efecto, el art. 86, numeral 1 señala que “[c]ualquier persona,

⁹⁵² Art. 88 CPE: “ La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.

grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución”⁹⁵³.

Es importante consignar la amplitud en la titularidad de esta acción, puesto que los derechos sociales obedecen en la mayoría de los casos, a políticas públicas que afectan o benefician a una generalidad de personas, lo que hace suponer que su defensa jurisdiccional debiera obedecer a criterios, como dice ÁVILA, más garantistas que individualistas. Al respecto, NAVAS y STORINI señalan que esta fórmula de extensa titularidad responde “al modelo amplio de reconocimiento material e igualitario de los derechos constitucionales justiciables, como son los derechos del buen vivir o *sumak kawsay* (derechos económicos, sociales y culturales) y los derechos de la naturaleza”. Es por este motivo, por el cual hubo que reconocer “la *legitimatío ad causam* a cualquier persona para promover la acción de protección, porque toda persona podría estar potencialmente afectada frente a un acto lesivo relacionado con un derecho de tipo social, por ejemplo”⁹⁵⁴.

La causal por la cual se puede entablar la acción también es amplia, tanto que precisamente es útil para la protección de derechos sociales. El art. 88 dispone que procede “cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones”. Si se advierte, es una acción que no restringe los derechos, sino que es hábil para la defensa de la totalidad de los derechos contemplados en el texto constitucional: civiles, políticos, sociales, individuales, colectivos, de las personas, de la naturaleza, etc.

Ese mismo artículo fija la legitimidad pasiva, ya que fija en contra de quién se puede deducir esta acción:

- contra cualquier autoridad pública no judicial: la exclusión de las conductas de los jueces se explica porque para ese fin existe la acción extraordinaria de protección;
- contra políticas públicas que supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y
- contra una persona particular, (i) si la violación del derecho provoca daño grave, (ii) si presta servicios públicos impropios, (iii) si actúa por delegación o concesión, o (iv) si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

Como ya se indicó, la acción se tramita a través de audiencias orales. Al término de ellas, el juez deberá dictar sentencia.

En el evento que se constate vulneración de derechos, el Tribunal así deberá declararlo, ordenando la reparación integral, material e inmaterial, especificando e individualizando las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.

Por su parte, si un funcionario público no cumpliera la sentencia o la resolución, el juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de su responsabilidad civil o penal. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o la resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley.

⁹⁵³ Ávila Santamaría, Ramiro, *Del amparo a la acción de protección jurisdiccional*. En *Revista Ius*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., Año V, Número 27, enero-febrero, Puebla, 2011, pp. 95-125.

⁹⁵⁴ Storini, Claudia y Navas Alvear, Marco, *La acción de protección en Ecuador*. Realidad jurídica y social. Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, p. 120.

Finalmente, se dispone expresamente que los procesos judiciales solo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución, lo cual da cumplimiento al principio de eficacia de las acciones protectoras de derechos⁹⁵⁵.

b) La acción extraordinaria de protección en la CPE

La existencia de la acción extraordinaria de protección suple la situación excepcional en la que, bajo el estatuto de la acción ordinaria, habían quedado las resoluciones judiciales.

Efectivamente, se debe recordar que la acción ordinaria procede, entre otros casos, por “una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial”, dejando expresamente fuera de su ámbito de competencia a las conductas que pudiesen provenir de Tribunales.

Es el art. 94 de la CPE el que regula la acción extraordinaria⁹⁵⁶, disponiendo que procede “contra sentencias o autos definitivos”. A su vez, estos actos deben haber significado violación de los derechos reconocidos por la Constitución “por acción u omisión”.

Por cierto que esta acción puede ser interpuesta, incluso, en contra de sentencias o autos definitivos dictados por el tribunal ordinario de la mayor jerarquía en el ordenamiento ecuatoriano, como es la Corte Nacional de Justicia, motivo por el cual el conocimiento de este recurso se sustrae de las atribuciones de la justicia ordinaria, y se entrega a la Corte Constitucional.

Finalmente, se debe acotar que, para que proceda este recurso, quien lo deduzca debió haber “agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal”. Excepcionalmente este requisito no será exigible cuando “la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado”.

Parte de la doctrina ha criticado la existencia de esta acción⁹⁵⁷, ya que lo que ha ocurrido en algunos casos es que, por esta vía, se ha pretendido generar un medio de impugnación adicional de sentencias, fuera de la justicia ordinaria, desnaturalizando el objetivo de la acción extraordinaria entendida como una acción protectora de derechos. Sin embargo, los inconvenientes que puedan darse en la aplicación de esta acción no le resta relevancia en el esquema constitucional ecuatoriano, como herramienta que sirve para hacer efectiva la vigencia de todos los derechos constitucionales, especialmente en relación con todos los órganos estatales.

c) La acción por incumplimiento en la CPE

La regulación de los derechos sociales, en general, tiene dos características importantes. En primer lugar, suele tratarse de derechos que tienen una vasta regulación (internacional, constitucional,

⁹⁵⁵ Storini, op. cit., p. 138.

⁹⁵⁶ Art. 94.- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

⁹⁵⁷ Bustamante Romoleroux, Francisco, *La acción extraordinaria de protección*, en Benavides, Jorge y Escudero Jhoel (coordinadores), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 139-158.

legal, etc.). Y además, son derechos que quedan meramente enunciados por las normas superiores (tratados, constitución), y que requieren de la ley para su configuración y desarrollo.

Producto de aquello, se generan diferentes niveles de adecuación normativa en relación con estos derechos.

Un primer nivel de adecuación se refiere a la obligación de que los Estados actualicen su ordenamiento interno (inclusive su Constitución) de modo de hacerlo compatible con las normas del derecho internacional. Respecto de los derechos sociales, este deber deriva de lo dispuesto en el art. 2.1 del PIDESC⁹⁵⁸. Para el debido cumplimiento de estas obligaciones, el Derecho Internacional prevé la existencia de organismos tales como Comisiones y Cortes que pueden hacer recomendaciones, elaborar informes e, incluso, condenar a los Estados, según el caso, en caso de incumplimiento.

El segundo nivel corresponde a la concreción que los órganos con competencias normativas infraconstitucionales (el legislador, el ejecutivo) deben realizar de las normas constitucionales que garantizan los derechos sociales. Por eso se considera que estos derechos pueden ser entendidos como “normas de organización”, ya que buscan conferir al legislador la competencia para garantizar normativamente un modelo económico-social de la colectividad⁹⁵⁹. En definitiva, hay que tener presente que sin la actividad del legislador, los derechos sociales quedan sólo como declaraciones de principios o normas programáticas, toda vez que no se produciría su necesaria concreción en políticas públicas específicas ni en mecanismos de acción real para las personas.

Es en este sentido que cobra importancia una nueva acción, creada el año 2008 por la CPE, como es la acción por incumplimiento (arts. 93 y 436 numeral 5). Esta acción busca, en general hacer efectivos los mandatos constitucionales e internacionales en el ordenamiento interno. Para la presente investigación, esta acción será especialmente importante en lo relativo a la recepción de los mandatos internacionales y constitucionales relativos a los derechos sociales.

En específico, la citada disposición menciona que este instituto procesal tiene por objeto garantizar: (a) la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, y (b) el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos. En ambos casos, es necesario que la norma o decisión respectiva “contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible”.

El conocimiento de esta acción corresponderá a la Corte Constitucional.

El profesor Pablo MOYA ha destacado esta acción especial porque permite materializar medidas dirigidas a personas y grupos de atención prioritaria. En especial, se refiere a las personas con discapacidad, para lo cual, el art. 48 de la CPE ha dispuesto que el Estado deberá adoptar medidas que les aseguren una serie de derechos que allí se enuncian. Sobre este particular, MOYA ha señalado que la acción por incumplimiento puede servir para resolver aquellos casos donde por “criterios errados o negligencia de autoridades de turno ha impedido que personas o grupos vulnerables vean cumplidas materialmente sus medidas de acción prioritarias”⁹⁶⁰.

⁹⁵⁸ PIDESC: Art. 2.1: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

⁹⁵⁹ Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, op. cit., p. 185.

⁹⁶⁰ Moya Carrillo, Pablo, *La acción por incumplimiento: garantía idónea de las personas y grupos de atención prioritaria*, en Benavides, Jorge y Escudero Jhoel (coordinadores), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 203-214, p. 208.

d) Otras acciones de la CPE

Sin perjuicio de las tres acciones ya mencionadas, es necesario hacer presente otras alternativas procesales las cuales, si bien no fueron concebidas como garantías judiciales de derechos, igualmente pueden ser útiles para la protección de derechos sociales. Me refiero, específicamente, a las acciones que pueden entablarse ante la Corte Constitucional en el marco del control de constitucionalidad de las leyes.

Es el caso, por ejemplo, lo referido a: la interpretación de la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos (art. 436, numeral 1); el conocimiento de acciones públicas de inconstitucionalidad, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado (art. 436, numeral 2); conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública (art. 436, numeral 4); el conocimiento de la acción por incumplimiento (art. 436 numeral 5); expedir setecnoias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de ls acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales (art. 436 numeral 6); declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional (art. 436, numeral 10).

En atención a las limitaciones del presente trabajo, sólo serán mencionadas, pero no es posible desarrollarlas.

4.3.2. Las garantías judiciales de los derechos sociales en la CPB

A diferencia de lo que ocurre con el caso ecuatoriano, la CPB solo prevé acciones ordinarias para la defensa de los derechos, incluidos los derechos sociales. No contempla, en cambio, acciones extraordinarias que hayan sido creadas exclusivamente para casos de vulneraciones causadas por resoluciones judiciales.

Así lo anota, STORINI cuando señala que en la actual Constitución boliviana “el constituyente ha mantenido el sistema vigente en la anterior Constitución, es decir, un sistema basado exclusivamente en unas acciones ordinarias ante cualquier juez o tribunal competente”, ya sea en garantía de todos los derechos (como el amparo constitucional) o de algunos derechos en concreto (como las acciones de libertad o de protección de privacidad)⁹⁶¹.

Con esto no se quiere decir que el Tribunal Constitucional Plurinacional carezca de competencia para el conocimiento de acciones constitucionales protectoras de derechos, ni tampoco debe asumirse que los actos judiciales carezcan de control en caso de afectación de derechos. Por el contrario, el amparo constitucional permite, en ciertos casos, la participación del órgano encargado del control de constitucional y admite, además, su interposición en contra de resoluciones judiciales.

Las acciones aplicables a derechos sociales serán, por lo tanto, la acción de amparo y la acción de cumplimiento.

⁹⁶¹ Storini, Claudia, *Las garantías de los derechos en la Constitución boliviana de 2009: más continuismo que cambio*, en Viciano y Storini (editores), *Innovación y continuismo en el modelo constitucional boliviano de 2009*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.181-201, p. 194.

a) La acción de amparo constitucional

La acción de amparo constitucional es el equivalente jurídico a lo que, en Ecuador, es la acción ordinaria de protección de derechos constitucionales. Sin embargo, hay aspectos en los que se diferencian.

El art. 128 dispone que esta acción tendrá lugar en caso de actos u omisiones “que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”. Como se advierte, los derechos protegidos no son solo los protegidos en la Carta Fundamental, sino también los asegurados a nivel legal, lo cual, desde ya, marca diferencia con la protección ordinaria ecuatoriana. Debe tenerse presente que, al existir en la CPB la Acción de protección de privacidad (arts. 130 y 131) y la Acción de libertad (arts. 125 a 127), el amparo no será la vía idónea para impugnar actos u omisiones que afecten los derechos protegidos por estas otras acciones⁹⁶², lo cual se puede deducir de lo dispuesto en el art. 129.I, que señala que procederá el amparo “siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados”.

Este acto u omisión debe provenir ya sea de “servidores públicos” o “de persona individual o colectiva”. La expresión “servidor público” corresponde a las “personas que están al servicio de la sociedad, son rentados por el Estado, y desempeñan funciones en sus diferentes entidades: nacionales, autónomas, regionales o municipales”⁹⁶³. Incluso, es procedente cuando las sentencias “hayan alcanzado la aparente calidad de cosa juzgada”⁹⁶⁴

Por lo tanto, esta acción se puede presentar en contra de autoridades judiciales (jueces), lo cual nuevamente marca una diferencia con la protección ordinaria ecuatoriana, que las exceptúa expresamente.

En relación con las “personas individuales o colectivas”, no se advierte motivo alguno para acoger lo propuesto por QUIROZ y LECOÑA, quienes señalan que deben detentar “otra clase de poder”. Al no existir norma constitucional que así lo exponga, lo correcto es señalar que es legitimado pasivo cualquier sujeto particular, se ubique o no en una situación de poder⁹⁶⁵.

La acción se interpondrá “por la persona que se crea afectada, por otra a su nombre con poder suficiente o por la autoridad correspondiente de acuerdo con la Constitución”, dispone el art. 129.I. Tal como se aprecia, no se trata de una acción popular, sino que sólo es titular el aparentemente afectado, ya sea personalmente o representado. Nuevamente, esta acción dista de la ecuatoriana, la cual es, como se revisó, popular.

Conocerá de esta acción, “cualquier juez o tribunal competente”. La referencia a lo “competente” se refiere exclusivamente a factores territoriales, los cuales quedarán definidos por la ley.

Luego de recibir el informe que se solicitará a la autoridad o persona demandada, se pronunciará la resolución final en audiencia pública. Si no el evacúa el informe, se dictará sentencia

⁹⁶² Lecoña Camacho, Claudia y Quiroz Quispe, Jorge, *Manual de procesos constitucionales*, Quiroz & Lecoña, La Paz, 3ª. ed., 2012, p. 46.

⁹⁶³ Ídem, p. 18.

⁹⁶⁴ Arias López, Boris, *La acción de amparo constitucional en el “estado de transición constitucional” boliviano*. En *Revista Ius*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., Año V, Número 27, enero-febrero, Puebla, 2011, pp. 37-53, p. 44.

⁹⁶⁵ Ídem, p. 50.

“sobre la base de la prueba que ofrezca la persona accionante”. En caso de encontrar cierta y efectiva la demanda, concederá el amparo solicitado (art. 129.IV).

Finalmente, se debe indicar que la decisión que se emita deberá elevarse, de oficio, en revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la emisión del fallo, conforme lo dispone el art. 129.IV. La revisión no impedirá la aplicación inmediata y obligatoria de la resolución (art. 202, numeral 6).

La decisión final deberá ser ejecutada inmediatamente por quien corresponda y sin observación. En caso de resistencia, se procederá de acuerdo a lo señalado en la Acción de libertad, vale decir, se comunicará al Ministerio Público para el procesamiento penal y, en caso de que sea un autoridad judicial, quedará sujeta a sanción, de conformidad con la Constitución y la ley (arts. 129.V y 127.II).

b) La acción de cumplimiento en la CPB

La acción de cumplimiento se encuentra regulada en el art. 134 CPB, y procede en caso de incumplimiento de “incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida” (art. 134.I).

El constituyente boliviano ha optado por un camino diferente al utilizado en el caso ecuatoriano. Si en Ecuador, lo que se pretende es obtener el cumplimiento de deberes internacionales y constitucionales, en el caso boliviano, lo que se busca es la obediencia y aplicación de normas constitucionales y legales.

Nuevamente, al igual que en el amparo, esta acción no es popular, sino que sólo podrá ser interpuesta por la persona individual o colectiva afectada o por otra a su nombre con poder suficiente. Su conocimiento corresponderá al juez o tribunal competente, y se tramitará de la misma forma que la acción de amparo constitucional (art. 134. II).

La resolución también será pronunciada en audiencia pública, recibido el informe del demandado –o con las pruebas del demandante, si no se hubiere evacuado oportunamente– y será elevada de oficio, en revisión al Tribunal Constitucional Plurinacional en un plazo de 24 horas, sin que por ello se suspenda su ejecución (arts. 134.III y 134.IV).

c) Otras acciones de la CPB

La CPB también prevé, al menos, otras dos acciones que podrían ser útiles para la defensa de los derechos sociales, pero que por las limitaciones propias de este trabajo, sólo serán mencionadas.

