

## **EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO. UNA PERSPECTIVA DE LECTURA<sup>i</sup>**

### INTRODUCCIÓN

Solo en las últimas décadas ha ido surgiendo una doctrina que reconoce el perfil peculiar del derecho público latinoamericano, tomando distancia tanto respecto a la tradición del llamado *civil law*, cómo de las experiencias de *common law*<sup>1</sup>.

Efectivamente, en algunos países latinoamericanos, así cómo en Italia y España en particular, hemos asistido al fortalecimiento de una literatura jurídica que defiende con vigor la presencia de un nuevo modelo de constitucionalismo latinoamericano, subrayando ciertas discontinuidades respecto al pasado y reivindicando la existencia de peculiaridades regionales y de una vía propia y original por lo que concierne la voluntad de encontrar una salida a la crisis del modelo de democracia constitucional, que recién parece no ser capaz de enfrentarse a las profundas desigualdades producidas por la economía global.

Sin embargo, después de unos años, tal vez hoy merezca la pena ir un poco más allá de una mera ratificación del fenómeno, favoreciendo una lectura más crítica del llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano (NCL), a partir de las opiniones de quienes han ido subrayando sus límites.

Aunque hay que reconocer que el NCL abre unas pistas de reflexión interesantes para enfrentarse a las dificultades que actualmente aprietan la democracia representativa, efectivamente una lectura crítica resulta necesaria para averiguar los puntos débiles de esta teoría constitucional y su posible conexión con las olas de populismo iliberal que, en los últimos años, están atravesando aquellos países que, por primeros y con gran entusiasmo, han patrocinado los principios del NCL.

---

<sup>1</sup> Así se expresa G. Marini, *La costruzione delle tradizioni giuridiche e il diritto latinoamericano*, en *Rivista critica di diritto privato*, vol. 29, II, 2011, 163 e s., subrayando que la «caratterizzazione dei sistemi giuridici che la compongono è sempre rimasta in bilico: non abbastanza europei per essere considerati davvero parte integrante di quella tradizione giuridica, ma neanche abbastanza esotici per esibire qualche peculiarità tale da far valere l'eccezione "culturale"». Según esta perspectiva, por mucho tiempo ha prevalecido la idea de que el derecho público latinoamericano constituye el fruto de la recepción de la experiencia estadounidense; mientras el derecho civil sería el producto de la influencia europea. Cfr. A. Somma, *Le parole della modernizzazione latinoamericana. Centro, periferia, individuo e ordine*, Max Planck Institute for European Legal History Research Paper, Series n. 2012-05.

En este trabajo, por lo tanto, con el fin de evaluar cuál puede ser el aporte de la experiencia latinoamericana al constitucionalismo contemporáneo, nos preguntamos si es posible hallar una esencia peculiar en el llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano, habida cuenta de su posible nivel de innovación, pero también de su impacto social y político.

Si, cómo quien escribe cree, en el camino del derecho constitucional de la región latinoamericana existen realmente unos rasgos peculiares capaces de reactivar los mecanismos atrapados del constitucionalismo democrático contemporáneo, entonces, solo un análisis de los límites patentes permitirá la expresión de sus potencialidades en clave global.

## UNA REGIÓN LLAMADA AMÉRICA LATINA

Hablar de nuevo constitucionalismo latinoamericano supone, ante todo, definir el marco metodológico de nuestro análisis: lo cual significa, en primer lugar, averiguar si coincidimos en el significado de la palabra *constitucionalismo* y si hay un contenido común acerca de este concepto. Pero, significa también, y previamente, aclarar lo que se entiende hablando de *América Latina*. Es patente que, solo averiguando la existencia, desde un punto de vista jurídico, de la llamada América Latina, así como solo sondeando la posibilidad de utilizar esta expresión en el contexto del derecho público para referirse a una entidad definida<sup>2</sup>, será posible investigar la presencia de un nuevo modelo constitucional regional.

En principio, somos conscientes de que hablando de América Latina nos referimos a un concepto que no tiene un sentido geográfico. Más bien toma su esencia a partir de una perspectiva histórica, manifestando por un lado su contraposición respecto a la América anglosajona (en particular respecto a la hegemonía estadounidense), por el otro una tensión constante respecto al plan geográfico, por lo menos a partir del primer contacto entre los europeos y los pueblos indígenas<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Serena Baldin subraya como la «strategia di possesso sottesa alla toponomastica si nota... nella successione di definizioni della regione, che sono sia di ordine geografico e legate all'epoca della scoperta, come *Indias Occidentales* e *Mundus Novus*, sia orientate ideologicamente e limitate dal punto di vista semantico rispetto a quella attualmente più in uso, vale a dire *Latinoamérica*. Al riguardo si ricordano i toponimi di *Hispanoamérica*, *Lusoamérica*, *Sudamérica* e *Iberoamérica*. *Hispanoamérica* è però ristretta in quanto esclude il Brasile e altri territori in cui non si parla lo spagnolo. Viceversa, *Lusoamérica* comprende solo l'area di influenza portoghese. *Sudamérica* rinvia alla contrapposizione Nord-Sud e, per il fatto di estromettere i paesi dell'America centrale, non ha rilevanza in chiave giuridico-sistemologica. *Iberoamérica*, ancorché sorga con un portato emancipatorio rispetto al Nord America e con una finalità integrazionista protesa verso un disegno confederale, richiama latamente tutti gli ex possedimenti coloniali e dunque non ha una connotazione sempre positiva» (S. Baldin, *Il Buen vivir nel costituzionalismo andino. Profili comparatistici*, Torino, Giappichelli, 2019, 37).

<sup>3</sup> En particular, como recuerda L. Zanatta, *Storia dell'America Latina contemporanea*, Roma-Bari, Laterza, 2017, 7: «l'ingresso degli imperi iberici impose a quest'immensa porzione d'America un principio di unità che la geografia tendeva a contraddire od ostacolare. *Lo spazio divide ciò che la storia ambiva ad unire*».

A partir de entonces, efectivamente, la atención va centrándose sobre elementos, por así decirlo, aglutinadores, de naturaleza cultural, atribuibles a la edad moderna, con la idea de neutralizar las profundas diferencias originarias que, sin embargo, diversifican las regiones de la América central y meridional por lo que concierne al territorio, las características sociales y ambientales, las civilizaciones precolombinas, las tradiciones y las creencias.

De hecho, el análisis se ha ido centrando, por ejemplo, sobre factores como la lengua o la religión; por lo que tiene que ver con el ámbito jurídico se ha subrayado, más que todo, la homogeneidad del sistema del derecho civil y la recepción del derecho público estadounidense; además, se han enfatizado, a veces de forma forzada, algunos rasgos del arte del subcontinente, facilitando la emersión de una categoría de literatura, música, pintura latinoamericana que, por lo visto, no siempre ha resultado útil para entender una realidad que es mucho más compleja y multifacética de lo que se pretende.

No se quiere con esto desmentir el rol que algunos elementos comunes han jugado, marcando profundamente la vida de millones de personas en la región.

Es evidente que la expansión del castellano ha contribuido al proceso de construcción de una identidad transnacional que involucra todo el centro y sur América. Así como es patente el rol que ha tenido la Iglesia católica en el afianzamiento de algunos procesos políticos y sociales, que se repiten de forma cíclica<sup>4</sup>.

Sin embargo, frente a estos elementos estructurales que saltan a la vista, el jurista tiene, igualmente, la obligación de guardar distancia respecto a factores que son importantes, aunque no exclusivos. Tan solo así podrá percibir el poliédrico mundo latinoamericano, tener en cuenta su naturaleza contradictoria, donde se mezclan resiliencia y antagonismo con resignación y sumisión; su historia, a partir del descubrimiento, pero también la anterior; su diferente geografía que ha condicionado el desarrollo social y económico de cada zona<sup>5</sup>.

No olvidemos que los factores a partir de los cuales vamos dibujando la idea unitaria de América Latina constituyen, por sí mismos, el producto de una superestructura

---

<sup>4</sup> En *Il populismo in America Latina e l'ossessione della cristianità perduta*, en *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2017, 299, Loris Zanatta parte de la idea de que si es verdad que la «América Latina è il paradiso del populismo», por otra parte, no hay que olvidar que «il populismo latino-americano esprime un forte afflato religioso. Di più: a suo modo è un fenomeno di tipo religioso». Podemos evidenciar un progresivo cambio en acto en el subcontinente (cfr. L. Zanatta, *Storia dell'America Latina contemporanea*, cit., 243 ss.), sobre todo por lo que concierne el rol social y político que van asumiendo los grupos neopentacostales (cfr. M.G. Abramova, *Neopentacostales en América Latina. ¿Declive de la política pública o nuevos actores políticos del siglo XXI?*, en *Iberoamérica*, 1/2020, 90-108). Por lo tanto, el factor religioso sigue siendo un importante elemento de movilización social y política. En este sentido, basta pensar en la elección de Bolsonaro en Brasil y Obrador en México; a Jimmy Morales en Guatemala; y también al impacto que ha producido la imagen de Mauricio Macri bendecido por parte de un pastor evangélico durante su campaña presidencial del año 2019.

<sup>5</sup> Todavía actual el análisis bajo la perspectiva histórica y económica de M. Carmagnani, *L'America latina dal '500 ad oggi. Nascita, espansione e crisi di un sistema feudale*, Milano, Feltrinelli, 1975. Más reciente, véase el mismo autor, *L'altro occidente. L'America latina dall'invasione europea al nuovo millennio*, Torino, Einaudi, 2003.

introducida en la región a partir de la época colonial y sobrepuesta, a lo largo del tiempo, a la cultura autóctona, más o menos asimilada, pero nunca plenamente incorporada en la sociedad de algunos países.

Esta alegada imagen unitaria termina por proporcionar una idea mucho más compleja de la región<sup>6</sup>, cuya identidad se funda sobre una base social y cultural fruto de un enredo grueso entre historia colonial y tradición precolombina. Es en estos nudos que se anida una contraposición irremediable que, en América Latina, caracteriza las relaciones entre derecho y sociedad; y es probable que sea este mismo espacio entre derecho y sociedad que el constitucionalismo latinoamericano contemporáneo intenta llenar, a partir del rol asignado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ser críticos con una Corte por momentos invasiva y muy poco dispuesta al diálogo con los países miembros de la Convención<sup>7</sup> no impide reconocer el papel fundamental que su jurisprudencia ha jugado y juega respecto a la integración de la componente ancestral en el contexto contemporáneo, preservando su naturaleza.

Sin tener en cuenta estas fracturas, así como la superposición de diferentes historias culturales, modelos, que constituyen el llamado bloque romano-ibero-precolombino, que ahonda sus raíces en la región, no se podría entender por qué antes de hablar de constitucionalismo latinoamericano, sería mejor debatir del constitucionalismo *en América Latina*<sup>8</sup>. Más allá de una denominación común, efectivamente, los países latinoamericanos muestran considerables diferencias, de modo que sus identidades constitucionales terminan por ser muy variadas.

Es por eso que, también respecto a la reflexión acerca del NCL, resulta necesario poner en relieve las razones que han favorecido el uso engañoso del término “latinoamericano” para referirse a procesos constitucionales que, como veremos, en la práctica muestran una difusión más limitada, teniendo en cuenta que se desarrollaron sobre todo en el área andina, llamando la atención del resto de la región tan solo sucesivamente y solo en parte.

Más allá de la costumbre de hablar de América Latina como de una realidad unitaria, efectivamente, son varios los factores que, en este sentido, han jugado un papel importante. Por ejemplo, el hecho de que la actividad internacional de protección e implementación de los derechos culturales en el continente latinoamericano, sobre todo por lo que concierne las tradiciones autóctonas, haya coincidido con el trabajo de

---

<sup>6</sup> Por eso T. Bertaccini, utiliza el término al plural en el título: *Le Americhe Latine nel ventesimo secolo*, Milano, Feltrinelli, 2014.

<sup>7</sup> Cfr. A. Mastromarino, *El margen de apreciación: una posible estrategia de integración regional*, en *Revista General de Derecho Público Comparado*, 29, 2020.

<sup>8</sup> Insiste sobre este punto H. Rosatti, *Constitucionalismo en Latinoamérica y Constitucionalismo Latinoamericano*, en *Revista digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, 210, 2015, que halla por lo menos tres matrices propias de la experiencia constitucional en el subcontinente americano: aquella ancestral, la occidental y finalmente la global, continuamente en tensión entre ellas.

investigación y castigo de los crímenes de lesa humanidad, llevado a cabo por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es cierto que en América Latina quienes pagaron el precio más alto en las masivas violaciones de derechos humanos cometidas a lo largo del siglo pasado, realmente fueron las poblaciones autóctonas, por pertenecer a las clases más bajas de la sociedad o por defender los valores en los que se funda su cultura: tal vez por eso ha ido fortaleciéndose la idea de un vínculo ideológico entre reivindicaciones de los pueblos originarios y procesos de transición en toda la región, consolidando una visión homogénea, que en muchas ocasiones prescinde del dato demográfico y sociológico.

