NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: EL ESTADO MODERNO EN CONTEXTOS PLURALISTAS

NEW CONSTITUTIONALISM IN LATIN AMERICA: THE MODERN STATE IN PLURALIST CONTEXTS

Gabriel Barbosa Gomes de Oliveira Filho

Doutorando do PPGD/UERJ. Mestre em Direito Constitucional
pelo PPGDC/UFF. PPGD, Brasil

gabrielbarbosafh@gmail.com

Recibido: 2016-04-22. Aceptado: 2016-07-04.

Resumen: Las discusiones sobre el Estado moderno, fundado en la idea de que nación y país se confunden, generan una tensión permanente en las antiguas colonias europeas en América Latina. La existencia de los pueblos y las civilizaciones indígenas, con sus propias costumbres y sensibilidades legales, no se tuvo en cuenta en la construcción de los sistemas políticos y judiciales del continente. Al largo de las últimas décadas, el surgimiento de movimientos sociales que luchan por el reconocimiento del carácter plural del continente, junto con los cambios constitucionales profundos convencionalmente llamado «nuevo constitucionalismo latinoamericano», hace que estas encrucijadas del Estado Clásico sean de suma importancia a los juristas del Sur.

Palabras clave: Teoría Jurídica - Constitucionalismo - Cultura - Pluralismo - América Latina

Abstract: The discussions about the modern state, founded on the idea that nation and country are the same, generates a permanent tension in the former European colonies in Latin America. The presence of peoples and civilizations, with its own customs and legal sensibilities, was disregarded in the construction of political and judicial systems of this continent. Over the past decades, the emergence of social movements fighting for recognition of plural context in the continent, combined with profound constitutional changes which is conventionally called the «new Latin American constitutionalism», makes these crossroads of

classical state of utmost importance for jurists of the South.

Keywords: Legal theory - Cnstitutionalism - Culture - Pluralism - Latin America

1. INTRODUCCIÓN

Desde mediados de los 80, América Latina ha sido campo de una serie de reformas constitucionales en Nicaragua en 1987, Brasil en 1988, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Perú en 1993, Argentina en 1994, Venezuela en 1999, Ecuador en 2008 y Bolivia en 2009¹. Parte de este proceso se produjo después de la abolición de largos regímenes militares; o en medio de las demandas de los movimientos populares en plena democracia, por profundizar las transformaciones institucionales que acompañaron el surgimiento de nuevas fuerzas políticas. Hasta entonces, las reformas constitucionales en el continente se habían caracterizado por poca participación popular, y objetivos programáticos a corto plazo, como las cuestiones relativas a la reelección presidencial o la introducción de las instituciones de la experiencia externa, como el consejo judicial europeo. Resultado de la colonización, la cultura jurídica y las instituciones en América Latina provienen de la tradición jurídica europea y están marcados por su característica elitista y, con el tiempo, se profundizó la invisibilidad de los pueblos indígenas y sus costumbres.

Por lo tanto, la independencia de las colonias no tuvo lugar sobre la base de una interrupción significativa en los ámbitos social, económico y político-constitucional. Con el tiempo va a incorporar y adaptar doctrinas capitalistas eurocéntricas económicas del liberalismo y el positivismo. Este último, considerado como la expresión de un nuevo orden político y legal, encontró suelo fértil en la construcción de los estados, por la elite blanca de origen europeo, que surgen durante este período (WOLKMER; FAGUNDES, 2011, p. 375). El constitucionalismo se ha desarrollado desde las tradiciones constitucionales clásicas: la americana y la francesa. Y proporciona una serie de principios universales, como la igualdad y la libertad, en una sociedad estratificada, jerárquica que ha marginado a los pueblos indígenas y esclavizó descendientes de los africanos.

A medida que la dominación de clase y la dominación étnica y racial, derivado del proceso de colonización, están relacionados (SANTOS, 2010, p. 29), la lucha anti-capitalista y la lucha anti-colonial pasar un impulso en el período que comienza a finales del 80. Venezuela, Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador², países andinos marcados por

¹ Y también las reformas en Costa Rica /1989, y México/1992 (UPRIMNY, 2011, p. 109).

² Del mismo modo, México, Nicaragua y Paraguay. cf. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL

la existencia de culturas tradicionales en sus territorios, vienen a reconocer el pluralismo jurídico constitucionalmente. En contraste con el constitucionalismo convencional, individualista y del estado liberal, sobre el que ha caminado constituciones de América Latina; el pluralismo jurídico rompe con el monismo del Estado nacional y propone una visión multicultural/emancipadora y la perspectiva democrática con un nuevo Estado de Derecho, llamado Pluridimensional (WOLKMER, 2010, p. 145). El reconocimiento del derecho consuetudinario de los pueblos precolombinos se convertirá en la marca líder de lo que se suele llamar el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”.

