



UNIVERSIDAD  
NACIONAL  
DE COLOMBIA

**ESTUDIOS CONSTITUCIONALES POST-91 EN AMÉRICA LATINA (CASOS  
COLOMBIA, BOLIVIA Y ECUADOR):  
PARADIGMAS, PROBLEMÁTICAS E ITINERARIOS TEÓRICOS**

**CARLOS GUILLERMO LASCARRO CASTELLAR**

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Maestría en Derecho – Perfil Investigativo  
Bogotá D.C., Colombia 2016



**ESTUDIOS CONSTITUCIONALES POST-91 EN AMÉRICA LATINA (CASOS  
COLOMBIA, BOLIVIA Y ECUADOR):  
PARADIGMAS, PROBLEMÁTICAS E ITINERARIOS TEÓRICOS**

**CARLOS GUILLERMO LASCARRO CASTELLAR**

Trabajo de investigación presentado como requisito para optar al título de:  
Magíster en Derecho

Director  
Rodrigo Uprimny Yepes

Línea de investigación:  
Constitucionalismo y dogmática jurídica

Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Maestría en Derecho – Perfil Investigativo  
Bogotá D.C., Colombia 2016

Ami mejor amigo, Diemer.

## **AGRADECIMIENTOS**

A la Universidad Nacional. En especial, a mi director de tesis, “el profe Rodrigo”, como cariñosamente lo llamamos; o para ser más formal, al maestro Uprimny. A mi tutora metodológica, Diana Carrillo, por su gran compromiso en las labores de investigación. Aunque tenga que reconocer que a veces me desesperaba. A mis jurados de tesis: Andrés Abel y Rosembert Ariza (quien me llamo, con agrado, el “metodólogo”). A Andreita, por soportarnos las miles de veces que íbamos a molestarla; siempre tenía una buena y amigable respuesta. A los profesores Camilo Borrero, David Rodríguez y Óscar Mejía, por algunas observaciones al documento.

A la Universidad del Atlántico por otorgarme la Beca de *Apoyo institucional Para Maestrías y Doctorados*, la cual me permitió terminar mis estudios de posgrado.

A los profesores Andrés Botero y Rubén Martínez Dalmau, quienes hicieron algunos comentarios a algunos textos que influenciaron mi trabajo e investigación. Lo mismo que a Diemer Lascarro.

## RESUMEN

La presente tesis de investigación tiene como objetivo principal identificar las principales perspectivas de análisis desde los cuales son elaborados los estudios constitucionales en América Latina, en especial Colombia, a partir de 1991, y Bolivia y Ecuador, a partir de 2008. El trabajo se divide en dos capítulos: el primero presenta una radiografía de las lecturas constitucionales en los dos campos de estudios señalados. Mostrando la dispersión y escaso diálogo en la que estos se encuentran. Posteriormente, en el segundo capítulo, se presentan 6 perspectivas en los estudios constitucionales post-91 en Colombia: Tres cercanas a la idea de neoconstitucionalismo: la de teoría jurídica, sociología del derecho y estudios multiculturales; y otras tres desde una visión crítica: desde la filosofía, el marxismo, el tradicionalismo y el análisis económico del derecho. En la siguiente parte, se analiza el denominado constitucionalismo andino; allí se rastrean 6 perspectivas constitucionales: las tipologías, análisis desde el poder, la decolonialidad, el poder constituyente, análisis críticos y el giro biocéntrico. Inmediatamente se contrastan estos dos campos de estudios, estableciendo sus diferencias y similitudes. Al final el documento cierra con unas conclusiones y recomendaciones.

**Palabras claves:** Perspectivas constitucionales, neoconstitucionalismo, constitucionalismo andino, lecturas constitucionales, nuevo constitucionalismo latinoamericano

## ABSTRACT

The present investigation thesis takes as a main target to identify the main perspectives of analyses from which the constitutional studies are prepared in Latin America, especially Colombia, from 1991, and Bolivia and Ecuador, from 2008. The work splits into two chapters: the first one presents a radiography of the constitutional readings in two fields of special studies. Showing the dispersion and scarce dialogue in that these are. Later, in the second chapter, 6 perspectives

appear in the constitutional studies post-91 in Colombia: Three near ones to the idea of neoconstitucionalismo: that of juridical theory, sociology of the right and multicultural studies; and other three from a critical vision: from the philosophy, and Marxism, the traditionalism and the economic analysis of the right. In the following part, the so called Andean constitutionalism is analyzed; there 6 constitutional perspectives are traced: the typology, analysis from the power, the decolonialidad, the constituent power, critical analyses and the biocentral draft. Immediately these two studies fields are confirmed, establishing its differences and similarities. In the end the document closes with a few conclusions and recommendations.

**Key words:** Constitutional perspectives, neoconstitucionalismo, Andean constitutionalism, constitutional readings, new Latin-American constitutionalism

## **Tabla de contenido**

I. INTRODUCCIÓN .....	10
1. Metodología .....	18
2. Hipótesis de trabajo .....	22
II. ESTUDIOS CONSTITUCIONALES POST-91 EN AMÉRICA LATINA: LECTURAS SOBRE EL “CONSTITUCIONALISMO POST-91 EN COLOMBIA” Y “EL “NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO” .....	25
2.1. “INTENTOS CARTOGRÁFICOS” .....	27
2.2. “ESTUDIOS CONSTITUCIONALES POST-91 EN COLOMBIA” .....	31
2.2.1. Teoría jurídica .....	33
2.2.2. Sociología jurídica .....	38
2.2.3. Los estudios multiculturales.....	42
2.2.4. Crítica Jurídica .....	43
2.2.5. Críticas desde la filosofía .....	45
2.2.6. “Lecturas economicistas” .....	47
2.2.7. Tradicionalismo.....	48
2.3. “NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO” .....	49
2.3.1. Tipologías constitucionales.....	49
2.3.2. El “nuevo constitucionalismo latinoamericano”.....	61
2.3.3. La “Lectura Decolonial” .....	69
2.3.4. El “Giro Biocéntrico”.....	74
2.3.5. “La sala de máquinas de las constituciones”: el problema del hiperpresidencialismo .....	77
2.3.6. “Lecturas críticas” .....	80
2.4. CONCLUSIONES (PROVISIONALES).....	85
III: HACIA UNA CARTOGRAFÍA DE LOS ESTUDIOS CONSTITUCIONALES POST-91 EN AMÉRICA LATINA: PERSPECTIVAS .....	87
3.1. (ALGUNAS) PRECAUCIONES TEÓRICAS Y METODOLÓGICAS.....	89
3.2. HACIA UNA CARTOGRAFÍA DE LOS “ESTUDIOS CONSTITUCIONALES POST- 91 EN COLOMBIA” .....	91
3.2.1. “Perspectiva de influencia neoconstitucional” .....	92

3.3. PERSPECTIVAS (CRÍTICAS) DEL CONSTITUCIONALISMO POST-91 EN COLOMBIA.....	101
3.4. HACIA UNA CARTOGRAFÍA DEL “CONSTITUCIONALISMO ANDINO” .....	107
3.4.1. “Tipologías constitucionales” .....	108
3.4.2. El “nuevo constitucionalismo latinoamericano” .....	110
3.4.3. La “Perspectiva Decolonial” .....	112
3.4.4. El giro biocéntrico .....	113
3.4.5. “La sala de máquinas” .....	115
3.4.6. Perspectivas críticas .....	116
3.5. AGENDA DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES POST-91 EN AMÉRICA LATINA .....	122
IV. ¿EXISTEN ENTONCES “PARADIGMAS” Y “PERSPECTIVAS” EN LOS ESTUDIOS CONSTITUCIONALES EN AMÉRICA LATINA?: ENTRE LA DISPERSIÓN Y LA CARTOGRAFÍA.....	125
V. CONCLUSIONES.....	132
5.1. CONCLUSIONES .....	132
5.2. RECOMENDACIONES.....	143

## I. INTRODUCCIÓN

En las últimas tres décadas en América Latina se ha gestado un conjunto de oleadas constitucionales que han transformado, tanto política, jurídica y académicamente la forma de enseñar y aplicar derecho constitucional en la región. Este conjunto de oleadas, empezando por la Constitución brasilera de 1988, generó una transformación que a su vez puso en “jaque” el denominado “viejo constitucionalismo” latinoamericano. Es decir, ya no se trataba de constituciones meramente formales o procedimentalistas, como plantearía el pensamiento kelseniano, sino de cartas políticas inundadas de principios y valores constitucionales. Aquella vieja idea de las normas constitucionales entendidas como metas políticas o cláusulas programáticas sujetas a posterior y eventual desarrollo legislativo, es ahora transformada por la tesis de que las normas constitucionales, con estructura de reglas o principios, pueden y deben ser aplicadas en un caso concreto por los jueces. De esta manera, el estado constitucional en América Latina empieza a tomar cada vez más fuerza –al menos teóricamente-. Los jueces, en particular los jueces constitucionales, toman cada vez más un rol activo en la sociedad. Este nuevo constitucionalismo en la región, denominado por la doctrina “neoconstitucionalismo”, va a caracterizarse por tres elementos concretos: 1) la presencia de una constitución invasora<sup>1</sup> con un alto nivel de normas con estructura de principios que conforman un amplio catálogo de derechos fundamentales; 2) la presencia activa de cortes constitucionales con mecanismos concretos para la defensa de los derechos fundamentales y 3) una renovada literatura sobre la materia (Carbonell, 2010 y Barroso 2008).

Estas constituciones surgen como una inspiración del modelo neoconstitucional europeo (Carbonell, 2003 y 2009; y Barroso, 2008), cuyo recorrido se inaugura, en América Latina, con la Constitución de Brasil de 1988 y continúa su camino

---

<sup>1</sup>La idea de “constitución invasora” es del profesor italiano Ricardo Guastini (2009); quien presenta el nivel de constitucionalización de un ordenamiento jurídico en siete elementos. Sin embargo, autores como Carbonell (2010) o García Jaramillo (2012), solo retoman tres de esos siete elementos para analizar el nivel de constitucionalización.