Un primer caso es la acción de inconstitucionalidad concreta y abstracta en contra de cualquier norma jurídica contraria a la Constitución, de conocimiento del Tribunal Constitucional Plurinacional (arts. 132, 133 y 202.1).

Otra acción es la Acción Popular de los arts. 135 y 136 dirigida a proteger derechos e intereses colectivos. Esto es importante, por cuanto algunos de los derechos sociales tienen estas características (por ejemplo, los derechos de personas y grupos vulnerables). Se requiere que esta vulneración provenga de un acto u omisión de una autoridad o persona individual o colectiva, que viole o amenace estos derechos, siempre que estén relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de naturaleza similar reconocidos por la Constitución. Se tramitará de acuerdo al procedimiento establecido para la Acción de Amparo Constitucional.

CONCLUSIONES

1.- El constitucionalismo político puede ser entendido como aquel modelo o diseño de la relación existente entre el poder y la población de un Estado, cuyo objetivo principal es obtener el respeto y protección de los derechos fundamentales a través de las herramientas establecidas en un sistema constitucional orientado a ese efecto.

La expresión “constitucionalismo” es una expresión polisémica. Puede ser utilizada, al menos, en dos sentidos: en un sentido jurídico y en un sentido político. En su sentido jurídico, se alude a la particular posición que ocupa la constitución dentro del ordenamiento jurídico de un Estado y a los mecanismos dirigidos a protegerla. En su sentido político, en tanto, puede referirse en cuatro sentidos distintos: (a) como formas históricas de organización, caracterizadas por la existencia de límites al ejercicio del poder político; (b) como construcción intelectual, que se refiere a las teorías que construyen los autores en relación con la limitación del poder político y con el aseguramiento de la libertad; (c) como movimientos, en cuyo caso el constitucionalismo deja de ser una elaboración teórica sino que se refiere a aquellas reivindicaciones sociales dirigidas, también, a limitar el poder político y la conquista de ciertas libertades; y (d) como modelo ideal.

El constitucionalismo como modelo ideal (o simplemente “constitucionalismo” para efectos de este trabajo) corresponde a aquellos arquetipos o patrones que representan diseños ideales de organización política, y que buscan vincular al Estado con la población con miras a obtener el respeto y protección de los derechos fundamentales.

Se pretende que estos diseños, que pudieron haber nacido como construcción intelectual (como el neoconstitucionalismo) o a través de movimientos sociales (como el constitucionalismo democrático) queden jurídicamente normados en las respectivas constituciones. Aun así –al ser modelos ideales– pueden existir de modo abstracto, a pesar de que no siempre tengan consagración positiva, ni hayan sido aplicados en alguna época y lugar.

El constitucionalismo así entendido se relaciona con los derechos fundamentales ya que cada una de sus expresiones aparece históricamente como una reacción frente a ciertos riesgos o enemigos de los mismos. A partir de dichos riesgos, se identifican cuáles son específicamente los derechos amagados, por lo que se elaboran herramientas o instrumentos dirigidos a garantizarlos frente a tales amenazas. Esta relación entre riesgos, derechos y garantías se verifica en cada una de las cinco grandes tradiciones de constitucionalismo: el constitucionalismo liberal, el social, el democrático, el neoconstitucionalismo y el constitucionalismo popular.

Así, en primer término, el constitucionalismo liberal identifica como riesgo para los derechos al poder estatal y a las restricciones que este puede generar para las libertades individuales. En particular, los derechos amenazados por este poder son los derechos civiles, los derechos políticos (reducidos al derecho al sufragio), y la igualdad entendida como igualdad formal. Para asegurar estos derechos se establecen garantías tanto políticas como jurídicas. Dentro de las políticas se reconocen: la división del poder y el Estado legal o formal de Derecho. Dentro de las garantías jurídicas se hallan la positivación y protección judicial de los derechos.

El constitucionalismo social, en tanto, percibe que el riesgo de los derechos fundamentales no proviene de un ente concreto como es el Estado sino de una realidad histórica que afecta la vida

digna de las personas. Este riesgo, más abstracto y sin rostro concreto, es la pobreza y la desigualdad social. Frente a tales amenazas, los derechos protegidos por este constitucionalismo son los derechos sociales, entendidos como derechos que persiguen o se fundan en el principio de igualdad material. Para asegurarlos, también se establecen garantías políticas y jurídicas. La garantía política corresponde a la construcción del Estado social de Derecho, mientras que la garantía jurídica se referirá, principalmente, a la inclusión de los derechos sociales al catálogo constitucional. Aun cuando las acciones protectoras de derechos están asociadas con el constitucionalismo liberal, el constitucionalismo social aporta en este punto el derecho de acceso a la justicia como principio rector, que permite a cualquier persona poder accionar, sin que las limitaciones financieras puedan obstaculizarlo.

Para el constitucionalismo democrático, la amenaza a los derechos está representada por el elitismo político que concentra la toma de las decisiones políticas relevantes en un número reducido de personas que mantienen el control social. La democracia representativa es el vehículo a través del cual esta elite logra monopolizar el manejo del Estado, sin que las grandes masas de ciudadanos puedan actuar, si no es eligiendo a quienes serán sus autoridades. Los derechos protegidos por este constitucionalismo son los derechos políticos, pero a diferencia del constitucionalismo liberal, se refieren a derechos de participación. Para lograrlo, se establecen como garantías: la ampliación subjetiva del derecho a sufragio hasta lograr el sufragio universal; la ampliación objetiva de derechos políticos incorporando mecanismos de participación adicionales al sufragio; y el establecimiento del Estado democrático de Derecho.

En el neoconstitucionalismo, la amenaza a los derechos proviene del legislador, ya sea por abusos al dictar leyes que atenten en contra de estos derechos, o bien, por insuficiencias, derivadas de la omisión de la producción normativa suficiente para poder aplicar los derechos constitucionales. No existe una categoría material específica de derechos que se encuentren protegidos por este constitucionalismo, por lo que se ocupará de todos los derechos establecidos a nivel constitucional. Las garantías de estos derechos están representadas por una Justicia Constitucional fuerte que realice el control de constitucionalidad de la actividad legislativa, y la existencia de un Estado constitucional de Derecho.

Finalmente, el constitucionalismo popular nace como una reacción a la supremacía judicial como manifestación del elitismo constitucional, el cual supone que las constituciones tienen una única interpretación válida, que es la interpretación de los jueces. Los derechos protegidos por este constitucionalismo son, nuevamente los derechos de participación, especialmente en lo relativo a la aplicación e interpretación de la constitución. Las garantías que establece son: la eliminación o limitación del rol de la justicia constitucional, y algunas reformulaciones del Estado de Derecho, particularmente por una redefinición de las constituciones, como obras del pueblo y como instrumentos jurídicos que, más que limitar, permite que, a través de la democracia, la construcción de las decisiones futuras.

Así como se ha narrado, los diferentes modelos de constitucionalismo político obedecen a la regla señalada al comienzo: protegen a ciertos derechos frente a determinados riesgos o amenazas, a través de garantías diseñadas para este efecto.

2.- *A comienzos del Siglo XXI nace en América Latina una nueva forma de constitucionalismo, la cual puede ser denominada “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador”, que se identifica con las Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009).*

La historia del constitucionalismo político reconoce un hito novedoso en su evolución, que se refiere al fenómeno surgido a comienzos del Siglo XXI en algunos países latinoamericanos, que he denominado “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador” (NCLAD), y que es recogido por las Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

Para corroborar que, efectivamente, se trate de una nueva clase de constitucionalismo político, se puede advertir que se ajusta a cada una de sus cuatro acepciones. Así, el NCLAD es una nueva forma de organización, expresada a través de la refundación del Estado que lo transforma en un Estado plurinacional, basado, entre otros principios, en el buen vivir, y en el pluralismo cultural y jurídico.

Como construcción intelectual, se plantea como una fórmula vinculada en la descolonización, superando algunas teorías que lo asocian exclusivamente a un determinado ejercicio del poder constituyente. La consideración de la descolonización, y la superación del criterio de la génesis constitucional, permite definir con precisión por qué solo las Constituciones indicadas forman parte de este modelo.

Como movimiento social, el NCLAD es resultado de movilizaciones en Bolivia y Ecuador. En Bolivia, tienen un origen en el mundo indígena de los pueblos originarios a partir de 1990, quienes demandan exigencias de reconocimiento y de mayor participación en las decisiones estatales, las cuales desembocan en el primer presidente de origen aymara, Evo Morales Ayma en 2005 y en la formación de la Asamblea Constituyente en 2006, la cual elaboró la Constitución que fuera aprobada por la ciudadanía en enero de 2009. En Ecuador, en tanto, confluyen dos fuerzas políticas en las movilizaciones que se inician hacia 2008: por una parte los pueblos indígenas organizados por medio de algunas agrupaciones como la CONAIE y el Pachakutik, y también dan lugar a una Asamblea Constituyente que, entre 2007 y 2008, discutió el nuevo texto constitucional, aprobado mediante plebiscito en septiembre de 2008.

Como modelo, el NCLAD diseña un esquema dirigido a proteger ciertos derechos frente al fenómeno colonizador, lo que será desarrollado más adelante.

Se debe decir que este constitucionalismo es “nuevo”, no solo porque es reciente, sino porque introduce un elemento novedoso, como es el rol descolonizador de sus constituciones. Aun cuando se denomine “latinoamericano”, se encuentra circunscrito exclusivamente a las Constituciones antes señaladas de Bolivia y Ecuador, en atención a que han sido solo ellas las que han hecho suyo el rol descolonizador, expresándolo a través de una transformación de los Estados en plurinacionales, además de cambios importantes en materia de derechos fundamentales.

Lo relevante del NCLAD será su carácter descolonizador. Para ello, es posible comprobar que, después de la independencia de los países latinoamericanos, se ha instalado un nuevo colonialismo –un colonialismo contemporáneo– por el cual, la cultura/clase eurocéntrica ha construido una relación de hegemonía con las demás culturas/clases, especialmente la de los pueblos indígenas. Y no solo ello, sino que, por sobre todo, ha afectado severamente ciertos derechos fundamentales.

3.- *Los factores que cohesionan al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador son la resistencia a la hegemonía ejercida por el colonialismo contemporáneo y la protección de los derechos fundamentales de las personas y grupos afectados por la situación de subalternidad. Estas innovaciones condujeron, finalmente, a una transformación del sistema de derechos fundamentales.*

La relación de hegemonía, entendida en términos *gramscianos*, se caracteriza por la dominación intelectual y cultural de una clase sobre otra.

Esta situación se produce por medio del control cultural e ideológico que realiza la clase dominante sobre todas las ciencias, el Derecho, la religión, el arte, la filosofía. Lo que tal superioridad busca generar en las clases subordinadas es la convicción de que esta relación de dominio es irreversible, a pesar de su resistencia. La aceptación por parte de estas últimas de dicha relación hegemónica es lo que constituye su situación de *subalternidad*.

De esta manera, para poner término a esta relación hegemónica, debe intervenir o subvertirse todo el aparato ideológico, vale decir, los cimientos mismos de la dominación cultural.

La situación que ha vivido Latinoamérica, desde hace doscientos años a partir de las independencias nacionales, se ajusta al modelo hegemónico descrito por Gramsci: una cultura/clase (la occidental o eurocéntrica) ha logrado dominar a las demás culturas/clases, principalmente las indígenas, quienes no solo se han visto impedidas de ejercer el poder político de modo efectivo (pese a ser mayorías demográficas en muchos casos), sino que además han sufrido el sometimiento de sus manifestaciones culturales, sus ordenamientos, sus lenguas, sus formas económicas y de justicia.

En materia de derechos fundamentales, la referida colonización afectó de manera decisiva a tres categorías de derechos. En primer lugar, a los derechos culturales, en particular los de naturaleza colectiva, como el derecho de los pueblos a conservar sus manifestaciones culturales, sus ordenamientos jurídicos y sus sistemas de justicia.

También se ven afectados los derechos políticos, toda vez que el modelo imperante sólo permitía que una elite tomara las decisiones políticas principales para el país, manteniendo a la mayor parte sin posibilidades de participar en estos procesos. Dentro de esa misma categoría, los pueblos originarios también reclamaban espacios de participación política, pero, por sobre todo, demandaban el reconocimiento de su derecho a la libre determinación, completamente desconocido en las constituciones anteriores.

Finalmente, el modelo hegemónico también incide en el adecuado ejercicio de los derechos sociales, ya que el modelo económico asociado al sistema impuesto por la cultura/clase dominante había llevado a la población a tener graves dificultades para satisfacer su mínimo vital. Por ello, el antiguo constitucionalismo, o bien establecía un listado acotado de derechos sociales, o lo hacía de modo precario, vale decir, como subordinados a los demás derechos, sin las garantías judiciales suficientes para su protección, o bien, se garantizan, pero siempre bajo el paradigma de la cultura dominante.

Es aquí donde interviene esta nueva forma de constitucionalismo. En efecto, el propósito que persigue el NCLAD es doble: subvertir la colonización imperante en los países, e intervenir en el sistema de derechos fundamentales con el objeto de proteger aquellos derechos afectados por el fenómeno colonial.

Respecto del primero de estos propósitos, debe tenerse en cuenta, a manera de ejemplo, la declaración contenida en el Preámbulo de la Constitución boliviana (CPB) que señala “[d]ejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario”. En tanto, el Preámbulo de la Constitución ecuatoriana (CPE) apela a la condición de “herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo”.

Una primera manifestación de este plan descolonizador será la refundación de Ecuador y Bolivia en Estados Plurinacionales, entendidos como pactos interculturales, donde existe la voluntad política de construir y participar en un gobierno común que, reconociendo las diferencias culturales, las incorpore a sus instituciones. La plurinacionalidad será una forma de organización que supera las políticas de reconocimiento de los modelos multiculturales, donde sigue existiendo una cultura dominante que acepta ciertas manifestaciones de las culturas subalternas. En los Estados Plurinacionales las diferentes culturas intervienen en el Estado común, a través de instrumentos de participación que así lo aseguran.

Una segunda manifestación es la constitucionalización del principio de buen vivir o vivir bien. Este principio pertenece a la cosmovisión andina, y propone una forma de desarrollo y convivencia social de modo armónico con todo lo que nos rodea. Esta última idea se refiere a todo aquello que está en la naturaleza, pero también apela a una armonía entre las diferentes culturas, y entre las generaciones, la presente, las pasadas y las futuras. El buen vivir es un elemento descolonizador, toda vez propone una salida contrahegemónica a la visión reduccionista del desarrollo como crecimiento económico, proponiendo a cambio un modelo centrado en toda la comunidad de vida, que incluye a todos los seres humanos, pero también a todos los seres vivos.

El segundo propósito del NCLAD es, como se dijo, dar protección a aquellos derechos afectados por el fenómeno colonial.

Es en este último punto donde se aprecia con mayor nitidez el carácter de “nuevo constitucionalismo” del NCLAD. Es nuevo porque, a partir de la identificación de una amenaza, como es el colonialismo contemporáneo aún vigente, se dirige a proteger derechos fundamentales que habían sido desconocidos con anterioridad, a través de fórmulas novedosas de garantía.

Y, al mismo tiempo, es esto lo que comprueba la hipótesis que se plantea en este trabajo, como es que el NCLAD supone, efectivamente, una modificación en el sistema de derechos fundamentales, respecto de la evolución histórica del constitucionalismo moderno. Y lo hará, tanto profundizando algunos principios propios de estadios anteriores del constitucionalismo, como son por ejemplo las garantías relativas a los derechos de participación; pero también a través de nuevas categorías conceptuales, como los mencionados principios de plurinacionalidad y buen vivir, así como la consideración de los derechos de la naturaleza, la pluralidad lingüística y la resignificación de los derechos sociales.