Es a partir de estas premisas que en la narración colectiva va forjándose un paradigma que, más allá de lo concreto, pretende fusionar violencia-transición-reivindicaciones indígenas, sin solución de continuidad.

Si es verdad que algunos eslogans como “justicia y reparación” y “verdad y memoria” unidos al llamado “giro a la izquierda” han interesado a toda la región, contribuyendo a reforzar la sensibilidad política y social hacia la cuestión indígena, sin embargo no hay que olvidar que estas orientaciones no se han convertido en proyectos de reorganización social y política de forma generalizada en toda América Latina: lo cual quiere decir que no en cualquier parte el tema de la recuperación de la tradición originaria, aunque atractiva, ha representado un asunto imprescindible en los procesos de transición.

Es por eso que, a pesar de una posible inclinación divulgadora, es la presencia de una matriz social e indigenista que conforma el NCL e induce al jurista, antes de utilizar el término NCL, a comprobar la existencia de otros factores, más allá de la mera vocación del sistema a la protección de los derechos indígenas.

## CONSTITUCIONALISMO Y IDENTIDAD CONSTITUCIONAL

Aunque queramos poner de un lado las reflexiones, llenas de dudas, sobre el concepto de América Latina y sus pertinentes adjetivos, hay que reconocer que hablar de constitucionalismo latinoamericano, por nuevo o viejo que sea, supone *a priori* la necesidad de compartir una idea de constitucionalismo.

No cabe dentro de las intenciones de este trabajo averiguar hasta donde ha llegado la extensa literatura por lo que concierne la codificación de un contenido semántico común de la palabra constitucionalismo. Sin duda, seguimos teniendo la sensación de que «al di là di molteplici e generici riferimenti alle “migrazioni delle idee costituzionali” continui a mancare una compiuta riflessione sugli standard sui quali tendono a modellarsi le Costituzioni del XXI secolo»<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> T. Groppi, *La costituzione tunisina del 2014 nel quadro del “costituzionalismo globale”*, en *Diritto pubblico comparato ed Europeo*, 2015, 192.

Sin embargo, y a pesar de las muchas zonas de sombra, me parece posible detectar un núcleo duro del constitucionalismo sobre el cual se ha ido focalizando la atención de la doctrina más acreditada, que ha querido subrayar la existencia de algunos elementos fundamentales: la naturaleza plural de los textos constitucionales que expresan su origen basado en un pacto; la presencia de un sistema de justicia constitucional que asegura la rigidez de la Constitución y por lo tanto la validez de los derechos en ella reconocidos; el papel asignado al nivel supranacional por lo que concierne al desarrollo de los derechos humanos y su amparo; la limitación del poder, a pesar de su fundamento; la descentralización concebida como garantía de participación y democracia.

Es a partir de estos elementos que ha ido construyéndose una idea común de constitucionalismo que, aunque no siempre de forma explícita, ha contribuido a asumir la existencia de un constitucionalismo global, capaz al mismo tiempo de no negar la presencia de peculiaridades sobre las que se forja la llamada identidad constitucional de cada país<sup>10</sup>.

En esta tensión entre general y particular se coloca justamente la tarea del derecho público comparado, llamado a definir los contenidos del concepto de constitucionalismo sin olvidar su “geografía” que muestra como «esso vari, si definisce, inventi soluzioni in corrispondenza con gli specifici problemi politici, sociali ed economici delle realtà nazionali in cui si sviluppa»<sup>11</sup>.

Es patente que existen grietas en la estructura de la llamada democracia constitucional; grietas tan profundas que nos llevan a hablar de crisis *en* la democracia, si no queremos llegar a imaginar una crisis *de* la democracia, así poniendo en relieve algunas criticidades de un proyecto que, por ahora, no ha sabido estar a la altura de sus expectativas. Efectivamente, más allá de las difusas declaraciones de derechos, queda pendiente el tema de las enormes desigualdades, presentes en todas las sociedades. Desigualdades que nos recuerdan cada día que, si el constitucionalismo tiene que representar un espacio de liberación respecto a las necesidades, entonces queda mucho que hacer y mientras tanto esas declaraciones corren el riesgo de quedarse letra muerta y convertirse en una herida abierta en sistemas donde la disparidad en términos de riqueza disponible va creciendo<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Por *identidad constitucional*, según las palabras de A. Ruggeri, *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, en *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, 2017, p. 117, se puede entender «l'essenza della Costituzione, nei suoi principi fondamentali, nei quali si specchiano ed inverano i valori parimenti fondamentali che stanno a base dell'ordinamento e ne accompagnano ed orientano i più salienti svolgimenti storico-positivi». Del mismo autor, véase también: *Protocollo 16 e identità costituzionale*, en *Rivista di Diritti Comparati*, 2020.

<sup>11</sup> G. Rebuffa, *Una geografia dei costituzionalismi moderni*, en *Nomos*, 2/2018, 3.

<sup>12</sup> Vale la pena recordar las advertencias de Massimo Luciani que nos recuerda que a estas condiciones «il compito dei costituzionalisti è quello di catturare nuovamente quel potere che molti secoli addietro avevano saputo subordinare al diritto e funzionalizzare ai diritti; di mettere in luce i complessi rapporti fra potere, diritto e diritti; di rivelare il modesto rendimento democratico delle procedure decisionali nei sistemi “a rete” o “multilivello”. Occorre rifuggire, insomma, i rischi di un *costituzionalismo irenico* che si limiti a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie alla giurisdizione (anzi: alle giurisdizioni) e tornare a un *costituzionalismo polemico* che si misuri con il potere. E' davanti a *pólemos*, non ad *eiréne*, che il

El constitucionalismo democrático, surgido de las cenizas de la Segunda Guerra Mundial, parece mostrarse privado de las herramientas necesarias para enfrentarse a los desafíos del mundo globalizado<sup>13</sup>.

Las incertidumbres van creciendo y la distancia entre la que Häberle llama verdad constitucional y el derecho constitucional se hace cada día más evidente<sup>14</sup>. Lo cual nos lleva a preguntarnos si queda algún espacio para una reflexión sobre el constitucionalismo. Nos contestamos de forma afirmativa.

A pesar de sus límites patentes, efectivamente, el constitucionalismo sigue manteniendo un considerable poder atractivo, sobre todo si es entendido como técnica de libertad<sup>15</sup>. En este sentido, si por un lado podemos afirmar que la Constitución se presenta cada día más como un espacio de gestión del conflicto y no como un proyecto de orden, por el otro tenemos que reconocer que no queda espacio de maniobra para quien no reconozca la relación de complementariedad que une el constitucionalismo global con la idea de identidad constitucional. Sin tener en cuenta las peculiaridades de cada país, el constitucionalismo no puede implantarse con sus virtudes, así como fuera del marco del constitucionalismo democrático las identidades constitucionales corren el peligro de encerrarse dentro de un estéril nacionalismo capaz de neutralizar cualquier logro por lo que concierne el reconocimiento de un *ius commune* en tema de derechos humanos.

## EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Para definir, desde el punto de vista geográfico e ideológico, el nuevo constitucionalismo latinoamericano, desde luego, parece imprescindible empezar precisando sus contenidos para averiguar si existen en concreto rasgos que puedan caracterizarle respecto a las otras experiencias regionales, presentes o pasadas.

En primer lugar, habrá que subrayar que nos hallamos frente a un fenómeno constitucional surgido al margen del mundo académico, producido por fuerzas sociales, más que a partir de reflexiones de la doctrina<sup>16</sup>. Su base teórica, efectivamente, se funda

---

costituzionalismo deve vincere le proprie sfide»: *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, en *Giurisprudenza Costituzionale*, IV(2006), 1668.

<sup>13</sup> M Fioravanti, *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano, Giuffrè, 2018, 31.

<sup>14</sup> P. Häberle, *Il costituzionalismo come progetto della scienza*, en *Nomos*, 2/2018, 13.

<sup>15</sup> N. Matteucci *Costituzionalismo*, en N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, *Il Dizionario di Politica*, Torino, UTET, 2004, 202.

<sup>16</sup> En este sentido se ha hablado de *constitucionalismo sin padres*, habida cuenta de que nadie «salvo el pueblo, puede sentirse progenitor de la constitución, por la genuina dinámica participativa que acompaña los procesos constituyentes. Desde la propia activación del poder constituyente a través de referéndum, hasta la votación final para su entrada en vigor, pasando por la introducción participativa de sus contenidos, los procesos se alejan cada vez más de aquellos conciliábulos de sabios para adentrarse, con sus ventajas y sus inconvenientes, en su propio caos, del que se obtendrá un nuevo tipo de constitución: más amplia y detallada, con mayor originalidad, más capacitada para servir a los pueblos, cercana de nuevo al sueño revolucionario». R. Martínez Dalmáu, *El constitucionalismo sin padres y el proyecto de Constitución de Ecuador*, en *Rebelión*, del 9 de marzo 2018, 2.

prácticamente en una evaluación *a posteriori* de procesos constituyentes que se desarrollan en el centro-sur del continente americano entre los siglos XX y XXI.

En particular, el análisis metódico de lo que ha sido llamado *nuevo constitucionalismo latinoamericano* se debe a la investigación de los españoles Rubén Martínez Dalmau y Roberto Viciano Pastor.

Es indudable que los dos, a partir del examen de la génesis de la Constitución de Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009) y de las ideas ofrecidas por parte de una atenta doctrina, que no ha vacilado en señalar los límites del constitucionalismo de matriz occidental, incluso en su versión neoconstitucional<sup>17</sup>, se mueven aprovechando una reflexión que ya había sido puesta en marcha, pero cuyos resultados todavía no habían sido organizados en términos jurídicos.

A partir de sus trabajos, por lo tanto, resulta fácil detectar aquellos rasgos que califican lo que el mismo Martínez Dalmau define más bien como una *práctica*, que una *doctrina* constitucional<sup>18</sup>. Se trata de rasgos bien conocidos por parte de la literatura sobre el tema, a veces enfatizados en clave idílica o *naïf*, así contribuyendo a su degradación, según la opinión de los autores más críticos y escépticos frente a sus peculiaridades más avanzadas.

Es por eso que aquí, en vez de detenernos en analizar meramente los ensayos de los dos españoles, ya examinados profundamente en otras ocasiones, nos dedicaremos más bien a un estudio funcional de sus trabajos, con el fin de encontrar una respuesta a las preguntas a partir de las cuales hemos empezado.

En este sentido parece fundamental identificar, en primer lugar, aquel núcleo que, también en la opinión de quien escribe, representa el centro de la doctrina del NCL, la esencia ideológica y constitutiva de la que se desprenden todas las otras características. Nos referimos a la relación que une constitución y poder constituyente y en particular a la tensión social que algunas de las constituciones aprobadas en las últimas décadas en la región latinoamericana proyectan a nivel normativo.

En las constituciones que se consideran parte del teorema del NCL el alma política prevalece respecto a la vocación jurídica así que elementos como la garantía de un proceso participativo la construcción de legitimidad popular, la protección del poder constituyente entendido, en su conjunto, como actividad que modela el cuerpo político y su fisionomía<sup>19</sup>, representan el punto de partida y llegada de cada análisis.

---

<sup>17</sup> Véase, en particular, R. Gargarella, C. Courtis, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2009.

<sup>18</sup> Crf. *Qué es el "Nuevo Constitucionalismo latinoamericano"*. Entrevista a Rubén Martínez Dalmau, en *Gazeta Constitucional*, 52, 2012, 301.

<sup>19</sup> En este sentido, M. Dogliani (*Il potere costituente*, en M. Dogliani, R. Bin, R. Martínez Dalmau, *Il potere costituente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, 7 ss.) tomando en cuenta la idea de "pacto" que funda el concepto de "masa organizada en sociedad", recalca que en esta perspectiva «il potere costituente non è la volontà di un corpo politico che già esiste, ma è l'attività attraverso cui questo corpo politico si costituisce, essendo indissolubilmente legata e coincidente con la creazione dell'unità politica e la definizione delle sue forme, dei suoi principi, della sua regolamentazione giuridica» (41).



En las palabras de Viciano Pastor y Martínez Dalmau «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»<sup>20</sup>.