con la Constitución política de Colombia de 1991 y la labor cumplida por la Corte Constitucional de ese país. Posteriormente, surgen en la región otro tipo de cartas constitucionales, como las de Venezuela en 1999, la de Ecuador en 2008 y la de Bolivia en 2009, dando como resultado el denominado “nuevo constitucionalismo latinoamericano” (Viciano y Martínez, 2010). Todas estas constituciones presentan un fuerte contenido ideológico, político y cultural lo cual hace que su estudio sea realizado desde diferentes lecturas, las cuales a su vez toman como punto de referenciadiversos marcos teóricos. En el caso de Colombia, a partir de 1991, empieza a gestarse una multiplicidad de estudios que intentan explicar, con diferentes y opuestos enfoques, el fenómeno constitucional en este país. Desde la *teoría jurídica*, por ejemplo, diversos autores como Diego López Medina, Carlos Bernal Pulido, Rodolfo Arango, Leonardo García, entre otros, empiezan a poner sobre la mesa un conjunto de discusiones que buscaban mostrarla insuficiencia del modelo positivista para explicar la realidad constitucional post-91 en Colombia. La teoría del precedente judicial, categorías como la ponderación, las respuestas correctas o el principio de proporcionalidad son introducidas en el aparato teórico constitucional para dar respuesta a la complejidad y abstracción plasmada por los principios y valores de la naciente carta de 1991. Desde este momento se hace notoria la recepción en Colombia de autores como Robert Alexy, Ronald Dworkin, Manuel Atienza, Ricardo Guastini, entre otros. Con todo este movimiento, se proponen ahora las bases de un “desarrollo postkelseniano” (Mejía, 2011) que parecía dejar atrás la neutralidad y la objetividad para dar más bien paso al problema de los conceptos esencialmente controvertidos plasmados en la Constitución. De igual forma, algunos abordajes desde la *sociología jurídica*, realizados por autores como Rodrigo Uprimny, Mauricio García, César Rodríguez, entre otros, exploran la forma en que el tribunal constitucional genera prácticas emancipatorias que afectan intereses hegemónicos. Mostrando así el carácter emancipatorio del constitucionalismo. A pesar de que es posible diferenciar entre los estudios enfocados desde la sociología jurídica y la teoría jurídica, es posible de igual manera identificar autores que se movieron entre las dos lecturas (como por

ejemplo C. Rodríguez (1997) y su trabajo sobre nueva interpretación constitucional 1997; y Uprimny Rodríguez, 2004). Desde los estudios cercanos al *multiculturalismo*, con autores como Daniel Bonilla, se hizo énfasis en la forma en que la Corte Constitucional ha dado solución jurisprudencial al complejo problema de la diversidad cultural. De igual manera, otros enfoques, desde una visión crítica, lejana a los postulados neoconstitucionales, han cuestionado el proyecto constitucional post-91. Desde lecturas cercanas al *marxismo*, autores como Víctor Moncayo han insistido en que la Constitución de 1991 fue el vehículo que permitió la entrada de la nueva era del capital y, con la expedición de algún tipo de decisiones de la Corte, como las de la sostenibilidad fiscal, es posible hablar, como lo hace Jairo Estrada, de un *constitucionalismo neoliberal*. Otros estudios, como los de Oscar Mejía, cuestionan el carácter emancipatorio de la jurisprudencia constitucional desde la *filosofía*, mientras que otros enfoques, desde una especie de *análisis economicista del derecho*, como Salomón Kalmanovitz, analizan el costo económico de los fallos de la Corte. Finalmente otras críticas de tipo *tradicionalista*, como Tamayo Jaramillo, con dudosos argumentos, atacan el supuesto carácter populista de la Corte Constitucional. Esta es entonces, vista rápidamente, la multiplicidad de enfoques en los “estudios constitucionales post-91 en Colombia”.

En el caso del nuevo constitucionalismo latinoamericano, que en esta investigación hemos reducido a las experiencias de Ecuador, 2008, y Bolivia, 2009<sup>2</sup>, razón por la que hablaremos de “constitucionalismo andino”, dicha multiplicidad en los estudios constitucionales de igual forma puede observada, aunque la agenda de estudios –temas, enfoques, preocupaciones principales- es notablemente modificada: Aparecen abordajes desde los *estudios decoloniales*, con autores como Ramiro Ávila, Alejandro Médici, Boaventura de Sousa, K. Walsh, entre otros, los cuales han intentado un canal de comunicación, nunca antes explorado, entre constitucionalismo y estudios decoloniales: Poniendo así sobre el tapete la necesidad de un proceso de descolonización en el derecho

---

<sup>2</sup> Aunque en algunos puntos se tocará el caso venezolano de 1999.

constitucional latinoamericano. Otros autores como Eduardo Gudynas y Alberto Acosta, desde el denominado *giro biocéntrico*, han alertado sobre los peligros del extractivismo y neo extractivismo en América Latina y los procesos de posdesarrollo emprendidos por las recientes constituciones de Ecuador y Bolivia. Otros estudios, desde la teoría del poder constituyente democrático han hecho énfasis en el componente de la legitimidad en las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano como elemento caracterizador del mismo, como el caso de Roberto Viciano, Rubén Martínez, Albert Noguera, entre otros. Por su parte, teóricos como Roberto Gargarella han mostrado enfoques desde el denominado hiperpresidencialismo para alertar sobre los peligros de las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano al desbalancear la “sala de máquinas” y dejar excesivo poder en el ejecutivo. Desde una perspectiva crítica, algunos teóricos de la democracia constitucional, como Pedro Salazar Ugarte, se han enfocado en mostrar lo que serían algunas contradicciones en las constituciones del constitucionalismo andino, como la “mezcla” entre tradiciones diversas, opuestas e incluso irreconciliables, como la tradición liberal, la democrática y la indigenista. Finalmente, podemos también ver que otras aproximaciones, con cierta tendencia cartográfica, las cuales intentan mostrar ciclos o periodos constituciones, como Raquel Yrigoyen y Rodrigo Uprimny, o tipologías constitucionales como César Baldi o Héctor Moncayo.

De esta forma, podemos ver que existe una multiplicidad de abordajes frente al constitucionalismo, tanto en los “estudios constitucionales post-91 en Colombia” como en el “constitucionalismo andino”, sin embargo no existe en cambio la idea de paradigmas o perspectivas constitucionales estructuradas; estructuradas por ejemplo con sus respectivas líneas de trabajo, en algunos casos con diversos enfoques; estructuradas con sus elementos característicos: como lo serían sus autores, puntos de partida, argumentos principales, referencias (sean de tipo teórico, histórico, jurisprudencial y/o normativo), periodos de estudio y textos principales. Lo que tenemos entonces, es una “masa” dispersa de estudios

constitucionales; lo cual no significa que no sean relevantes. De tal manera que, al revisar la amplia bibliografía sobre estudios constitucionales post-91 en América Latina podemos ver que, en muchos casos, no existe además diálogo entre las distintas perspectivas sobre el constitucionalismo. De igual forma, el estado del arte sobre los estudios constitucionales parece estar disperso. Por ejemplo, en el caso del constitucionalismo andino, la “perspectiva decolonial” no ha entrado en diálogo, y quizá desconozca la existencia de lecturas cercanas al poder constituyente, y viceversa.

De tal manera que, la ausencia de un estado del arte, o lo que aquí hemos llamado una “cartografía sobre los estudios constitucionales”, obstaculiza tener una idea al menos tendencialmente clara sobre el estado actual de la discusión en la disciplina del constitucionalismo, y sobre todo dificulta el acercamiento frente a la idea de saber a partir de qué perspectivas están siendo elaboradas las diversas lecturas frente al fenómeno constitucional. Contrario sensu, si contamos con dicha cartografía se nos facilitará, al tener un (posible) punto de partida, realizar una labor no solamente descriptiva sino también valorativa: por un lado, posibilita la identificación de teorías a la vez que permite, por otro lado, un ejercicio de cuestionar las principales falencias que estas adolecen.

Sin embargo, hay que señalar que existen algunos trabajos que han intentado, de una u otra manera y con diferentes alcances, realizar algún tipo de estudio cartográfico en los estudios constitucionales, y que por tal razón serán tenidos en consideración en esta investigación, al menos como punto de referencia. Natalia Encinales (2011, 135-176) por ejemplo, se encargó de rastrear las principales tendencias en el campo jurídico colombiano. Abordando así, de manera reducida, únicamente los enfoques de teoría jurídica, sociología del derecho y filosofía jurídica. Sin abordar las perspectivas críticas del derecho o del constitucionalismo. En cuanto al caso del constitucionalismo andino, César Baldi (2013) en un reciente trabajo abordó este asunto, e intentó rastrear algunas

“tipologías constitucionales” que emergían en torno al denominado nuevo constitucionalismo latinoamericano; tales como las tipologías presentadas por autores como Raquel Yrigoyen, Rodrigo Uprimny, Roberto Viciano y Rubén Martínez. Desafortunadamente, y a pesar de ser muy útil, el trabajo de Baldi no es lo suficientemente abarcativo en esta materia, pues solo rastrea las tipologías o lecturas que se han difundido como hegemónicas en la región (2013, 58). Por su parte Víctor-León Moncayo (2014) se pregunta por la posibilidad de realizar una periodización propia del constitucionalismo en América Latina, haciendo énfasis en dos interrogantes: “¿Es posible hablar de un nuevo constitucionalismo?... ¿cuáles serían sus características específicas?”. Dicha periodización incluiría una línea de tiempo o línea cronológica y “una suerte de línea doctrinaria, es decir, un criterio sustancial que permita establecer los cambios pertinentes” en el mismo (Moncayo, 2014, 183). De esta manera, Moncayo aborda autores como Yrigoyen, Uprimny, Boaventura, Gargarella y Courtis, Viciano y Martínez, entre otros. Sin embargo, dicha periodización, por no ser su objetivo y en esto es claro el autor, no va encaminada a la realización de una cartografía constitucional en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Raquel Yrigoyen (2011) de igual forma realiza una aproximación conceptual que es muy útil en nuestra labor cartográfica. A pesar de no analizar autores o teorías como tal sino más bien, de manera lúcida, enfocarse en analizar ciclos o periodos constitucionales suministra pistas para entender, desde la óptica de los pueblos indígenas, las diferencias internas entre las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano. De esta manera, establece una cronología de tres ciclos constitucionales que repercute directamente en la interpretación del nuevo constitucionalismo latinoamericano: el constitucionalismo multicultural, el constitucionalismo pluricultural y el constitucionalismo pluralista. Finalmente, Rodrigo Uprimny (2011), Uprimny y Luz María Sánchez (inédito) intentan ofrecer un mapa de las tendencias y diferencias constitucionales en la región. Su trabajo consiste en mostrar: 1) los rasgos y tendencias comunes presentes en a) la parte dogmática y b) orgánica de las constituciones. Y 2) una caracterización del constitucionalismo latinoamericano. Para los autores, las últimas transformaciones constitucionales nos hacen asistir

“...a la inauguración de una nueva dimensión constitucional que se suma a la liberal, democrática y social proveniente del mundo anglosajón y europeo, y es la dimensión anticolonial” (Uprimny y Sánchez, Inédito).

En síntesis, estos trabajos a pesar de constituir puntos de arranque en nuestra labor, no logran sin embargo, por no ser su objetivo principal, realizar una cartografía de los estudios constitucionales post-91 en América Latina, señalando los elementos arriba mencionados (autores, puntos de partida, periodos de estudio... en cada perspectiva constitucional).

Podemos decir entonces, que los antecedentes acerca del intento de elaborar un “mapa”, con todos los elementos que hemos señalado, sobre las distintas y opuestas perspectivas en que se han concentrado, desde 1991, los estudios constitucionales en América Latina, parece ser un punto no abordado en la literatura. Lo anterior, a nuestra manera de ver las cosas, puede explicarse debido a diferentes factores, entre los cuales podemos citar al menos tres. Primero, no existe un intento en la academia regional, salvo en muy escasas ocasiones, por entablar un diálogo entre los distintos y opuestos saberes constitucionales. Así, cada forma de acercarse al constitucionalismo se ha concentrado en debatir únicamente entre sus propios miembros, logrando robustecer las fronteras epistemológicas del conocimiento constitucional<sup>3</sup>. Segundo, los trabajos que podemos tomar como referencia para la elaboración del mapa de estudios constitucionales, no están dirigidos, salvo en algunos puntos, a esta empresa. Algunos, como en el caso de Mejía y Encinales (2011), están encasillados hacia la filosofía del derecho y estudios jurídicos en general, lo mismo que el trabajo de Carlos Salazar (2012), solo que dirigido únicamente al siglo XX; y, un poco antes, el del maestro Villa Borda (1991) sobre “los clásicos de la filosofía del derecho en Colombia”. Otros trabajos como los del brasileño Antonio Carlos Wolkmer (2003), más abarcativos, están centrados en un esfuerzo por establecer las principales

---

<sup>3</sup> En Colombia, un buen ejemplo de esto es la compilación de Bonilla e Iturralde (2005), y, una excepción, el trabajo publicado por ILSA y la U. Nacional titulado “El debate a la Constitución” (2002).

corrientes de la crítica jurídica en Latinoamérica, antes pasando por Occidente; al igual que algunos trabajos de César Rodríguez y Mauricio García V.<sup>4</sup> La reciente compilación de César Rodríguez (2011) sobre cartografías, pero referido a los estudios jurídicos latinoamericanos en general; un ilustrativo pero limitado artículo de Baldi (2013) y los trabajos de Uprimny (2011), Yrigoyen (2011) y Moncayo (2014), con diferentes enfoques, referidos al estudio del “nuevo constitucionalismo latinoamericano”. Tercero, el abandono del “monoperspectivismo disciplinario” (Mejía, 2005) de los estudios constitucionales, salvo en contadas ocasiones, ha complicado la tarea, no abordada, que emprendemos. Lo anterior se explica, en América Latina, al menos en parte, debido a la estructura de las constituciones post-91<sup>5</sup> –inundadas de principios y valores-, su relación (o no) con el modelo neoliberal, su relación con fenómenos complejos como la colonialidad y el colonialismo. La relación entre constitución y estos fenómenos, impulsan la “llegada” de excursiones epistemológicas como las de la filosofía del derecho, estudios culturales, filosofía política, teoría de la interpretación, entre otras, al campo de reflexión del constitucionalismo.