4.- El NCLAD se ocupa de garantizar los derechos culturales de naturaleza colectiva, para lo cual reconoce a los pueblos como titulares de derechos; asimismo, reconoce sus manifestaciones culturales e incorpora el pluralismo jurídico como principio constitucional.

Al término de este trabajo, se puede concluir que la primera forma de modificar el sistema de derechos fundamentales, además de la introducción de los principios transversales relativos a la plurinacionalidad y el buen vivir, es a través de un reforzado sistema de garantías de los derechos culturales.

Si se puede decir que hay dos grandes categorías de derechos culturales: los de naturaleza individual (como el derecho a la educación o el derecho de las personas a participar de la vida cultural) y los de naturaleza colectiva (como el derecho de los pueblos a mantener sus culturas, lenguas, ordenamiento jurídico), claramente el NCLAD opera novedosamente respecto de estos últimos, sin que exista mayores cambios respecto de los primeros.

Para introducir estos cambios, se pudo acreditar que tanto la Constitución boliviana como la ecuatoriana reconocen a los pueblos originarios como sujetos de derecho, lo cual es, naturalmente el punto de partida para poder establecer derechos colectivos. Ambos textos constitucionales prevén títulos específicos dentro de su articulado destinados al reconocimiento de “Derechos de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos” (CPB) o de “Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades” (CPE).

Una de las manifestaciones culturales de estos pueblos –que son garantizadas por estas constituciones– se refiere al reconocimiento y respeto de los símbolos de los pueblos indígenas (gestas heroicas, concepciones religiosas, emblemas, etc.). También debe destacarse el reconocimiento de la diversidad lingüística, estableciendo el pluralismo lingüístico y una pluralidad de idiomas o lenguas oficiales.

Dos elementos importantes en materia de derechos culturales son el reconocimiento de la naturaleza como elemento fundamental para las culturas indígenas, y el establecimiento del pluralismo jurídico como principio fundamental.

El trato dado a la naturaleza por el NCLAD ha llevado que parte de la doctrina se refiera a este proceso como el “giro biocéntrico” del constitucionalismo latinoamericano. Como consecuencia del ecologismo de corte europeo, pero fundamentalmente a partir de la idea de buen vivir revisada anteriormente, se le da a la naturaleza una posición protagónica en las dos constituciones en análisis. Esta perspectiva alcanza su mayor notoriedad a partir del reconocimiento, en la CPE, de los derechos de la naturaleza o Pacha mama (“la naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”, señala el art. 10 de la CPE).

El reconocimiento del pluralismo jurídico es también una cuestión fundamental dentro del NCLAD. Esta es una cuestión de derechos, y no sólo de Derecho, ya que implica el reconocimiento de derechos culturales para los pueblos indígenas. Si bien otras constituciones (Guatemala, Colombia) habían reconocido el derecho de los colectivos a que se respeten sus ordenamientos jurídicos, siempre se hizo bajo la sujeción jerárquica a las leyes centrales. Lo destacable es que tanto la CPE como la CPB reconocen el derecho de los pueblos originarios a aplicar sus propias normas, principios y valores jurídicos. Aun cuando en ambos casos, se establece la sujeción del Derecho de los pueblos originarios a las constituciones nacionales, ello no afecta el principio de pluralismo, toda vez que aquellas constituciones fueron generadas a partir de procesos participativos donde aquellos pueblos originarios tuvieron activa participación. Lo más complejo en este punto será la naturaleza del órgano competente para revisar tal constitucionalidad. Sobre ello, la CPB cumple con un estándar pluralista,

toda vez que el Tribunal Constitucional Plurinacional está integrado por magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad y con representación tanto del sistema ordinario como del indígena originario campesino (art. 197.I de la CPB). Sin embargo, en el caso ecuatoriano, la Corte Constitucional establecida en la CPE no cumple con estos criterios de pluralismo, ya que sus miembros son elegidos de modo tradicional por el poder político de turno. El déficit ecuatoriano que se expresa por una Corte de conformación no pluralista podría llevar a que el control de constitucionalidad de las normas propias del Derecho indígena sea hecho con criterios tradicionales, occidentales, sin atender a las particularidades propias del mismo.

Del reconocimiento del pluralismo jurídico deriva, a su vez, dos consecuencias importantes: una transformación del Estado de Derecho y el reconocimiento de la justicia indígena.

Si el Estado legal de Derecho, o incluso el Estado constitucional de Derecho, implicaba a sujeción de gobernantes y gobernados a un ordenamiento jurídico común, entonces ello implicaba el sometimiento de todas las personas, independientemente su etnia o filiación cultural, a la cultura oficial que quedaba plasmada en las normas estatales. A partir de la constitucionalización del pluralismo jurídico, el Estado de Derecho deja de ser un factor de homogenización, toda vez que el carácter diverso de sus normas implica el sometimiento a una “constelación jurídica” como dice SANTOS, formada por el Derecho ancestral (internamente muy diverso, además) y el Derecho eurocéntrico.

De suma relevancia es, también, el reconocimiento de la justicia indígena en ambos países. Se dirá que esto no es novedoso, ya que es posible hallar jurisdicción indígena en otros ordenamientos (Guatemala, Nicaragua, Brasil, Colombia, Venezuela). Lo particular del NCLAD es que las autoridades de los pueblos originarios dotadas de competencias jurisdiccionales no quedan sometidas a la justicia ordinaria. Las Constituciones ecuatoriana y boliviana delegan a la ley común el deslinde de las materias que podrán ser conocidas por la jurisdicción indígena y la ordinaria.

5.- En materia de derechos políticos, el plan descolonizador se manifiesta a través de la generación de nuevas formas de participación política para toda la ciudadanía, además del establecimiento del derecho de libre determinación para los pueblos indígenas.

Una segunda modificación del sistema de derechos fundamentales opera en relación con los derechos políticos, los cuales sufrieron, como producto del fenómeno colonial, dos graves afectaciones.

Por una parte, la gran masa de ciudadanos se veía impedido de intervenir en la toma de decisiones políticas, producto de un sistema representativo donde las personas sólo elegían a las autoridades, sin que existiesen canales de participación directa. Si a eso se agrega que lo que se vivía en ambos países era una verdadera *partidocracia*, entonces el control político de la sociedad lo ejercía, finalmente, una elite blanca y eurocéntrica, la que además de todo, se había visto sacudida por escándalos de corrupción.

A su vez, los pueblos indígenas reclamaban para sí, el derecho a poder decidir asuntos relevantes para su autogestión, lo que se conduce a demandas por el reconocimiento de su derecho a la libre determinación, el cual no estaba reconocido por estas Constituciones.

Es así como el primer aporte del NCLAD en esta materia es el establecimiento de nuevas formas de participación política, asociadas a, justamente, un modelo propio de democracia participativa. Algunas de estas formas de participación son la iniciativa popular de ley, las diversas

formas de consulta, la fiscalización o control del poder público, la revocatoria de mandato y el derecho a la resistencia. Lo importante es que, a través de estos instrumentos, el ejercicio del derecho a la participación política conlleva a un mayor empoderamiento ciudadano, lo cual permite que los ciudadanos pueden ir adquiriendo poder político efectivo, y no meramente nominal, en la gestión del Estado. Esta es una forma, por lo tanto, de romper el cerco hegemónico generado en torno a los espacios de poder por parte de la clase/cultura dominante. La convicción en los ciudadanos de que pueden intervenir en las decisiones del Estado los saca de su situación de subalternidad y los acerca a condiciones de ciudadanía plena.

Finalmente, respecto de los pueblos indígenas, se reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos. Este derecho se construye a partir, tanto del influjo del Derecho Internacional, como de las exigencias internas de las comunidades que demandaban la posibilidad de decidir libremente sus asuntos internos. Este reconocimiento abre las puertas para una nueva garantía, como es el reconocimiento por las autonomías indígenas, y se refiere al derecho de autogobierno en sus territorios. El trato que le dan las Constituciones a estos derechos es complejo y fue desarrollado en esta investigación. Otra vez, en este punto, aparece el fenómeno descolonizador, pues con la garantía de estos derechos en beneficio de los pueblos originarios, se pone término a la hegemonía política existente en estos dos países.

6.- El NCLAD logra resignificar los derechos sociales, a través de su reconocimiento pleno y en igual jerarquía con los demás derechos, concibiéndolos dentro de un catálogo no taxativo, con una clara función descolonizadora y plurinacional.

La tercera modificación al sistema de derechos fundamentales está ligada con los derechos sociales. Si entendemos que estos derechos se fundamentan en la igualdad material, es evidente su profunda afectación bajo el modelo político imperante en América Latina. Este modelo, hegemónico y *eurocéntrico*, involucra la aplicación de un determinado sistema económico que, entre otras cosas, ha generado notables brechas de desigualdad social y, con ello, se han ocasionado graves dificultades para el ejercicio de los derechos sociales.

El plan descolonizador al que se ajusta el NCLAD, se ocupa de estos derechos, y lo hace de por tres vías: resignificando los derechos sociales, estableciendo un amplio catálogo constitucional de estos derechos y disponiendo un apropiado sistema de derechos fundamentales.

Probablemente, la primera de estas tres garantías sea la más importante. Resignificar los derechos implica darles un sentido innovador a estos derechos, aun cuando sean los mismos que existían con anterioridad. Este proceso es emancipatorio y contrahegemónico, ya que, a partir de los mismos enunciados, la ciudadanía y las culturas como nuevos actores políticos, deciden dar interpretaciones alternativas a las oficiales a estos derechos.

Tal resignificación se construye a partir de tres elementos fundamentales, a saber: (a) el reconocimiento pleno y en igual jerarquía en relación con todos los demás derechos; (b) la existencia de catálogos no taxativos de derechos sociales; y (c) el reconocimiento de una función descolonizadora y en lectura plurinacional de estos derechos. Conforme a estos tres elementos, puede concluirse que, a partir de este constitucionalismo, los derechos sociales dejan de estar epistémicamente subordinados a los derechos civiles y de ser una creación exclusiva de los Estados. Además, al entender que estos derechos tienen una función descolonizadora, se transforman en agentes transformadores de la sociedad, a través, por ejemplo, de una enseñanza multicultural y

descolonizadora o liberadora, o del reconocimiento de medicinas alternativas en los casos del derecho a la educación y del derecho a la salud, respectivamente.

Sobre el catálogo de derechos sociales, se pudo comprobar que la existencia de un listado amplio no es por obra exclusiva del NCLAD, sino que proviene más bien del constitucionalismo social allegado a la región con las constituciones colombiana y venezolana. No hay muchos derechos nuevos en estas Constituciones. Esta afirmación, sin embargo, tiene una salvedad, ya que se constitucionalizan por primera vez, una serie de derechos sociales dirigidos a personas pertenecientes a grupos vulnerables, como sucede con los derechos de los niños, niñas y adolescentes, personas en situación de discapacidad, ancianos y personas privadas de libertad.

Finalmente, la consideración de estos derechos como derechos de la misma jerarquía que los demás, incide también en que queden protegidos por las mismas garantías que todos los otros derechos. Las acciones que cuyo objeto es brindar la protección de los afectados (acción de protección ordinaria en Ecuador, y acción de amparo en Bolivia) no están tratadas del mismo modo en ambos países, y es posible apreciar diferencias procesales relevantes.

Sí merece ser observada la “acción por incumplimiento” o “acción de cumplimiento” en Ecuador y Bolivia, respectivamente. Estas acciones buscan que los tribunales competentes ordenen a los órganos respectivos dictar las normas que sean necesarias para la aplicación y el ejercicio de los derechos. Esta acción es importante ya que los derechos sociales requieren de un alto rol del legislador para poder desarrollar y configurar plenamente estos derechos. Muchas veces, la falta de estas leyes dificulta o imposibilita el ejercicio de los derechos sociales. Esta acción buscará forzar la regulación de derechos, ante omisiones normativas.

7.- Al finalizar esta investigación, es posible encontrar un hito novedoso en la evolución del constitucionalismo político, como es el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador, presente en las Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

Este modelo nace como reacción al colonialismo contemporáneo imperante en América Latina, y pretende ponerle término, con el objeto de asegurar los derechos culturales, políticos y sociales, desconocidos durante casi dos siglos de vida independiente de estos países.

Esta novedad histórica emana, en definitiva, del surgimiento de nuevos sujetos políticos que se han volcado a un proceso constituyente en el cual disputó el sentido común de un paradigma hegemónico y subvirtió el sentido de dichas instituciones, dotándolas de un contenido propio, latinoamericano, indigenista y descolonizador.

BIBLIOGRAFÍA

1.- Bibliografía sobre constitucionalismo en general

1. Aguado Renedo, César, *La difícil concepción del medio ambiente como derecho constitucional en el ordenamiento español*. En *Revista de Derecho Político*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, N°54, 2002, pp. 129-152.
2. Aldunate Lizana, Eduardo, *Derechos Fundamentales*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2008.
3. Alexander, Larry y Solum, Lawrence, *Popular? Constitutionalism?*. En *Harvard Law Review*, N°118, marzo de 2005, p. 1618.
4. Alexy, Robert, *Una defensa de la fórmula de Radbruch*. En *Anuario da Faculta de Dereito da Universidade da Coruña*, Universidade da Coruña, Coruña, N°5, 2001, pp. 75-95.
5. _____. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. En *Revista española de derecho constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, N°66, 2002, p. 32
6. _____. *El concepto y validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2ª edición, 2004.
7. _____. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2ª edición, 2012.
8. Almeida Rodríguez, Manuel, *Dirigentes y dirigidos: para leer los Cuadernos de la cárcel de Antonio Gramsci*, Enviñón editores, Popayán, 2010.
9. Alterio, Ana Micaela, *La "esfera de lo indecible" en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico*. En *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, N°13, enero 2011, pp. 3-7.
10. _____. *Corrientes del constitucionalismo al debate*. En *Anuario de filosofía y teoría del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., N°8, 2014, pp. 241-242.
11. Álvarez Ugarte, Ramiro, *El Constitucionalismo Popular y los problemas de la "última palabra": apuntes para un Contexto Latinoamericano*. En *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, noviembre 2012, p 124.
12. Ansuátegui Roig, Francisco Javier, *El Estado constitucional: apuntes para una comprensión de su significado histórico*. En *Revista de Historiografía*, Instituto de Historiografía Juan Caro Barroja, Madrid, núm. 9, vol. 2, 2008, pp. 81-96
13. _____. *Argumentos para una teoría de los derechos sociales*. En *Revista Derecho del Estado*, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, N°24, Julio 2010, pp. 57-61.
14. _____. *Razón y voluntad en el Estado de Derecho: Un enfoque filosófico-jurídico*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2013.
15. Aragón Reyes, Manuel, *La Democracia Constitucional*. En *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 33-34.
16. _____. *Derecho de sufragio: principio y función*, en Nohlen, et al. (compiladores.), *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América latina*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2ª edición, 2007.