La contribución de los pueblos indígenas, que han sido históricamente excluidos de los procesos constituyentes, dio apoyo para el desarrollo de una nueva forma de organización del Estado, con el objetivo de la armonía con la naturaleza y la construcción de otra convivencia ciudadana³. El proyecto constitucional llevado a cabo en estos países transformó la organización del poder del Estado, con una fuerte participación popular en el proceso. Son sus objetivos la integración de los sectores históricamente excluidos y la búsqueda de la realización de los derechos sociales fundamentales y los derechos humanos internacionales. Se basa también en el carácter de descolonización, dando protagonismo a los principios de las naciones indígenas y al proceso intercultural. La plurinacionalidad acaba rompiendo los límites del Estado de derecho y requiere un nuevo marco institucional. Aunque que las características que asumen son diferentes para cada país, algunos autores clasifican los estados de América Latina según el reconocimiento, en mayor o menor grado, de pluralismo jurídico y derecho indígena: en un primer nivel serían los Estados monistas, que no reconocen los sistemas jurídicos indígenas; segundo, los estados que aceptan las costumbres jurídicas indígenas antes de los juicios estatales, sin reconocer la jurisdicción de las autoridades indígenas; por último, los Estados que reconocen tanto la ley como la jurisdicción indígena (ALMEIDA, 2011, p. 45).

El primer contacto empírico con el tema del constitucionalismo latinoamericano ocurrió en Sucre - capital de Bolivia y la sede de la Asamblea Constituyente - durante las manifestaciones que tuvieron lugar a finales de 2007. En aquellos días, la “Ciudad Blanca”, como era conocida, había sido testigo de la oposición al gobierno del indígena Evo Morales a retirarse del proceso constitucional. Hubo una serie de actos para mantener su condición de capitalidad plena y su paisaje comenzó a ajustarse a las protestas intermitentes y coches quemados,

DEL TRABAJO. Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Un guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT. Perú: Programa para promover el convenio núm. 169 de la OIT, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, 201 p.

3 Mirar la parte “Decidimos construir” del Preámbulo de la Constitución ecuatoriana de 2008.

que culminó con la policía local a abandonar sus puestos. Me di cuenta de que el contractualismo y el poder constituyente, explicado desde las clases de derecho constitucional, no contenía la realidad dinámica de ese proceso. La futura constitución tomó parte de las discusiones políticas locales del momento, marcadas con la popularización del proyecto de texto constitución, publicado y vendido en las calles.

Más tarde, se promulgaron las Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), lo que representa un punto de inflexión en el constitucionalismo local, por la participación popular en su desarrollo y el reconocimiento de nuevos derechos para los grupos sociales marginados, hasta entonces, del proceso político. Aunque este proceso sea relativamente reciente, la obra aborda estas transformaciones constitucionales y sus principios programáticos que apuntan la superación del estado moderno. En primer lugar, con la traducción de esta realidad por la teoría constitucional, y después con un estudio de los textos constitucionales para trazar lo que es el carácter innovador de este movimiento y las razones que lo hizo apodado como constitucionalismo “transformador” (SANTOS, op. cit., p. 71), “de la diversidad” (UPRIMNY, 2011, p. 112) “comprometido” (PASTOR, DALMAU, 2011, p. 313), entre otros.

2. LA MIRADA DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

Entre los conceptos de “Constitución”, el cual me parece más cercano a la realidad en el presente trabajo, es lo que revela su carácter de correlación de fuerzas y luchas sociales, en un determinado momento histórico del desarrollo de la sociedad⁴. En su obra sobre “¿qué es una constitución?”, Ferdinand Lassalle ya indicó la importancia de los fundamentos sociales y políticos, más allá de las cuestiones formales, en una constitución. En su opinión, la Constitución es la ley fundamental, básica, y el verdadero fundamento de otras leyes (LASSALLE, 2000, p. 9) por lo que debe irradiar a través de las leyes ordinarias del país. Por otro lado, la constitución de un país tiene como esencia la suma de los factores reales de poder que gobierna una nación (ibíd., p. 17) que cuando positivada acaba por convertirse en instituciones jurídicas. Mientras pacto político que expresa la pluralidad, se materializa como una forma de poder que está legitimada por la convivencia de concepciones divergentes, diversas y participativas. En esta dimensión

4 “Assim, toda sociedade política tem sua própria constituição, corporalizando suas tradições, costumes e práticas que ordenam a tramitação do poder. A constituição em si não só disciplina e limita o exercício do poder institucional, como também busca compor as bases de uma dada organização social e cultural, reconhecendo e garantindo os direitos conquistados de seus cidadãos, materializando o quadro real das forças sociais hegemônicas e das forças não dominantes.” (WOLKMER, 2010, p. 143)

del concepto de constitución, Wolkmer (2010, p. 144) ve un espacio estratégico y privilegiado para múltiples intereses materiales, los factores socioeconómicos y tendencias pluriculturales, que reúne y refleje, por supuesto, los horizontes de Pluralismo,