---

<sup>4</sup> Se hace referencia a Rodríguez y García (2003) y Rodríguez (1999) sobre estudios críticos, en especial su “Estudio introductorio” sobre Critical Legal Studies.

<sup>5</sup> Se utiliza la expresión “Post-91” porque, recordemos que, en este trabajo, solo abordaremos los estudios constitucionales en tres países: Colombia, en el contexto post-91, y Bolivia y Ecuador en sus recientes constituciones. Es de aclarar que la expresión “nuevo constitucionalismo latinoamericano” (Viciano y Martínez, 2010) es mucho más abarcativa en la medida en que engloba el caso venezolano de 1999. Incluso autores como Uprimny (2011) se remontan, al analizar las últimas tres décadas de transformaciones constitucionales, a las Constituciones de Brasil de 1988, e incluyen en su análisis los casos de Paraguay en 1992, Ecuador en 1998, Perú en 1993 entre otros. Acá, por razones metodológicas y por razones de delimitación del trabajo solo abordaremos los casos Colombia, 1991, Ecuador, 2008, y Bolivia, 2009. Es decir que, cada vez que utilicemos la expresión “América Latina” haremos alusión a estos tres países y no al resto que componen la parte sur del continente. De igual manera, debo aclarar que al hablar de “constitucionalismo andino”, categoría que se remite, al menos en este trabajo, exclusivamente a las experiencias de los países de Bolivia y Ecuador, es inevitable no tocar, en algunos puntos otras experiencias de países como Venezuela. Sin embargo me concentraré en los casos Ecuador y Bolivia. Por último, quisiera dejar claro que no me interesa analizar realidades políticas, textos constitucionales o análisis de tipo jurisprudencial; lo cual no significa que no toque estos puntos, sino más bien, que me concentraré en analizar estudios constitucionales como tal. De igual forma, en esta investigación, los conceptos de “nuevo constitucionalismo latinoamericano” y “constitucionalismo andino”, a pesar de poder rastrearse fuertes diferencias entre estos, serán utilizados indistintamente.

## 1. Metodología

Partiendo entonces de la anterior contextualización de nuestro problema de investigación, a saber, sobre la existencia de una cartografía que dé cuenta de las principales perspectivas en los estudios constitucionales post-91 en América Latina, y de los obstáculos arriba mencionados, esta tesis de maestría plantea como objetivo principal indagar sobre la posibilidad de rastrear: 1) la emergencia de “perspectivas” constitucionales en América Latina; 2) sus respectivos autores, puntos de partida, argumentos principales, referencias (sean de tipo teórico, histórico, jurisprudencial y/o normativo), periodos de estudio y textos principales., 3) explorar las divergencias que emergen entre estas “perspectivas” constitucionales.

Para lograr lo anterior, hemos diseñado la siguiente estrategia metodológica:

La tesis está dividida en cuatro capítulos: el primero, referente al estado del arte; el segundo, referente al marco teórico; el tercero, referente a la hipótesis, es decir, a su falseación o verificación; y el cuarto capítulo, referente a las conclusiones y recomendaciones.

El primer capítulo tiene como objetivo general indagar las *posibles lecturas* sobre el constitucionalismo en dos campos de estudio: los estudios 1) “constitucionales post-91 en Colombia” y 2) en el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”. Se pretende mostrar la dispersión en la que se encuentran, unos más que otros, estos estudios constitucionales. A su vez, el capítulo se subdivide en tres partes. La primera parte busca rastrear rápidamente algunos antecedentes realizados en diversas disciplinas y en el constitucionalismo, tendientes a realizar algún ejercicio cartográfico que pueda ser útil, directa o indirectamente, en nuestra investigación. Se expondrán entonces algunas lecturas realizadas desde disciplinas tales como la sociología jurídica, la teoría del derecho, el constitucionalismo, entre otros. El objetivo no será otro que mostrar antecedentes que permitan delinear y plantear los contornos de nuestro problema de investigación. La segunda parte se

concentra en *el* diseño constitucional post-91 en Colombia. Se mostrarán las diversas lecturas que se han realizado al respecto: algunas cercanas a la sociología jurídica, otras a la teoría jurídica y algunas próximas a los estudios multiculturales. De igual forma, se pueden observar algunas posiciones críticas cercanas al marxismo, a la filosofía, al tradicionalismo y al análisis económico del derecho. Con este recorrido, se pretende mostrar que una lectura se aproxima a las tesis del neoconstitucionalismo, mientras la otra, la posición crítica, toma fuerte distancia del mismo. De igual forma se pretende concluir que, a pesar de la existencia de un número variado y diverso de estudios constitucionales post-91 en Colombia, no existe en cambio un núcleo o corpus estructurado de dichos estudios. Con lo cual, las diversas lecturas se encuentran dispersas. Ello conlleva, en muchos casos, a la escasez de diálogo y al desconocimiento de otros enfoques. La tercera parte, dedicada al análisis de los estudios sobre el constitucionalismo andino, tiene como objetivo rastrear las principales lecturas en torno a dicho diseño constitucional. Se analizarán algunas lecturas desde la teoría decolonial, el poder constituyente democrático, el hiperpresidencialismo, el giro biocéntrico, algunas perspectivas críticas desde la democracia constitucional y la crítica jurídica y, finalmente, algunos enfoques de tipo cartográfico. Al realizar este recorrido, se pretende mostrar la existencia de un conjunto de lecturas heterogéneas y en algunos puntos opuestas, realizadas desde los estudios constitucionales, las cuales, solo en algunas excepciones –como los casos de Baldi, Moncayo, Uprimny y en menor medida Yrigoyen- logran una tentativa de sistematización de dicho conjunto de estudios. Esto genera, al igual que en el caso colombiano, pero en menor medida, los estudios constitucionales se encuentre dispersos. El capítulo cierra con unas conclusiones provisionales.

El segundo capítulo, por su parte, tiene como objetivo principal realizar una cartografía sobre los estudios constitucionales post-91 en América Latina. Por cartografía debe entenderse, en esta investigación, aquella apuesta teórica que busca establecer la existencia (o no) de perspectivas en un campo de estudio, estableciendo sus sus autores, puntos de partida, argumentos principales,

referencias (sean de tipo teórico, histórico, jurisprudencial y/o normativo), periodos de estudio y textos principales. En ese sentido entonces, y partiendo de la idea de lecturas (dispersas) constitucionales desarrollada en el capítulo anterior, este capítulo busca realizar una *cartografía constitucional* en dos campos de análisis: el primero, referido a los “estudios constitucionales post-91 en Colombia”, y el segundo, referido al denominado “constitucionalismo andino”, que, como ya hemos señalado, guarda íntima relación con la categoría de nuevo constitucionalismo latinoamericano. El capítulo se divide en dos partes: la primera intenta estructurar las lecturas dispersas que rastreamos en el campo constitucional colombiano. Mostraremos que, en este campo de estudio, existiendo perspectivas constitucionales identificables. La primera, que hemos denominado “Perspectiva de influencia neoconstitucional”, se caracteriza por tres líneas de trabajo: la de teoría jurídica, la de sociología jurídica y la de estudios multiculturales. Estas, a pesar de sus notorias diferencias, comparten algunos elementos comunes, razón por la cual se ubican en la misma perspectiva; elementos como: un claro matiz antiformalista; tomar como punto de arranque el trabajo realizado por la Corte Constitucional resaltando así el activismo judicial; un claro desmarque con las teorías positivistas; un fuerte énfasis en la interpretación constitucional; De igual forma, mostraremos la existencia otra perspectiva constitucional, desde una visión crítica, la cual busca cuestionar el modelo constitucional colombiano: presenta cuatro líneas de trabajo, una cercana a la crítica jurídica, otra desde la filosofía, ciertos enfoques economicistas y algunos cuestionamientos desde el tradicionalismo. En la segunda parte del capítulo, realizaremos el mismo ejercicio tratando de establecer la cartografía constitucional en el nuevo constitucionalismo latinoamericano (específicamente, en el denominado constitucionalismo andino). Mostraremos la existencia de seis perspectivas de estudio: una desde el poder constituyente, otra desde un análisis del hiperpresidencialismo, desde la teoría decolonial, algunos análisis de tipologías constitucionales, ciertos enfoques críticos y otros desde el denominado giro biocéntrico.

De esta forma entonces, se espera, al final del capítulo, haber demostrado la existencia de perspectivas constitucionales en los campos de estudio que hemos mencionado; de igual forma, exponer sus elementos característicos: como lo son sus autores, puntos de partida, argumentos principales, referencias (sean de tipo teórico, histórico, jurisprudencial y/o normativo), periodos de estudio y textos principales. El capítulo cierra con la presentación de tres cuadros de análisis que ofrecen un visión general sobre los estudios constitucionales post-91 en América Latina: el primero cuadro comparativo, aborda el caso colombiano, el segundo sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano y el tercero presenta un contraste sobre los dos campos de estudio; además, cierra con unas conclusiones provisionales, donde se espera realizar un balance general del capítulo.

El tercer capítulo por su parte, busca *diagnosticar* si la hipótesis de trabajo planteada en esta investigación puede ser falseada o verificada. Es decir, si de acuerdo a los criterios metodológicos, es posible realizar una cartografía sobre estudios constitucionales en América Latina. Ante lo cual concluiremos, como veremos al final, que solo es posible identificar dichas perspectivas de manera parcial. Por lo tanto la clasificación se mueve entre la cartografía y la dispersión. Es decir, la cartografía presenta elementos, en algunos puntos, claros o al menos relativamente claros, es decir identificables, mientras que, en otros, dicho ejercicio se ve opacado por la complejidad de identificar los elementos clasificatorios o de identificarlos solamente de manera parcial.