17. Asís Roig, Rafael de, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Editorial Debate, Madrid, 1992.
18. Atria, Fernando, *Derechos sociales y educación: Un nuevo paradigma de lo público*, Lom ediciones, Santiago de Chile, 2014.
19. Baldó Lacomba, Marc, *La revolución industrial*, Síntesis, Madrid, 1993.
20. Balkin, Jack M., *Populism and Progressivism as Constitutional Categories*. En *The Yale Law Journal*, Faculty Scholarship Series, New York, 1995, pp. 1935-2008.
21. Barberis, Mauro, *Neoconstitucionalismo, Democracia e imperialismo de la moral*. Traducción de Santiago Sastre Ariza, en Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 4ª edición, 2009, pp. 259-264.
22. Bassa Mercado, Jaime, *El Estado constitucional de derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*, Lexis Nexis, Santiago, 2008.
23. _____. *Elementos para una teoría constitucional democrática*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2014.
24. Bazán, Víctor, *Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Bogotá, Bogotá, N°20, 2007, p 124.
25. Bellamy, Richard, *Constitucionalismo político, una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Traducción de José Urdániz y Santiago Gallego Aldaz, Marcial Pons, Madrid, 2010.
26. Berlin, Isaiah, *Dos concepciones de libertad*, p. 3. Disponible en: <http://kybernavtas.mx/filesblog/37c454c7-c87f-4d15-81a3-516f13de354f.pdf> (revisado el día 26 de agosto de 2015).
27. Bermúdez Soto, Jorge, *El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación*. En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, N°XXI, 2000, pp. 9-25.
28. Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1989.
29. Blanco Valdés, Roberto L., *La Construcción de la libertad*. Apuntes para una historia del constitucionalismo europeo, Alianza, Madrid, 2010.
30. Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1986.
31. _____. *Igualdad y libertad*, Paidós, I.C.E de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1993.
32. _____. *Teoría general de la política*, Trotta, Madrid, 2005.
33. Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco, *Diccionario de Política*, traducido por José Aricó, Martí Soler y Jorge Tula, Siglo Veintiuno Editores, México D.F., 2ª edición en italiano, 14ª edición en español, 2005.
34. Bockénforde, Ernst, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Trotta, Valencia, 2000.
35. Bodin, Jean, *Los seis libros de la República*, Tecnos, Madrid, 3ª edición, 1997.
36. Bünte, Marco, *Is There a New Constitutionalism in East Asia?*, en Barrera, Nolte y Schilling (editores), *New Constitutionalism in Latin America from a Comparative Perspective: A Step Towards Good Governance?*, Giga, Hamburg, 2010, p. 61.
37. Calsamiglia, Alberto, *Constitucionalismo y democracia*, en Hongju y Slye (compiladores), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004, pp. 167-168.
38. Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, *El acceso a la justicia*. Movimiento mundial para la efectividad de los derechos. Informe General. Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, Buenos Aires, 1983.

39. Carbonell, Miguel, *El neoconstitucionalismo en su laberinto*, en Carbonell (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Ensayos escogidos, Trotta, Madrid, 2007, pp. 9-11.
40. _____. *Para comprender los derechos*. Breve historia de sus momentos clave, Palestra, Lima, 2010.
41. Cardona Restrepo, Porfirio, *Poder político, contrato y sociedad civil: de Hobbes a Locke*. En *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, volumen 38, N°108, enero-junio 2008, pp. 123-154.
42. Carr, Raymond, *España 1808- 1975*, Biblioteca Historia de España, Barcelona, 2ª edición, 1982.
43. Cassese, Sabino, *El espacio jurídico global*. En *Revista de Administración Pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, N°157, 2002, pp. 11-26.
44. Castellano, Danilo, *Constitución y Constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
45. Cazor Aliste, Kamel y Cortés Moreno, Gonzalo, *Las indefiniciones teóricas y dogmáticas del derecho de huelga en Chile*, en Aguilar (coordinador), *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2012, pp. 245-256.
46. Cea, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2012.
47. Comanducci, Paolo, *Formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico*, en Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 4ª edición, 2009, p. 77.
48. Constant, Benjamin, *Mélanges de littérature et de politique*, Pichon et Didier Libraires-Éditeurs, París, 1829.
49. Coppola, Serena, *I diritti sociali e la loro giustizi abilità nell'ordinamento dell'Unione Europea*, Università Di Bologna, Tesi di dottorato in diritto dell'Unione Europea Ciclo XXIV A. a. 2009, p. 298.
50. Correa Sutil, Sofia y Ruiz Tagle Vial, Pablo, *Ciudadanos en democracia*. Fundamentos del sistema político chileno, Random House Mondadori, Santiago, 2010.
51. Cruz Parcerero, Juan Antonio, *Sobre el concepto de derechos colectivos*. En *Revista internacional de filosofía política*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, N°12, 1998, pp. 95-115.
52. Dahl, Robert, *La igualdad política*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008.
53. _____. *La democracia*, Ariel Quintaesencia, Barcelona, 2012.
54. De Cabo de la Vega, Antonio, *Representación y democracia como formas de legitimación y como formas de gobierno en el constitucionalismo*, en Noguera (coordinador), *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 95-112.
55. De Cabo Martín, Carlos, *Pensamiento crítico, Constitucionalismo crítico*, Trotta, Madrid, 2014.
56. De Lora, Pablo, *La posibilidad del constitucional thayeriano*, en *Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 23, 2005, pp. 49-75.
57. _____. *Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo*, en Carbonell y Salazar (editor), *Garantismo*, Trotta, Madrid, 2ª edición, 2009, pp. 251-265.
58. De Oto, Alejandro, *Pensamiento Descolonial/Decolonial*. En *Centro de Educación, Ciencia y Sociedad*, Pensamiento Latinoamericano y Alternativo, Buenos Aires, disponible en: <http://www.cecies.org/articulo.asp?id=285> (revisado el 15 de marzo de 2017).
59. De Vega, Pedro, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 6ª reimpresión, 2007.
60. Díaz, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Edicusa, Madrid, 1969.

61. Díez-Picazo Giménez, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 4ª edición, 2013.
62. Dippel, Horst, *Constitucionalismo moderno*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
63. Durán-Smela, Diana, *Entre el Republicanismo y el Constitucionalismo Popular. ¿Cómo potenciar la participación democrática en la construcción de la política Pública y Constitucional del Bien Común?*. En *Vniversitas*, Universitas Javeriana, Bogotá, N°123, julio-diciembre de 2011, p. 195.
64. Duverger, Maurice, *Los Partidos Políticos*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1957.
65. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.
66. _____. *Rights as Trumps*, en Waldron (editor), *Theories of Righth*, Oxford University Press, Nueva York, 1984, pp.153-167.
67. Eduard Gonzalo y Requejo, Ferran, *Las Democracias*, en Caminal Badía (editor), *Manual de Ciencia Política*, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 198-201.
68. Elster, Jon, *Ulises y las Sirenas*. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1989.
69. Facio Moreno, Ángel y Trías Vejarano, Juan, *Dos notas en torno a la idea de derecho natural en Locke*. Hooker en el segundo tratado de gobierno civil. En *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, N°109, 1960, pp. 159-174.
70. Falcón y Tella, María José, *Estudios de filosofía jurídica y política*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México D.F., 2009.
71. Fernández Peychaux, Diego Alejandro, *El concepto de Derecho en Locke*. En *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Universidad de Sevilla, Sevilla, año 13, N°26, segundo semestre de 2011, pp. 26-45.
72. Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.
73. Fernández, Encarnación, *Igualdad y Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.
74. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*. La ley del más débil, Trotta, Madrid, 1999.
75. _____. *Sobre la definición de "democracia"*. Una discusión con Michelangelo Bovero. En *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, ITAM, Alicante, N°19, octubre 2003, p. 239.
76. _____. *La esfera de lo indecible y la división de poderes*. En *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 6, 2008, pp. 337-343.
77. _____. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*, en Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 4ª edición, 2009, p. 18.
78. _____. *Los poderes salvajes*. La crisis de la democracia constitucional, Trotta, Madrid, 2011.
79. Ferreres Comella, Víctor, *El control judicial de la constitucionalidad de la ley*. El problema de su legitimidad democrática, en Carbonell y García Jaramillo (editor), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 376-377.
80. Fioravanti, Maurizio, *Constitución De la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid, 2001.
81. _____. *Los derechos fundamentales*. Apuntes de historia de las constituciones, Trotta, Madrid, 6ª edición, 2009.
82. _____. *Constitucionalismo*. Experiencias históricas y tendencias actuales, Trotta, Madrid, 2014.

83. Floridi, Luciano, *Ética de la información: su naturaleza y alcance*. En *Isegoría*, Departamento de Ciencia Filosófica de la Universidad de Bari, Bari, N°34, 2006, pp. 19-46.
84. Fondevila Marón, Manuel, *Las Constituciones Árabes desde el Derecho Constitucional Comparado*. En *Revista General de Derecho Público Comparado*, Iustel, Madrid, N°18, diciembre 2015, pp. 1-31.
85. François Houtart, *¿Qué es el Imperialismo?*. En *Cetri*, Louvain, 2004, disponible en: <http://www.cetri.be/Que-es-el-imperialismo?lang=fr> (revisado el 22 de marzo de 2017).
86. Friedman, Barry, *Constitucionalismo popular mediado*. En *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, año 2005, pp. 123-160.
87. García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos, la formación del Derecho Público europeo tras la revolución francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 2ª reimpresión, 1991.
88. _____. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Aranzadi, Navarra, 4ª edición, 2006.
89. García Escribano, Juan José, *Federalismo: El caso español*. En *Daimon. Revista de filosofía*, Departamento de Filosofía, Universidad de Murcia, N°27, 2002, pp. 55-60.
90. García Figueroa, Alfonso, *Criatura de la moralidad*. Trotta, Madrid, 2009.
91. García García, José Francisco, *Tres aportes fundamentales de El Federalista a la teoría constitucional moderna*. En *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, volumen 20, 2007, pp. 39-59.
92. García Jaramillo, Leonardo, *Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción*, en Carbonell y García Jaramillo (editores), *El canon neoconstitucional*, Trotta, Madrid, 2010, p. 212.
93. García Ramírez, Sergio, *Tres textos precursores en el constitucionalismo social*. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., N°2-3, mayo-diciembre 1968, nueva serie, año I, pp. 469-480.
94. García-Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional comparado*. Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 8ª edición, 1967.
95. _____. *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Alianza, Madrid, 14ª edición, 2005.
96. Gargarella, Roberto, *Los fundamentos legales de la desigualdad*. El constitucionalismo en América (1776-1860), Siglo Veintiuno Editores, Madrid, 2005.
97. _____. *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.
98. _____. *La justicia frente al gobierno*. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, Corte Constitucional del Ecuador para el periodo de transición y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2011.
99. Garrido Gómez, María Isabel, *El principio democrático en el constitucionalismo y su plausibilidad*, en Garrido y Espinoza de los Monteros (editores), *Paradigmas y desafíos del constitucionalismo democrático*, Comares, Granada, 2014, pp. 27-29.
100. Garrorena Morales, *El Estado español como estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1987.
101. Garzón Valdés, Ernesto, *El consenso democrático: Fundamento o límites del papel de las minorías*. En *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), Departamento de Derecho, N°12, abril 2000, pp. 7-34.
102. Godoy, Óscar, *Absolutismo, tiranía y resistencia civil en el pensamiento político de John Locke*. En *Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, 2004, pp. 247-280.

103. Gómez Sánchez, Yolanda, *Derecho constitucional europeo: Derechos y libertades*, Sanz y Torres, Madrid, 2005.
104. Gramsci, Antonio, *Cuadernos de la cárcel*, Ediciones Era, Turín, tomos N° 1, 2, 3, 4, 5, 6, 1975.
105. Grau Biosca, Elena, *Feminismo*, en Antón Mellón (editor), *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*, Tecnos, Madrid, 2012, p. 413.
106. Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México D.F., 2001.
107. _____. *Tres problemas para Luigi Ferrajoli*, en Ferrajoli (editor), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 59-61.
108. _____. *La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: El caso italiano*, en Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 4ª edición, 2009, pp. 49-73.
109. Häberle, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*, Trotta, Madrid, 1998.
110. _____. *Constitución como Cultura*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2002.
111. _____. *El Estado constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2007.
112. _____. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, Madrid, 2000.
113. Habermas, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, GG MassMedia, Barcelona, 7ª edición, año 1997.
114. Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2ª edición, 2006.
115. Hampsher-Monk, Iain, *Historia del pensamiento político moderno. Los principales pensadores políticos de Hobbes a Marx*, Ariel, Barcelona, 1996.
116. Hardt, Michael y Negri, Toni, *Imperio*, Harvard University Press, Massachusetts, 2000.
117. Hart, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
118. Hauriou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, Ariel, Barcelona, 2ª edición, 1980.
119. Hayek, Friedrich A., *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política. El orden político de una sociedad libre*, Unión Editorial, Madrid, Volumen III, 2ª edición, 1985.
120. Heller, Hermann. *¿Estado de Derecho o dictadura?* En *Escritos políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985 Madrid: Alianza Editorial, 1985, pp. 283-300.
121. Hernández Cervantes, Aleyda, *Hacia una nueva concepción de los derechos sociales*. En *Revista Jurídica Jalisciense*, Universidad de Guadalajara, Guadalajara, pp. 145 – 168, cfr. pp. 147-148.
122. Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia. Forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2ª edición, 1980.
123. Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *El costo de los derechos, por qué la libertad depende de los impuestos*, traducido por Stella Mastrangelo, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011.
124. Huerta Guerrero, Luis, *Constitucionalización del derecho ambiental*. En *Revista de la Facultad de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, N°71, 2013, pp. 477-502.
125. Jellinek, Georg, *Fragments del Estado*, Civitas, Madrid, 2016.
126. Jiménez Asensio, Rafael, *El Constitucionalismo: Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 3ª edición, 2005.
127. Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México D.F., 15ª edición, 2007.

128. Kramer, Larry D., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
129. Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*. Una teoría liberal de los derechos de las minorías, Paidós Ibérica, Barcelona, 1996.
130. La Torre, Massimo, *Derecho y concepto de Derecho*. tendencias evolutivas desde una perspectiva europea. En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, N°16, 1993, pp-70-76.
131. _____. *Constitucionalismo de los antiguos y de los modernos*. Constitución y "Estado de excepción". En *Revista Derechos y Libertades*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, N°24, época II, enero 2011, pp. 45-65.
132. Labrada Rubio, Valle, *Introducción a la teoría de los derechos humanos: Fundamento, historia, Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948*, Civitas, Madrid, 1998.
133. _____. *La dignidad del hombre y el ejercicio de los derechos humanos*. En *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época, Universidad Complutense de Madrid, 2015, pp. 95-127.
134. Lasalle, Fernando, *¿Qué es una constitución?*, traducción de W. Roces, Cenit, Madrid, 1931.
135. Locke, John, *Tratado del gobierno civil*, Claridad, Buenos Aires, 2ª edición, 2005.
136. Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 2ª edición, 1970.
137. López Calera, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Ariel, Barcelona, 2000.
138. López Guerra, Luis, *Introducción al Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
139. Lucas Verdú, Pablo. *La lucha por el estado de derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza, 1975.
140. Lugonés, María, *Colonialidad y Género*. En *Tabula Rasa*, Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal, Bogotá, N°9, julio-diciembre 2008, pp. 73-101.
141. Luxemburg, Rosa, *La acumulación del capital*, Grijalbo, México D.F., 1967.
142. Mancha Romero, Pedro Miguel, *La Justicia como Equidad y el Constitucionalismo Popular*. Aproximación al sujeto normativo en Rawls y Kramer. En *Revista de Derecho UNED*, UNED, Madrid, N°5, julio de 2009, p. 256.
143. Marmor, Andrei, *Authority, Equality and Democracy*. En *USC Law and Public Policy Research Paper*, N° 3, junio 2003, pp. 1-35.
144. Martínez de Pisón, José, *La crítica neoliberal al estado social*. Un resumen y una valoración. En *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, N°15-16, volumen I, 1994, pp. 243-270.
145. Martínez Estay, José Ignacio, *Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena*. En *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca, Talca, N°2, 2010, p. 128.
146. Marx, Karl y Engels, Friedrich, *Manifiesto comunista*, traducción de Elisa Dapia, Ediciones Brontes, Barcelona, 2009.
147. Mateucci, Nicola, *Organización del poder y libertad*. Historia del constitucionalismo moderno, Trotta, Madrid, 1998.
148. McIlwain, Charles Howard, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1991.
149. Mises, Ludwig Von, *La acción humana*. Tratado de economía, Unión Editorial, Madrid, 4ª edición, 1980.
150. Molas, Isidre, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 3ª edición, 2007.