Las constituciones del NCL quieren ser, por lo tanto, proyección del pluralismo social porque en su escritura participan todas las partes de la sociedad, incluidas aquellas que la tradición política y jurídica, a lo largo del tiempo, había dejado al margen. El acto constituyente termina así por convertirse en un momento de reivindicación política, de emersión y finalmente de inédito protagonismo en particular para aquellas comunidades étnicas y sociales que desde hace siglos han sido reducidas al silencio y a la invisibilidad; una ocasión de rescate social, antes de ser un acto jurídico.

La necesidad prevalece sobre la teoría, de modo que en vez de presentarse como un momento de balance o de programación hacia el futuro, los textos del nuevo constitucionalismo latinoamericano son percibidos, por parte de la población, como botes salvavidas, imprescindibles para no dejar nadie atrás, perdido entre las olas. Responden a la urgencia de rescate de quien mira la vida desarrollarse en las plantas altas de la vida, mientras queda encerrado en los sótanos del mundo en los cuales las desigualdades y las injusticias le han confinado: esas desigualdades e injusticias que el constitucionalismo surgido a partir de las cenizas de la Segunda Guerra Mundial se había propuesto de extirpar y que, al revés, se han ido fortaleciendo.

Voluntad de romper con el sistema político, económico y social del pasado; deseo de revancha; lucha a las iniquidades: estos son los detonantes (a veces, sin duda, en tono populista) de un profundo cambio constitucional del cual se encuentran claras huellas en el camino constituyente de Colombia, de Venezuela y que se hace manifiesto en la experiencia de Ecuador y Bolivia, donde el conflicto social ha sido canalizado en un proceso constituyente participado que permite a al texto constitucional de ser «el mandato directo del poder constituyente y, en consecuencia, fundamento último de la razón de ser del poder constituido»<sup>21</sup>.

El acto constituyente llega a ser oportunidad para fundar un nuevo *status quo*, para empezar nuevamente. En esto consiste la naturaleza revolucionaria del NCL: en el afán

---

<sup>20</sup> Las consideraciones de Roberto Viciano Pastor y de Ruben Martínez Dalmáu pueden ayudar a reconstruir el tejido teórico de un pensamiento que, como veremos, se balancea entre categorías tradicionales, rompiendo, al mismo tiempo, con el orden del constitucionalismo democrático. Ellos nos recuerdan que: «el nuevo constitucionalismo busca analizar, en un primer momento, la exterioridad de la constitución; es decir, su legitimidad, que por su propia naturaleza solo puede ser extrajurídica» (: *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*, en *Revista General de Derecho Público Comparado*, 9, 2011,7).

<sup>21</sup> *Ibid.*, 7; en otra ocasión se afirma que «la constitución es el mandato del constituyente y refleja su voluntad»: Id., *Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, en R. Viciano Pastor (Ed.), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012, 20.

descolonizador y en la recuperación de la tradición indígena, campesina y de los afrodescendientes como componente esencial para la reconstrucción de un nuevo orden constitucional<sup>22</sup>.

A partir de la idea de que desde el punto de vista político y constitucional nunca ha sido alcanzada una plena independencia del continente latinoamericano respecto a las secuelas del colonialismo, con el NCL no se pretende negar la evolución del constitucionalismo regional; más bien lo que se quiere es refundarla a partir de nuevos cimientos<sup>23</sup>, incluso aquellos que derivan de la cultura indígena, por mucho tiempo expulsada de la historia, al fin de apoderarse nuevamente de la identidad plural de la región, también a nivel jurídico y constitucional.

La voluntad constituyente, por lo tanto, es la síntesis de la confluencia, a veces conflictual, de las variadas almas de la sociedad. En el NCL, reconocer y aceptar la existencia de esta poliédrica voluntad significa asumir, más o menos de forma retórica, que la historia puede ser escrita por parte de todos, incluido los postergados. Por lo tanto, proteger el orden que se define en el proyecto constituyente quiere decir, en sustancia, proteger los postergados, asegurar que no vuelvan a ser invisibles, reconocer su papel en la construcción del futuro<sup>24</sup>. Defender la voluntad popular expresada en la constitución se convierte en el objetivo principal del NCL, habida cuenta de que en aquella voluntad se manifiesta la voz de todos: el proyecto político que deriva del conflicto puede ser considerado compartido porque es el fruto de la redacción participada de la constitución. Y es esa misma voluntad la fotografía del orden social sobre el que se funda aquel proyecto.

No se trata por lo tanto de identificar en el NCL una expresión más de las doctrinas de la constitución en sentido material, habida cuenta del espacio restringido, casi nulo, que se deja a las instituciones para detectar los cambios del contexto social y económico y actuar para facilitar la integración política<sup>25</sup>: con todo lo que esto significa a nivel teórico,

---

<sup>22</sup> Cfr. A.C. Wolekmer, S.M. Radaelli, *Refundación de la teoría constitucional latinoamericana: pluralidad y descolonización*, en *Derechos y Libertades*, 37, 2017, 31 ss.

<sup>23</sup> Nos referimos a las reflexiones de Boaventura de Sousa Santos, en particular en *Refundación del Estado en América Latina*, Lima, Inst. Int. de Derecho y Sociedad, 2010. Tendremos la ocasión de profundizar la cuestión que supone el uso *contra-hegemónico* de la Constitución.

<sup>24</sup> En este sentido hablar de nuevo constitucionalismo latinoamericano como proyecto constitucional para el sur del mundo se convierte en una metáfora para hablar de documentos constitucionales que pretenden interceptar el sufrimiento humano y tomarlo en cuenta. Cfr. B. De Sousa Santos, *Refundación del Estado en América Latina*, cit., 43.

<sup>25</sup> El objetivo es la construcción de una *normativa constituyente* (cuya esencia no necesariamente coincide con la esencia del derecho constitucional) a través de la cual introducir la idea de la superioridad del poder constituyente respecto al poder constituido. Cfr. A. Noguera Fernández, M. Navas Alvear, *Los nuevos derechos de participación. ¿Derechos constituyentes o constitucionales?*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, 25 ss. Es evidente la distancia que separa esta perspectiva respecto a las conclusiones a las que llega la doctrina de la constitución en sentido material en los trabajos de Costantino Mortati. Come recuerda M. Fioravanti (*Le dottrine della costituzione in senso materiale*, en *Historia Constitucional*, 12, 2011, 29) según el maestro «la Costituzione ha un'origine dichiaratamente politica, nel senso che è frutto di volontà e di scelte precise, ma queste non sono a loro volta raffigurabili nel loro complesso come la 'decisione' di un 'popolo' o di una 'nazione'. Ciò che si ricava da quella origine non è dunque, in radice, una sorta di 'vera' costituzione, che

por lo que concierne las relaciones entre poder constituyente y poder constituido; y a nivel práctico, en relación a forma y contenido de los textos constitucionales.

La naturaleza casi “comunitaria”, que se opone a las ideas del constitucionalismo de matriz liberal y a sus evoluciones, conducen, inevitablemente, a considerar que el poder constituyente sea «parte consustancial del proceso social constitutivo, no reducible al evento originario constituyente como lo es, por ejemplo, una asamblea constituyente. El proceso constitutivo está permanentemente abierto como la vida misma. El pueblo soberano nunca puede ceder su poder constitutivo sobre la totalidad del acontecer político, económico y social, ya que es simiente y fundamento definitivo de la democracia... No puede haber norma válida que sea exterior a esta voluntad soberana social y comunitaria»<sup>26</sup>.

El NCL se funda, por lo tanto, en la idea que el poder constituyente tiene que prevalecer siempre y en todo caso respecto al poder constituido y por eso es considerado permanente.

En los próximos párrafos, nos detendremos en la reflexión acerca de las consecuencias que dicho planteamiento determina con respecto a algunas experiencias concretas en la región.

Por ahora es importante subrayar esta base teórica de que se desprenden todas las otras características consideradas rasgos peculiares del modelo del NCL.

La doctrina suele definir la experiencia del NCL a través de cuatro conceptos claves: originalidad, amplitud, complejidad, rigidez.

El NCL es, ante todo, una trayectoria novedosa, que se funda sobre textos donde la voluntad de renovación prevalece respecto a la tradición constitucional. La discontinuidad es patente sobre todo bajo la perspectiva ideológica habida cuenta que terminan por sobreponerse entre ellos códigos jurídicos diferentes, inspirándose también en la cultura indígena; pero se expresa además con fuerza en la dimensión estructural, a través de un lenguaje, un estilo y metáforas que no necesariamente pertenecen al repertorio del jurista o encomendándose a la simbología como medio de comunicación. Se ha hablado en este sentido de *constitucionalismo experimental*<sup>27</sup>, o sea de un constitucionalismo que no tiene miedo a emprender un camino nunca emprendido con el fin de acrecentar el bienestar social, favorecer la integración y sobre todo «establecer

---

come tale può mettere in discussione quella formalmente vigente». En el NCL se manifiesta una irreducible contradicción entre la necesidad de reconocer la naturaleza abierta y permanente del poder constituyente y el afán de proteger intacta la voluntad constitucional, así como ha sido expresada.

<sup>26</sup> Así C. Rivera-Lugo, *Por una teoría materialista del proceso social constitutivo: más allá de lo constituyente y lo constitucional*, en M. Benente, M. Navas Alver, *Derecho, conflicto social y emancipación: entre la depresión y la esperanza*, Buenos Aires, CLACSO, 2019, 180.

<sup>27</sup> Así Boaventura de Sousa Santos, *La reinvencción de Estado y el Estado plurinacional*, en *OSPAL*, 22, 2007, 39.

elementos de participación que legitimen el ejercicio de gobierno por parte del poder constituido»<sup>28</sup>.

Las constituciones que pertenecen al *genus* del NCL son además constituciones muy largas. No podría ser de otra manera. Su extensión, efectivamente, deriva en primer lugar de su esencia: lo nuevo para ser entendido tiene que ser explicado. De aquí la naturaleza didáctica, casi pedagógica, que prefiere los rodeos de palabras en vez del frío lenguaje técnico; su alma se expresa más bien por medio de principios que de reglas, para favorecer la convivencia de mundos diferentes, como pueden ser la tradición del estado liberal, por un lado, y la herencia ancestral precolombina, por el otro. Se trata, por lo tanto, de alargarse para asegurarse de que las diferencias sean inteligibles, para que cada uno pueda asumirlas.

Esta actividad de formación, desde luego, no se dirige solo a los ciudadanos. Más bien, podemos decir que sus destinatarios primarios son las instituciones, o sea el mismo poder constituido. Si la originalidad se funda en las novedades que desde el punto de vista social y político el nuevo constitucionalismo latinoamericano quiere introducir, la amplitud de los textos se convierte en un instrumento para guiar la acción del poder constituido, marcando su sumisión a la voluntad popular expresada en el momento constituyente.

Las constituciones, así, terminan por ser un manual de instrucciones, pensado para limitar la actividad de gobierno, para embridarla, para no traicionar el espíritu originario del texto constitucional a través de una interpretación evolutiva, aunque si coherente con el desarrollo de la sociedad.

Finalmente, en el intento de integrar las diferencias; de guardar las novedades que esas diferencias llevan consigo; de proteger el proyecto constitucional expresión del pluralismo constituyente, los textos del NCL se presentan como textos complejos. Complejo, desde luego, es el universo ideológico en el que se fundan; compleja es la estructura conceptual a la que se propone ofrecer inclusión. Sin embargo, con el fin de sentar las bases para asegurar que este complicado (porque complicado es el mundo que representa) sistema ideal pueda ser conocido y entendido por parte de todos, se recurre a un lenguaje simple, se renuncia a los tecnicismos en favor de un estilo más cotidiano, simbólico, se emplean metáforas, para acercarse a todos los ciudadanos, a pesar de su cultura.

En los textos de la región latinoamericana de última generación, realmente, se nota una clara necesidad de “participación”, que surge de luchas de reivindicación, por muchos años reprimidas, así como de *desiderata* expresados teniendo la convicción de que estabilidad, progreso, justicia, democracia son objetivos que pueden ser alcanzados solo a través de una actividad política intensa e impulso popular. De aquí la multiplicación de mecanismos y órganos que puedan garantizar la intervención directa del pueblo en los

---

<sup>28</sup> R. Martínez Dalmáu, R. Viciano Pastor, *Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, cit., 38.

procesos de decisión, así como de instrumentos de control político, con el fin de anclar el poder constituido al poder constituyente y de esta manera prevenir posibles desviaciones (que en realidad terminan por ser facilitadas...). El resultado es el proliferar en la constitución de procesos de democracia directa<sup>29</sup>, así como la construcción de una repleta red de mecanismos de inspección *ex ante* o *ex post* (no tan solo de tipo jurisdiccional) cuya eficacia todavía tiene que ser averiguada, mientras que cuya *ratio* es evidente: proteger la esencia del texto constitucional.