El constitucionalismo, teniendo en cuenta el camino desde la Revolución Gloriosa (1688), la guerra de independencia de los Estados Unidos (1776) y la Revolución Francesa (1789), se caracterizó por ser una corriente ideológica que evoluciona con el concepto mismo de la palabra. Renunciando el intento de explicar todo el proceso histórico hasta el denominado neoconstitucionalismo, señalo los cuatro paradigmas constitucionales descritos por los constitucionalistas españoles Roberto Viciano Pastor y Prof. Rubén Martínez Dalmáu (2011, p. 309): el surgimiento del constitucionalismo liberal de las revoluciones burguesas, desde finales del siglo XVIII, centrado en la defensa de los derechos individuales y la limitación del poder; su evolución conservadora al positivismo y el establecimiento del Estado de Derecho, que va desde el siglo XIX a principios del siglo XX; el constitucionalismo democrático en las primeras décadas del siglo XX, o que sería reanudar principios del contratualismo y de la legitimidad democrática del poder en Rousseau; y el constitucionalismo social, a fin de garantizar los derechos sociales en el contexto de la sociedad capitalista de bienestar, lo que hizo espacio para el concepto de Estado social y democrático.

La implementación del Estado democrático constitucional contemporáneo, conducido a cambios en el papel jugado por la Constitución, que ahora son vistos como un programa positivo de valores que deben ser atendidos por el legislador (ZAGREBELSKY apud MAIA, 2009, p.5). Las constituciones como la española (1978) o la de Brasil (1988) se configuran como límite y conducción al mismo tiempo, y no se limitan a establecer habilidades o ramas separadas de poderes y funciones del Estado. En cambio, tienen altos niveles de normas materiales o de fondo que afectan a la acción del Estado, ordenando ciertas metas y objetivos. En este sentido, el constitucionalismo europeo contemporáneo reconoce tanto la tradición liberal, que comprende la orden constitucional como un instrumento de garantía de la esfera mínimo intangible de la libertad de los ciudadanos; como las modificaciones establecidas por el constitucionalismo de posguerra. Contrariamente a las sugerencias de Kelsen, lo que vimos fue una fusión de contenidos subjetivos en la parte superior del ordenamiento jurídico, que establece una relación necesaria entre el derecho y la moral. Los principios constitucionales abrieron una vía para la entrada de la moral en el derecho positivo, con la incorporación de la dignidad humana, la solidaridad social, la libertad y la igualdad, haciendo legalmente válidas expresiones de la ética política modernas. Este movimiento rechaza

las proposiciones del positivismo teórico y tratar de convertir, sin ruptura, el Estado de Derecho en el Estado Constitucional de Derecho. Para Pastor y Dalmáu (2011, p. 311), el neoconstitucionalismo se configura como una teoría del derecho y no exactamente como una teoría de la constitución. Mientras es una “teoría del derecho”, está basada en la omnipresencia de principios jurídicos, como la interpretación constitucional, para describir los logros de constitucionalización: este proceso que modificó los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, haciendo de la constitución una norma superior del Estado que presente por todo el sistema. El neoconstitucionalismo, como se puede ver, es el producto de las teorías del mundo académico; mientras, como se verá, el nuevo constitucionalismo latinoamericano parte de las demandas populares y de los movimientos sociales:

El nuevo constitucionalismo mantiene las posiciones sobre la necesaria constitucionalización del ordenamiento jurídico con la misma firmeza que el neoconstitucionalismo y plantea, al igual que éste, la necesidad de construir la teoría y observar las consecuencias prácticas de la evolución del constitucionalismo hacia el Estado constitucional. Pero su preocupación no es únicamente sobre la dimensión jurídica de la constitución sino, incluso en un primer orden, sobre la legitimidad democrática de la constitución. En efecto, el primer problema del constitucionalismo democrático es servir de traslación fiel de la voluntad constituyente del pueblo y establecer los mecanismos de relación entre la soberanía, esencia del poder constituyente, y la constitución, entendida en su sentido amplio como la fuente del poder (constituido y, por lo tanto, limitado) que se superpone al resto del derecho y a las relaciones políticas y sociales. Desde este punto de vista, el nuevo constitucionalismo reivindica el carácter revolucionario del constitucionalismo democrático, dotándolo de mecanismos que pueden hacerlo más útil para la emancipación y avance de los pueblos, al concebir la constitución como mandato directo del poder constituyente y, en consecuencia, fundamento último de la razón de ser del poder constituido. (ibíd.).

3. EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Como se explica en la introducción, el período posterior a la colonización no presupone una ruptura en el orden social, y mucho menos una reflexión sobre el pluralismo cultural que existía en nuestras sociedades. Al tratar de superar este pasado no resuelto, las antiguas colonias implementan hoy una serie de reformas constitucionales que se le llama “el nuevo constitucionalismo latinoamericano”. Esta teoría del derecho excede los debates sobre la dimensión positiva de las constituciones, por reanudar los problemas relacionados con el contratualismo, y centrándose en la exterioridad de la Constitución, su legitimidad democrática y la relación entre la voluntad constituyente y constituida. Dentro de la perspectiva democrática, sólo puede utilizarse como base de un sistema jurídico una constitución que realmente representa la voluntad constituyente popular. En este sentido, el nuevo constitucionalismo puede verse, con carácter subsidiario, como una teoría democrática de la constitución, recuperándose de forma radicalizada el constitucionalismo democrático. Como señaló Pastor y Dalmáu (2011, p. 321), esta teoría se convirtió en la práctica en América Latina, ya que esos procesos constituyentes se realizaron a partir de la convocatoria de una Asamblea Constituyente elegida democráticamente, y seguido de una ratificación popular directa de la Constitución.