El cuarto capítulo retoma y condensa las conclusiones de la tesis; a la vez que ofrece, brevemente, una serie de recomendaciones para algún tipo de investigación futura, que intente una labor igual o similar a la emprendida en esta investigación<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Quisiera aprovechar esta pie de página para realizar una aclaración referente a la bibliografía de esta tesis. Por la naturaleza de la investigación emprendida se imposibilitaba diferenciar claramente entre la bibliografía usada en el estado del arte y la usada en el marco teórico. Es decir, el lector encontrará referencias bibliográficas que van a estar presentes tanto en el estado del arte como en el marco teórico, pues existen autores que, además de haber intentado abordajes de tipo clasificatorio han emprendido de igual forma trabajos que pueden considerarse como perspectivas constitucionales. Ahora, el estado del arte intenta mostrar las diferentes lecturas (dispersas) sobre el constitucionalismo mediante el uso de cierta bibliografía que denominaremos “bibliografía X”, y,

## 2. Hipótesis de trabajo

Nuestra hipótesis apunta a demostrar que: 1) la bibliografía sobre rastreo de perspectivas constitucionales en cuanto a los estudios jurídicos en América Latina, ha desarrollado trabajos sobre filosofía del derecho (siglo XX y XXI), derecho constitucional, estudios jurídicos críticos, y estudios jurídicos en general. No ha abordado sin embargo el complejo campo de reflexión sobre los múltiples y opuestas perspectivas en los estudios constitucionales en América Latina. Ello debido a varios factores como, primero, la escases de diálogo entre tendencias opuestas, segundo, la multiplicidad de enfoques existentes y, tercero, la complejidad de los estudios constitucionales. 2) A pesar de dichos obstáculos, sí es posible identificar: a) *perspectivas constitucionales* estructuradas; b) estructuradas con sus respectivas líneas de trabajo, en algunos casos con diversos enfoques; sus elementos característicos: como lo serían sus autores, puntos de partida, argumentos principales, referencias (sean de tipo teórico, histórico, jurisprudencial y/o normativo), periodos de estudio y textos principales; al igual que, c) explorar las divergencias que emergen entre estas “perspectivas” constitucionales.

Como no podemos, por obvias razones, abordar todos los países de Latinoamérica, nos concentraremos en dos campos de estudio: el primero, referido a la reflexión constitucional post-91 en Colombia, y, el segundo, aquel campo de estudio que puede rastrearse a partir de los principales debates que han emergido producto de las teorizaciones que buscan explicar las recientes experiencias constitucionales en países como Bolivia y Ecuador (2008-2009). Al primero lo denominaremos “estudios constitucionales post-91 en Colombia” y al

---

el marco teórico retoma esa bibliografía X”, aunque agrega otra, para intentar, mediante ciertos elementos característicos, estructurar una cartografía constitucional sobre América Latina: en ese sentido, era imposible no retomar en el marco teórico la bibliografía usada en el estado del arte.

segundo “nuevo constitucionalismo latinoamericano” o, en su defecto, “constitucionalismo andino”<sup>7</sup>.

En el primer campo de estudio en el caso colombiano, argumentaremos, y esta es nuestra primera subhipótesis, que es posible rastrear la emergencia de dos “perspectivas” constitucionales, una de 1) influencia neoconstitucional, formada por tres líneas de trabajo: a) sociología jurídica, b) teoría jurídica y c) estudios multiculturales. 2) La segunda, desde un enfoque crítico, puede ser estructurada de acuerdo a cuatro líneas de trabajo: a) algunos enfoques críticos cercanos al marxismo, b) a la filosofía, c) al tradicionalismo y d) al análisis económico del derecho.

Esta misma subhipótesis de igual forma indica que, 1) en casi todos los casos el debate es inter y/o transdisciplinario, es decir, existe una fuerte tendencia a utilizar herramientas, en algunos autores más que en otros, de diversas disciplinas. Por tanto, en algunos puntos, la frontera, por ejemplo entre teoría constitucional y filosofía del derecho se hará espectral. De igual forma, 2) cabe aclarar que entre cada variante existen fuertes diferencias, por ejemplo entre autores, pero, a pesar de ello, existen también elementos comunes. 3) Vale hacer la aclaración, que todos los autores que tomaremos como referencia no son constitucionalistas, es decir, sus reflexiones no están dirigidas –al menos no directamente- hacia este objeto de estudio. En ese sentido, tomaremos, hasta donde sea posible, las distintas reflexiones que tengan, directa o indirectamente, relación con el debate constitucional. Y, 4) en el caso de las posiciones críticas (marxistas, provenientes de la filosofía política o de análisis economicistas del derecho) haremos referencia a estas, en el sentido en que realizan un cuestionamiento a la práctica constitucional, no necesariamente al modelo neoconstitucional, pues no utilizan este término, pero sí a la función del derecho como ideología –extensible al constitucionalismo-, al costo (económico) de la función judicial progresista, al

---

<sup>7</sup> Ver: página 7, nota de pie de página número 6.

(supuesto) carácter emancipatorio de dicha práctica, y a algunas contradicciones que subyacen en el modelo (neo) constitucional.

La segunda subhipótesis, sobre los estudios en torno al nuevo constitucionalismo latinoamericano, pretende mostrar que es posible rastrear la emergencia de seis “perspectivas” constitucionales: 1) una que intenta estructurar tipologías constitucionales, 2) otra desde la teoría del poder constituyente, 3) una tercera denominada “perspectiva decolonial”, 4) desde los conceptos de poder e hiperpresidencialismo, 5) desde el “giro biocéntrico” y una última desde una visión crítica.

En ambas subhipótesis, primera y segunda, intentaremos mostrar que, cada perspectiva, tanto en los estudios constitucionales post-91 en Colombia como en los estudios en torno al nuevo constitucionalismo latinoamericano, está formada por un conjunto de elementos estructurales: autores, puntos de partida, argumentos principales, referencias (sean de tipo teórico, histórico, jurisprudencial y/o normativo), periodos de estudio y textos principales.

Al contrastar los *dos* campos de reflexión constitucional, y esta es la tercera subhipótesis, se podrán apreciar las diversas “*perspectivas*” surgidas en cada escenario y las divergencias que emergen entre estas; al igual que, una posible periodización o cartografía de los estudios constitucionales en América Latina -en este caso a partir de 199

## II. ESTUDIOS CONSTITUCIONALES POST-91 EN AMÉRICA LATINA: LECTURAS SOBRE EL “CONSTITUCIONALISMO POST-91 EN COLOMBIA” Y “EL “NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO”

### Introducción

El primer capítulo tiene como objetivo general indagar las posibles lecturas sobre el constitucionalismo en dos campos de estudio: los estudios 1) “constitucionales post-91 en Colombia” y 2) en el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”. De igual manera, el capítulo pretende mostrar la dispersión en la que se encuentran, unos más que otros, estos estudios constitucionales. A su vez, el capítulo se

subdivide en tres partes. La primera parte busca rastrear rápidamente algunos antecedentes realizados en diversas disciplinas y en el constitucionalismo, tendientes a realizar algún ejercicio cartográfico que pueda ser útil, directa o indirectamente, en nuestra investigación. Se expondrán entonces algunas lecturas realizadas desde disciplinas tales como la sociología jurídica, la teoría del derecho, el constitucionalismo, entre otros. El objetivo no será otro que mostrar antecedentes que permitan delinear y plantear los contornos de nuestro problema de investigación. La segunda parte se concentra en el diseño constitucional post-91 en Colombia. Se mostrarán las diversas lecturas que se han realizado al respecto: algunas cercanas a la sociología jurídica, otras a la teoría jurídica y algunas muy próximas a los estudios multiculturales. De igual forma, se pueden observar algunas posiciones críticas cercanas al marxismo, a la filosofía, al tradicionalismo y al análisis económico del derecho. Con este recorrido, se pretende mostrar que una lectura se aproxima a las tesis del neoconstitucionalismo mientras la otra, la posición crítica, toma fuerte distancia del mismo. De igual forma se pretende concluir que, a pesar de la existencia de un número variado y diverso de estudios constitucionales post-91 en Colombia, no existe en cambio un núcleo o corpus estructurado de dichos estudios. Con lo cual, las diversas lecturas se encuentran dispersas: lo cual conlleva, en muchos casos, a la escasez de diálogo y al desconocimiento de otros enfoques. La tercera parte, dedicada al análisis de los estudios constitucionales sobre el constitucionalismo andino, retomando en muchos aspectos la idea de “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, tiene como objetivo rastrear las principales lecturas en torno a dicho diseño constitucional. Se analizarán algunas lecturas desde la teoría decolonial, el poder constituyente democrático, el hiperpresidencialismo, el giro biocéntrico, algunas perspectivas críticas desde la democracia constitucional y la crítica jurídica y, finalmente, algunos enfoques de tipo cartográfico. Al realizar este recorrido, se pretende mostrar la existencia de un conjunto de lecturas heterogéneas y en algunos puntos opuestas, realizadas desde los estudios constitucionales, las cuales, solo en algunas excepciones –como los casos de Baldi, Moncayo, Uprimny y en menor medida Yrigoyen- logran una tentativa de

sistematización de dicho conjunto de estudios. Lo cual conlleva a que, al igual que en el caso colombiano, pero en menor medida, los estudios constitucionales se encuentre dispersos. El capítulo cierra con unas conclusiones provisionales.

## 2.1. “INTENTOS CARTOGRÁFICOS”

Los intentos por “clasificar” autores en particular o masas de autores en general dentro de determinadas teorías, ha sido una constante relativamente abordada desde diversas áreas. Como es apenas obvio, es imposible reseñar –y además no tendría mucha utilidad- todos los trabajos que se han encargado de esta labor; más específicamente, por dar cuenta, de manera general, del estado actual –o por qué no decir del estado del arte- de una disciplina: mostrando las diversas perspectivas de análisis más visibles e influyentes en el medio académico, sus patrones de estudio, sus principales influencias teóricas, puntos de partida, integrantes, metodología(s), entre otros aspectos<sup>8</sup>. Una labor como esta, cobra relevancia pues permite darse una idea tendencialmente clara sobre el estado actual de la discusión en una disciplina y sobre todo a partir de la perspectiva estas son elaboradas. De igual forma, permite realizar una labor no solamente descriptiva sino también valorativa: por un lado, posibilita la identificación de teorías a la vez que permite, por otro lado, un ejercicio de cuestionar las principales falencias que estas adolecen.

Estos intentos por realizar cartografías los encontramos en campos diversos como la teoría decolonial (Castro-Gómez y Grosfoguel, 2007, 9-25; Castro-Gómez, 2005, 11-65; y Rojas y Restrepo, 2010). En los intentos por sistematizar las relaciones entre psicoanálisis lacaniano y política, buscando mostrar la utilidad teórica de lo que se ha conocido como la “izquierda lacaniana” (Stavrakakis 2007 y 2010; Costas, 2008). Los trabajos que han buscado mostrar un mapa sobre la discusión entre liberales, comunitaristas y republicanos mostrando de esta forma

---

<sup>8</sup> A este ejercicio señalado, se le denominará, en esta investigación, “actividad cartográfica” o simplemente “cartografía”.

los principales autores de cada corriente filosófica y sus postulados generales (Gargarella, 1999). En los estudios culturales (Grüner, 2002). En los paradigmas del derecho (Habermas, 2001, 469-512), entre otros múltiples ejemplos.

Un paradójico intento, en los estudios jurídicos, de realizar esta cuidadosa tarea de clasificación lo emprendió, sin ser su objetivo, de ahí que sea paradójico, Hans Kelsen (1957), en su conocida obra “Teoría Comunista del derecho y del Estado”. El jurista vienés se propone examinar los principales desarrollos que ha hecho la teoría marxista al derecho. En síntesis, intenta explorar el valor científico de la “teoría comunista del derecho”. En lo que nos importa, Kelsen suministra una especie de cartografía sobre los estudios marxistas del derecho existentes hasta su época. En esta, ofrece a) un panorama amplio sobre los *autores más destacados*, entre los cuales salen a relucir Marx, Engels y Lenin, en cuanto a su(s) teoría(s) comunista del Estado y del derecho; Stuchka, Reisner, Pashukanis, Vyshinsky, Golunskii y Strogovich. De igual forma, Kelsen b) explora el *enfoque* de esta teoría; un enfoque antinormativo de los fenómenos sociales: que rechaza toda interpretación normativa de dichos fenómenos, y por ende no da prevalencia a la moral y a la jurisprudencia –que presentan a las relaciones humanas como deberes- sino a las relaciones “fácticas de poder político o económico” (Kelsen, 1957, prefacio). En ese sentido, c) el principal *patrón de estudio* que regiría a esta perspectiva sería una interpretación económica de la realidad social. Suministra también d) la *trayectoria* de esta perspectiva, que como se puede apreciar comparte fuertes elementos en común; la cual se inaugura con Marx, sigue con Engels y Lenin y desemboca en un conjunto de autores que, a pesar de sus evidentes diferencias, comparten presupuestos comunes.