151. Mouffe, Chantal, *Hegemonía e Ideología en Gramsci* (editor), *Antonio Gramsci y la realidad colombiana*, Foro Nacional por Colombia, Bogotá, 1991, pp. 167-227.
152. Muñoz Machado, Santiago, *Constitución*, Iustel, Madrid, 2004.
153. Murray, Christina, *Is There a New Constitutionalism in Africa?*, en Barrera, Nolte y Schilling (editores), *New Constitutionalism in Latin America from a Comparative Perspective: A Step Towards Good Governance?*, Giga, Hamburg, 2010, p. 61-62.
154. Negri, Antonio, *El Poder Constituyente*. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad, Traficantes de Sueños, Madrid, 2015.
155. Neves, Marcelo, *La constitucionalización simbólica*, Palestra Editores, Lima, 2015.
156. Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional, Astrea, Buenos Aires, 2ª reimpression, 2002.
157. Nohlen, Dieter, *Sistemas Electorales y Partidos Políticos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México D.F., 2015.
158. Nozick, Robert, *Anarquía, estado y utopía*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1988.
159. Ortega Santiago, Carlos, *El derecho constitucional en su contexto: El ámbito cultural del constitucionalismo*. En *Teoría y realidad constitucional*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, N°21, 2008, pp. 331-353.
160. Parker, Richard, *Here, The People Rule: A Constitutional Populist Manifesto*, en *Valparaiso University Law Review*, vol. 27, núm. 3, 1993, pp. 531-584.
161. Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*. Teoría general, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.
162. Peralta, Ramón, *La Constitución como sistema de libertad*. Fundamentos político-jurídicos de la república constitucional, Actas, Madrid, 2008.
163. Pereira Menaut, Antonio Carlos, *Teoría constitucional y otros escritos*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2ª edición, 2006.
164. Pérez Ayala, Andoni, *El constitucionalismo del sexenio en el contexto europeo de mediados del Siglo XIX*. referencia específica al influjo del modelo belga. En *Revista de derecho político*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, N°55-56 (monográfico: "El sexenio revolucionario. La constitución española de 1869"), 2002, pp. 241-249.
165. Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos: Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 4ª edición, 1991.
166. _____. *Estado constitucional y derechos de tercera generación*. En *Anuario de Filosofía del Derecho*, Sociedad española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, núm. XIV, 1997, pp. 545-570.
167. _____. *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 8ª edición, 2004.
168. _____. *La positividad de los derechos sociales: su enfoque desde la Filosofía del Derecho*. En *Revista Derechos y Libertades*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, N°14, enero 2006, pp. 151-178.
169. Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 10ª edición, 2005.
170. Pérez Serrano, Nicolás, *Tratado de Derecho Político*, Civitas, Madrid, 2ª edición, 1997.
171. Pernice, Ingolf, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited*. En *Common Market Law Review*, N°36, 1999, pp. 703-750.
172. Pisarello Prado, Gerardo, *¿Constitucionalismo sin Constitución o Constitución sin constitucionalismo?* En *Revista de derecho constitucional europeo*, Instituto Andaluz de

- Administración Pública y Universidad de Granada, Granada, N°5, año 2006, pp. 245-278.
173. _____. *Los derechos sociales y sus garantías*. Elementos para una reconstrucción, Editorial Trotta, Madrid, 2007
 174. _____. *El constitucionalismo social ante la crisis: entre la agonía y la refundación republicano-democrática*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., N°28, enero-junio 2012, pp. 55-75.
 175. Porras Ramírez, José María. *Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado Constitucional*, en Balaguer (coordinador), *Derecho Constitucional y Cultural*, Estudios en Homenaje a Peter Häberle. Tecno, Madrid, 2004, pp. 661-662.
 176. Portelli, Hugues, *Gramsci y el bloque histórico*, Siglo Veintiuno Editores, Madrid, 4ª edición, 1977.
 177. Posner, Richard A., *The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*. En *California Law Review*, Berkeley, N°3, junio de 2012, pp. 520-523.
 178. Post, Robert C. y Siegel, Reva, *Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2013.
 179. _____. *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*. En *California Law Review*, California Law Review, California, 2004, pp. 119-139.
 180. _____. *Protecting the Constitution from the People*. Juricentric Restrictions on Section Five Power. En *Indiana Law Journal*, Faculty Scholarship Series, Indiana, primer semestre año 2003, p. 2.
 181. Pozzolo, Susanna, *Notas al margen para una historia del neoconstitucionalismo*, en Pozzolo (editor), *Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*, Palestra, Lima, 2001, pp. 14-15.
 182. _____. *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Palestra, Lima, 2011.
 183. _____. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación*. Traducción de Josep M. Vilajosana. En *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Actas del XVIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social número 21, volumen II, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2005, p.339.
 184. Prieto Sanchís, Luis, *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1998.
 185. _____. *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, en Carbonell, Cruz Parceroy y Vázquez (compiladores), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2000, pp. 23-24.
 186. _____. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 4ª edición, 2009, p. 133.
 187. _____. *El constitucionalismo de los derechos*. Ensayo de filosofía jurídica, Trotta, Madrid, 2013.
 188. Rabasa, José, *Poscolonialismo*, en Szurmuk y Mckee (coordinación), *Diccionario de estudios culturales latinoamericanos*, Siglo Veintiuno Editores, Madrid, 2009, p. 218.
 189. Ribeiro, Eduardo, *Neoconstitucionalismo, a invasão da Constituição*, Método, Sao Paulo, 2008.
 190. Rincón Salcedo, Javier G., *La Soberanía interpretativa de los Tribunales Constitucionales: Análisis desde la perspectiva del constitucionalismo popular*. En *Vniversitas*, Universitas Javeriana, Bogotá, N°115, enero-junio de 2008, pp. 133-138.
 191. Risso, Ferrand, *Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2ª edición, 2011.
 192. Rodríguez Palop, María Eugenia, Rey Pérez, José Luis y Trimiño Velásquez, Celina, *La lucha por los derechos de las mujeres en el siglo XIX*. Escenarios, teorías, movimientos

- y acciones relevantes en el ámbito angloamericano, en Ansuátegui Roig, et al. (coordinadores), *Historia de los derechos fundamentales*, Siglo Veintiuno Editores, Madrid, 2007, pp. 1153-1220.
193. Rodríguez Ruíz, Blanca, *Hacia un Estado pospatriarcal. Feminismo y ciudadanía*. En *Revista de Derecho Constitucional Umbral*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, N°2, junio-diciembre 2012, pp. 25-63.
 194. Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *La naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales*. La posibilidad de definirlos jurídicamente, en Madrazo (director), *Anuario jurídico XII. Memoria del Seminario sobre protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1985, pp. 239-256.
 195. Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, Panamericana, Santafé de Bogotá, 2ª edición, 1993.
 196. Rupiérrez, José, *Constitución y autodeterminación*, Tecnos, Madrid, 1995
 197. Ruiz Miguel, Alfonso, *Constitucionalismo y democracia*. En *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Isonomía, N°21, octubre 2004, pp. 51-53.
 198. _____. *Los derechos de participación política*, en Betegón Carrilo, et al. (coordinadores), *Constitución y derecho fundamentales*, Presidencia de Gobierno. Secretaría Técnica, La Rioja, 2004, pp. 723-748.
 199. Sabine, George H., *Historia de la teoría política*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 3ª edición, 2006.
 200. Sagüés, Néstor Pedro, *Manual de Derecho Constitucional*, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2007.
 201. Salazar Pizarro, Sebastián, *Fundamentación y estructura de los derechos sociales*. En *Revista de Derecho*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Valdivia, Volumen XXV, Julio 2013, pp. 69 – 93.
 202. Salazar, Daniela, “*Mi poder en la Constitución*”. La Perversión del Estado de Derecho en Ecuador, Universidad San Francisco de Quito, Quito, p. 39, disponible en: https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15_Salazar_CV_Sp.pdf (revisado el 22 de noviembre de 2016).
 203. Sánchez Agesta, Luis, *Curso de derecho constitucional comparado*, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid, 7ª edición, 1988.
 204. Sánchez Ferriz, Remedio, *Veinte años de derechos fundamentales*. En *Anuario Jurídico de La Rioja*, Universidad de La Rioja, N°4, 1998, pp. 187-208.
 205. _____. *El Estado Constitucional: Configuración histórica y jurídica*. Organización funcional, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.
 206. Sanin Restrepo, Ricardo, *Cinco tesis desde el pueblo oculto*, en Alterio y Niembro (coordinadores), *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica*, Editorial Porrúa, México D. F., 2013, pp. 110-111.
 207. Sanz Cintora, Ángel, *El Tratado para una Constitución Europea y la sacrosanta competitividad: Limitaciones para las políticas sociales nacionales*. En *Acciones e Investigaciones Sociales*, Universidad de Zaragoza, N°21, 2005, pp. 109-136.
 208. Sarzuri-Lima, Marcelo, *Escenarios (des) colonizadores*, en Sarzuri-Lima (coordinador), *Escenarios (Des) colonizadores*, Instituto Internacional de Integración Convenio Andrés Bello, Lima, 2012, pp. 11-40.
 209. Schiera, Pierangelo, *El constitucionalismo como discurso*, Dykinson, Madrid, 2012.
 210. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1996.
 211. _____. *El concepto de lo político*, Alianza editorial, Madrid, 2009.
 212. Schneir, Miriam, *Feminism: The Essential Historical Writings*, Random House, New York, 1994.

213. Sédillot, René, *Historia de las colonizaciones*, Editorial Ayma, Barcelona, 1961.
214. Sieyès, Emmanuel-Joseph, *¿Qué es el tercer estado?*. En *Revista de la Universidad Nacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., N°21, 2009, pp. 38-44.
215. Soberanes Fernández, José Luis, *Sobre el origen de las declaraciones de los derechos humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2009.
216. Squella Narducci, Agustín, *Introducción al derecho*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000.
217. Tajadura Tejada, Javier, *¿El ocaso de Westfalia?* Reflexiones en torno a la crisis del constitucionalismo en el contexto de la mundialización. En *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, N°123, enero-marzo 2004, pp. 315-349.
218. Thayer, James B., *The origin and scope of the american doctrine of constitutional law*. En *Harvard Law Review*, número 3, octubre de 1893, p. 103.
219. Torres del Moral, Antonio, *Lección 1: El Estado español como estado social y democrático de Derecho y como democracia representativa y pluralista*. En Gimeno Sendra, Vicente, et al., *Los Derechos Fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, Madrid, 1ª ed., 2007, pp. 37-50.
220. _____. *Lección 4: Principios fundamentales del estatuto jurídico de los derechos*. En Gimeno Sendra, Vicente, et al., *Los Derechos Fundamentales y su protección jurisdiccional*, Colex, Madrid, 1ª ed., 2007, pp. 101-130.
221. _____. *El Estado social*. En *teoría & derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, N°9, 2011, p. 28.
222. Troper, Michel, *Por una teoría jurídica del Estado*, Dykinson, Madrid, 2001.
223. Tushnet, Mark, *Constitucionalismo y Judicial Review*, Palestra, Lima, 2013.
224. _____. *Taking the constitution away from the Courts*, Princeton University Press, New Jersey, 1999.
225. Valadés, Diego, *La no aplicación de las normas y el Estado de Derecho*. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., N°103, enero-abril de 2002, pp. 219-291.
226. Vanossi, Jorge Reinaldo, *Estudios de teoría constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2002.
227. Vergottini, De Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, Universidad Nacional Autónoma de México, Segretariato Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche, México D.F., 2004.
228. Waldron, Jeremy, *Deliberación, desacuerdo y votación*, en Hongju y Slye, (coordinadores) *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Gedisa, Barcelona, 2004, pp. 249-268.
229. _____. *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
230. _____. *The Dignity of Legislation*, En *Maryland Law Review*, Maryland, N°2, octubre de 2012, pp. 633-665.
231. _____. *El centro de la argumentación contra el control judicial de la legislación*, en Fabra y García (coordinadores), *Filosofía del Derecho Constitucional*. Cuestiones fundamentales, Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigación Jurídica, México D.F., 2015, p. 150.
232. Weber, Max, *Historia económica general*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 8ª reimpresión, 2001.
233. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia, Trotta, Madrid, 8ª edición, 2008.

234. _____. *Constitucionalismo*. En *Revista Derechos y Libertades*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, N°29, época II, junio 2013, pp. 19-38.

2.- Bibliografía sobre constitucionalismo latinoamericano

1. Acosta, Alberto, *Ecuador: ecos de la rebelión de los forajidos*. En *Revista Nueva Sociedad*, Foro nueva sociedad, Buenos aires, N°198, julio-agosto 2005, pp. 42-54.
2. _____. *Los Derechos de la Naturaleza*. Una lectura sobre el derecho a la existencia, en Acosta y Martínez (compiladores), *La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política*, Abya Yala y Universidad Politécnica Salesiana, Quito, 2011, pp. 317-367.
3. _____. *El Buen Vivir*. Sumak Kawsay, una oportunidad para imaginar otros mundos, Icaria editorial, Barcelona, 2013.
4. Aguilar Agramont, Ricardo, *Aquel septiembre de octubre de 2003, más allá del gas por Chile*. En *La Razón*, La Paz, 2013, disponible en: http://la-razon.com/index.php?url=/suplementos/animal_politico/septiembre-octubre-alla-gas-Chile_0_1906609389.html (revisado el 22 de marzo de 2017).
5. Aguilar Peñarrieta, Aníbal, *Neoliberalismo versus Derechos Sociales*, Ministerio de Trabajo, Empleo y Previsión Social, La Paz, 2015.
6. Albó, Xavier, *Movimiento y poder indígena en Bolivia, Ecuador y Perú*, en Calderón (coordinador), *Movimiento socioculturales en América Latina. Ambientalismo, feminismo, pueblos originarios y poder empresarial*, Siglo Veintiuno Editores, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Buenos Aires, 2009, p. 207.
7. _____. *Muchas naciones en una*, en Ortuste (coordinador), *¿Nación o naciones boliviana(s)?* Institucionalidad para nosotros mismos, Ciencias del Desarrollo de la Universidad Mayor de San Andrés, La Paz, 2009, pp. 63-69.
8. _____. *Lo indígena originario campesino en la nueva Constitución*, en Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia y Universidad Mayor de San Andrés (coordinadores), *Miradas. Nuevo Texto Constitucional*, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (Idea Internacional), La Paz, 2010, pp. 713-723.
9. Altmann, Philipp, *Una breve historia de las organizaciones del Movimiento Indígena del Ecuador*. En *Antropología. Cuadernos de Investigación*, Universidad Central del Ecuador, Quito, 2014, p. 2-3
10. Amaru, Jym Qhapaq, *Cosmovisión Andina*. Inka Pachaqaway, Pachayachachiq – Investigación y Estudios Inkásicos, Lima, 2012.
11. Aparicio Wilhelmi, Marco, *El derecho de los pueblos indígenas a la Libre Determinación*, en Berraondo (coordinador), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto Bilbao, Bilbao, volumen 14, 2006, pp. 399-421
12. _____. *El Constitucionalismo de la crisis ecológica*. Derechos y Naturaleza en las Constituciones de Ecuador y Bolivia, en Pigrau (editor), *Pueblos indígenas, diversidad cultural y justicia ambiental*. Un estudio de las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 459-524.
13. _____. *Ciudadanías intensas. Alcances de la refundación democrática en las constituciones de Ecuador y Bolivia*, en Noguera (Coordinador), *Crisis de la democracia y nuevas formas de participación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 237-264.
14. Arango, Joaquín, *¿De qué hablamos cuando hablamos de multiculturalismo?*. En *El País*, 2012, disponible en:

http://elpais.com/diario/2002/03/23/opinion/1016838006_850215.html (revisado el 15 de marzo de 2017).