Sobre el punto de partida del nuevo constitucionalismo, es preferible reconocer su evolución desde diferentes ciclos de reformas constitucionales, como se indica por el diseño tripartito de Raquel Yrigoyen Fajardo (2011, p. 141). Para la autora, el primer ciclo sería el constitucionalismo multicultural (1982/1988), que introduce el concepto de diversidad cultural y reconoce los derechos indígenas específicos. Subrayo que, a pesar del intento de establecer el comienzo y fin cronológicos, este ciclo aún se mezcla con el período de neoconstitucionalismo que trata de alejarse. De eso se desprende el hecho de que la Constitución de Brasil sea más representativa de un neoconstitucionalismo, ya que la preocupación con la legitimidad democrática no sería su principal característica aún que poseyendo instrumentos como el referéndum y el plebiscito. Debido a la acogida de los principios del multiculturalismo y el reconocimiento del derecho a la diferencia de las minorías sociales, pueden ser incluidos en este ciclo el texto de Brasil (1988) y las reformas en Guatemala (1985) y Nicaragua (1987).

El segundo ciclo está marcado por el constitucionalismo participativo y pluralista, que según Wolkmer (2011, p. 403) tiene su pico en la Constitución de Venezuela de 1999. Para Fajardo (2011, p. 142) se llama constitucionalismo pluricultural (1988/2005), y abarca conceptos de nación multiétnica y Estado pluricultural. Establece un

amplio catálogo de derechos de los indígenas y otros colectivos étnicos, fuertemente influenciado por los principios que surgen del Convenio 169 / OIT. En medio del reconocimiento de la identidad multicultural y del pluralismo social, político y jurídico de América Latina, este ciclo incluye reformas de Colombia (1991), México (1992), Paraguay (1992)⁵, Perú (1993), Bolivia (1994), Argentina (1994), Ecuador (1998) y Venezuela (1999).

El tercero y, por ahora, el último ciclo, marcado por el carácter revolucionario de las Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), sería el constitucionalismo plurinacional (2006-2009). O, en palabras de Wolkmer (ibíd.), se convierte en un “constitucionalismo plurinacional comunitario”. Fajardo (2011, p. 149) da como punto de partida la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2006-2007). Su principal innovación es romper con el universalismo y señalar una salida pluralista a la cuestión de la igualdad y la libertad del Estado de Derecho, desde las experiencias de las sociedades interculturales, reconociendo nuevas fuentes de producción de derecho: junto a la jurisdicción ordinaria, se considera ahora la jurisdicción de los pueblos originarios, sus autoridades, instituciones, prácticas y costumbres.

En el análisis de las características del nuevo constitucionalismo, Pastory Dalmáu (2011) señalan: i) la ruptura con el régimen constitucional anterior, con el fortalecimiento, el nivel simbólico, de la dimensión política de la Constitución; ii) textos innovadores que proporcionan una nueva integración nacional y una nueva institucionalidad; iii) basados en los principios antes que normas; iv) extensos textos constitucionales, pero marcados por el uso de un lenguaje sencillo, por ejemplo, los términos como habeas corpus - ahora acción de libertad; y habeas data - ahora acción de protección de privacidad; v) la rigidez de las constituciones, que prohíben los parlamentos reformarlas sin un nuevo proceso constitucional⁶; vi) tratan de recuperar la relación entre soberanía y gobierno con la democracia participativa, además del sistema representativo; vii) una extensa declaración de derechos, con

5 Aunque Wolkmer o Fajardo no coloque Paraguay en cualquiera de los ciclos, este documento demostrará su similitud con otros textos de este segundo ciclo.

6 “Por último, ya se ha hecho referencia a la eliminación del e poder constituyente constituido, poder constituyente derivado, o poder de reforma; esto es, a la prohibición constitucional de que los poderes constituidos dispongan de la capacidad de reforma constitucional por ellos mismos. Se trata de una fórmula que conserva en mayor medida la fuerte relación entre la modificación de la Constitución y la soberanía del pueblo, y que cuenta con su explicación política en el propio concepto de Constitución como fruto del poder constituyente y, complementando el argumento teórico, en la experiencia histórica de cambios constitucionales por los poderes constituidos propia del viejo constitucionalismo y tan extendida en el constitucionalismo europeo”. (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2011, p. 324).

la incorporación de los tratados internacionales y la integración de los sectores marginados; viii) la superación de un predominio del control difuso del constitucionalismo por el control concentrado, incluyendo fórmulas mixtas; ix) un nuevo modelo de “constitución económica”, al mismo tiempo un fuerte compromiso con la integración latinoamericana de la naturaleza no sólo económica.