No es tanto en su rigidez<sup>30</sup> o en su vocación a la garantía de los derechos fundamentales<sup>31</sup> a través de mecanismos constitucionales (rasgos efectivamente comunes a la tradición jurídica del siglo XX) que se expresa la peculiaridad del NCL respecto a otras experiencias; si no en el objetivo que a través su rigidez y garantías se quiere alcanzar: preponderancia del poder constituyente respecto al constituido.

El activismo judicial de las cortes constitucionales de algunos países latinoamericanos, comprometidos con la doctrina del nuevo constitucionalismo regional, no es solamente el resultado práctico de las teorías del neoconstitucionalismo, cuya influencia en el tejido doctrinal suramericano es bien conocida. Es sobre todo consecuencia de este afán de mantenimiento de lo constituyente<sup>32</sup>; dicho de otra forma, es expresión de la prevalencia del pueblo sobre lo constituido que queda bajo el control de la justicia constitucional hasta ser reducido a casi una *bouche de peuple*, porque al pueblo pertenece la soberanía en términos absolutos.

Parafraseando el art. 1 de la Constitución italiana, en la idea del NCL el pueblo es soberano y su soberanía permanece intacta, más allá de las formas y los límites previstos

---

<sup>29</sup> Hasta considerar que la ausencia de un referéndum popular en el iter de aprobación de la Constitución impida considerar la experiencia constituyente de un país como parte del *genus* del NCL. Así, entre otros, R. Martínez Dalmáu, R. Viciano Pastor, *Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, cit., 34.

<sup>30</sup> Nos recuerda L. Ferrajoli, *Democrazia costituzionale e diritti fondamentali*, en L. Mezzetti, E. Ferrer MacGregor (a cura di), *Diritto processuale costituzionale. Omaggio italiano a Héctor Fix-Zamudio per i suoi 50 anni di ricercatore di diritto*, Padova, CEDAM, 2010, 155, que la «rigidità costituzionale è non già, propriamente, una garanzia, bensì un connotato strutturale della costituzione legato alla sua collocazione al vertice della gerarchia delle norme, sicché le costituzioni sono rigide per definizione». En este sentido la rigidez de la Constitución se convierte en una cuestión prioritaria al momento de definir el vínculo entre democracia política y derechos fundamentales, para agotar de una vez el debate sobre la compatibilidad de constituciones (demasiado) rígidas y el derecho a guardar la esencia de la soberanía de las generaciones futuras. En las palabras de Ferrajoli, efectivamente, la rigidez «lega le mani delle generazioni di volta in volta presenti per impedire che siano da esse amputate le mani delle generazioni future» (157).

<sup>31</sup> G. Rolla, *La nuova identità costituzionale latinoamericana nel bicentenario dell'indipendenza*, en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2, 2012, 326, en part. 335; L. Mezzetti, *L'America latina*, en P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari, (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2009, 467.

<sup>32</sup> En Bolivia, la *Nueva Constitución Política del Estado* al II comma dell'art. 197 prevé: «En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto». Y también véase el art. 427 de la Constitución de Ecuador: «Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional».

en la constitución, porque se revitaliza en las dinámicas del poder constituyente que no se agota después de la aprobación de la carta constitucional<sup>33</sup>.

La misma composición de los órganos de la justicia constitucional marca bien lo que vamos diciendo. Baste con el pensar en el caso boliviano. En su estructura se quiere reflejar la complejidad del cuerpo social que ha participado en el momento constituyente, favoreciendo una peligrosa hipótesis de *reflective judiciary*<sup>34</sup>, que facilita una especie de representación judicial a través de la cual cada miembro se hace garante de la voluntad expresada en el momento constituyente por parte del grupo de afiliación y asegura su mantenimiento, sirviéndose, si es necesario, de atrevidas interpretaciones auténticas del texto.

## EL GIRO BIOCÉNTRICO

Lo que vamos diciendo nos ayuda a mirar bajo otra perspectiva hacia uno de los *topos* del discurso sobre el NCL. Nos referimos a la naturaleza y a la protección del medioambiente, ámbitos que algunos consideran coincidir con la sustancia misma del NCL.

No cabe la menor duda de que los textos constitucionales aprobados en las últimas décadas en la región latinoamericana son cartas especialmente implicadas en la protección del ecosistema. Una implicación, ciertamente, mucho mayor de la asegurada por parte de otras constituciones también sensibles a la cuestión.

No se trata simplemente de voluntad de implementar la categoría de los llamados derechos de tercera generación, de la que los derechos medioambientales forman parte

---

<sup>33</sup> Según R. Martínez Dalmau, *Il dibattito sulla natura del potere costituente: elementi per una teoria della Costituzione democratica*, en M. Dogliani, R. Bin, R. Martínez Dalmau, *Il potere costituente*, cit., 130, el debate acerca de la posible convivencia entre poder constituyente y poder constituido se resuelve en aceptar la posibilidad de que el segundo quede a disposición permanente del primero habido cuenta de que el poder constituyente «sta nella Costituzione come manifestazione di volontà, il che non significa che sia *giuridicamente* intrappolato nella Costituzione».

<sup>34</sup> Bien conocemos la inclinación de la justicia a fortalecer su legitimidad pasando también a través de la selección de jueces capaces de representar una parte del cuerpo social. El tema de la legitimidad del poder judicial, efectivamente, se hace difícil en sistemas caracterizados por fragmentación étnica, nacional, lingüística. El riesgo de una disminución de autonomía de los jueces o de la neutralización del dogma de la unidad de la jurisdicción parece ser asumido sin problemas por partes de aquellos ordenamientos con el fin de asegurar otro principio: el del juez natural “por afiliación”, capaz de entender mejor que nadie las razones de quien es parte en un procedimiento judicial siendo “uno de nosotros”. No se trataría de esperar del juez un trato de favor: más bien se trata de alimentar la certidumbre, que genera legitimidad y confianza, que el que está llamado a juzgar tiene todos los medios culturales necesarios para entender profundamente el caso y para resolverlo de forma ecuánime. El cambio es sutil, pero supone un deslice de un nivel meramente formal (: predeterminación por ley del juez) a otro en el que, para enriquecer la reflexión, se unen factores de la sociología, tal vez de la psicología jurídica. Sobre el tema M. Caielli, *Cittadini e giustizia costituzionale. Contributo allo studio dell'actio popularis*, Torino, Giappichelli, 2015, especialmente 150 ss.; véase también A. Mastromarino, *Separazione linguistica o comunitarismo giurisdizionale? Ragionando di Reflective judiciary in Belgio*, en C.A. d'Alessandro, C. Marchese (Eds.), *Ius dicere in a globalized world*, Roma, UniRomatre, 2018, en particular 468 e s.

de manera emblemática. Nos hallamos, más bien, frente a un elemento que es constitutivo de los textos del NCL: tan constitutivo que parte de la doctrina llega a considerarle quintaesencia del mismo NCL<sup>35</sup>.

Sin embargo, según quien escribe, no sería esta la única óptica para enfocar la vocación ecologista del NCL.

Hay que subrayar que, efectivamente, los textos de los que hablamos no abarcan el tema medioambiental bajo una mera perspectiva jurídica, como si se tratara de un nuevo desafío que supone simplemente el reconocimiento de nuevos derechos.

En realidad, el giro biocéntrico excede los códigos jurídicos a través de los cuales se suele hablar de medioambiente en derecho. Y eso pasa porque, en vez de ser un objetivo por sí mismo, representa la inevitable consecuencia de la entrada en juego de la cultura indígena por lo que concierne a las dinámicas constituyentes. En este sentido, la visión ecocéntrica de las constituciones de Ecuador y Bolivia, donde el *giro* se hace más evidente, no representaría otro punto de vista para analizar los procesos constitucionales de la región, si no la secuela necesaria que se desprende a partir del mismo carácter participativo de aquellos procesos, que son de naturaleza política antes que jurídica; de la supremacía del constituyente sobre lo constituido; de la intervención del pueblo en los procesos de decisión, con el fin de renovar *ad libitum* la voluntad popular expresada en el acto constituyente.

De hecho, una vez que el componente indígena entra en el proceso constituyente, y lo hace reivindicando un papel paritario respecto a todos los otros componentes, la tradición ancestral penetra inevitablemente en los procesos de redacción del texto constitucional, así como en la selección de sus contenidos. De allí la exaltación de la naturaleza en su dimensión cósmica, inclusive a través de vocablos, como *Pachamama*, con los que hemos ido tomando confianza, yendo más allá de la visión antropocéntrica típica del constitucionalismo de matriz liberal. Desde luego, fuera de la dimensión conocida como *Buen vivir*, la cultura indígena no sería ni siquiera imaginable.

La importancia de la cuestión medioambiental en las constituciones que surgen alrededor de las doctrinas del NCL es, por lo tanto, y en primer lugar, corolario de la voluntad de hacer de la constitución el mapa político y social del órgano constituyente. La protección de la naturaleza se convierte en la enésima demostración del deseo de preservar todas las diferentes almas que conforman el poder constituyente, incluso aquella ancestral representada por las poblaciones indígenas, y de proyectarlas en el acto de redacción de la constitución. En este sentido no sorprende el amplio espacio dedicado

---

<sup>35</sup> Michele Carducci, partiendo del pensamiento de Boaventura de Sousa Santos, nos invita a interpretar las nuevas constituciones latinoamericanas «atraveso una epistemologia diversa da quella europea: una epistemologia del Sud che apre le porte a un “costituzionalismo dell’alterità”. Véase M. Carducci, *Epistemologia del Sud e costituzionalismo dell’alterità*, en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2, 2012, 319 ss. Así también M. Carducci, L.P. Castillo Amaya, *Nuevo Constitucionalismo de la Biodiversidad vs. Neoconstitucionalismo del Riesgo*, en *Seqüência*, 73, 2016, 255 ss.; E. Gudynas, *La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador*, en *Revista de Estudios Sociales*, 32, 2009, 34 ss.

al ecosistema, al que se reconoce subjetividad jurídica<sup>36</sup>, pero tampoco extraña la fragilidad en términos de efectividad de los principios introducidos para amparar la naturaleza.

Se podría hablar, en este caso también, de *constitucionalismo lírico*<sup>37</sup>: los desastres medioambientales con los que tenemos que enfrentarnos cada día en la región latinoamericana, más allá de las poéticas palabras empleadas en las cartas constitucionales, nos hablan de un sistema en el que al valor de las aspiraciones proclamadas no corresponden a un orden institucional y a una cultura jurídica capaces de otorgar plena ejecución a los principios constitucionales...y no solo por lo que concierne a los derechos medioambientales, como tendremos la ocasión de recordar en los próximos párrafos.

## ENTRE ORIGINALIDAD Y CONTINUIDAD

A partir de lo que vamos diciendo, es posible afirmar que los procesos constitucionales que se han ido desarrollando en el continente latinoamericano en las últimas décadas representan verdaderamente una experiencia nueva de constitucionalismo respecto al pasado, ¿capaz de constituir un modelo para toda la región?

Es patente, y por eso admitido por parte de toda la doctrina, que el protagonismo constituyente reconocido a las poblaciones indígenas ha representado un cambio fundamental por lo que concierne el rumbo del constitucionalismo latinoamericano. Su novedoso carácter simbiótico<sup>38</sup> obliga a tomar una nueva cosmovisión que exige aceptar nuevos desafíos y utilizar nuevos códigos de interpretación desconocidos por la cultura liberal.

Efectivamente, si por una parte se puede notar la permanencia de conceptos que pertenecen al típico lenguaje jurídico occidental, por otra parte, tenemos que subrayar su uso en clave contrahegemónica<sup>39</sup>, con el fin de marcar una discontinuidad respecto a

---

<sup>36</sup> Como nos recuerda Michele Carducci (*La Costituzione come "ecosistema del nuevo constitucionalismo delle Ande*, en S. Bagni (a cura di), *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir*, cit., 14), en el NCL la naturaleza «non viene più identificata come "oggetto" di appropriazione, esplorazione, preservazione. No: diventa il soggetto che nutre e alimenta gli esseri umani e dunque la società. Da "luogo" della società (*ubi societas*) si emancipa finalmente a fonte giuridica primaria della società medesima: la "hipótesis de Gaia" come è stata definita in memoria della dea greca, da cui non può che derivare la Costituzione come norma giuridica di garanzia di quella "ipotesi"».