Otro interesante intento por elaborar cartografías (o clasificaciones) lo podemos encontrar en el texto de Renato Treves, titulado “La sociología del derecho. Orígenes, investigaciones, problema”. En este, el autor identifica de “forma ordenada y orgánica” los *problemas fundamentales* (las investigaciones empíricas y sociológicas, por ejemplo), los *métodos utilizados* (la documentación, la

encuesta, la informática), los *campos de aplicación* (el encuentro entre sistemas jurídicos distintos, la producción y aplicación de normas), de dicha disciplina y los *autores* más destacados. Concluye, que la *trayectoria* de esta disciplina empieza a ser abordada por campos de reflexión dispersos entre los cuales se encontraban análisis de sociólogos (E. Durkheim, Gumpowics), politólogos (F. Engels, F. Lasalle) y juristas antiformalistas (R. Ihering, F. Geny, O. Holmes) y que, más adelante, a partir de la segunda posguerra, estas reflexiones llegan a un punto de encuentro, y desde ese momento, se “funda” la sociología del derecho como tal (de la mano de los desarrollos teóricos de autores como Max Weber, Georges Gurvitch y Theodor Geiger).

El griego Yannis Stavrakakis (2007 y 2010) emprende de igual forma una labor que podría ser caracterizada como cartográfica. En este caso, intenta realizar, en gran parte de su obra, una vista panorámica de las corrientes y autores pertenecientes a la denominada “izquierda lacaniana” como campo heterogéneo y emergente. Esta tendría como argumento central mostrar la “relevancia del pensamiento lacaniano para la crítica de los órdenes hegemónicos contemporáneos” (Stavrakakis, 2010, 20). Y dentro de sus autores paradigmáticos estarían, de manera principal, el esloveno Slavoj Žižek; tomando distancia de este, el recientemente fallecido filósofo argentino Ernesto Laclau y su ex esposa Chantal Mouffe; y, en la periferia, Cornelius Castoriadis. Su influencia teórica, como es obvio, sería el pensamiento lacaniano y una fuerte dosis del marxismo; aunque de igual forma las referencias al estructuralismo, posestructuralismo, el cine, la deconstrucción, el psicoanálisis freudiano, entre otras, también aparecen.

En el campo del análisis cultural del derecho, esta labor fue –al menos de manera relativa– emprendida por Paul Kahn (2001). En cuanto a la reconstrucción y diálogo en la sociología jurídica encontramos los trabajos de García (2001), García y Rodríguez (2003), sobre el estado de esta disciplina en los Estados Unidos; y, García y Rodríguez (2003), en cuanto a América Latina. En lo referente

a estudios jurídicos críticos, encontramos el destacado trabajo de Antonio Carlos Wolkmer (2003), y el estudio introductorio de Rodríguez (1999) sobre CLS. Un poco antes, en 1991, se realizaron en Colombia algunos trabajos sobre los principales debates en torno a la filosofía del derecho: me refiero a Villar (1991), y, aunque más recientemente, el de Salazar (2012).

Pero sin duda, ya en el campo jurídico, uno de los debates que quizá ha generado más afanes por “clasificar” autores dentro de una tendencia, es el que se dio entre iusnaturalistas “vs” iuspositivistas. Pues, al menos al principio, o se era lo uno o se era lo otro. Kelsen y Hart, en la segunda mitad del siglo XX, representaron, con sus gigantes diferencias, la segunda vertiente; antes que ellos, estaban Bentham y Austin. Radbruch por su parte, fue uno de los autores más perfilados en la primera vertiente. Más recientemente, este debate, a partir de la emergencia de lo que algunos autores han denominado “neoconstitucionalismo” (Carbonell, 2011), cobró significativa fuerza, y, debido a la confusión que ha generado y genera el término, este tipo de estudios clasificatorios pueden ser útiles. Desde la aparición del concepto, por parte de la escuela genovesa en Italia, fue frecuente “clasificar” en esta corriente de pensamiento a Dworkin, Alexy, Zagrebelsky, Guastini y Nino (Pozzolo, 1998, 339). Así lo confirmaron posteriormente algunos autores como Carbonell (2003 y 2009), Ariza (2003), García (2008), Barroso (2008) y Guastini (2009). Se propuso, desde este momento, que aquella “vieja” discusión entre iusnaturalistas y positivistas había llegado a una conciliación (Barroso, 2008).

Finalmente, y luego de este pequeño recorrido por algunos antecedentes de lo que aquí hemos llamado “cartografías” en diversas áreas de estudio, nos preguntamos ahora sobre la existencia o antecedentes, a partir de 1991, de trabajos como estos en los estudios constitucionales en América Latina. Es decir, nos preguntamos ahora por la existencia y posibilidad de 1) identificar las perspectivas emergentes en los estudios constitucionales; de igual forma, establecer sus elementos clasificatorios, es decir sus 2) líneas de trabajo, influencias teóricas, puntos de partida, periodización y metodología usada; para

finalmente, preguntarnos por 3) las divergencias que emergen entre estas “perspectivas” constitucionales.

## 2.2. “ESTUDIOS CONSTITUCIONALES POST-91 EN COLOMBIA”

Con respecto a los intentos de cartografías en el caso colombiano, Natalia Encinales (2011) por ejemplo, ha realizado una tipología en el campo jurídico colombiano, la cual, en algunos puntos, puede ser útil al respecto. Su trabajo constituye el que es quizá el intento o antecedente teórico, en el caso colombiano, más notable al respecto. Primero aclaremos, para no ser “injustos teóricamente” con la autora, que el objetivo de su trabajo es realizar una síntesis de los estudios jurídicos en general, involucrando de manera conjunta los autores más representativos de la “tercera generación”, para de forma global comprender el estado de la teoría jurídica, la filosofía jurídica y la sociología del derecho en la actualidad. Por tercera generación se entiende aquel conjunto de autores que aparecen, en el marco de los estudios jurídicos, en el contexto post-91 en Colombia. Es decir, autores como Diego López, Rodolfo Arango, Daniel Bonilla, Rodrigo Uprimny, César Rodríguez, Mauricio García Villegas, entre otros.

Para Encinales esta tercera generación se caracteriza por abordar los problemas del derecho desde tres perspectivas diferenciadas:

A. Desde la filosofía del derecho: la cual plantea que es “posible distinguir entre la filosofía del derecho y la teoría jurídica, a partir de una reconstrucción del estatuto epistemológico de la primera teniendo el problema de la norma básica como unidad de análisis filosófico”. En esta perspectiva se ubica principalmente el profesor Osar Mejía Quintana.

B. Desde la sociología del derecho: Esta “abandona la dimensión tradicional e instrumental de la dogmática jurídica y las dimensiones de la teoría y la filosofía del derecho –que podrían erigirse como un segundo tradicionalismo- y propone

abordar los problemas del derecho desde la prácticas sociales, es decir, desde la investigación empírica pero sin abandonar su dimensión crítica, rescatando así la dimensión emancipatoria del derecho”. En esta perspectiva la autora ubica a Mauricio García Villegas y a Rodrigo Uprimny. Y,

C. Desde la teoría jurídica: la cual se bifurca en dos ramificaciones; “de una parte, la que da cuenta de unatendencia antiformalista y crítica que se enmarca en la perspectiva de la teoría jurídica, la cual combina el análisis de la recepción de las teorías transnacionales del derecho en el contexto local, desde el enfoque metodológico de la deconstrucción, con uno de los principales problemas en Colombia producto no solo de la multiplicad de trasplantes y préstamos jurídicos, sino también de la polivalencia política, de la complejidad de las normas y del legado intelectual de épocas dispares, como es el problema del valor del precedente judicial que aparece en el intento de darle coherencia al sistema. Y de otra parte, la que explica que existe una tendencia al interior de la perspectiva de la teoría jurídica que logra la simbiosis del modelo de la ponderación en una línea antipositivista que niega la discrecionalidad, optimizándose así la lectura de los derechos sociales fundamentales (incluyendo la problemática del mínimo vital) definiéndolos como garantías reales y no meras metas políticas” (Encinales, 2001, 141-142). Los autores significativos son Diego López Medina y Rodolfo Arango.

Sin embargo, Encinales no aborda los trabajos que, desde una posición crítica, se han acercado al estudio del fenómeno jurídico en el contexto post-91 en Colombia, específicamente en el derecho constitucional. De esta forma, enfoques como los presentados por autores como Víctor Moncayo, el trabajo de Mejía Quintana en materia de constitucionalismo, Jairo Estrada, Tamayo Jaramillo, Gilberto Tobón, Ricardo Sanín, entre otros, no son tenidos en cuenta. De esta forma, solo se muestra –por decirlo de alguna forma- la cara “hegemónica del derecho” no su versión crítica. En otras palabras, el trabajo de Encinales solo contempla, en su mayoría, a aquellos autores que de una u otra manera defienden o intentan reforzar el trabajo de la Corte Constitucional –con la

excepción de autores como Mejía Quintana-. De tal manera que, tomando distancia del trabajo de Encinales, puede observarse, en el caso colombiano, la existencia de siete lecturas constitucionales que se caracterizan por estar dispersas y por su escaso diálogo. Las tres primeras, con enfoques desde la teoría jurídica, la sociología jurídica y los estudios multiculturales, son cercanas a los postulados del neoconstitucionalismo, mientras que, las otras cuatro, se alejan de los postulados de esta corriente. Veamos entonces cuáles son esas siete lecturas constitucionales.

### 2.2.1. Teoría jurídica

Esta lectura se ha encargado de problematizar el formalismo jurídico, y con ello, intentar poner de manifiesto la insuficiencia del paradigma positivista, en particular la versión estándar, el “kelsenianismo”, para resolver la pregunta que las constituciones de postguerra plantean. Los autores que más sobresalen en ella son Diego López, Carlos Bernal, Rodolfo Arango, Manuel José Cepeda y García Jaramillo. Todo este grupo, a pesar de las distancias que puedan existir entre sus proyectos teóricos, parece alinearse en dos puntos: 1) mostrar, y a la vez “atacar”, la tendencia histórica de espectro formalista-procedimental del constitucionalismo colombiano (atribuible, más bien, al derecho en general); encapsulada, ya en el positivismo o en el iusnaturalismo; lo cual ha contaminado –y contamina aun- el proceso de renovación hermenéutico-jurídica que empezaba, en su momento, a afrontar la jurisprudencia constitucional; y 2) analizar o recepcionar teóricamente elementos hermenéuticos que sirvan como soporte a la Corte Constitución a la hora de interpretar la carta política. Manuel Cepeda (1993, 15) por ejemplo, ya en prematuros tiempos de 1993 anunciaba la entrada en vigencia de un “nuevo constitucionalismo” en Colombia. Desde este momento, se empieza a apreciar una teoría jurídica en “boga” la cual disparaba (casi) toda su atención a “cómo interpretar el derecho” (López, 2004). Se aspiraba entonces a una (re)descubierta de la textura abierta de los documentos jurídicos y a una apuesta protagónica de