El tercer ciclo es una maduración de las características innovadoras del constitucionalismo que culmina con la llamada refundación del Estado moderno. Los textos andinos serán dedicados a superar la herencia colonial, con la valoración de las antiguas culturas de los pueblos y naciones de estos países. Para este propósito, hay un marco institucional que trae el pluralismo cultural e incorpora procesos de organización comunitaria. Uno de los resultados del proyecto de descolonización es la creación de un nuevo catálogo de derechos y principios que rompe la tradición generacional y eurocentrada. En las constituciones de Bolivia y Ecuador, por ejemplo, el ancestral principio andino del Buen Vivir se elevó a la lista de principios constitucionales fundamentales. En nuestra gramática, similar a lo bien común de la humanidad visto desde la cosmovisión andina: el buen vivir pone la vida como un eje central de la comunidad y abre un abanico de garantías y de derechos sociales, económicos y ambientales. El vínculo con los conocimientos tradicionales logró la inclusión en las constituciones de la expresión en idiomas originarios: Sumak Kawsay (EQUADOR, 2008) e Suma Qamaña (BOLÍVIA, 2009), respectivamente. El octavo artículo de la Constitución de Bolivia también prevé como principios y valores éticos y morales del Estado plurinacional la tríada “ama qhilla, ama llulla, ama suwa” – en traducción literal, esta regla que se refiere al régimen incaico (DELGADO BURGOA 2010, p; 45) significa “no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón”; ñandereko – vida armoniosa, teko kavi – buena vida, ivi maraei – tierra sin mal - y qhapaj ñan – camino o vida noble. El liderazgo indígena, y la inclusión de principios de su visión del mundo, han influenciado, ainda, los derechos de la Pachamama. Es decir, derechos de la naturaleza, como la protección de fuentes de agua y los ríos o preservación de los paisajes naturales y bosques, que ahora se eleva a sujeto de derechos⁷.

3.1. La refundación del Estado en los textos constitucionales

Cada uno de estos temas abre la vía para un campo fértil para la investigación en ciencias sociales y jurídicas, pero nos atendremos

⁷ Para profundizar en el tema específico de la pachamama, véase ZAFFARONI, E. R. La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia. In: CHIVI VARGAS, I. M. (coord.). Bolivia. Nueva Constitución Política del Estado, 1 ed., La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010, p. 109- 132.

al objeto - la encrucijada del Estado moderno en medio de este nuevo constitucionalismo - específicamente en la ruptura con el sistema clásico del poder tripartita esbozado por Montesquieu y las transformaciones en el concepto de ciudadanía de las revoluciones burguesa de los siglos XVII y XVIII. En Bolivia, un cuarto poder ha sido creado - Órgano Electoral Plurinacional, que busca controlar y supervisar a los órganos de representación política estatal bolivianos; en Ecuador hay cinco funciones del Estado - además de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, se añaden la Función Electoral y la Función de Control y Transparencia Social (SANTOS, 2010, p. 95). Las características de los tres poderes clásicos de gobierno no se mantuvieron en su totalidad, habiendo sido transmutado en nuevas instituciones como el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, con miembros elegidos por voto; o transformado para acomodar la contribución de los pueblos indígenas (ibid.), como en el caso del poder “judicial y justicia indígena”.

La ciudadanía empieza a adquirir nuevas dimensiones, así como su relación con la nacionalidad, la identidad y la cultura. Hay referencias directas a la ciudadanía de los pueblos indígenas y los indígenas en las constituciones de Bolivia y Ecuador – también en Venezuela, pero en el caso de otro ciclo. La nación boliviana, por ejemplo, se compone por los bolivianos y bolivianas, por las naciones y pueblos indígenas, y las comunidades interculturales y afrobolivianas (CPE, Art. 3. A nacionalidade equatoriana é reconhecida como o vínculo jurídico ao Estado (CRE, Art. 6), sin perjuicio de pertenecer a nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional. La Constitución venezolana trata el tema con un enfoque distinto, afirmando el papel de los pueblos indígenas en la formación del pueblo venezolano como “único, soberano e indivisible” (CRBV, Art.126).

Las naciones y pueblos indígenas o indígenas, protagonistas de este proceso, tienen derechos políticos específicos, que rompe la lógica de la igualdad formal del estado liberal: los derechos de voto y la participación de los pueblos originarios en Bolivia, como la celebración de elecciones de acuerdo con sus propias reglas (CPE, Art. 26°, II e 211°, I, II); la proporcionalidad de la Cámara reflejan la composición multinacional de la sociedad (CPE, Art. 146°, IV), incluso en los departamentos (CPE, Art. 278°, I, II). El derecho a la representación pluralista está garantizado, incluso entre ministros del gobierno (CPE, Art. 172°, 22); en el Tribunal Constitucional (CPE, 197, I) también debe tener representantes de los sistemas originarios; y el Tribunal Supremo Electoral debe garantizar al menos dos miembros – del total de siete – para las naciones indígenas rurales (CPE, Art. 206°, II). Más modestamente, Ecuador garantiza la participación de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en las decisiones sobre las políticas públicas, la planificación y los proyectos estatales (CRE, Art.57). También como