<sup>37</sup> Habla de *constitucionalismo lírico* A. Di Giovine, *Diritto costituzionale comparato: lineamenti introduttivi*, en A. Di Giovine, A. Algostino, F. Longo, A. Mastromarino, *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milano, Le Monnier, 2017, 19.

<sup>38</sup> Véase C. M. Villabella Armengol, *El derecho constitucional del siglo XX en Latinoamérica: un cambio de paradigma*, en R. Viciano Pastor, (Ed.), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, cit., 74.

<sup>39</sup> En este sentido las palabras de Boaventura de Sousa Santos suenan claras (*Refundación del Estado en América Latina*, cit., 30) y merecen ser recordadas: «una de las dimensiones del contexto actual del continente es precisamente la capacidad que los movimientos sociales han demostrado para usar de modo contrahegemónico y para fines contrahegemónicos instrumentos y conceptos hegemónicos. Hay que tener en cuenta que los sustantivos aún establecen el horizonte intelectual y político que define no solamente lo



la tradición, más bien que confirmar la matriz originaria. Así pasa con términos como pueblo, naturaleza (lo acabamos de recordar...), clase social, comunidad, estado, nación. Ni siquiera el vocablo “constitucionalismo” es exento de esta metamorfosis, de manera que sería mejor moderar el juicio sobre su incontenible fuerza de expansión, recordando que cada vez que asistimos a la extensión del ámbito de su empleo, registramos al mismo tiempo una proporcional disminución de la mordacidad de sus peculiaridades, incluso la vocación a limitar el poder.

Es en esta idea de *constitucionalismo transformador*<sup>40</sup> que se fundan las novedades de la reflexión constitucional en América Latina: novedades que tienen naturaleza ontológica, y no solo epistemológica, habido cuenta que los procesos constitucionales de los países que más se acercan a los ideales del NCL «construyen sus luchas sobre la base de conocimientos ancestrales, populares y espirituales que siempre fueron ajenos al cientismo propio de la teoría crítica eurocéntrica»<sup>41</sup>. Asistimos a un cambio que, para ser entendido, necesita «uno sforzo di decodifica e di rielaborazione giuridica»<sup>42</sup>. Entraña un enfoque intercultural que supone una cosmovisión en prevalencia comunitaria, que no se cierra en el individualismo y presentismo de la cultura occidental, sino que toma su fundamento a partir de una idea circular del tiempo, según la cual conceptos como cambio y transición terminan por ser privados de su acepción necesariamente progresista y positiva, en favor de una concepción que considera la historia como un espacio que es y tiene que ser vivido, escrito y por escribir, en el que, se tiene en cuenta que el tiempo es «semplicemente intorno a noi»<sup>43</sup> y hace posible la convivencia de los vivientes con los antepasados, así como con los que todavía no han nacido, que se encuentran todos reunidos en la misma comunidad «composta senza tener conto degli accidenti della nascita e della morte»<sup>44</sup>, a pesar de la existencia de un lugar sobrenatural.

El llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano es “nuevo” porque nuevas son las coordenadas sobre las que fundan su propio orden político, social y económico las constituciones que a este modelo se inspiran. Y eso a pesar de su mayor o menor abertura a la cultura indígena. Efectivamente, si es verdad que en textos como el ecuatoriano y el

---

que es decible, creíble, legítimo o realista, sino también – y por implicación – lo que es indecible, increíble, ilegítimo o irrealista». En particular, también 58 ss.

<sup>40</sup> Una vez más nos referimos a B. de Sousa Santos, *Refundación del Estado*, cit., 71 ss.; cfr. A. Von Bogdandy, *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Una mirada a un constitucionalismo transformador*, en A. Von Bogdandy, M. Morales Antoniazzi, E. Ferrer Mac Gregor (coord.), *Construcción de un Ius constitutionale commune en América Latina. Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Puebla, Instituto de Ciencias de Gobierno y Desarrollo Estratégico, 2016, 71 ss.

<sup>41</sup> *Ibid.*, 33.

<sup>42</sup> S. Baldin, *La tradizione giuridica contro-egemonica in Ecuador e Bolivia*, cit. 485.

<sup>43</sup> Cfr. H. Patrick Glenn, *Tradizioni giuridiche nel mondo*, (2010), trad. it., Bologna, il Mulino, 2011, 145. Según el autor, la tradición ancestral «considera el tiempo non come una corsa in avanti, come una freccia o come un prodotto che scorre, bensì come un contenitore, un ambiente che semplicemente ci circonda durante la nostra vita. Il tempo, dunque, non andrebbe da nessuna parte: non ci sarebbe un futuro identificabile in quanto tale, né ci sarebbe un passato ben definito – un tempo morto o irrilevante – dato che il tempo è semplicemente intorno a noi».

<sup>44</sup> *Ibid.*, 146.

boliviano es evidente el afán hacia un integrado orden plural, que se expresa, por ejemplo en el sistema jurisdiccional adoptado, así como en la asimilación del sistema conceptual propio de la tradición ancestral, sin embargo hay que admitir que también donde el cambio ideológico aparece meno contundente, resulta clara la voluntad de marcar el comienzo de una nueva época de descolonización a nivel cultural, social, económico y también jurídico<sup>45</sup>, asumiendo una idea novedosa de “igualdad”, que quiere ser al mismo tiempo intercultural, intergeneracional y holística, o sea sin límites de espacio y tiempo, para responder al dilema acerca de cómo reparar a las injusticias sociales que aprietan nuestras sociedades.

Las diferencias respecto al prototipo del constitucionalismo occidental es profunda y puede ser concebida *in toto*, solamente recordando, en breve, cuál han sido los principios y las ideologías sobre los cuales ha ido construyéndose el constitucionalismo en América Latina a partir de la independencia: las decisiones tomadas en estas primeras décadas han influido profundamente en la historia constitucional de la región y, sobre todo, han marcado el posterior desarrollo social de los países latinoamericanos.

## LAS RAICES IDEOLOGICAS DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Algunos historiadores consideran que los motines independentistas en América Latina fueron manifestación de una ola revolucionaria más amplia, de nivel mundial, que entre sus objetivos tenía la extirpación del *ancien régime* en favor de nuevos principios liberales; otros están convencidos de que representan principalmente una reacción espontánea de las *élites* conservadoras del nuevo continente que se mostraban en contra de los procesos de modernización puestos en marcha por parte de la madre patria que ya no podía oponerse a los cambios exigidos en aquella época<sup>46</sup>.

Lo que nos interesa subrayar es que, por lo que concierne la evolución del constitucionalismo en la región, parece posible detectar por lo menos tres diferentes ideologías que han condicionado primero los procesos de independencia y luego las

---

<sup>45</sup> H. Tórtora Aravena (*El carácter descolonizador como rasgo material del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, en J. Gajardo Falcón, F. Zuñiga Urbina (coord.), *Constitucionalismo y procesos constituyentes. Una revisión crítica al Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2019, 65 e s.) habla en particular refiriéndose a las Constituciones de Ecuador y Bolivia, de un «constitucionalismo descolonizador que busca generar un paradigma nuevo, rupturista de la tradición constitucional latinoamericana, monocultural y, en muchos casos, elitista». Además de los trabajos de Boaventura de Sousa Santos, en este sentido es útil tomar en cuenta el punto de vista de Raquel Yrigoyen Fajardo, que insiste sobre lo que define «*el horizonte pluralista*» hito de un proceso más amplio de descolonización hasta ahora inacabado. Cfr. R. Yrigoyen Fajardo, *Pluralismo jurídico y jurisdicción indígena en el horizonte del constitucionalismo pluralista*, en H. Ahrens (coord.), *El Estado de derecho hoy en América Latina*, Berlino, Konrad Adenauer Stiftung, 2012, 171 ss; Id., *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*, en M. Berraondo (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Un. De Deusto, 2006, 537 ss.

<sup>46</sup> Cfr. L. Zanatta, *Storia dell'America Latina contemporanea*, cit., 36 ss.

fuerzas constituyentes: la conservadora (que se funda en la tradición imperial española); la liberal (que se alimenta de los ideales liberales que han sido defendidos en la revolución americana); y la republicana-radical (que tiene su origen en la Revolución francesa y se difunde en América Latina sobre todo a través de la experiencia de Cádiz). Es la incompatibilidad sustancial entre estas tres ideologías, junto al caos institucional que surge después de la independencia, que vuelven prácticamente imposible asegurar estabilidad regional a lo largo de varios años.

Y es en este panorama de agitación que (...estamos forzando una simplificación bien sabiendo que no faltan excepciones...), transcurridas algunas décadas, hay que colocar la decisión de las fuerzas conservadoras de unirse a las liberales, en la mayoría de los países, con el fin de una parte de cerrar una época de transición y debilidad institucional que se había hecho intolerable, en cuanto dañina para la economía de la región, además de peligrosa desde el punto de vista social; de la otra parte de marginalizar el alma republicana más radical, porque contraria a las inspiraciones políticas de los conservadores como de los mismos liberales.

El llamado *constitucionalismo de fusión*, que se desarrolla a partir de la década de los cincuenta del siglo XX y que interesa prácticamente toda la región termina así con echar fuera del debate político público principios revolucionarios como el igualitarismo, la participación a la voluntad popular, la solidaridad social, y al mismo tiempo garantiza una estabilidad de gobierno, que más que representar un nuevo proyecto político para el porvenir, se presenta como un propósito de mantenimiento del orden social ya existente. Efectivamente, así como ya había ocurrido en las colonias norteamericanas, después de la independencia, no se inició un proceso de transformación del orden social y de sus reglas, así como pasó en Francia a través de la Revolución; más bien asistimos a un cambio que claramente entraña la estructura institucional y política de la región, pero con el fin de guardar, ante todo, el orden, sin querer transformar el sistema social: porque no es ese sistema, sus reglas y su orden a ser puestos en duda, sino el mero vínculo del sistema con el Imperio español.

La lucha contra el elitismo político en favor de la igualdad, la promoción de una vida popular pública activa, la ampliación de los derechos políticos, así como de los espacios de participación política (todas ideas que también animaron la independencia) se convirtieron en desafíos marginales, retirados de las agendas políticas de los diferentes países, a pesar de que queden pendientes de forma latente en el continente.

Y esto a pesar de que el pacto entre conservadores y liberales no se podía considerar un verdadero compromiso de gobierno: no había objetivos comunes, más allá de la voluntad de enfrentarse juntos a la promoción de las ideas radicales que, si realizadas o apoyadas por el pueblo, habrían podido poner en riesgo los intereses económicos y políticos de los conservadores y de los liberales, diferentes en todo entre ellos, menos que en la común

desconfianza hacia el pueblo al cual, a partir de entonces, se le otorgan escasos derechos políticos y espacios de participación mínimos.

El pacto entre conservadores y liberales, por lo tanto, termina por ser más una experiencia de acumulación de pretensiones que una verdadera fusión. A partir de entonces se va forjando una idea de Estado y de orden político concentrado elitista, vinculada a la moral católica<sup>47</sup> que, aún transformándose con el tiempo, se ha mantenido fiel a sí misma en las décadas posteriores.

En las etapas sucesivas del constitucionalismo latinoamericano, efectivamente, mucho cambiará, sin que se altere la marca imprimida al sistema por parte del constitucionalismo de fusión<sup>48</sup>. A pesar de profundos cambios por lo que concierne al reconocimiento de los derechos sociales, permanece cierta continuidad respecto a la organización política así que los primeros no podrán jamás expresar todas sus potencialidades reformadoras.

Desde luego, esta tensión entre lo nuevo y lo viejo sigue renovándose en toda la historia de la región y llega hasta hoy, convirtiéndose en el contexto en el que van desarrollándose las reivindicaciones que atraviesan la región a partir de los años noventa, intensificadas por las mutaciones sociales que los procesos de transición han puesto en marcha allá donde se mire. Y no es ninguna casualidad averiguar que justamente en aquellos países donde los contrastes sociales son más evidentes y la mayoría de la población ha sido descartada del espacio público, obligada en una condición de silencio e invisibilidad, el deseo de cambiar transformará el momento constituyente en una ocasión de revolución social, dando la vuelta en favor de un nuevo proyecto político a través de un nuevo proyecto constitucional.

A continuación, intentaremos hacer un primer balance acerca de los resultados conseguidos por parte de esta enorme acción de política constitucional.

Por ahora, habrá que reconocer la originalidad de una estrategia constitucional que, a partir de nuevas bases políticas y sociales, quiere distinguirse del pasado que todavía condiciona el presente. Así como habrá que recordar que, por hacerlo, o sea para concretar el cambio, desde el punto de vista conceptual, se encomienda a lo que ya existe.