15. Arce Zaconeta, Héctor, *El proceso constituyente en Bolivia*, en Viciano y Storini (editores), *Innovación y continuismo en el modelo constitucional boliviano de 2009*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 13-21.
16. Arias López, Boris, *La acción de amparo constitucional en el "estado de transición constitucional" boliviano*. En *Revista Ius*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., Año V, Número 27, enero-febrero, Puebla, 2011, pp. 37-53.
17. Arkonada, Katu, *Modelos plurinacionales*, en Arkonada, Katu (coord.), *Un Estado, muchos pueblos. La construcción de la plurinacionalidad en Bolivia y Ecuador*, Icaria Editorial, Barcelona, 2012, pp. 91-131.
18. Attard Bellido, María Elena, *Claroscuros y perspectivas del control plural de constitucionalidad en Bolivia a la luz del pluralismo, la descolonización e interculturalidad*. En *Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, N°2, julio-diciembre 2014, pp. 138-141.
19. Ávila Santamaría, Ramiro, *Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia*, en Ávila Santamaría (editor), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Ministerios de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.
20. _____. "Caracterización de la Constitución de 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia". En: Andrade, Santiago; Grijalva, Agustín y Storini, Claudia (edit.): *La nueva Constitución del Ecuador*. Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional, Quito, 2009.
21. _____. *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*, Abya Yala, Quito, 2011.
22. _____. *Del amparo a la acción de protección jurisdiccional*. En *Revista Ius*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., Año V, Número 27, enero-febrero, Puebla, 2011, pp. 95-125.
23. _____. *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*, Corte Constitucional para el período de transición, Quito, 2012.
24. Ayala Mora, Enrique, *Resumen de Historia del Ecuador*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2008.
25. _____. *Rasgos de la reciente experiencia constitucional del Ecuador*, en Storini y Alenza (directores), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 61-83, pp. 76-77.
26. Baldi, Cesar, *Del Constitucionalismo Moderno al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano Descolonizador*. En *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Curitiba, N°9, enero-junio 2013, pp. 51-72.
27. Ariza Higuera, Libardo y Bonilla, Daniel, "Estudio preliminar", en Engle, Griffiths y Tamanaha (coordinadores), *Pluralismo jurídico*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana e Instituto Pensar, Bogotá, 2007, pp. 21 y 22.
28. Baltazar Yucailla, Rosa Cecilia, *Derechos de las Comunidades, Pueblos, y Nacionalidades*, en Andrade, Grijalva y Storini (editores), *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, Quito, 2009, pp. 211-234.
29. Barié, Cletus Gregor, *Pueblos Indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, Abya Yala, La Paz, 2ª edición, 2003.

30. Barroso, Luis Roberto, *El neconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho. El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., N°127, 2008.
31. Bastos, Santiago y Camus, Manuela, *Multiculturalismo y pueblos indígenas: reflexiones a partir del caso de Guatemala*. En *Revista Centroamericana de Ciencias Sociales*, Flacso, Guatemala, julio 2004, pp. 87-112.
32. Bautista Urbaneja, Diego, *El proceso constituyente venezolano de 1999 y el concepto de lo político de Carl Schmitt*, en García de Enterría y Carande (editores), *Constitución y Constitucionalismo hoy*, Fundación Manuel García-Pelayo, Venezuela, 2000, pp. 761-784.
33. Brandao, Pedro, *O novo constitucionalismo pluralista latino americano*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2015.
34. Baratta, Alessandro, *El Estado mestizo y la ciudadanía plural, consideraciones sobre una teoría mundana de la alianza*, en Silvera Gorski, Héctor (editor), *Identidades comunitarias y democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 185-210.
35. Borja Jiménez, Emiliano, *Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica*, en Berraondo (coordinador), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto Bilbao, Bilbao, volumen 14, 2006, pp. 663-683.
36. Brewer Carías, Allan, *Génesis y evolución de la Constitución de 1999*. En IX Jornadas de Derecho Público, Universidad de Monteávil, Caracas, mayo de 2009, pp. 1-20, disponible en: <http://www.brewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%20I,%20991.%20GENESIS%20Y%20EVOLUCI%C3%93N%20DE%20LA%20CONSTITUCI%C3%93N%20DE%201999.%20Monte%20C3%A1vila%202009.doc>.pdf (revisado el 07 de marzo de 2017).
37. _____. *La Constitución de 1999*, Editorial Arte, Caracas, 2ª edición, 2000.
38. _____. *El constitucionalismo Latinoamericano y la Constitución para el Siglo XXI*, Discurso de Orden con motivo de la instalación de las V Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 25 de Octubre de 2000, Disponible en: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I.1.801.pdf> (revisado el día 26 de julio de 2015).
39. Brieger Valencia, Katerin, *La toma de la conciencia lingüística*, en Centro de Estudios Constitucionales (CEC) de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Boliviana "San Pablo" (edit.) *Pluralismos*, 11 tesis, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Boliviana "San Pablo", Universitat de Barcelona, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España, La Paz, 2013, pp. 91-114, p. 95.
40. Burbano de Lara, Felipe, *Todo por la patria. Refundación y retorno del estado en las revoluciones bolivarianas*. En *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Quito, N°52, mayo 2015, pp. 19-41.
41. Bustamante Romoleroux, Francisco, *La acción extraordinaria de protección*, en Benavides, Jorge y Escudero Jhoel (coordinadores), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 139-158.
42. Canqui Mollo, Elisa, *El Vivir Bien, una propuesta de los pueblos indígenas a la discusión sobre el desarrollo*. En *Obets. Revista de Ciencias Sociales*, Alicante, volumen 6, 2011, pp. 19-33.
43. Carducci, Michele y Castillo Amaya, Lidia Patricia, *Nuevo Constitucionalismo de la Biodiversidad vs. Neoconstitucionalismo del Riesgo*. En *Seqüência*, Universidad Federal de Santa Catarina, Florianópolis, N°73, 2016, pp. 255-284.

44. Carducci, Michele, *Epistemología del Sud e costituzionalismo dell alterita*, en Giuseppe (editor), *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, pp. 319-325.
45. Carpizo, Jorge, *Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano*, En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, N°23, diciembre de 2009, pp. 7-36.
46. Carrasco Alurralde, Inés Valeria y Albó, Xabier, *Cronología de la Asamblea constituyente*. En *Tinkazos. Revista boliviana de Ciencias Sociales*, Periódico Digital de Investigaciones sobre Bolivia, La Paz, N°23-24, 2008, pp. 1-28.
47. Casal Hernández, Jesús María, *El constitucionalismo latinoamericano y la oleada de reformas constitucionales en la región andina*. En *Revista del Instituto Max Planck de Historia del Derecho Europeo*, Rechtsgeschichte, Múnich, N°16, 2010, pp. 212-241.
48. Castro-Gómez, Santiago y Mendieta, Eduardo, "Introducción: La translocalización discursiva de Latinoamérica en tiempos de la globalización", en Castro-Gómez y Mendieta (coordinadores), *Teorías sin disciplina. Latinoamericanismo, poscolonialidad y globalización en debate*, Miguel Ángel Porrúa, México D. F., 1998.
49. Césaire, Aimé, *Discurso sobre el colonialismo*, Ediciones Akal, Madrid, 2006.
50. Choque Canqui, Roberto, *El Indigenismo y los Movimientos Indígenas en Bolivia*, Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, La Paz, 2014.
51. Chuquimia Escobar, René Guery, *Historia, Colonia y derecho de los pueblos indígenas*, en Santos y Exeni (editores), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Abya Yala, Quito, 2012, pp. 174-184.
52. Clavero, Bartolomé, *Bolivia entre constitucionalismo colonial y constitucionalismo emancipatorio*, en Chivi Vargas (coordinador), *Bolivia, Nueva Constitución Política del Estado. Conceptos elementales para su desarrollo normativo*, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, Ayacucho, 2010, p. 97.
53. _____. *Estado Plurinacional: Aproximación a un Nuevo Paradigma Constitucional Americano*, en Clavero (editor), *Constitucionalismo Latinoamericano: Estados criollos ente Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, Ediciones Olejnik, Santiago, 2016, p. 53.
54. Clavijo Santander, Deicy, *Un recorrido por la Historia de las marchas indígenas*. En *Revista Expresiones Sociales*, Universidad Mayor de San Andrés, La Paz, 2012, pp. 16-19.
55. Colaço, Thais Luzia, *Pluralismo jurídico e o direito indígena na América Latina: uma proposta de emenda constitucional no Brasil*, en Wolkmer y Fernandes (organizadores), *Constitucionalismo, Descolonización y Pluralismo jurídico en América Latina*, Universidad Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015, pp. 79-92.
56. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/13. Publicación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington D.C. 2013.
57. Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, *Proyecto político de la CONAIE*, Consejo de Gobierno, Quito, 1994, p. 6.
58. Consejo Nacional Electoral de Venezuela, *Referendos nacionales efectuados en Venezuela (1999-2000)*, Dirección General de Información Electoral, disponible en: <http://www.cne.gov.ve/web/documentos/estadisticas/e010.pdf> (revisado el 02 de marzo de 2017).
59. Córdova Eguivar, Eduardo, *Movimientos y democracia liberal*. Contribuciones desde la sociedad a la recuperación del principio de soberanía popular en Bolivia (2000-2010), en Vázquez (coordinador), *De la Democracia Liberal a la Soberanía Popular:*

- articulación, representación y democracia en América Latina*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, volumen I, pp.67-91.
60. Corvalán Márquez, Luis, *El que no lo vea, renuncie al porvenir*. Historia de América contemporánea. Una visión latinoamericanista, Ceibo ediciones, Santiago de Chile, 2016.
 61. Dávalos, Pablo, *Fiesta y poder: El ritual de la "Toma" en el Movimiento Indígena*, en Dávalos (editor-compiler), *Yuyarinakuy "Digamos lo que somos, antes que otros nos den diciendo lo que no somos" UNA MINGA DE IDEAS*, Abya-Yala, Quito, 2001, pp. 95-99.
 62. De la Vega Pastor, Aitana, *Autonomía Indígena: Del reconocimiento formal a la ejecución material*, en Pigrau (editor), *Pueblos indígenas, diversidad cultural y justicia ambiental. Un estudio de las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 371-414.
 63. De Lucas, Javier: *La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos*, en De Lucas (editor), *La multiculturalidad*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 63-64.
 64. De Obieta Chalbaud, José, *El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos*, Tecnos, Madrid, 1ª edición 1985 y 3ª reimpresión 1989.
 65. Del Real Alcalá, Alberto, *Constitución de 2009 y nuevo modelo de Estado de Derecho en Bolivia: El Estado de Derecho Plurinacional*, en Tudela Aranda (director), *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, junio 2011, pp. 115-126.
 66. Díaz García, L. Iván, *El derecho fundamental a la negociación colectiva en Chile*. Una evaluación desde los Derechos internacional y comparado, en Aguilar Cavallo (coordinador.), *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2012, pp. 213-239.
 67. Durán Böhme, Juan Carlos, *Del Estado Multicultural al Estado Plurinacional*. En *Revista Boliviana de Derecho*, Editorial el País, Santa Cruz de la Sierra, N°8, julio 2009, pp. 39-42.
 68. Eastermann, Josef, *Filosofía Andina*. Sabiduría indígena para un mundo nuevo, Instituto Superior Ecuaméxico Andino de Teología, La Paz, segunda edición, segunda reimpresión, 2009.
 69. Echeverría, Julio, *El desafío constitucional*. Crisis institucional y proceso político en el Ecuador, Abya Yala e Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales-Friedrich Ebert Stiftung, Quito, 2006.
 70. Fernández Fernández, Vicente y Samaniego Behar, Nitza. *El juicio de amparo: historia y futuro de la protección constitucional en México*. En *Ius*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, N°27, año V, enero-junio de 2011, pp. 173-200.
 71. Fiallo Monedero, Liliam y Zaldívar Rodríguez, Abraham, *Un nuevo constitucionalismo para el proyecto de emancipación latinoamericana*, en Viciano (editor), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 197-213.
 72. Gamboa Rocabado, Franco, *Dilemas y conflictos sobre la Constitución en Bolivia*. Historia Política de la Asamblea Constituyente, Konrad Adenauer Stiftung, La Paz, 2009.
 73. _____. *La Asamblea Constituyente en Bolivia*. Evaluación de su funcionamiento, contradicciones y consecuencias, en Käs y Velásquez (editores), *Reflexión Crítica a la Nueva Constitución Política del Estado*, Konrad Adenauer Stiftung, La Paz, 2009.
 74. Gámez, Javier, *Historia Social y Política del Movimiento Indígena del Ecuador 1920-1990*, Editorial Académica Española, Saarbrücken, 2012.

75. Garcés, Fernando, *Las políticas del conocimiento y la colonialidad lingüística y epistémica*, en Walsh (editora), *Pensamiento crítico y matriz (de)colonial*. Reflexiones latinoamericanas, Abya Yala y Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2005, pp. 137-267
76. _____. *Los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas y Originarios en la Nueva Constitución Política del Estado*, en Viciano y Storini (editores), *Innovación y continuismo en el modelo constitucional boliviano de 2009*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.127-153.
77. García Jurado, Roberto, *Las formas del pluralismo*. En *Estudios*, México ITAM, N°64-65, primavera-verano 2001, pp. 127-149.
78. García Linera, Álvaro, *La potencia plebeya*. Acción colectiva e identidades indígenas, obreras y populares en Bolivia, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2015.
79. García Lozano, Luisa Fernanda, *Pluralismo jurídico: nuevos constructos para microsociedades*. En *Revista de Derecho Constitucional Umbral*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, N°4: número extraordinario Pluralismo Jurídico, junio-diciembre 2014, pp. 87-102.
80. García Villegas, Mauricio, *Constitucionalismo aspiracional*. En *Araucaria Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Universidad de Sevilla, Sevilla, N°29 (monográfico: "Colombia: Desafíos y posibilidades de una nación en construcción"), primer semestre de 2013, pp. 77-97.
81. Gargarella, Roberto y Courtis, Christian, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Cepal, Santiago de Chile, serie 153, 2009.
82. Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución*. Dos siglos de constitucionalismo en América (1810-2010), Katz Editores, Madrid, 1ª. edición, 2ª. reimpresión, 2015
83. Garzón López, Pedro, *Pluralismo jurídico*. En *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Universidad Carlos III Madrid, Madrid, N°5, 2014.
84. Gavilán Pinto, Víctor, *El pensamiento en espiral*. El paradigma de los pueblos Indígenas, Ñuke Mapuförlaget, Santiago, 2011.
85. González, Antonio G., *La aceleración latinoamericana*, en González (editor), *Latinoamérica, laboratorio mundial*, Seminario Atlántico, Madrid, 2011, pp. 9-12.
86. Grau, Luis, *El constitucionalismo latinoamericano*, Dykinson, Madrid, 2011.
87. Griffiths, John, "¿Qué es el pluralismo jurídico?", en Bonilla, et al (coordinadores), *Pluralismo jurídico*, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana y Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2007, pp. 149-152.
88. Grijalva Jiménez, Agustín, *Introducción*, en Ávila y Corredores (editoras), *Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, pp- xv-xviii. 2.
89. _____. *Constitucionalismo en Ecuador*, Pensamiento Jurídico Contemporáneo, Quito, N°5, 201
90. Gudynas, Eduardo, *La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador*. En *Revista de Estudios Sociales*, Universidad de los Andes, Bogotá, N°32, abril de 2009, pp. 34-47.
91. _____. *Extractivismos*. Ecología, economía y política de un modo de entender el desarrollo y la Naturaleza, Centro de Documentación e Información Bolivia, Cochabamba, 2015.
92. _____. *Los derechos de la Naturaleza en serio*, en Acosta y Martínez (compiladores), *La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política*, Abya Yala y Universidad Politécnica Salesiana, Quito, 2011, pp. 239-286.
93. Guimaraes de Moraes, Kamila, *Bem viver: um novo paradigma para a proteção da biodiversidade por seu valor intrínseco*, en Morato y Peralta (organizadores),