parte de la representación, la Constitución colombiana establece 2% de los escaños del Senado para las comunidades indígenas (CPC, Art. 171), su propia jurisdicción ante las autoridades indígenas (CPC, Art. 246) su participación en la planificación de la configuración territorial del país (CPC, Art. 329). En comparación, Venezuela establece el derecho de los pueblos indígenas a participar en la política y estar representados en la Asamblea Nacional (CPC, art. 125), su participación en la demarcación de sus tierras (CPC, art. 119) y la competencia territorial de sus autoridades en la administración de la justicia segundossus tradicionesy, solo para sus miembros (CPC, art. 260).

Como se puede apreciar en algunos dispositivos, el tema de la cultura y la identidad está cubierto más por la gramática de reconocimiento de un multiculturalismo existente que de hecho una refundación del Estado. En este contexto, se han garantizado los derechos como ser juzgado en su propio idioma en Bolivia (CPE, Art. 120°, II) y Peru (CPP, Art. 2, 19), y el derecho a un traductor en Paraguay (CRP, Art. 12, 4), Ecuador (CRE, Art. 76, 7, “f”) y Venezuela (CRBV, Art. 49, 3); así como los principios de la no discriminación en relación con el lenguaje y la protección y la educación de las lenguas nativas⁸. Sin embargo, con respecto a la lengua oficial del país hay una importante innovación: en Bolivia 36 lenguas se han convertido en oficial, además de castellano (CPE, Art. 5°, I), se prevé la obligación de los gobiernos a utilizar al menos dos idiomas. El importante número supera las predicciones hechas hasta ahora por Paraguay (castellano y guaraní prevista en el Art.140 da CRP), Peru (art. 48, castellano, y cuando predominante, también aymara, quechua o cualquier otro) o Ecuador, que prescribe tres lenguas como oficiales en las relaciones interculturales⁹.

Por último, la superación de la dominación de los pueblos indígenas implica necesariamente el derecho de autogobierno y la administración de justicia, de acuerdo con sus métodos y costumbres tradicionales. En América Latina, el pluralismo jurídico¹⁰ encuentra

8 Está presente en las constituciones de Argentina (CNA, Ar. 75, 17), Bolivia (CPE, Art. 30, II, 9 y el Art. 95, II), Brasil (CRFB, Art. 210, § 2 y Art. 231), Colombia (CPC, art. 10), Paraguay (CRP, art. 140) y Venezuela (CRBV, art. 9).

9 Estos son el español, el kichwa y el shuar. (CRE, Art. 2°)

10 Sobre el concepto de pluralismo: “Hay una situación de pluralismo jurídico cuando en un mismo espacio social o geopolítico (como el de un Estado) co-existen varios sistemas normativos. Boaventura de Sousa Santos (1994) considera que puede haber muchas fuentes del pluralismo legal: una situación colonial, la presencia de pueblos indígenas, un periodo revolucionario o de modernización, poblaciones marginales en zonas urbanas de países independientes; así como también situaciones de desregulación al interior del propio Estado, y un pluralismo transnacional (lex mercatore) que imponen las transnacionales por encima delas regulaciones locales.” (FAJARDO, 2006)

un terreno fértil y, en mayor o menor medida, la mayoría de sus países abordará los poderes jurisdiccionales y administrativos de los originarios en sus textos, o son signatarios de los tratados internacionales que abordan el tema. Pluralismo jurídico. El Estado Plurinacional de Bolivia es el más dedicado a las jurisdicciones ordinarias e indígenas¹¹, estableciendo que ambas tienen igual jerarquía (CPE, Art. 179, II). Las naciones y pueblos originarios indígenas tienen su jurisdicción sobre la base de sus autoridades propias, principios, valores culturales, normas y procedimientos. El texto expresa que debe respetar los derechos a la vida, la defensa y los garantizados en la Constitución. Esta jurisdicción se basa en un tipo específico de conexión entre los miembros de una nación o de su gente, y sus miembros están sujetos a ella siempre que aparece como parte y legales hechos han ocurrido en el interior. Obedece a una legislación de deslinde entre las jurisdicciones y sus decisiones deben ser escuchadas por todas las personas y autoridades públicas (CPE, Art. 190, I, II, Art. 191, I, II e Art. 192, I, II, III).

La Constitución boliviana dedica también un capítulo sobre la “autonomía indígena originaria campesina”, que es la garantía de la autonomía y la autodeterminación de estos grupos. La conformación de estas autonomías se basa en las tierras ancestrales, debe pasar por la consulta y la elaboración de su propio Estatuto, y tiene un nombre que corresponde al pueblo, nación o comunidad. Pueden ser unificadas con otras autonomías, y se ejercen de acuerdo con sus propias normas, instituciones, autoridades, procedimientos, siempre en armonía con la Constitución (CPE, Art. 289, 290, I, II, Art. 292 e Art. 296). La lista de competencias de estas autonomías es extensa, algunas que se pueden transferir o delegar. Entre las competencias exclusivas, subrayo: desarrollar y ejercer sus propias instituciones democráticas; para gestionar y administrar sus recursos naturales; crear y administrar tasas, patentes y contribuciones especiales en virtud del mismo; gestionar sus impuestos; planificación y gestión de su territorio, el sistema eléctrico, el patrimonio cultural, natural, etc. Todavía hay competencias compartidas que compiten con las otras entidades del Estado Plurinacional (CPE, Art. 304).