---

<sup>47</sup> No faltan excepciones a confirmar esta aptitud bastante general: la Constitución mexicana de 1857 introduce algunos artículos de sabor liberal, aunque hay que esperar un tiempo para una mayor apertura liberal, cuando las reformas de Benito Juárez preverán, entre otras cosas, la separación entre Estado e Iglesia, el matrimonio y la educación seculares, la nacionalización de las tierras de propiedad de la Iglesia.

<sup>48</sup> Así también en la misma etapa del constitucionalismo social que se abre a principio del siglo XX e que tiene su hito en la Constitución de Querétaro de 1917 cuando en el fondo «lo que varió ... no se equipara con lo importante de lo que no cambió». Cfr. R. Gargarella, *La «sala de máquinas de las constituciones latinoamericanas. Entre lo viejo y lo nuevo*, en *Nueva Sociedad*, 257, 215, 98. En particular R. Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz, 2014. Muchas de las reflexiones desarrolladas en este trabajo se fundan sobre las teorías propuestas por parte del autor.

Bien sabemos que el sistema doctrinal e ideológico del NCL se alimenta de teorías neoconstitucionales<sup>49</sup> y al mismo tiempo remonta a ideales anteriores de democracia directa y principios radicales de matriz francesa. Aquellos ideales y principios que ya habían circulado en la región en los años de las guerras de independencia y que, aunque marginalizados, no han podido ser erradicados de todo.

El resultado de esta mezcla es peculiar. Y repleto de criticidades.

Es alto nivel de difusión que las teorías neoconstitucionales han tenido en la América Latina<sup>50</sup>. Y a pesar de su naturaleza caleidoscópica, es posible detectar algunas ideas esenciales del neoconstitucionalismo<sup>51</sup> que más que otras han ido afianzándose en la región.

En particular, a partir del convencimiento que la protección de los derechos tiene que ser considerada criterio de validez del sistema y, por lo tanto, fuente de legitimación del poder, de forma coherente a la postura neoconstitucional, el NCL insiste sobre el valor normativo de la constitución, asignándole un rol fundamental y dominante respecto al sistema en su conjunto. De esto se desprende el carácter rígido de los textos constitucionales, su directa aplicación y la función de ponderación e interpretación, conforme e intensificada, otorgada a los jueces. Además, suponiendo una inevitable (¿y virtuosa?) convergencia del derecho respecto a la moral<sup>52</sup>, (según una postura típicamente neoconstitucional...) va fortaleciéndose, también, la idea, fundamental en el NCL, que el Estado animado por parte de un poder constituyente, democrático e inagotable por antonomasia, sea, sin duda, un Estado recomendable. En este sentido el texto constitucional está llamado a fotografiar un orden político y de valores que las

---

<sup>49</sup> ...En particular de aquella corriente del neoconstitucionalismo que Mario Dogliani define “polémica”, manifestando una discontinuidad con las mismas concepciones « del diritto e dello Stato che hanno sostenuto l’instaurarsi delle costituzioni di quello che oggi chiamiamo lo stato costituzionale»: M. Dogliani, *(Neo)costituzionalismo: un’altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico*, en *Costituzionalismo.it*, 2/2010, 2.

<sup>50</sup> Cfr. M. Petters Melo, *Neocostituzionalismo e “nuevo constitucionalismo” in America latina*, en *Diritto Pubblico Comparato*, 2, 2012, 342 ss.

<sup>51</sup> En síntesis: «può dirsi che un pensiero è “neocostituzionale” se riunisce in sé alcune caratteristiche di fondo: se pone enfasi sul fatto che un ordinamento democratico contemporaneo è uno “stato costituzionale” e non uno “Stato legislativo”; se ritiene che questa evoluzione sia il frutto di una evoluzione qualitativa tra costituzione e legge ...; se ritiene che la qualità essenziale del diritto costituzionale sia il suo essere composto da principi piuttosto che da regole; se, coerentemente, riflettendo sui meccanismi di applicazione del diritto, rifiuta il tradizionale sillogismo giudiziario della sussunzione nella fattispecie legislativa e valorizza al massimo grado il metodo del cosiddetto “bilanciamento” tra principi, laddove si tratti di assumere decisioni su casi controversi ...; se ritiene che in tale opera di bilanciamento il testo della disposizione di riferimento non abbia decisiva importanza, e invece acquisiscano maggiore rilievo le caratteristiche concrete del caso da decidere, insieme a canoni interpretativi ... nei quali il contenuto della decisione normativa (la *voluntas* dell’atto politico “legge”) è soverchiato dalla ratio che l’interprete gli attribuisce ... e che è spesso frutto di sue arbitrarie valutazioni; se riconosce senza particolari preoccupazioni, ed anzi con soddisfazione, l’importanza crescente del potere giudiziario ... rispetto al ruolo tradizionale del potere politico-rappresentativo, identificato nel Parlamento legislatore, preferendo l’autorevolezza e la forza persuasiva dei ragionamenti giudiziari appunto la ricerca della *ratio*, rispetto alla *voluntas* autoritativa proveniente da una legittimazione politica». Así N. Zanon, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, en *Quaderni costituzionali*, 4, 2015, 919 e s.

<sup>52</sup> En sentido crítico, una vez más N. Zanon, *Pluralismo dei valori e unità del diritto*, cit., 919 ss.

fuerzas constituyentes, de forma permanente, guardan y reafirman. No representa, por lo tanto, un decálogo de reglas; más bien un conjunto de principios que sustentan el sistema y obligan quien aplica el texto constitucional a tener en cuenta un ineludible *quid pluris* valorial<sup>53</sup>.

Sin embargo, cuando las teorías neoliberales llegan en América Latina no arriban en un territorio virgen. Más bien se han convertido en ocasión para fortalecer el punto de vista teórico de algunas intuiciones autóctonas y para revitalizar las ideas de algunos grupos políticos que habían sido marginalizados por la historia y que ahora vuelven con furia, quebrando los patrones.

Nos referimos evidentemente al paradigma republicano radical, presente en las luchas para la independencia, pero oprimido bajo el peso de la alianza entre conservadores y liberales, sin ser nunca del todo neutralizado. Todo lo contrario: convirtiéndose, realmente, en *humus* fértil para aquellos procesos constituyentes que en las últimas décadas pretenden exigir un cambio respecto a lo sucedido hasta hoy en la región.

Es patente que el NCL mira hacia la Revolución francesa, en particular por lo que concierne el carácter fundamental y las peculiaridades reconocidas al poder constituyente en los procesos de transición, así como el papel asignado al pueblo en estos procesos.

Si es verdad que hay diferencias entre la experiencia revolucionaria americana y aquella francesa y si es verdad que esa semejanza pasa también por el distinto rol reconocido al poder constituyente en los dos países<sup>54</sup>, tomando las palabras de Gianluigi Palombella podemos decir que para los franceses será muy difícil quemar la escalera por la cual habían subido<sup>55</sup> así que el poder constituyente quedará por mucho tiempo «a disposizione dell'assemblea rappresentativa del popolo, instancabile compositrice...del “valzer delle costituzioni”»<sup>56</sup>.

El nuevo constitucionalismo en la región andina queda atrapado por la misma *obsesión constituyente*<sup>57</sup>. Queriendo asegurar un espacio político al pueblo, se toma el poder constituyente como fuente inagotable de participación, materializada en el concepto de *poder constituyente democrático*, sujeto político activo incluso después de la entrada en vigor de la constitución, expresión del pueblo en su conjunto.

Si solo el pueblo es titular de la originaria voluntad popular, enclaustrada en el texto constitucional, entonces solo aquel pueblo, llamado, día a día, a guardar la constitución

---

<sup>53</sup> Esta concepción del espacio público como “espacio de virtudes republicanas” entra muy pronto en el pensamiento político de la región, favorecido por el mismo Simón Bolívar, que pretende superar la fractura entre ética y moral teorizando la existencia de un *poder moral* y de una correspondiente Cámara.

<sup>54</sup> En este sentido A. Di Giovine, *Le tecniche del costituzionalismo del Novecento per limitare la tirannide della maggioranza*, cit., 309 ss.

<sup>55</sup> G. Palombella, *Costituzione e sovranità*, Bari, Dedalo, 1997, 46.

<sup>56</sup> Cfr. A. Di Giovine, *Le tecniche del costituzionalismo*, cit., 313.

<sup>57</sup> Así R. Martucci, *L'ossessione costituente. Forme di governo e costituzione nella Rivoluzione francese (1789-1799)*, Bologna, il Mulino, 2001.

y a reafirmar su proyecto social, tiene también el poder de renovar la acción constituyente misma, si es necesario oponiéndose a la actividad de los poderes constituidos. El pensamiento de Rousseau, parece, en este sentido, llevado a sus máximas consecuencias. Si para el autor de *Le contrat social* «il popolo sovrano rimane legislatore anche dopo aver fondato la Repubblica con la sua Costituzione, dopo aver istituito i poteri legislativo ed esecutivo»<sup>58</sup> es evidente que el NCL va más allá, afirmando que el pueblo permanece *constituyente* incluso después de fundar el Estado con su constitución. Hablando en este sentido de poder constituyente y poder constituido, se concretan los riesgos de un cortocircuito generado a partir de la superposición (prácticamente falta de síntesis) entre teorías neoconstitucionales e ideales republicanos radicales peculiares en la experiencia del NCL.

Los procesos constitucionales tomados en consideración, efectivamente, ponen en relieve como el dilema sobre cuál tiene que ser el fundamento último de la constitución, el pacto o al revés la inagotable expresión de la voluntad popular, queda no tan solo no resuelto, sino llevado a sus extremas consecuencias a partir de las ideas de un «constitucionalismo “invasivo” que pretende encadenar al Ulises legislador al palo de una Constitución rematerializada que tiene respuesta para (casi) todo y que, por si fuera poco, deja en manos de los jueces la última palabra sobre las cuestiones controvertidas»<sup>59</sup>. La lucha entre Locke y Rousseau, que por un tiempo, en el constitucionalismo democrático, parecía haber sido ganada por el primero (gracias también a la visión neoconstitucional...) vuelve a reactivarse frente a un pueblo que, a pesar del marco constitucional, no confía del todo en sus representantes y prefiere encomendarse a la actividad de los jueces, ilusionándose de que estos no caerán en los engaños del poder y serán capaces de desarrollar su función en clave anti mayoritaria<sup>60</sup>, de forma que al poder judicial se le podrá pedir tanto una actividad de interpretación intensificada de la carta constitucional (incluso quebrando en parte el principio de separación de los poderes), así como un rol de control respecto a los órganos de gobierno<sup>61</sup>. Es inútil insistir aquí acerca

---

<sup>58</sup> M. Fioravanti, *La Costituzione democratica*, cit., 27.

<sup>59</sup> Así L. Prieto Sanchís, *Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, 471.

<sup>60</sup> David Landau (*Los derechos socioeconómicos sin transformación social en América latina: la teorización de los tribunales favorables a las ideas mayoritarias en la sociedad*, en D. Bonilla Maldonado (comp.), *El constitucionalismo en el continente americano*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2016, 265) es muy crítico sobre la función contra mayoritaria del juez en el contexto latinoamericano, habido cuenta de que el objetivo de garantizar el poder constituyente no necesariamente determina el amparo de las comunidades de minoría, sobre todo si la idea del pacto constituyente se idealiza hasta sobrepasar el presente, sublimándose en el concepto de pueblo tomado en su forma abstracta.

<sup>61</sup> Contribuyen en este sentido tanto el proceso de *institucionalidad* de la Corte Interamericana, percibida cada día más como un factor esencial de la fórmula política de todos los países, como el reiterarse de procesos de *empoderamiento institucional* puestos en marcha por parte del mismo poder judicial que utiliza la Corte interamericana y su jurisprudencia como arma capaz de asegurar legitimidad en la lucha para conseguir el poder. Véase O. Parra Vera, *El impacto de las decisiones interamericanas: notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al “empoderamiento institucional”* en A. Von Bogdandy, M. Morales Antoniazzi, E. Ferrer Mac Gregor (coord.), *Construcción de un Ius constitutionale commune en*

de los riesgos de posible degeneración en términos de hiperactivismo judicial que a menudo desemboca en prácticas de *judicialización de la política*, que determina una «marginalizzazione della legge, considerata fonte di arbitrio “locale”, e la valorizzazione della giurisprudenza, considerata necessaria sede dell’equità come *epeikeia*, come giustizia del caso concreto»<sup>62</sup>. Desde luego, en la región es fácil encontrarse con panoramas de insidioso populismo judicial, carente de eficacia por lo que concierne la consolidación de las transformaciones prometidas<sup>63</sup>.