la función judicial. “La enseñanza dominante, contra la que nos rebelábamos – escribe Diego López Medina refiriéndose a aquella- subrayaba, a un nivel básico, el papel de la memorización de reglas contenidas en leyes y códigos como paso indispensable para recordarlas y muéstrales fidelidad”. Todo ello rodeado por un fuerte “ambiente de rigidez y jerarquización pedagógica, social y personal que tendía a reforzar, según se pensaba, la apariencia de rigor, científicidad y neutralidad” (López, 2004, p. 2). De esta forma, el fetichismo legal, el culto a la rigidez y la esperanza en la científicidad y objetividad –impulsadas, para bien o mal, por el legado kelseniano de nuestros clásicos de la filosofía del derecho en Colombia- obstaculizaban el paso a la argumentación y reafirmaban sordamente la memorización. En síntesis, la nueva cultura jurídica, de la mano de un vanguardismo teórico va a cuestionar fuertemente las bases del modelo legiscentrista en Colombia, y a poner sobre la mesa nuevos materiales para la construcción del Estado constitucional en el país. Pero la construcción del estado constitucional enfrentaba un gran problema, el cual era cómo interpretar cláusulas normativas, como los principios constitucionales, los cuales se caracterizan por una notable abstracción semántica y por su recurrente conflicto. Y además, cómo mantener una jurisprudencia constitucional al menos relativamente estable, mediante el uso racional de los precedentes constitucionales. En ese camino precisamente se enmarca la propuesta de López Medina y Bernal Pulido. López Medina por ejemplo, plantea, en el “Derecho de los jueces”, una propuesta para el manejo de sentencias, y con ello de la parte vinculante y accesoria de estas; la primera denominándola *ratio decidendi* y la segunda *obiter dictum*. Con esto, los jueces pueden escoger legítimamente cuál es el precedente a aplicar, cuándo inaplicarlo, distinguirlo, modificarlo o eliminarlo. López expone así su “teoría judicial del derecho” destinada a atacar las difundidas concepciones de la jurisprudencia como criterio auxiliar y no como fuente principal y prevalente de derecho, en este caso, en el derecho constitucional (López, 2009). De esta forma, presenta una “crítica profunda a la forma [tradicionalista] como actualmente” –se refiere a principios del siglo XXI- “practicamos y concebimos el derecho

constitucional, especialmente en lo que tiene relación con la Carta de Derechos” (López, 2006, xxiii).

Bernal Pulido por su parte, se concentra en analizar categorías como la “ponderación” para explorar técnicas de análisis de principios constitucionales. De esta forma, se concentra en mostrar que técnicas tradicionales como la subsunción parecen ahora estar en desuso en la medida en que se muestran como insuficientes para responder a la realidad constitucional post-91. Su tesis consiste, básicamente, en mostrar las diferencias entre la aplicación de reglas y de principios (Bernal, 2003, p. 60) propuesta por el jurista alemán Robert Alexy. En el entendido de que las reglas por su estructura cerrada o, por lo general, más o menos cerrada, son susceptibles de ser subsumidas, mientras que los principios, por estar condenados a las abstracción e indeterminación semántica, y no poseer una estructura jerárquica dada de ante mano, pueden ser aplicados mediante el test de ponderación, eso sí, vinculado directamente a las condiciones particulares del caso. La ponderación es entonces la forma de resolver, mediante un tipo de interpretación, conflictos constitucionales. Este tipo de interpretación, a su vez, según Bernal Pulido y autores como Miguel Carbonell (2010), propone un reto para la Corte constitucional (Bernal, 2005, p. 19). El cual es elaborar una teoría material de la constitución. La función de esta teoría es determinar el contenido, alcance y sentido de los derechos fundamentales en cada caso concreto. Dicha teoría crea *contenidos en estricto sentido* los cuales evitan la creación irrefrenable de derechos al imponer, al juez, “las reglas de la racionalidad en la argumentación jurídica” (Bernal, 2005, p. 20). Se renuncia, de esta forma, a cualquier sesgo ideológico, político relativo a la aplicación de derechos fundamentales, para así privilegiar el punto de vista analítico. La Corte en sus decisiones opera bajo una *racionalidad débil* la cual remite a las reglas de la argumentación jurídica. El propósito del autor es claro (y en esto está profundamente inspirado por Robert Alexy): explorar el método por medio del cual la Corte determina el contenido, alcance y sentido de los derechos

fundamentales. A esto Bernal llama *el derecho de los derechos*. Es un derecho, *ante y sobre todo* jurisprudencial.

En una línea similar, aunque con notables diferencias, encontramos la propuesta del filósofo de la Universidad de los Andes, Rodolfo Arango Rivadeneira (2007, p. 11), quien defiende la idea de un *Derecho Constitucional progresista*, que conjuga en la interpretación constitucional emociones morales hasta –y con ello acentuando una posición claramente dworkiniana- la tesis de *respuesta correcta* en el Derecho (Arango, 2001, p. 89), por medio de la técnica de ponderación; en donde se termina negando la tesis de la discrecionalidad judicial sostenida por Hart y sus discípulos-, a pesar de la complejidad que implica los mundos constitucionalmente posibles dentro del Estado Constitucional.

Cepeda Espinoza (2008) por su parte, ha mostrado que, debido a la complejidad de los problemas constitucionales relacionados con los derechos fundamentales, la Corte, en su jurisprudencia, “ha aceptado gradualmente la ponderación como la forma más adecuada de resolver tales” conflictos y ha “introducido ajustes al esquema básico de ponderación” (Cepeda, 2008, 139). De esta forma, la Corte empieza a hacer uso de la ponderación para diferenciar su argumentación de la argumentación de la Corte Suprema de Justicia; termina por ser, de manera gradual, aceptada por la mayoría de los magistrados y asociada con la idea de “nuevo derecho” o “nuevo constitucionalismo”. De otro lado, Cepeda rastrea las distintas “etapas” por las cuales atravesó la ponderación en la Corte Constitucional, para tratar de esta forma establecer la evolución de la misma: una etapa de “ingreso”, otra de “posicionamiento” y una de “consolidación”. En la primera etapa, que va de 1992 a 1993, la ponderación aparece como *uno* de los métodos de análisis constitucional que estaban a disposición del juez para resolver conflictos entre derechos fundamentales. Así, en este periodo, “la ponderación asumió la forma de una evaluación comparativa de intereses, objetivos, valores o principios que entraban en conflicto en situaciones concretas... pero sin una estructura metodológica clara, ni en la aplicación de

criterios analíticos consistentes”. Ya en la segunda etapa, que va de 1994 a 2001, la ponderación logra un “posicionamiento en tanto modo de argumentación dentro del sistema jurídico colombiano”. Esta etapa va a caracterizarse por un debate abierto sobre el papel que ocupa la ponderación dentro del razonamiento judicial colombiano. Los magistrados optan por cuatro diferentes posiciones al respecto: unos niegan por completo el uso de la ponderación por ser contramayoritaria; otros magistrados la aceptan relativamente para algunos casos específicos, con en los casos del libre desarrollo de la personalidad; otros magistrados consideran que la ponderación es “el método más apropiado para resolver problemas” de conflictos de derechos fundamentales. “La cuarta posición extiende la aplicación de la ponderación a otros problemas jurídicos constitucionales, incluso aquellos relacionados con el ejercicio de funciones públicas y con el procedimiento legislativo...”. Por último encontramos la tercera etapa de la ponderación, la de consolidación. Inicia en el 2002 con la discusión sobre la aplicabilidad del test para interpretar el principio de igualdad. De los nueve magistrados de la época ocho admiten la ponderación como el método para resolver los conflictos de colisión de derechos fundamentales. Ya en esta etapa la ponderación ha logrado generalizarse a diversos ámbitos constitucionales. Al cerrar, Cepeda termina mostrando los ajustes –como los denominados criterios negativos, criterios positivos y demás- que la Corte ha hecho al momento de utilizar la ponderación.

Finalmente, esta lectura del constitucionalismo, realizada desde la teoría jurídica, cierramostrando lo que serían los principales obstáculos de este “nuevo derecho”(López, 2006, xxiii) realizados desde el “tradicionalismo”.Al respeto dice López: “La resistencia al nuevo derecho, aunque relativamente dispersa, es la forma concreta como el tradicionalismo/positivismo nacional se ha defendido frente a la embestida de nuevas formas de la actividad jurídica. Se trata, si se quiera, de la expresión contemporánea del tradicionalismo luego de la promulgación de la Constitución de 1991, leída e interpretada (a veces de manera exagerada) como la consagración positiva de una nueva teoría del derecho” (López, 2006, 326). En ese sentido, las críticas al nuevo derecho se pueden

sintetizar así: 1) lo la “dificultad contramayoritaria” que enfrenta la Corte al no ser funcionarios elegidos democráticamente y por ende carecer de legitimidad para determinados asuntos; 2) la Corte no debe intervenir en asuntos de asignación de recursos; 3) la jurisprudencia posee un papel secundario, auxiliar; entre otras.

Se puede apreciar entonces, que esta lectura busca 1) mostrar la insuficiencia del modelo positivista para explicar la realidad constitucional post-91 en Colombia y 2) explorar en la recepción de algunos materiales interpretativos con aras a mostrar su utilidad y recepción teórica o jurisprudencial.

### 2.2.2. Sociología jurídica

Una segunda lectura que podemos encontrar en los estudios constitucionales en Colombia, es realizada desde la sociología jurídica por autores como Uprimny y García Villegas. El estudio de la Sociología jurídica en Colombia ha estado impulsado –notoriamente- por tres instancias: De-justicia, el CIJUS<sup>9</sup>, dirigido por César Rodríguez y la “Colección Derecho y Sociedad”, impulsada por el CIJUS, el grupo Derecho y Acción social (IDEAS) y en colaboración con Siglo del Hombre Editores. Se han gestado numerosos estudios interdisciplinarios sobre las instituciones y el derecho, los cuales, mediante la combinación de teoría y trabajo empírico, buscan poner de manifiesto, entre otras cosas<sup>10</sup>, las relaciones (1) entre Constitución y modelo económico y (2) jurisprudencia (constitucional) y cambio social. Más allá de sus matices, esta lectura parece compartir una preocupación central: la forma en que el uso del derecho dentro de contextos violentos como Colombia, si bien puede ser hegemónico, a través de prácticas jurisprudenciales puede llegar a revertir(se) su carácter, generando, mediante la jurisprudencia constitucional, una práctica contra-hegemónica y emancipatoria desde éste.

---

<sup>9</sup> Centro de Investigaciones Socio jurídicas de la Universidad de los Andes.

<sup>10</sup> La variedad de temas abordados es bastante extensa; sobre desplazamiento y uso del derecho (constitucional) en contextos de violencia, caso Colombia, por ejemplo, ver Rodríguez C. y Rodríguez D. (2010); sobre movimientos sociales, fetichismo legal y cambio social ver Lemaitre (2009); sobre derechos humanos y violencia de género ver Mery Sally (2009).

En cuanto a lo referente a la aplicación de las normas constitucionales sobre la economía, o más precisamente, la pregunta acerca de si establece (o no) la Constitución actual un modelo económico preciso, ha sido un tema abordado por la Sociología jurídica. Autores como R. Uprimny, García V. y C. Rodríguez, han postulado diferentes tesis sobre la (ponzoñosa) relación entre derecho y economía. Más allá de sus diferencias, a los tres autores podríamos –con poco margen de error- catalogarlos como neo-constitucionalistas. Para Uprimny y Rodríguez (2005), por ejemplo, la Constitución colombiana de 1991 es una carta que se enmarca dentro de la tipología neoconstitucional. (1) Posee fuerza normativa y no es un mero documento político importante pero no relevante, como las cartas constitucionales de antes de posguerra y, en particular, las de tradición francesa. (2) Desde el punto de vista de su contenido, la Constitución de 1991 es valorativa y no meramente procedimental, pues consagra un orden de valores (constitucionales) que debe ser aplicado y realizado.