Guiándose por la interculturalidad y la plurinacionalidad, la Constitución ecuatoriana establece una organización política y administrativa del Estado que acepta las circunscripciones territoriales

11 Como en Chivi Vargas (2010, p. 197): “un sistema de justicia plural basado en el reconocimiento de diferentes jurisdicciones — ordinaria, agroambiental, indígena originaria campesina— que, bajo sus propias autoridades, normas y procedimientos resuelven controversias que se presentan en los lugares en que se aplican. Su convivencia protege los derechos individuales y colectivos. [...] Es una expresión fundamental de la plurinacionalidad el reconocimiento de que existe en cada pueblo una forma de ejercer justicia según su propia cultura. Es otra forma esencial de descolonización porque deja de lado la visión monocultural y exclusivamente liberal.”

de los pueblos indígenas y afroecuatorianos. Estos regímenes especiales de administración, lo que corresponde al autogobierno, se regirán de acuerdo a sus derechos colectivos. Para crear las circunscripciones, es necesaria la aprobación en consulta con los dos tercios de los votos válidos (CRE, Art. 257). Acerca de la *jusdiversidade*, la constitución de Ecuador establece que las comunas, comunidades, pueblos y naciones indígenas tienen derecho a crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio y consuetudinario, dentro de los límites de la Constitución y específicamente, sin violar los derechos de las mujeres, los niños y jóvenes (CRE, Art. 57, 10) y los derechos humanos internacionalmente reconocidos. La “justicia indígena”, que ahora forma parte de la función judicial del Estado, se llevará a aplicar sus propias reglas para la resolución de conflictos internos, siempre con la participación de las mujeres (CRE, Art. 171). El poder constituyente ecuatoriano impidió algunas de las consecuencias del pluralismo jurídico, positivando el principio conocido como “*non bis in idem*”.

En Colombia, las autoridades indígenas pueden ejercer su jurisdicción en sus territorios, siempre y cuando no entren en conflicto con la Constitución y las leyes de la República (CPC, Art. 246). Paraguay adoptó resolución similar – “siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución” (CRP, Art. 63), o Perú – “siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona” (CPP, Art. 149) – y Venezuela – “siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público” (CRBV, Art. 260). Aunque no sea el “nuevo constitucionalismo” en sí, todas las disposiciones constitucionales reflejan a nivel local el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989). En América del Sur, sólo el Uruguay, Suriname y Guyana no firmaron.

4. CONCLUSIÓN

Las reformas de los últimos decenios pusieron muchas preguntas al constitucionalismo. El contrato social, clave de la racionalidad social y política moderna, está muy ligado a la idea de una nacionalidad asentada en un territorio; y de la soberanía caminando junto a una ciudadanía igualitaria y universal. Empíricamente lo que estaba era una sociedad jerárquica y excluyente, que no consideraba su diversidad cultural, lo que perpetúa las relaciones de dominación colonial. El tema de las plurinacionalidades, también colocado en Asia, África, y más tímidamente en el “Norte”, como Suiza, Bélgica, España y Canadá, trae completamente nuevas realidades jurídicas, así como los nuevos desafíos a la teoría y la doctrina del derecho. Del mismo modo abrirá nuevos caminos por recorrer, nuevos enfoques y

perspectivas a las cuestiones legales. Esta nueva forma de ver la ley y la Teoría Constitucional, a la luz de la verdadera y democrática voluntad constituyente, nos permite poner en duda la existencia de un único ideal de justicia y su regulación. Entre los autores más entusiastas del potencial de estas transformaciones: Boaventura de Souza Santos resalta el carácter de uso contrahegemónico de instrumentos hegemónicos (2010, p. 30); Wolkmer y Fagundes (2011, p. 378) hablan de un proceso de descolonización del poder y la justicia.

El objeto de este trabajo no podía soportar una conclusión definitiva, ya que este es un proceso reciente y que tampoco puede considerarse cerrado. Por ejemplo, después de las grandes manifestaciones populares que tienen lugar en junio de 2013, algunas fuerzas políticas brasileñas presentaron la propuesta de un “constituyente exclusivo”, para hacer una reforma electoral como uno de los pactos propuestos para frenar la crisis política del Estado. Para allá de la discusión de la viabilidad de este proyecto, cierto es que durante el último año, un momento u otro, los partidos políticos o movimientos populares reanudaron esta bandera. Otra novedad es la reanudación de la agenda pluralista en Chile, que vio diversos movimientos populares, estudiantiles, izquierda y mapuches defendiendo la propuesta de una Asamblea Constituyente. Señalo también la disposición del gobierno uruguayo a firmar el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales recientemente. Es decir, es posible que el proyecto “nuevo constitucionalismo latinoamericano” aún no se ha agotado, de hecho, parece haber ganado un nuevo aliento. Dada la profusión de movimientos y la enorme contribución de los derechos, principios y valores, los investigadores de las ciencias sociales y jurídicas han tenido suficiente campo de búsqueda, especialmente de la búsqueda empírica para analizar la efectividad de estas garantías y para evaluar cómo los textos constitucional se ha relacionado con la realidad.