- Perspectivas e desafios para a proteção da bio diversidade no Brasil e na Costa Rica*, Universidad de Costa Rica, Universidad Federal de Santa Catarina, Grupo de pesquisa Direito Ambiental na Sociedade de Risco e Instituto o Direito por um planeta verde, Rio de Janeiro, 2014, pp. 107-130.
94. Heise González, Julio, *150 años de evolución institucional*, Andrés Bello, Santiago de Chile, 3ª edición, 1977.
 95. Hidekazu, Araki, *Movimientos étnicos y multiculturalismo en el Ecuador: Pueblos indígenas, afrodescendientes y montubios*. En *Revista electrónica ALAI. Revista Latinoamericana de información*, 2011, pp. 33-57.
 96. Honorio Martínez, José, *El papel del movimiento quinta república en la recomposición del Estado venezolano (1998-2000)*. En *Historia actual online*, Universidad de Cádiz, Cádiz, N°33, invierno 2014, pp. 21-34.
 97. Huanacuni Mamani, Fernando, *Vivir Bien/Buen Vivir*. Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales, Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas, La Paz, 4ª edición, 2010.
 98. Iacono, Alfonso, *Raza, nación, pueblo: caras ocultas del universalismo*, en Silveira (editor), *Identidades comunitarias y democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 95-111.
 99. Iannello, Pablo, *Pluralismo jurídico*, en Fabra y Núñez (editores), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., Volumen I, 2016, pp. 767-790.
 100. Jaria I Manzano, Jordi, *El "Modo de Vida" en las constituciones de Ecuador y Bolivia: Perspectiva indígena, Naturaleza y Bienestar (Un balance crítico)*, en Pigrau (editor), *Pueblos indígenas, diversidad cultural y justicia ambiental*. Un estudio de las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 285-331.
 101. Kruse, Thomas, *La "Guerra del Agua" en Cochabamba, Bolivia: terrenos complejos, convergencias nuevas*, en de la Garza (compilador), *Sindicatos y nuevos movimientos sociales en América Latina*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2005, pp. 121-161.
 102. Kuppe, Réne, *Los derechos de los pueblos indígenas sobre tierras y recursos naturales en Venezuela*. Un análisis conceptual. En *Revista de Ciencias Sociales Ágora*, Fundación Ceps, Valencia, N°13, 2006, pp. 167-191.
 103. Larrea Maldonado, Ana María, *El buen vivir como contrahegemonía en la Constitución Ecuatoriana*. En *Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social*, Centro de Estudios Sociológicos y Antropológicos, Maracaibo, N°53, abril-junio 2011, pp. 59-70.
 104. Le Bot, Yvon, *La gran revuelta indígena*, Océano, México D.F., 2013.
 105. Lecoña Camacho, Claudia y Quiroz Quispe, Jorge, *Manual de procesos constitucionales*, Quiroz & Lecoña, La Paz, 3ª. ed., 2012
 106. Lema Guanolema, Segundo Francisco, *Gramática Quichua*. Didáctica de la lengua Quichua con las últimas reformas de la Real Académica Lingüística. Un valor, Una Cultura, Una Expresión, Abya Yala, Quito, 1997.
 107. Llasag Fernández, Raúl, *La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de plurinacionalidad e interculturalidad*, en Andrade, Grijalva y Storini (editores), *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, Quito, 2009, pp. 179-210.
 108. _____. *Constitucionalismo Plurinacional e intercultural de transición: Ecuador y Bolivia*. En *Meritum*, Bibliografía Latinoamericana, Belo Horizonte, junio 2014, p. 304.
 109. López Fuentes, José Luis, *El derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas en Bolivia*, Latinas Editores, Oruro, 2007.

110. López López, Liliana, *El pluralismo jurídico: una propuesta paradigmática para repensar el Derecho*. En *Revista de Derecho Constitucional Umbral*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, N°4: número extraordinario Pluralismo Jurídico, junio-diciembre 2014, pp. 31-64.
111. Lux de Cotí, Otilia, *Derecho de los Pueblos Indígenas y derechos de la mujer*. Ponencia presentada con ocasión del Seminario Internacional Reformas Constitucionales y equidad de género, Cepal, Santa Cruz, 2005, pp. 1-10, pp. 2-3, disponible en: http://www.cepal.org/mujer/reuniones/Bolivia/Otilia_Lux.pdf (revisado el 24 de mayo de 2017).
112. Maestro Buelga, Gonzalo, *El Nuevo Constitucionalismo Económico Latinoamericano*, en Storini y Alenza (directores), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 85-107.
113. Mamani Ramírez, Pablo, *El rugir de la multitud: levantamiento de la ciudad Aymara de El Alto y caída del gobierno de Sánchez de Lozada*. En *Revista Osal*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, N°12, febrero 2004, p. 16.
114. Mansilla, H.C.F., *Una mirada crítica sobre el indianismo y la descolonización*, El potencial conservador bajo el manto revolucionario, Rincón Ediciones, La Paz, 2014.
115. Márquez L., Carmen María, *Constitucionalismo bolivariano como marco normativo de legitimación de los líderes latinoamericanos del Siglo XXI*. En *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta. Cuestiones Jurídicas*, Maracaibo, N°2, julio-diciembre 2011, pp. 75-104.
116. Marta Sosa, Joaquín, *Dos constituciones cara a cara: mucha revolución y pocos cambios* (El conflicto de poder en Venezuela y la constitucionalización del sistema político en 1961 y 1999), en Ramos Rollón (editora), *Venezuela: Rupturas y Continuidades de Sistema Político*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2002, pp. 19-36.
117. Martí i Puig, Salvador y Villalba, Sara Mabel, *¿Pocos pero guerreros? Multiculturalismo Constitucional en cinco países con población indígena minoritaria*. En *Revista uruguaya de Ciencia Política*, Instituto de Ciencia Política, Montevideo, julio-diciembre 2012, pp. 77-96.
118. Martínez Alier, Joan, *Los conflictos ecológico-distributivos y los indicadores de Sustentabilidad*. En *Revista Iberoamericana de Economía Ecológica*, Flacso, Quito, 2004, pp. 21-30.
119. Martínez Dalmau, Rubén, *El proceso constituyente venezolano de 1999: Un ejemplo de activación democrática del poder constituyente*, en Viciano y Salamanca (coordinadores), *El Sistema Político en la Constitución Bolivariana de Venezuela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 27-46.
120. _____. *Asembleas constituyentes e novo constitucionalismo en América Latina*. En *Tempo Exterior*, Instituto Gallego de Análisis y Documentación Internacional, Pontevedra, N°17, diciembre 2008, pp. 5-16.
121. _____. *El proyecto de constitución de Ecuador, ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. En *Revista Ius*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., Puebla, 2009, pp. 264-274.
122. _____. *Vivir bien e innovación en el nuevo constitucionalismo: la Constitución ecuatoriana de 2008*. En *Actas Congreso internacional América Latina: La autonomía de una región*, Trama editorial, Madrid, noviembre de 2012, pp. 708-722.
123. _____. *El Estado Plurinacional Comunitario Boliviano: Una definición autóctona de la forma de Estado*, en Viciano y Storini (editores), *Innovación y continuismo en el modelo constitucional boliviano de 2009*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 27-54.

124. Martínez de Bringas, Asier, *Los pueblos indígenas ante la construcción de los procesos multiculturales*. Inserciones en los bosques de la biodiversidad, en Berraondo (coordinador), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto Bilbao, Bilbao, volumen 14, 2006, pp. 85-105.
125. Martínez Meucci, Miguel Ángel, *Golpes de Estado en Venezuela durante el período 1989-2004: Evolución del conflicto y contexto sociopolítico*. En *Revista Análisis Político*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, N°64, septiembre-diciembre 2008, pp. 3-21.
126. Martínez. Julia Evelyn, *La utopía del buen vivir*, artículo disponible en la página web: <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=166252> (revisado el 4 de agosto de 2017).
127. Marzi Muñoz, Daniela Beatriz, *La libertad sindical*. Tan libertaria como igualitaria, en Aguilar (coordinador), *Derechos económicos, sociales y culturales en el orden constitucional chileno*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2012, pp. 177-210.
128. Masolo, Dismas, *Filosofía y conocimiento indígena: una perspectiva africana*, en Santos y Meneses (editores), *Epistemologías del Sur (Perspectivas)*, Ediciones Akal, Madrid, 2014, pp. 517-537.
129. Medici, Alejandro, *El malestar en la cultura jurídica*, La Plata, EDULP, 2011.
130. Méndez López, Josefina y Zaldívar Abad, Martha L., "Revolución constituyente" en América Latina: Espina dorsal del constitucionalismo de los pueblos, en Viciano (editor), *Estudios sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 129-130.
131. Méndez, Patricia María, *La extinción de los selknam (onas) de la isla de Tierra del Fuego. Ciencia, discurso y orden social*. En *Gazeta de Antropología*, Departamento de Antropología, Geografía e Historia de la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación de la Universidad de Jaén, Jaén, N°28, 2012.
132. Mendoza Antúnez, Claudia, *El derecho de autodeterminación: un derecho humano de los pueblos indígenas*. En *Estudios en homenaje a don José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes*. Universidad Autónoma de México, México DF, 2013, pp. 1-24.
133. Mignolo, Walter, *La Opción Descolonial: El Pachakuti conceptual de nuestro tiempo*. En *Conceptos y Fenómenos Fundamentales de Nuestro Tiempo*, Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., agosto 2006.
134. _____. *El pensamiento descolonial: desprendimiento y apertura*. Un manifiesto, en Castro-Gómez y Grosfoguel (editores), *El giro descolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Siglo del hombre editores, Bogotá, 2007, pp. 25-46.
135. Modonesi, Massimo, *Subalternidad, antagonismo, autonomía*. Marxismo y subjetivación política, Clacso, Buenos Aires, 2010.
136. Molina Valencia, Nelson, *Discusiones acerca de la resignificación y conceptos asociados*. En *Revista MEC-EDUPAZ*, Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, número III, septiembre-marzo 2013, pp. 39-63.
137. Montaña Pinto, Juan y Asensi Sabater, José, *Los derechos civiles y políticos en la Constitución venezolana de 1999*, en Viciano y Salamanca (coordinadores), *El sistema político en la Constitución bolivariana de Venezuela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 279-364.
138. Montúfar, César, *La reconstrucción neoliberal*. Febres Cordero o la estatización del neoliberalismo en el Ecuador 1984-1988, Ediciones Abya Yala, Quito, 2000.
139. Morales Viteri, Juan Pablo, *Los nuevos horizontes de la participación*, en Ávila (editor), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Ministerios de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 155-200.

140. Moreno del Río, Carmelo, *Antiglobalismo*, en Antón Mellón (editor), *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*, Tecnos, Madrid, 2012, pp.459-478.
141. Moreno Morales, Daniel, Vargas Villazón, Gonzalo y Osorio Michel, Daniela, *Nación, Diversidad e Identidad en el marco del Estado Plurinacional*, Fundación Pieb, Cochabamba, 2014.
142. Moreno, Diego, *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano en la encrucijada: Cuatro tendencias y algunos desafíos para el futuro*, en López (director), *Derechos Humanos y Orden Constitucional en Iberoamérica*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 147-215.
143. Moya Carrillo, Pablo, *La acción por incumplimiento: garantía idónea de las personas y grupos de atención prioritaria*, en Benavides, Jorge y Escudero Jhoel (coordinadores), *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 203-214.
144. Murcia, Diana, *El sujeto Naturaleza: elementos para su comprensión*, en Acosta y Martínez (compiladores), *La Naturaleza con Derechos. De la filosofía a la política*, Abya Yala y Universidad Politécnica Salesiana, Quito, 2011, pp. 287-316.
145. Niembro Ortega, Roberto, *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, Porrúa, México D.F., 2013.
146. Njam, Humberto, *Las implicaciones de la democracia representativa: Un tema constitucional de nuestro tiempo*, en Haydée Farías (coordinador), *Constitución y constitucionalismo hoy*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, agosto 2000, pp. 721-741.
147. Nogueira Alcalá, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Tomo I, Librotecnia, Santiago de Chile, 2ª edición, 2008.
148. Noguera Fernández, Albert y Criado de Diego, Marcos, *La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina*. En *Revista Estudio Socio-Jurídicos*, Universidad de Extremadura, Cáceres, enero-junio 2011, pp. 15-49.
149. Noguera Fernández, Albert, *Constitución, Plurinacionalidad y Pluralismo Jurídico en Bolivia*, Oxfam, La Paz, 2008.
150. _____. *¿De qué hablamos cuando hablamos de constitucionalismo multicultural?*. En *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Extremadura, Extremadura, N° XXVIII, 2010, pp. 87-116.
151. _____. *Los Derechos Sociales en las Nuevas Constituciones Latinoamericanas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
152. _____. *El neoconstitucionalismo andino: ¿una superación de la contradicción entre democracia y justicia constitucional?* En *Revista Vasca de Administración Pública*, Ivap, Bilbao, N°90, mayo-agosto 2011, pp. 167-196.
153. _____. *La igualdad ante el fin del Estado Social*. Propuestas constitucionales para construir una nueva igualdad, Sequitir, Madrid, 2014
154. _____. *La apuesta constitucional por la justicia social: los derechos sociales y económicos en el modelo boliviano de 2009*, en Viciano y Storini (editores), *Innovación y continuismo en el modelo constitucional boliviano de 2009*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.155-180.
155. Ollero Vallés, José Luis, *De conspirador a gobernante*, Marcial Pons Historia, Madrid, 2006.
156. Pacari, Nina, "Naturaleza y territorio desde la mirada de los pueblos indígenas", en Acosta y Martínez (compiladores), *Derechos de la Naturaleza. El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009, pp. 33-34.

157. Padilla, Abdel, *La "guerra del gas", crónica y recapitulación*, en Zelaya, Barrientos y Montellano (editores) *De regreso a octubre. La guerra del gas 10 años después*, Página Siete y ediciones El Cuervo, La Paz, 2013, p. 44.
158. Palacios Romeo, Francisco, *Nuevo Constitucionalismo Participativo en Latinoamérica. Una Propuesta frente a la Crisis del Behemoth Occidental*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012.
159. Palma González, Eric Eduardo, *El Estado de Derecho en la doctrina y práctica político-institucional chilena*. En *Cuaderno Universitarios Serie Debate número 3*, Universidad Andrés Bello, Santiago de Chile, 1994, pp. 22-24.
160. Paz Patiño, Sarela, *Una mirada retrospectiva sobre la asamblea constituyente en Bolivia*. En *RIPS. Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, Santiago de Compostela, N°2, 2007, p. 162.
161. Pérez Calvo, Alberto, *Características del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, en Storini y Alenza (directores), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 27-60.
162. Pérez Mellado, Alejandro, *Generalidades del hábeas corpus constitucional*. Historia, doctrina y jurisprudencia, Librotecnia, Santiago de Chile, 2008.
163. Pérez Ruales, Nicole, *Hacia un nuevo modelo de desarrollo*, en Ávila (editor), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Ministerios de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 201-223.
164. Pisarello Prado, Gerardo, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999: balance de una década*. En *Sin Permiso*, Ediciones de Intervención Cultural, España, N°5, noviembre 2009, pp. 1-18.
165. _____. *La Constitución venezolana de 1999 en el "nuevo" constitucionalismo latinoamericano*. En *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, G, Giappichelli Editore, Torino, 2012, pp. 395-413.
166. _____. *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Trotta, Madrid, 2014.
167. Prada Alcoveza, Raúl, *Horizontes del cambio: Estado plurinacional y socialismo comunitario*, en Errejón y Serrano (coordinadores), *"¡Ahora es cuándo, carajo!"*. *Del asalto a la transformación del Estado en Bolivia*, El Viejo Topo, Barcelona, 2011, pp. 145-168.
168. _____. *¿Qué se entiende por colonialismo, descolonización y colonialidad?*, en Sarzuri-Lima (coordinador), *Escenarios (Des) colonizadores*, Instituto Internacional de Integración Convenio Andrés Bello, Lima, 2012, pp. 44-45.
169. _____. *Más allá del capitalismo y la modernidad*, en Gosálvez y Dulon (coordinadores), *Descolonización en Bolivia. Cuatro ejes para comprender el cambio*, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia y Fundación Boliviana para la Democracia Multipartidaria, La Paz, 2017, pp. 269-322.
170. Prieto Méndez, Julio Marcelo, *Contenido de los derechos de la naturaleza (DDN)*, en Prieto (autor), *Derecho de la Naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, Corte Constitucional del Ecuador y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2013, pp. 115-165.
171. _____. *Nociones Básicas*, en Prieto (autor), *Derecho de la Naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, Corte Constitucional del Ecuador y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2013, pp. 29-111.