En este sentido el NCL parece reiterar, de forma patente, el conflicto, bien conocido<sup>64</sup>, entre la forma más primitiva de democracia y el concepto de constitucionalismo. Lo hace, de forma extrema, sin dotar el sistema, por decirlo así, de chalecos salvavidas, sin preocuparse de saber si la tripulación y los pasajeros conocen bien las normas básicas de actuación en caso de emergencia. Lo hace olvidándose que cuando se habla de limitación de poderes «solo addomesticando il più alto e potenzialmente “terribile”, quello che è alimentato dalle radici assolutistiche della sovranità, si possono creare le condizioni per dare luogo a un regime stabile»<sup>65</sup>.

No es ninguna casualidad, por lo tanto, si, faltos de cualquiera estabilidad, asfixiados por esperanzas que quedan sin realizarse, preocupados frente a una parálisis de las dinámicas democráticas, justamente aquellos países que se han convertido en defensores del modelo del NCL han terminado por ser los más expuestos a la ola de populismo y regresión democrática en la región.

## UN DIFÍCIL BALANCE

Los balances sería mejor hacerlos al término de una experiencia. Sin embargo, habido cuenta de que ya han transcurrido varios años y de que en particular en los últimos tiempos asistimos a una violenta ola de protestas e inestabilidad regional, parece oportuno empezar a desarrollar algunas primeras consideraciones acerca de la viabilidad

---

*América Latina*, cit., 419, que nos recuerda que «dentro de un mismo Estado existen agencias en competencia por diversas formas de poder político y la forma como ciertas decisiones interamericanas puede contribuir con el surgimiento de nuevos equilibrios y nuevos contrapesos».

<sup>62</sup> M. Dogliani, *(Neo)costituzionalismo*, cit., 7. Surge el riesgo que si «*toda decisión política, absolutamente toda, se puede cuestionar ante los tribunales en nombre de los derechos, la política dejará de ser una actividad social autónoma*». Cfr. J.A. García Amado, *Derechos y pretextos. Elementos de crítica nel neoconstitucionalismo*, en M. Carbonell Sánchez, *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007, 254. Posturas críticas en R. Sieder, L. Schjolden, A. Angell (coord.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, Londra, Palgrave Macmillan, 2005.

<sup>63</sup> David Landau (*Los derechos socioeconómicos sin transformación social en América latina*, cit., 298) subraya que «*la línea entre intervenciones para reforzar la democracia y el populismo es bastante delgada y tal vez imposible de trazar*».

<sup>64</sup> Para todos M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 105 ss.

<sup>65</sup> A. Di Giovine, *Le tecniche del costituzionalismo*, cit. 311.



de lo prometido por parte del NCL. Seguramente no de forma definitiva, pero sí con el fin de detectar posibles puntos críticos para aportar cambios necesarios.

Además de miope, sería incorrecto y reductivo ir buscando una relación de causa y efecto entre la erosión y la inestabilidad de la democracia que viven algunos países en el continente latinoamericano, por un lado, y las peculiaridades conceptuales, antes que prácticas, introducidas por el NCL, por el otro.

Hacerlo significaría querer olvidar los límites estructurales que remuerden la región desde hace décadas y que se oponen a la completa realización de procesos democrático.

Es verdad que en América Latina, cualquier política constitucional, aún más aquella propuesta por parte del NCL, habido cuenta de su *vis* innovadora, termina por chocar, inevitablemente, con la herencia de un pasado de violencia y autocracia, que consolida entre la población una sensación de miedo constante y de desconfianza hacia el Estado, en muchas ocasiones ausente, a veces responsable de masivas violaciones de los derechos humanos llevadas al cabo contra algunos grupos sociales, los más vulnerables. Termina por chocar, además, con precarias condiciones de vida, una endémica pobreza, una extensa injusticia social, con consecuente irrefrenable subida de la desigualdad entre clases. El alto grado de corrupción en el ámbito público, junto al bajo nivel de cultura político-institucional del que padecen algunas categorías sociales, efectivamente, parecen condenar a la derrota cualquier tentativa, aunque tímida, de imponer un cambio de sentido, tal vez arrastrando a los diferentes países de la región al caos de los golpes de estado, autoproclamaciones o a la inestabilidad institucional que se va generando a través del uso degenerado de instrumentos constitucionales como la deposición, el plebiscito, el referéndum, la disolución de las cámaras o la convocación de asambleas constituyentes, en un contexto que es a veces bendecido por parte del poder judicial, y a veces se transforma en escenario de lucha permanente entre *iurisdictio* y *gubernaculum*.

El panorama latinoamericano termina por ser caracterizado por un movimiento pendular en el que se alternan fases de democracia y desarrollo social y económico, con momentos de regresión con el resultado que «se vive em ciclos e não se sedimenta a democracia constitucional nem o sentimento de sua necessidade pelo cidadão, dos seus ganhos institucionais e pessoais, de pertencimento a um sistema público e republicano»<sup>66</sup>.

En estas condiciones, las posibilidades de ampliar espacios de democracia y participación, escasas por sí mismas, se hacen aún más exiguas, tenido en cuenta el marco internacional que parece neutralizar decisiones de soberanía económica que tal vez podrían trazar escenarios de desarrollo fuera de las agotadoras reglas del mercado global<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> Así L. G. Arcaro Conci, *O constitucionalismo brasileiro como do constitucionalismo latino-americano contemporâneo: algumas reflexões sobre os últimos 40 anos*, en *Rivista Direito UFMS*, vol. 4, 1, 2018, 212.

<sup>67</sup> Cfr. G.U. Rescigno, *La teoria costituzionale di Luigi Ferrajoli*, en *Costituzionalismo.it*, 3, 2008. Para una visión desencantada del constitucionalismo en los últimos años A. Di Giovine, *Dal principio democratico al sistema rappresentativo: l'ineluttabile metamorfosi*, en *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 1/2020, 59 ss.

No tener en cuenta estos elementos significa pretender que lo real pueda coincidir *sic et simpliciter* con el ideal; y es en este engaño que parece tropezar el NCL cuando presentándose como una teoría de la democracia, pretende que se le de inmediata aplicación.

A estos límites, por así decir endémicos a nivel regional, hay que añadir, además, las perplejidades que plantea el orden ideológico sobre el que se funda el NCL.

Por un lado, en realidad, las aspiraciones de las propuestas tendrían que ser sustentadas a partir de un modelo social (¿utópico?) libre, activo, emancipado y políticamente consciente, que seguramente no corresponde al modelo social latinoamericano y tal vez a ningún modelo social actualmente existente. Por el otro lado, hay que subrayar que muchas de las dificultades con las que se enfrentan los países que han tomado en serio la propuesta del NCL dependen de la discontinuidad conceptual y complejidad de sus constituciones.

Hablamos, efectivamente, de documentos cuyo nivel de prescriptividad es inadecuado a su capacidad no tanto de describir la sociedad, sino de orientarla.

La ansiedad de fotografiar en la constitución el orden político del momento constituyente, no deja espacio para ningún intento de síntesis...lo cual termina por ser un problema respecto a una teoría que pretende transformar la realidad social y política del país, a través de dinámicas interculturales. Con el fin de elevar el nivel de igualdad y dignidad asegurado a todos los ciudadanos, así como a todas las comunidades que forman parte de la sociedad, las constituciones del NCL incluyen en sí mismas diferentes cosmovisiones e ideologías, que obligan a enfrentarse a diferentes clases de derechos, diferentes filosofías, diferentes objetivos. En nombre de un alegado diálogo intercultural, la constitución reúne lenguajes y concepciones heterodoxos, pero lo hace sin suministrar las herramientas necesarias para garantizar, al mismo tiempo, interpenetración entre las distintas partes sociales, así condenando el sistema a una inevitable condición de inseguridad jurídica. Sin coherencia interna, los textos constitucionales quedan en las manos de los intérpretes del momento de forma que «en una paradoja relevante, el acuerdo político es el origen de los desacuerdos jurídicos que se materializarán en el seno de la comunidad que adopta esa Constitución»<sup>68</sup>.

No se trata, por lo tanto, de quitarle importancia a un proceso que quiere apoyar la emersión social de grupos vulnerables, privados por siglos de visibilidad y palabra. Tampoco parece posible afirmar que los procesos constitucionales de los cuales estamos hablando hayan sido pensados, en su origen, como expresión de un abierto *constitucionalismo populista* o sea como «simples instrumentos para el acceso de los

---

<sup>68</sup> Así P. Salazar Ugarte, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)*, en L.R. González Pérez, D. Valadés, (coord.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, Ciudad de México, 2013, 364.

gobiernos al poder con líderes fuertes cercanos al autoritarismo»<sup>69</sup>. Se trata, más bien, de subrayar que el cambio ha sido seguramente intentado, pero sin tener en cuenta los factores sociales y estructurales existentes. El NCL, efectivamente, para su realización supone el mantenimiento de un alto y constante nivel de activismo político por parte de los ciudadanos, una elevada conciencia social y política, difícil de alcanzar inclusive en contextos caracterizados por un considerable grado de desarrollo económico, amparo de los derechos, incluso aquellos sociales, y estabilidad democrática. Un nivel, por lo tanto, prácticamente utópico en contextos de fragilidad como los que se señalan en la región latinoamericana.

Sin superar las fracturas existentes en el cuerpo social, acompañando acciones de perecuación a la emersión de las clases más discriminadas<sup>70</sup>, se ha preferido privilegiar una praxis bien conocida de superposición de lo nuevo a lo viejo, yuxtaponiendo las reivindicaciones de grupos muy diferentes (a veces divergentes) entre ellos. Todo esto sin prever códigos comunes de diálogo, así condenando a la incomunicabilidad y al conflicto, a pesar de las buenas intenciones teóricas y favoreciendo, sin querer, al mismo tiempo el afianzamiento de aquellas condiciones que se quería extirpar, engendrando una situación permanente de bloqueo o inestabilidad.

Al final, estas tensiones del orden constitucional permiten, realmente, el florecer de prácticas populistas<sup>71</sup>: en una condición de incertidumbre constante a nivel institucional, aprovechando de la ausencia de anticuerpos contra degeneraciones autoritarias, es fácil ver aparecer un hombre, *el hombre*, salvador de la patria, capaz de salvar el pueblo y la nación de la derrota<sup>72</sup>.

En este escenario, el modelo del *caudillo*<sup>73</sup> vuelve a condicionar el marco político, sustentado por otros dos factores: la consolidación de una concepción orgánica de la

---

<sup>69</sup> R. Martínez Dalmau, *Han Funcionado las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano?*, en *Revista Derecho y Sociedad*, 51, 2018, 193.

<sup>70</sup> En sus reflexiones S. Holmes, C.R. Sustain, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, (1999) Bologna, il Mulino, 2000, recuerda que ninguna política social puede ser eficaz si faltan políticas fiscales capaces de asegurar redistribución de riqueza.

<sup>71</sup> Según P. Salazar Ugarte, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano*, cit. 387, las constituciones del NCL «se fundan en premisas populistas o populares en dos sentidos: fundan su legitimidad en procesos constituyentes populares y contienen normas expresamente orientadas a fomentar la inclusión de los grupos sociales vulnerables. Adicionalmente, los textos constitucionales incorporan principios, derechos y formulaciones que tienen su origen en tradiciones o corrientes autóctonas como el indigenismo o ciertas versiones vernáculas de ecologismo». Lo cual lleva el autor a hablar de “constitucionalismo mestizo”.

<sup>72</sup> En las palabras de Armin Von Bogdandy, una «respuesta típica en la región para hacer frente a la exclusión es el presidencialismo plebiscitario que se dirige principalmente a los ciudadanos excluidos. La conocida debilidad de las instituciones estatales, los bien organizados y obstinados grupos de poder, así como la gran presión por resolver los problemas que padecen distintos países en Latinoamérica, justifica para muchos una centralización extrema del poder público, ya que se considera la única manera de emprender y realizar reformas» (Ius Constitutionale Commune en *América Latina. Una mirada a un constitucionalismo transformador*, cit., 87).

<sup>73</sup> Eficazmente P. Castro, *El caudillismo en América Latina, ayer y hoy*, en *Política y Cultura*, 27, 2007, 9 ss. Es interesante analizar las dinámicas del NCL en su versión populista a la luz de las consideraciones sobre el modelo de la dictadura democrática de G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, Giuffrè, 1986.

sociedad, por una parte; la difusión de una visión radical de los procesos democráticos que apunta a un alargamiento hacia el infinito de la acción del poder constituyente en la agenda política, por la otra parte.