Entre las conclusiones a las que ya se puede obtener de estos procesos y textos constitucionales, es la construcción de un nuevo tipo de Estado. Las reformas constitucionales operadas en América Latina terminaron la tradición liberal monista y redefinen conceptos tales como la unidad nacional, la soberanía y la nacionalidad. El plurinacionalismo superó el universalismo propuesto por teorías europeas, y arrojó nueva luz sobre las cuestiones de la ciudadanía, la igualdad jurídica y la diversidad. Todo esto se configura como “nuevo”, y todos los adjetivos ya mencionados anteriormente, por no haber sido desarrollado exclusivamente en la facultad, pero sí son frutos de los procesos de luchas sociales y movimientos populares. El “nuevo constitucionalismo latinoamericano” comparte el carácter verdaderamente revolucionario del constitucionalismo americano y francés del siglo XVIII. De este proceso dialéctico, la emergencia de nuevos actores sociales, nuevas instituciones, nuevas prácticas es, al mismo tiempo, la condición y

resultados de las reformas constitucionales.

REFERENCIAS

ALMEIDA, Mariana Corrêa de. A cultura legal emergente latino-americana: o pluralismo jurídico rompendo os laços imperialistas no direito. Separata de: Revista Brasileira de Estudos Latino-americanos, v.1, n.1, jun., 2011, p. 38-50.

ARGENTINA. Constitución (1994). Constitución de la Nación Argentina: promulgada en 22 de agosto de 1994. Disponible en: <<http://www.presidencia.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>>

BOLIVIA. Constitución (2009). Nueva Constitución Política del Estado: promulgada en 9 de febrero de 2009. Disponible en: <<http://www.diputados.bo/index.php/institucional/constitucion>>

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada en 5 de octubre de 1988.

CHIVI VARGAS, I. M. (coord.). Bolivia. Nueva Constitución Política del Estado, 1 ed., La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010, 269 p.

COLOMBIA. Constitución (1991). Constitución Política de la República de Colombia: promulgada en 6/06/1991. Disponible en: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/col91.html>>

DELGADO BURGOA, R. E. Algunas reflexiones sobre la Constitución Política del Estado. In: CHIVI VARGAS, I. M. (coord.). Bolivia. Nueva Constitución Política del Estado, 1 ed., La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010, p. 39- 56.

EQUADOR. Constitución (2008). Constitución de la República del Ecuador: promulgada en 28/10/2008. Disponible en: <http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf>

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 139-160.

_____. Hitos del Reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. In. BERRAONDO (coord.): Pueblos Indígenas y derechos humanos. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, pp.537—567.

GARGARELLA, Roberto. Pensando sobre la reforma constitucional. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 87-108.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat. Penas Perdidas. O Sistema Penal em Questão. 1 ed. Niterói: Luam, 2003, 180 p.

LASSALLE, Ferdinand. A Essência da Constituição. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, 40 p.

MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: QUARESMA, Regina ... [et al.] (coord.). Neoconstitucionalismo(s), 1. Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 5-27.

OLIVEIRA FILHO, G.B.G. Tratamento penal dos povos indígenas: o reconhecimento dos métodos tradicionais de resolução de conflitos a partir da convenção 169/OIT. – Niterói: UFF, 2013. 74 p.

PARAGUAI. Constitución (1992). Constitución de la República del Paraguay: promulgada en 20/06/1992. Disponible en: <http://www.bacn.gov.py/CONSTITUCION_ORIGINAL_FIRMADA.pdf>

PERU. Constitución (1993). Constitución Política Del Perú: promulgada en 29/12/1993. Disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/constitucion.pdf>>

SANTOS, Boaventura de Souza. Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur. La Paz: Plural, 2010, 154 p.

UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 109-138.

VENEZUELA. Constitución (1999). Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: promulgada en 20/12/1999. Disponible en: <<http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm>>

VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. F. Fundamentos teóricos y prácticos del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Gaceta Constitucional, n. 48 2011, p. 307-328.

WOLKMER, A.C.; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo Latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. Revista Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011. p. 371-408

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo

na América Latina. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional da ABDConst. Curitiba, p. 143-155, 2010. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>> Acesso em: 29. Maio. 2014.

ZAFFARONI, E. R. La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia. In: CHIVI VARGAS, I. M. (coord.). Bolivia. Nueva Constitución Política del Estado, 1 ed., La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010, p. 109- 132.