172. Pruden, Hernán, *De la crisis del Estado neoliberal a la configuración de un nuevo sistema hegemónico*, en Viaña (coordinador), *Configuración y horizontes del Estado Plurinacional*, Centro de Investigaciones Sociales, La Paz, 2014, pp. 85-124.
173. Pujadas, Joan J., *Pueblos Indígenas, Estado-Nación e Indigenismo Político en América Latina*, en Pigrau (editor), *Pueblos indígenas, diversidad cultural y justicia ambiental. Un estudio de las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 29-60, p. 54.
174. Quijano, Anibal, *Colonialidad y modernidad/razionalidad*. En *Perú Indígena*, N°13, 1992.
175. _____. *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina*, en Lander (compilador), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*, Clacso, Buenos Aires, julio 2000, pp. 201-246.
176. _____. *Colonialidad del poder y clasificación social*, en Santos y Meneses (editores), *Epistemologías del Sur (Perspectivas)*, Ediciones Akal, Madrid, 2014.
177. Ramírez, Silvina, *Sete problemas do novo constitucionalismo indigenista: as matrizes constitucionais latino-americanas são capazes de garantir os Direitos dos Povos Indígenas?*, en Verdum (organizador), *Povos Indígenas. Constituições e Reformas Políticas na América Latina*, Instituto de Estudos Socioeconômicos, Brasília, 2009, pp. 213-235.
178. Ratti, Giovanni Battista, *Neoconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo*. En *Ius Humani: Revista de Derecho*, Universidad de los Hemisferios, Ecuador, N°4, septiembre 2015, pp. 227-261.
179. Regalsky, Pablo, *La dinámica de la reconstrucción del Estado boliviano y el conflicto del TIPNIS*. En *Andamios. Revista de Investigación Social*, Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México D.F., 2011, pp. 50-56.
180. Reinaga, Fausto, *La revolución india*, Minka, La Paz, 4ª edición, 2010.
181. Ridola, Paolo, *Garantías, derechos y transformaciones del constitucionalismo*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., N°15, 2003, pp. 3-16.
182. Rivera Cusicanqui, Silvia, *Oprimidos pero no vencidos. Luchas del campesinado Aymara y Quechua 1900-1980, La mirada salvaje*, La Paz, 4ª edición, 2010.
183. _____. *De Tupac Katari a Evo Morales. Política indígena en los Andes*, en Ticona (compilador), *Bolivia en el inicio del Pachakuti. La larga lucha anticolonial de los pueblos Aymaras y Quechua*, Akal, Madrid, 2011, p. 73.
184. Rodríguez Albán, Martha Cecilia, *Cultura y política en Ecuador: estudio sobre la creación de la Casa de la Cultura*, Flacso, Quito, 2015.
185. Rodríguez, Ileana, *Subalternismo*, en Szurmuk y Mckee (coordinación), *Diccionario de estudios culturales latinoamericanos*, Siglo Veintiuno Editores, Madrid, 2009, p. 253.
186. Román Martín, Laura, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en las Constituciones de Bolivia y Ecuador*, en Pigrau (editor), *Pueblos indígenas, diversidad cultural y justicia ambiental. Un estudio de las nuevas constituciones de Ecuador y Bolivia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 333-369.
187. Romero Tobón, Juan, *Los derechos de la madre tierra –pachamama- en el constitucionalismo reciente*. En *Aporrea*, disponible en: <http://www.aporrea.org/actualidad/a175881.html> (consultado el día 20 de octubre de 2016).
188. Sábica, Luis Carlos, *Constitucionalismo mestizo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2002.
189. Sader, Emir, *Refundar el Estado. Posneoliberalismo en América Latina*, Ediciones CTA, Buenos Aires, 2008.

190. Salazar Ugarte, Pedro, *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. Una perspectiva crítica. En *seminario LASA*, California, 2012, pp. 348-350.
191. _____. *La democracia constitucional*. Una radiografía teórica, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México D.F., 2006.
192. _____. *Los límites a la mayoría y la metáfora del contrato social en la teoría democrática de Luigi Ferrajoli*. Dos cuestiones controvertidas, en Carbonell y Salazar (editores), *Garantismo*, Trotta, Madrid, 2ª edición, 2009, pp. 431-438.
193. _____. *Pobreza*, en Fix-Zamudio y Valadés (coordinadores), *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México D.F., 2011, p. 302.
194. Salgado, Judith, *Derechos de Personas y grupos de atención prioritaria en la Constitución Política del Ecuador*, en Andrade, Grijalva y Storini (editores), *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar y Corporación Editora Nacional, Quito, 2009, pp. 137-155.
195. Salgado Pesantes, Hernán, *El proceso constituyente de Ecuador*. Algunas reflexiones. En *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Quito, N°47, enero-junio 2008, pp. 265-273.
196. Sánchez, Consuelo, *Autonomía, Estados pluriétnicos e plurinacionales*, en Verdum (organizador), *Povos Indígenas. Constituições e Reformas Políticas na América Latina*, Instituto de Estudios Socioeconómicos, Rio de Janeiro, 2009, pp. 63-90.
197. Santana, Roberto, *Actores y escenarios étnicos en Ecuador: el levantamiento de 1990*. En *Caravelle. Cahiers du Monde Hispanique et Lusobrésilien*, Caravelle, Toulouse, N°59, 1992, p. 166.
198. Santos Villarreal, Gabriel Mario, *Referéndum Constitucional de Bolivia 2009*, Subdirección de Política Exterior, México D.F., 2009.
199. Santos, Boaventura de Sousa, *La Reinención del Estado y el Estado Plurinacional*, Alianza Interinstitucional Cenda, Cejis, Cedib, Santa Cruz de la Sierra, 2007.
200. _____. *La Reinención del Estado y el Estado Plurinacional*. En *Revista Osal. Observatorio Social de América Latina*, Clacso, Buenos Aires, N°22, año VIII, septiembre 2007, pp. 25-46.
201. _____. *Pensar el estado y la sociedad: desafíos actuales*, Waldhuter Editores, Buenos Aires, 2009.
202. _____. *Una epistemología del Sur*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2009.
203. _____. *Descolonizar el Saber, Reinventar el Poder*, Trilce, Montevideo, 2010.
204. _____. *Refundación del Estado en América Latina*. Perspectivas desde una epistemología del Sur, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Programa Democracia y Transformación Social, Lima, 2010.
205. _____. *Introducción: Las epistemologías del Sur*, en Vianello y Mañé (coordinadores), *Formas-Otras. Saber, nombrar, narrar, hacer*, Centro de Estudios y Documentación Internacionales de Barcelona, Barcelona, 2011.
206. Sayeg Helú, Jorge. *El constitucionalismo social mexicano*, La integración constitucional de México (1808-1988), Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1991.
207. Schavelzon, Salvador, *Plurinacionalidad y Vivir Bien/Buen Vivir*. Dos conceptos leídos desde Bolivia y Ecuador post-constituyentes, Abya Yala, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Quito, 2015.
208. Scocozza, Antonio y Palmisciano, Giuseppe, *La revolución "bolivariana" de Chávez*. En *Revista de Ciencias Sociales Ágora*, Fundación Ceps, Valencia, N°13, 2005, pp. 119-171.
209. Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2012.

210. Serrano, Alfredo y Montero, Alberto, *El modelo económico del cambio*, en Errejón y Serrano (coordinadores), “¡Ahora es cuándo, carajo!”. *Del asalto a la transformación del Estado en Bolivia*, El Viejo Topo, Barcelona, 2011, pp. 181-196.
211. Shohat, Ella, *Notas sobre lo “postcolonial”*, en Mezzadra (compilador), *Estudios Postcoloniales. Ensayos fundamentales*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2008, pp. 104-106.
212. Silva Portero, Carolina, *¿Qué es el buen vivir en la constitución?*, en Ávila (editor), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Ministerios de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 111-154.
213. Sutorius, Mies y Rodríguez, Sonia, *La fundamentalidad del derecho al agua en Colombia*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad del Externado, Bogotá, número 735, julio-diciembre, 2015, pp. 243-265, pp. 485-486.
214. Soza Soruco, Jorge Luis, *El Discurso de la “cosmovisión andina”*. Una lectura marxista del “mundo andino”, Ediciones Bandera Roja, La Paz, 2009.
215. Storini, Claudia y Navas Alvear, Marco, *La acción de protección en Ecuador*. Realidad jurídica y social. Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013.
216. Storini, Claudia, *Las garantías de los derechos en la Constitución boliviana de 2009: más continuismo que cambio*, en Viciano y Storini (editores), *Innovación y continuismo*.
217. Tapia Mealla, Luis, *El pluralismo político-jurídico en la nueva Constitución de Bolivia*, en Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia y Universidad Mayor de San Andrés (coordinadores), *Miradas. Nuevo Texto Constitucional*, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (Idea Internacional), La Paz, 2010, pp. 261-272.
218. _____. *Consideraciones sobre el Estado Plurinacional*, en Gosálvez y Dulon (coordinadores), *Descolonización en Bolivia. Cuatro ejes para comprender el cambio*, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, 2017, pp. 135-168.
219. _____. *Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional*. En *Revista Osal. Observatorio Social de América Latina*, Clacso, Buenos Aires, N°22, año VIII, septiembre 2007, pp. 47-63.
220. Tapia Pinto, Iván Sandro, *Curso de Derecho Constitucional Boliviano*. Primera y quinta parte de la Constitución. Parte Dogmática o Material: Derechos Fundamentales y Garantías, Latinas Editores, Oruro, 2011.
221. *en el modelo constitucional boliviano de 2009*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.181-201, p. 194.
222. _____. *Derechos y garantías en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, en Storini y Alenza (directores), *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 61-83.
223. Tomaselli, Alexandra, *Autogobierno indígena: El Caso de la Autonomía Originaria Campesina en Bolivia*. En *Política, Globalidad y Ciudadanía*, Facultad de Ciencias Públicas y Administración Pública de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, volumen 1, enero-junio 2015, pp. 73-97.
224. Torrens, Xavier, *Multiculturalismo*, en Antón Mellón (editor), *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 388-396.
225. Tórrez, Yuri y Arce, Claudia, *Construcción simbólica del Estado Plurinacional de Bolivia*. Imaginarios políticos, discursos, rituales y celebraciones, Programa de Investigación Estratégica en Bolivia, Cochabamba, 2014.
226. Trentini, Florencia, Valverde, Sebastián, Radovich, Juan Carlos, Berón, Mónica y Balazote, Alejandro, “Los nostálgicos del desierto”: La cuestión mapuche en Argentina

- y el estigma en los medios. En *Cultura y Representaciones Sociales*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., N°8, 2010, pp. 186-212.
227. UNESCO, *Declaración de México sobre las Políticas Culturales*. Conferencia mundial sobre las políticas culturales, México DF, 26 de julio – 6 de agosto de 1982. Disponible en: http://portal.unesco.org/culture/es/files/35197/11919413801mexico_sp.pdf/mexico_sp.pdf (revisado el 24 de febrero de 2017).
228. UNESCO: *Declaración Universal sobre Diversidad Cultural*, Conferencia General, 2 de noviembre 2001.
229. Uprimny, Rodrigo, *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos*, en Rodríguez (coordinador), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011, pp. 109-137, p. 109.
230. Vanhulst, Julien y Beling, Adrián, *El buen vivir: una utopía latinoamericana en el campo discursivo global de la sustentabilidad*, en Polis, *Revista Latinoamericana*, Centro de Investigación Sociedad y Políticas Públicas, edición electrónica <http://polis.revues.org/9638>, núm. 36, Santiago, 2013.
231. Vargas Montero, Guadalupe, *La cosmovisión de los pueblos indígenas*, en Córdova (coordinadora), *Atlas del patrimonio natural, histórico y cultural del Estado de Veracruz*, Universidad Veracruzana y Comisión para la Conmemoración del Centenario de la Revolución y el Bicentenario de la Independencia en Veracruz, Xalapa, volumen III, pp. 105-126.
232. Varnoux Garay, Marcelo, *El Estado Plurinacional de Bolivia: organización territorial y autonomías departamentales*, en Käs y Velásquez (editores), *Reflexión Crítica a la Nueva Constitución Política del Estado*, Konrad Adenauer Stiftung, La Paz, 2009, pp. 363-395.
233. Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica*. En Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: iun nuevo paradigma*, Porrúa, México DF, pp. 135-165, cfr. 152-153.
234. Vela Almeida, Diana y Alfaro Reyes, Eloy, *Componente Antropológico*, en Prieto (autor), *Derecho de la Naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, Corte Constitucional del Ecuador y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2013, pp. 205-253.
235. Verdum, Ricardo, *Povos Indígenas no Brasil: o desafio da autonomia*, en Verdum (organizador), *Povos Indígenas. Constituições e Reformas Políticas na América Latina*, Instituto de Estudios Socioeconómicos, Rio de Janeiro, 2009, pp. 91-111.
236. Viaña, Jorge, Foronda Miguel y Pruden, Hernán, *Reacomodo e inicio de la transición estatal (junio de 2005 – enero de 2006)*, en Viaña (coordinador), *Configuración y horizontes del Estado Plurinacional*, Centro de Investigaciones Sociales, La Paz, 2014, p. 114.
237. Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, *El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. En *Ágora. Revista de Ciencias Sociales*, Fundación CEPS, Valencia, N°13, 2005, pp. 55-68.
238. _____. *Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional*. En *Revista Ius*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Puebla, N°25, verano 2010, p. 21.
239. _____. *Fundamento teórico del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, en Viciano (editor), *Estudios sobre el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 19-20.

240. Viciano Pastor, Roberto, *Caracterización general de la Constitución venezolana de 1999*, en Viciano y Salamanca (coordinadores), *El Sistema Político en la Constitución Bolivariana de Venezuela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 47-77.
241. Viera Álvarez, Christian, *Libre iniciativa económica y Estado Social*. Análisis al estatuto de la libertad de empresa en la Constitución chilena, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2013.
242. Villabella Armengol, Carlos Manuel, *Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. En *Revista Ius*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Puebla, N°25, verano 2010, pp. 49-76.
243. Villoro, Luis, *Sobre Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos*. En *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México D. F., N°3, 1995, pp. 7-19.
244. Walsh, Catherine, *Interculturalidad crítica y educación intercultural*. En Viaña. Jorge; Tapia, Luis y Walsh, Catherine (autores), *Construyendo interculturalidad crítica*, Instituto Internacional de Integración del Convenio Andrés Bello, La Paz, 2010.
245. _____. *Interculturalidad crítica y (de) colonialidad*. Ensayos desde Abya Yala, Abya Yala, Quito, 2012.
246. Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*. En *El Otro Derecho*, International Law Students Association, Bogotá, N°30, junio de 2004, pp. 171-195.
247. _____. *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*, en Berraondo (coordinadora), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 537-567.
248. _____. *Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista*, en Ahrens (compiladora), *El Estado de derecho hoy en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, Berlín, 2012, pp. 171-193.
249. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La pachamama y el humano*, Ediciones Madres de Plaza de Mayo y Ediciones Colihue, Buenos Aires, 2011.
250. _____. *La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia*, en Ávila Linzán (editor), *Política, justicia y Constitución*, Corte Constitucional para el Período de Transición y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, N° 2, 2012, pp. 259-290.

Universidad de Valparaíso
Chile



00417863

DOC CB. 00417863
T712c RU. 284702
2017 Tórtora Aravena, Hugo Gennaro
Cambios introducidos al sistema de
derechos fundamentales por el Nuevo
Constitucionalismo Latinoamericano
Descolonizador

NOMBRE DEL LECTOR	Fecha devol.

DOC CB. 00417863
T712c RU. 284702
2017 Tórtora Aravena, Hugo Gennaro
Cambios introducidos al sistema de
derechos fundamentales por el Nuevo
Constitucionalismo Latinoamericano
Descolonizador