No cabe la menor duda de que la misma visión comunitaria típica de la tradición indígena favorece una idea de pueblo que, aunque plural en su voluntad de reafirmar su naturaleza intercultural, termina, sin poder confiar en cuerpos intermedios activos, por hacer más fácil la percepción del pueblo como masa<sup>74</sup>, reduciéndolo a objeto movilizado, en vez de sujeto políticamente organizado<sup>75</sup>.

Además, la idealización de la democracia directa contribuye a facilitar estas tentativas más o menos exitosas de manipulación del electorado. La limitación del poder como fundamento del constitucionalismo democrático se reduce a acción de contención de los poderes constituidos, pero no de la soberanía popular, con todo lo que de esto se desprende en una situación de fragilidad institucional. Pensamos, por ejemplo, a la ausencia de *check and balances* en la que se mueve quien, respaldado por el apoyo popular y legitimado por el poder que le otorga el texto constitucional en el estado de excepción, toma decisiones no interpretando el mandato electivo del interés colectivo, sino personalizando la voluntad del pueblo a través de un vínculo que no tolera discontinuidad, ni intromisión por parte de los cuerpos intermedios de naturaleza política. El hecho de ser proyección directa del pueblo, que, como recordábamos, no se considera sujeto al poder constituido, le convierte, en un protagonista político, libre de vínculos que puedan limitar su acción, que se desarrolla en nombre y por cuenta de un pretendido pueblo que lo legitima directamente.

Con todo lo que de esto se desprende: por ejemplo, cuando esta conexión se rompe y se neutralizan los procesos para averiguar su existencia y para reforzarla, a través de dinámicas de “constitucionalismo abusivo” que generan el desmembramiento del sistema democrático. En muchas ocasiones aprovechando el apoyo de un sistema judicial domado, por que está implicado con el poder y por eso débil en su función de amparo del sistema<sup>76</sup>.

En la evolución de las diferentes etapas del NCL encontramos, claramente, todas aquellas dinámicas que Roberto Gargarella define como tópicos de la historia constitucional de la región: al crecer el número de derechos reconocidos y de los sujetos garantizados no corresponde casi nunca una transformación efectiva de la organización del sistema político para asegurar aplicación a las libertades constitucionales, así condenando al texto constitucional a una inevitable incoherencia en su interior que

---

<sup>74</sup> Muy interesantes las reflexiones de A.L. Palacios, *Masas y élites en Iberoamérica*, Buenos Aires, Ed. Columba, 1956.

<sup>75</sup> ...reafirmando así la existencia de un *communautarisme natural* que ni siquiera Rousseau comparte, privilegiando un proceso de emancipación del ciudadano. Queda así sin resolver en el NCL la tensión entre pueblo y nación.

<sup>76</sup> Pensamos, por ejemplo, al papel jugado por los jueces en los procesos políticos de superación de los límites a los mandatos presidenciales previstos constitucionalmente en Venezuela, Honduras y Bolivia...

impide a los posibles cambios de consolidarse, confiando, a lo mejor, en la actividad judicial para empujar la transformación<sup>77</sup>.

De eso se desprende que «la mayoría de las constituciones latinoamericanas muestran hoy declaraciones de derechos de avanzada, propias del siglo XXI, mientras que mantienen aún intactas organizaciones del poder que son tributarias de los siglos XVIII y XIX y por tanto aparecen marcadas, todavía, por el autoritarismo y la exclusión política»<sup>78</sup>.

Sin prever una vía de acceso a la “sala de máquinas” del Estado, esas promesas de cambio que se encuentran en el texto constitucional quedan en letra muerta<sup>79</sup>: desde luego limitarse a aprobar u oponerse a las propuestas del presidente sin poder interferir en el contenido es una concepción de la democracia participada bastante pobre<sup>80</sup>. El evidente desarrollo económico que atravesó la región de manera más o menos generalizada en los primeros años del nuevo siglo, no fue acompañada por procesos de transformación política capaces de otorgar estabilidad al sistema y tampoco por acciones a largo plazo en grado de superar las quiebras de un orden social que parece tomar la injusticia, a veces sustentada por decisiones públicas, como su factor de homogeneidad regional.

El deseo de imaginar nuevas dinámicas entre pueblo soberano y poder constituido que anima el NCL desde el primer momento no se demuestra a la altura de reducir el inmanentismo entre Estado, función pública y poder, habido cuenta, además, de una total falta de cuerpos intermedios que habrían podido actuar como contrapeso.

El sistema no ha sido a la altura de las expectativas, así que asistimos al crecimiento de malestar y resentimiento entre la población; crece también la tensión social: y *voilà* va surgiendo otra vez incontroladas protestas, luchas, violencia callejera que se entrelazan con declaraciones golpistas y amenazas autoritarias del presidente de turno. El dominio de la finanza internacional, ciega y fría, termina por empeorar inevitablemente la fragilidad de esta condición de cíclica inestabilidad, de la cual tal vez

---

<sup>77</sup> Como subraya R. Gargarella, *Doscientos años de constitucionalismo americano: los Estados Unidos y América Latina frente a frente*, en D. Bonilla Maldonado (comp.), *El constitucionalismo en el continente americano*, cit., 193 e s., el punto no es que «los hiperpresidentes latinoamericanos no puedan promover, eventualmente, reformas sociales de avanzada: pueden hacerlo, porque lo pueden todo. Sin embargo, la estructura institucional creada tiende a generar habituales tensiones entre el poder concentrado y las demandas ciudadanas cuando las últimas no se alinean o – peor aún – desafían o ponen en cuestión la autoridad omnímoda del primero».

<sup>78</sup> Así R. Gargarella, *Doscientos años de constitucionalismo americano: los Estados Unidos y América Latina frente a frente*, cit., 190.

<sup>79</sup> *Ibid.*, 191 donde el autor nos recuerda que: «nuestras constituciones le hayan abierto las puertas de sus textos a la clase trabajadora y a otros grupos desaventajados, pero solo en lo relativo al reconocimiento de sus derechos. Es inaceptable que, frente a tales grupos, en especial, la puerta de la “sala de máquinas” constitucional se mantenga todavía cerrada».

<sup>80</sup> Cfr. G. Salmorán, *Bolivia, Ecuador y Venezuela: ¿un nuevo constitucionalismo latinoamericano o nuevas autocracias plebiscitarias?*, en *Diritto e Questioni Pubbliche*, fasc.2, 2016, 24 ss.

el NCL no es causa directa, pero tampoco factor totalmente externo, como hemos intentado demostrar.

## NO HAY QUE TIRAR AL BEBÉ CON EL AGUA SUCIA EN LA QUE SE BAÑÓ

Este primer análisis de los proyectos constituyentes activos en el continente suramericano, por rápida que sea, nos presenta una imagen menos reconfortante respecto a la idea romántica que suele transmitirnos la literatura sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Sin embargo, a pesar de los límites que parecen sobrecargar el NCL, tanto bajo una perspectiva estructural que una ideológica, sería erróneo deshacerse de esta experiencia con superficialidad, culpándola por su no actuación o acusándola de ser causa de la inestabilidad y del desorden en la que está viviendo una parte de la región en los últimos años.

Antes de tirar el agua sucia, tendríamos que asegurarnos que el bebé salió del baño. Merece la pena reflexionar acerca de lo “queda”, una vez detectado lo que queremos echar.

Es necesario. Por lo menos por dos razones.

La primera de orden práctico. A pesar de que en las páginas anteriores se haya querido restringir geográficamente la difusión del NCL, no se puede ignorar el impacto que el modelo ha tenido y tiene en la región en su conjunto, terminando por influir sobre algunos sistemas cuya experiencia constitucional nada tiene que ver con la perspectiva del nuevo constitucionalismo. Pensemos al caso argentino: a pesar de que la repercusión de la cuestión indígena sea muy limitada, tanto a nivel social como cultural, hay que subrayar la atención creciente que el sistema ha ido manifestando en los últimos años por lo que concierne la garantía de los derechos de los pueblos indígenas, por ejemplo a través del reconocimiento de valor constitucional a los tratados internacionales sobre los derechos humanos, imitando la confianza que el NCL demuestra hacia el derecho internacional. Y también podemos recordar la experiencia de México y Chile, donde en los últimos años ha ido creciendo la presión respecto al reconocimiento de un espacio de aplicación directa de los derechos sociales, a pesar de las patentes resistencias históricas del sistema.

La segunda razón es de orden conceptual.

A pesar de su vocación política, y por lo tanto práctica, el NCL se presenta como una doctrina constitucional. Pretende ser una teoría sobre la democracia: se propone como una alternativa a lo existente y se manifiesta en términos de contraposición proponiendo un nuevo paradigma para la convivencia, con la pretensión de expandirse más allá de la región, a partir de un concepto de *sur* del mundo que, como hemos recordado, no necesariamente se funda en una perspectiva solo geográfica.

En este sentido el constitucionalista no puede desinteresarse del NCL, y tiene que aprovechar la ocasión de profundizar algunas sugerencias de reflexión.

Si es verdad que el contexto suramericano aparece muy peculiar, sin embargo, es posible detectar algunas criticidades que, en realidad, terminan por debilitar la democracia constitucional allá donde mires. Detenerse sobre estas criticidades, analizarlas, nos obliga a tomar en consideración la literatura del derecho público en su conjunto, dedicándose también a las teorías más avanzadas, por originales que sean, con el fin de averiguar todas las soluciones que se van promoviendo para superar una crisis de las dinámicas del constitucionalismo democrático que no podemos ignorar. No se trata, por lo tanto, de imaginar posibles trasplantes constitucionales. Más bien de animar un debate para favorecer prácticas de *cross fertilization*, capaces de remediar a las faltas y degeneraciones del modelo.

En este sentido hay que averiguar si el NCL nos pueda señalar «pistas importantes para armonizar los valores occidentales con los de otras culturas que llegan al viejo continente bajo el impulso del hambre y las guerras»<sup>81</sup>. En particular por lo que concierne cuestiones esenciales como la protección del medio ambiente y el impacto intergeneracional de políticas actuadas hoy, pero cuyos efectos serán evidentes a largo plazo.

El orden propuesto por parte del NCL apunta a construir un Estado sustentable, en el que el *sujeto* deja espacio a la *persona*. No se trata de renunciar por completo a una perspectiva atomística, que ha ido tomando pies, marginalizando la visión orgánica del cuerpo social, presente en la historia europea. Más bien se trata de reconocer los daños que la afirmación de un individualismo sin frenos ha producido en las dinámicas del constitucionalismo democrático. Este, aunque si se funda en los ideales liberales, sin embargo, supone al mismo tiempo, el reconocimiento de vínculos interpersonales y de afiliación, así como la existencia de cuerpos sociales naturales capaces de fomentar la idea de comunidad, esencial para reafirmar relaciones de unidad que sustentan la red de los deberes y las políticas sociales y fiscales del Estado.

Marginalizar, hasta casi neutralizar la visión comunitaria en el proyecto de convivencia del estado liberal contemporáneo, significa hacer que muchas de las políticas de igualdad y solidaridad se vuelvan incomprensibles e inaceptables.

Un primer motivo de reflexión para el constitucionalismo democrático, el NCL lo ofrece sugiriendo un cambio de perspectiva, matizando la visión antropocéntrica de nuestras constituciones, en pos de una interpretación atenta a las dinámicas comunitarias de la sociedad. Dinámicas que existen y que tienen que ser ponderadas con aquellas individualistas.

---

<sup>81</sup> L. Pegoraro, *América Latina como categoría y objeto de comparación*, en *Diritto pubblico comparato ed Europeo*, 1, 2018, 102.

Solamente a partir de este cambio de perspectiva podemos esperar de otorgar espacio a la cuestión medioambiental, en términos transnacionales y transgeneracionales, o sea más allá de soluciones restringidas en el espacio y en el tiempo.

Es difícil decir si el NCL está destinado a ser un *constitucionalismo del todavía no* o un *constitucionalismo del nunca jamás*. Lo que es cierto es que en este momento en el cual los fundamentos del constitucionalismo sobre el que se fundan las democracias liberales parecen tambalear, el NCL, que, a pesar de su formulación por momentos utópica, nos invita a resistir, representa una ocasión de reflexión. Una ocasión que sería mejor no desperdiciar.

---

<sup>i</sup> El presente texto es la traducción de la versión italiana publicada en la Rivista di Diritto pubblico comparato ed europeo, n. 2/2020