Ahora bien, este tipo de constituciones ¿constitucionalizan algún tipo preciso de modelo económico? O ¿tienden a ser abiertas? Los autores consideran, con respecto a la Constitución colombiana, que esta es una Constitución “abierta”, es decir, no configura dentro de su diseño constitucional un modelo económico (preciso) y que por tanto permite, explícita o implícitamente, una pluralidad de formas para llegar a un mismo objetivo. En otras palabras, “ese tipo de constituciones establece que ese objetivo es deseable y hasta cierto grado normativamente vinculante, pero ofrece la posibilidad de utilizar políticas, instrumentos y medios diversos para alcanzarlos” (Uprimny y Rodríguez, 2005, P. 28). En ese sentido, la Constitución de 91 es una Constitución normativa, en la medida en que consagra tanto derechos liberales como derechos sociales, y es a la vez una Constitución abierta, en la medida en que permite diversas políticas económicas para alcanzar dichos derechos sociales. En opinión de la Corte constitucional colombiana, lo anterior no supondría tampoco una Constitución “neutra”, pues el hecho de permitir diversas políticas económicas no significa que

permita la consagración de cualquier modelo económico, “pues las instancias de decisión política deben de una parte respetar los límites impuestos por el conjunto de derechos” (Sentencia C-040 de 1993).

Y, frente a ello, ¿qué (tipo de) control constitucional debe ejercer la Corte sobre la economía; sobre políticas económicas adoptadas, por ejemplo, por el gobierno? La tesis de Uprimny y Rodríguez (2005) es que la Corte debe ejercer un control de *razonabilidad*, es decir un control *leve no estricto*; un control suave en donde sólo las políticas abiertamente irrazonables sean inconstitucionales. Más precisamente, “un control leve es aquel en el que el juez constitucional debe mirar únicamente si el objetivo que persigue una política es constitucionalmente admisible y si el medio para lograrlo es potencialmente adecuado para alcanzar dicho propósito” (Ibíd., P. 30). R. Dworkin y R. Alexy son los fundamentos para justificar dicha afirmación.

Otro punto abordado por la sociología jurídica es el referente a la relación entre jurisprudencia y emancipación social. Escogimos este trabajo –a pesar de ser un artículo- de Uprimny y García V. (2004), debido a que refleja, como mencionamos, cual es la principal empresa emprendida por la sociología. En palabras de N. Encinales, la sociología del derecho parece abandonar la dimensión instrumental y tradicional de la dogmática jurídica, para “proponer abordar los problemas del derecho desde la práctica social, es decir, desde la investigación empírica pero sin abandonar la crítica, mostrando al derecho desde su proyección simbólica y emancipatoria” (Encinales, 2011, P. 153). García Villegas (1993), quien, en un primer momento, había sostenido la *eficacia simbólica del derecho*, es decir, la forma en que el derecho beneficia a los poderosos incluso cuando éste indica otra cosa, sea, por ejemplo, por (re)legitimar a la clase dominante o al Estado al hacerlos aparecer como incluyentes y democráticos; el derecho al calmar la rebeldía mediante el desplazamiento del conflicto, y el traslado de este a su terreno aparentemente neutro no logra sino una eficacia simbólica: “son normas cuya eficacia radica en que sirven para calmar los ánimos de los grupos

desaventajados” (Lemaitre, 2009, P.27). Posteriormente, con la jurisprudencia progresista de la Corte y las prácticas desprendidas de ésta, García, en su trabajo conjunto con Uprimny (2004), da una especie de “giro”; así, si bien no niega el carácter hegemónico del derecho, es decir, su disposición como mecanismo de legitimación del poder, también agrega –y en esto concuerda con autores como Rodríguez (2007), Lemaitre (2009)- la capacidad de la jurisprudencia constitucional de generar efectos contrahegemónicos y emancipatorios. De esta forma, se unen en una especie de “optimismo moderado” ante las prácticas jurisprudenciales.

En el caso de Uprimny y García (2004), sostienen que existe un potencial emancipatorio en el derecho el cual puede ser utilizado por grupos minoritarios e históricamente excluidos. De esta forma, se encargan de demostrar el carácter contrahegemónico que tienen algunas decisiones de la Corte constitucional consideradas como progresistas. Ponen de presente, entonces, cómo el debate entre derecho y cambio social puede ser abordado desde el discurso (neo) constitucional. Intentan resaltar algunos casos interesantes de emancipación desde la jurisprudencia progresista, los cuales han incidido en la formación social colombiana, revelándose, en muchos casos, contra intereses hegemónicos esenciales. No niegan el rol ideologizador y dominante de los derechos, sino que ponen su acento en la ambigua tendencia de la Corte, la cual navega en una “zona fronteriza entre debilidad institucional y prácticas sociales emancipatorias” (Uprimny y García, 2004, 463). En la primera, se evidencia la manufacturación jurídica con fines dominantes y, en la segunda, tomándose en serio su función y apropiándose del derecho como instrumento de resistencia. En síntesis, se aprecia, entonces, una práctica constitucional, contrario a lo que se cree –tal como señala la advertencia marxista frente al derecho-, no debilitando los movimientos contestatarios y críticos, sino fortaleciéndolos: “crea conciencia política emancipatoria [en] algunos grupos sociales excluidos, [además] proporciona estrategias posibles de acción legal y política para remediar la situación de los afectados” (Uprimny y García, 2004, 491).

### 2.2.3. Los estudios multiculturales

Una tercera lectura, realizada por Daniel Bonilla Maldonado, hace énfasis desde la óptica de los estudios multiculturales. Su principal patrón de estudio –al igual que los estudios de teoría constitucional y sociología jurídica- lo constituye la Corte Constitucional y su labor interpretativa. Bonilla sostiene que, las propuestas de autores como Kymlicka, Taylor y Tully, a pesar de sus grandes esfuerzos y los elementos originales propuestos en sus análisis “no consiguen reconocer e incluir la diversidad cultural. Sus propuestas se limitan a reconocer comunidades liberales culturalmente diversas. Desde el punto de vista de estos tres autores, los derechos individuales y los derechos democráticos deberían tener siempre prioridad sobre los valores morales y políticos de las comunidades no liberales. Análogamente, las comunidades híbridas deben suprimir sus valores no liberales.

Para Kymlicka, Taylor y Tully, los grupos no liberales deben ser liberalizados y las comunidades híbridas deben suprimir sus valores no liberales. De igual forma, muestra que, al igual que los teóricos multiculturales, la Corte constitucional no logró articular una solución interculturalmente estable ante este conflicto. La Corte ha dado tres interpretaciones al problema de la diversidad cultural; dos de ellas similares a la de los teóricos del multiculturalismo, otra, la tercera, con algunas falencias, ha intentado escapar de las bases ideológicas del liberalismo. Esas tres posiciones son la del “liberalismo puro”, la del “interculturalismo radical” y la del “liberalismo cultural”. La primera posición propende por la primacía absoluta de los derechos individuales dándole un papel residual a los derechos colectivos de las minorías. La segunda, protege a la vez que promueve la diversidad cultural. La última, es una especie de posición mixta, ya que protege, de una parte, la supervivencia de las minorías culturales, y de otra parte, los derechos individuales. En síntesis, al autor concluye que, a pesar de toda la atención que presta la Constitución a los grupos indígenas, la Corte Constitucional, “no logra

articular una nueva relación de respeto frente a las minorías culturales” (Bonilla, 2006, 17).

Ahora bien, de igual manera podemos encontrar otros trabajos que, de diversas formas, cuestionan la jurisprudencia constitucional, la constitución como tal, el proceso constituyente pre-91 o en general el diseño constitucional colombiano post-91. Miremos entonces cuáles son esas diversas posiciones. Y veamos que se caracterizan por tomar distancia del “nuevo derecho” al que hacen alusión las primeras tres lecturas (la de sociología jurídica, la de teoría jurídica o la de estudios multiculturales). Se puede constatar también, que, en algunos puntos, estas lecturas críticas se relacionan con lo señalado por López (2006) en cuanto a los cuestionamientos que el tradicionalismo ha realizado al nuevo derecho en Colombia.

#### 2.2.4. Crítica Jurídica

En su conocido texto *El Leviatan Derrotado*, Víctor Moncayo plantea las principales reflexiones sobre su pensamiento y de relevancia para nuestro estudio; sostiene que, así como en los años treinta en Colombia se inició todo un proceso de ingeniería constitucional e institucional para permitir la instauración del keynesianismo y el Estado de bienestar, de la misma forma, pero en otro contexto y condiciones, fue necesario una reforma constitucional “armónica con la nueva época del capital”, la cual “empezó a gestarse mucho antes” –de la expedición de la Constitución de 1991<sup>11</sup>- “cuando todavía no estaba de moda hablar de neoliberalismo y globalización” (Moncayo, 2004, 200). El constitucionalismo en general, sostiene Moncayo siguiendo a Toni Negri, “tiene la pretensión de regular jurídicamente el poder constituyente, para bloquear su temporalidad constitutiva”, y, en esa línea de argumentación, la Constitución política actual, en medio de tantos debates, “se coló a lo largo de su articulado todo el espíritu de la nueva era

---

<sup>11</sup> Consuelo Ahumada, ha sostenido que este tipo de políticas fueron implementadas desde finales de los ochenta y principio de los años noventa, las cuales “adoptaron programas de estabilización y de ajuste estructural prescrito por el Fondo Monetario Internacional” (Ahumada, 1996, 29).

del capitalismo” (Moncayo, 2004, 203), denominada por Negri y Hardt (2000) *Empire*. Una segunda aproximación en esta lectura, desde la crítica jurídica, podemos encontrarla en el trabajo de Gilberto Tobón Sanín y su idea de *constitucionalismo aparente*. Su tesis, de amplio espectro marxista, cuestiona la democracia (liberal) parlamentaria y, en general, al Estado burgués. El Derecho, de esta forma, sería “la expresión de la clase dominante” (Tobón, 1998, 23) y se encuentra profundamente relacionado a un modo de producción determinado. El gran aporte de la Teoría marxista del Derecho, según Tobón, sería acusar al Derecho como ideología; como instrumento de dominación de clase. De esta forma, el autor ha intentado mostrar la desgraciada faceta del constitucionalismo, la cual, como “disfruta” en decir, sirve para ridiculizar a la sociedad colombiana, que “ha terminado por embrutecerse y corromperse como su clase dirigente, [que] ni siquiera reclama sus derechos... se da [entonces] un círculo infernal de reproducción de las condiciones de atraso, marginalidad y opresión en que vive la mayoría de la población” (Tobón, 2012, 212). El profesor Tobón, considera que las fuerzas sociales en Colombia, engordadas bochornosamente por la *democracia gansteril* (nutrida del narcotráfico, violencia, etc.), nos llevan hablar de constitucionalismo aparente, fallido, pues, el estado patrimonial, llamado Estado constitucional, funciona más bien como una hacienda, en donde el presupuesto es el botín de guerra de los partidos de turno, y la caricatura de la democracia, que no es nada más que la descentralización de la corrupción y una desafortunada atadura del cordón umbilical del país al latifundismo, hiso, entra otras, que nuestra historia constitucional fuera un simple registro de actas de sectores triunfantes en la contienda militar (Tobón, 2012).

De esta forma la constitución del 91 –en este panorama- surge y se desarrolla dentro de una filosofía política que navega agitada en un amargo dualismo contingente: ideología social-demócrata y neoliberal. En este contexto, más que preguntar por las argumentaciones jurídicas sobre su procedencia, es más importante, e incluso obligatorio, cuestionar cuáles eran *los* “factores reales de poder” (Lasalle) detrás de la constituyente” para generarla” (Tobón, 2012, 213).

En síntesis, Tobón cree entonces que el derecho (y su discurso) son una gran conquista, pero son a la vez, el mayor medio de sometimiento. El discurso de los derechos puede, a veces, mostrarnos simplemente una cartografía imaginaria de nuestro mundo constitucional, y cercenarnos la posibilidad de contemplar nuestra geografía real.

En esta misma línea, se encuentran algunos trabajos de Jairo Estrada (2010), donde sostiene la idea de un “constitucionalismo neoliberal”, el cual habría emergido en los últimos diez años, y buscaría, entre otras cosas, constitucionalizar el derecho a la sostenibilidad fiscal. En la formación de este, se incluyen tanto desarrollos legales como jurisprudenciales, los cuales, estos últimos, buscarían ponerle freno tanto a las acciones constitucionales de tutela como de inconstitucionalidad que ejerce la Corte Constitucional (Estrada, 2010). Según D. Libreros, este tipo de arquitectura jurídica obedece a la constante “presión del capital transnacional y de las Instituciones Financieras Internacionales” (Libreros, 2012, 22).

Para este grupo de autores, la constitución ha emergido en la forma jurídica que legitimaría el sistema neoliberal y las políticas que éste supone. Demandan entonces, la forma en que el constitucionalismo post-91 en Colombia operó como autopista para impulsar un conjunto de reformas las cuales sirvieron de plataforma para la instauración del modelo económico neo-liberal.

#### 2.2.5. Críticas desde la filosofía

Por otra parte, encontramos otro tipo de críticas que cobran significativa relevancia dentro de la reflexión constitucional en Colombia. El filósofo Oscar Mejía Quintana (2002) ha sostenido, en contra vía a la posición adoptada por Uprimny y García V. (2004), que la jurisprudencia (neo) constitucional no puede generar un efecto emancipatorio o contra hegemónico, sino apenas reivindicatorio. La emancipación, al igual que en Marx, es solamente política no

jurídica. El filósofo Oscar Mejía Quintana (2002) ha sostenido, en contra vía a la posición adoptada por Uprimny y García (2004), que la jurisprudencia constitucional no puede generar un efecto emancipatorio o contra hegemónico, sino apenas reivindicatorio. La emancipación, al igual que en Marx, es solamente política no jurídica. De esta forma, el autor intenta problematizar (más no resolver) “el carácter emancipatorio que ha querido endilgársele a la Constitución del 91 mostrando que, tras esa apariencia, se esconde un proyecto de exclusión hegemónica con el cual las élites Colombianas han perpetuado su esquema histórico de dominación” (Mejía. 2003, 1): los derechos son, entonces, el escudo argumentativo y simbólico para lograr imponer la dominación hegemónica, la cual, a través de la jurisprudencia podría amarrar las potencialidades emancipatorias efectivas y reales, necesariamente políticas y contestatarias, a sencillos, pero absolutamente engañosos espejismos jurídicos (Mejía, 2009a). A pesar de ello, el autor (Mejía, 2009b; 2009b) reivindica el papel de la jurisprudencia constitucional, es decir, no niega que algunas prácticas jurisprudenciales generen avances. Lo que le preocupa es denunciar la forma como ha operado el discurso de los derechos (fundamentales), los cuales son presentados (en la versión Uprimny-García, por ejemplo) como instrumentos de resistencia, cuando, en realidad, dicho discurso ha intentado desapercibir el dispositivo hegemónico que yace en ellos. A pesar de lo señalado, el punto más álgido señalado por Mejía, es poner de manifiesto cómo la Corte constitucional, mediante ciertas tensiones y desplazamientos, “sufre” un giro: de la jurisprudencia de claro corte *social* a una jurisprudencia de explícito carácter *neoliberal* (Mejía y Galindo, 2006, 384). En este tipo de críticas se reconocen los avances significativos de la actual Carta con respecto a la de 1886, pero también se insiste en que dentro de la jurisprudencia coexisten varios modelos que no solamente son diferentes sino contradictorios. Esta contradicción va a evidenciarse de manera desastrosa en la medida en que el juez constitucional debe dar aplicación a los principios que emanan de uno y otro modelo, pues ambos son cartas de triunfo y mandatos de optimización, respectivamente (que prevalecen incluso sobre las decisiones mayoritarias).

Inicialmente, la primera y la segunda Corte Constitucional van a dar prioridad a los principios encapsulados en el bloque social demócrata, generando la llamada jurisprudencia con ínfulas crítico-emancipatorias y contra-hegemónica, (de la que hablaría Uprimny y García) para, posteriormente, a través de un giro dar prevalencia a los principios del bloque económico neo-liberal. Este giro puede ser interpretado como un “intento de la Corte por seguir los lineamientos del Banco de la República y de otras entidades nacionales e internacionales debido al alto costo económico de los derechos fundamentales y los Desc” (Mejía y Galindo, 2006, 384).

#### 2.2.6. “Lecturas economicistas”

Otros autores como Salomón Kalmanovitz (2001), han señalado el supuesto carácter contra-mayoritario e inclinación populista de las decisiones de la Corte constitucional frente a temas económicos. Inspirados, al menos en cierta medida, en el análisis económico del derecho, han debatido, en contra vía a juristas pertenecientes al ámbito académico-jurisprudencial (como Uprimny, R. Arango), la pertinencia del activismo judicial, principalmente en materia de derechos sociales y cumplimientos de acciones de tutela. Kalmanovitz ha insistido en que juristas y economistas, a pesar de requerirse mutuamente, están en lenguajes distintos e incluso opuestos: “Según él, mientras que el razonamiento jurídico es deontológico porque busca determinar la conformidad de una acción con normas, sin tener en cuenta las consecuencias económicas, el razonamiento económico lleva a construir modelos simplificados de la realidad que permiten establecer las consecuencias económicas de las acciones de los agentes sobre distintas variables” (Lamprea, 2006, 79).

Por tanto, “las decisiones que ha tomado la honorable Corte Constitucional con relación al sistema de salud público, a la administración electoral y a otros entes estatales han repercutido en ampliar el gasto público en forma injustificada”, y continua... “Es como si la Corte tuviera una chequera con una cuenta del

Gobierno sobre la cual gira libremente sin límite, mientras que este debe consignar ingentes cantidades; pero cuando trata de cumplir y recaudarlas se encuentra que sus intenciones son inexecutableas” (Kalmanovitz, 1999, 124). En síntesis, el llamado de Kalmanovitz (2001), dirigido a juristas y magistrados, es a complementar su razonamiento jurídico con argumentos consecuencialistas. Como señala Lamprea, casi todas estas críticas están relacionadas con una supuesta inclinación populista y el carácter contra-mayoritario de la Corte en sus pronunciamientos sobre temas económicos (Lamprea, 2006, 77; Carrasquilla, 2001).

Otros autores, en contra vía a Kalmanovitz, como Enciso (2007) apoyan los fallos de la Corte aunque generen consecuencias ineficientes para el modelo económico. Enciso considera que, a pesar de dichas consecuencias la Corte ha “buscado la defensa y garantía de los valores, principios y fines defendidos y promulgados en la Constitución política de 1991...en un intento “de resistencia frente a un proyecto político que pretende reducir el Estado social de derecho a su mínima expresión, que busca liberalizar la economía sin ningún tipo de consideración con las clases menos favorecidas...”. Asumiendo de tal forma, una posición similar a la de autores como María Mercedes Cuellar, Eduardo Montealegre Lynett, José Guillermo Castro y Rodrigo Uprimny, parecen encarrilarse en la misma dirección que Enciso (2007, 108, 109, 110).

### 2.2.7. Tradicionalismo

Otras de las críticas, aunque con argumentos poco sólidos, que se han sido disparadas en contra del “nuevo derecho en Colombia”, fueron las acusaciones del profesor Tamayo Jaramillo –específicamente en contra de autores como Diego López- donde argumenta que, el precedente judicial, en la forma en que lo ha entendido la Corte constitucional desconoce la obligatoriedad de normas vigentes, “para dar campo a una aplicación del derecho basada en corazonadas, valores y principios generalísimos, doctrina que de alguna manera aplica la Corte

Constitucional en sus sentencias modulativas y en desconocimiento expreso de textos constitucionales absolutamente claros, lo que hace que la corporación más que ser un intérprete de la carta, sea un nuevo legislador ilegítimo” (Tamayo, 208, 143).

De esta manera, se puede observar entonces, que los estudios constitucionales post-91 en Colombia se han perfilado en dos direcciones. La primera, cercana a los postulados del denominado Neoconstitucionalismo, realizando tres lecturas del constitucionalismo: una desde la teoría jurídica, otra desde la sociología del derecho y una última desde los estudios multiculturales. La segunda lectura ha optado en cambio por una posición crítica: realizando de esta forma cuatro lecturas del constitucionalismo: desde la crítica Jurídica, desde la filosofía, desde una especie de análisis económico del derecho y desde el tradicionalismo. Intentemos ahora realizar, en el siguiente acápite, este mismo ejercicio en nuestro segundo campo de estudio: el constitucionalismo andino.

### 2.3. “NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO”

En el caso de constitucionalismo andino, que se engloba dentro de la categoría de nuevo constitucionalismo latinoamericano, los intentos cartográficos aparecen en algunos trabajos; aunque no de forma estructurada y con los elementos que, según nuestro criterio, no formarían una cartografía: Pues no es posible observar en ellos, me refiero a algunos trabajos de César Baldi (2013), Héctor Moncayo (2014), Rodrigo Uprimny (2011), Rodrigo Uprimny y Luz Sánchez (Inédito) y Raquel Yrigoyen (2011), la estructuración de perspectivas constitucionales con sus respectivas líneas de trabajo, autores representativos, posibles metodologías y puntos de partida de los mismos.

#### 2.3.1. Tipologías constitucionales

Estos trabajos no son de tipo cartográfico; conforman más bien, lo que podríamos llamar, siguiendo al profesor brasilero César Baldi (2013) “tipologías constitucionales”, esto es, el estudio del constitucionalismo mediante la creación de ciertos esquemas que se basan en el análisis de ciclos constitucionales, de reformas constitucionales o el análisis de algunos estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano<sup>12</sup>. En ese sentido, podemos encontrar estudios que tienen como meta principal exponer los elementos compartidos, las diferencias y las tendencias comunes presentes en las reformas y cambios constitucionales de la década de los 80 hasta el 2008-2009 en América Latina. Ese objetivo principal ha estado acompañado por otro objetivo que se vislumbra en la intención de demostrar si en el nuevo constitucionalismo es posible encontrar diversas particularidades y diferencias que podrían abrir la puerta a sostener que éste es un genuino y nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Las tipologías entonces, han sido utilizadas como herramientas conceptuales y metodológicas para arribar a un estudio amplio de las transformaciones constitucionales, y mediante su utilización, es posible rastrear “lo común”, “lo diferente” y “lo novedoso” del nuevo constitucionalismo. De otra parte, los principales autores de estos estudios son Rodrigo Uprimny, Cesar Baldi, Raquel Yrigoyen y Víctor Moncayo. Respecto a sus autores, las “tipologías” se han caracterizado por un diálogo constante y enriquecedor que se ha entablado entre los mismos autores –y otros– pertenecientes a esta corriente. Vemos como en los trabajos de Uprimny aparecen como referencia los de Yrigoyen; en los de Baldi, los de Uprimny y Yrigoyen; y en los de Moncayo los de Yrigoyen y Uprimny. Finalmente, este diálogo ha producido algunas divergencias y convergencias interesantes; por ejemplo, respecto a *lo común* del nuevo constitucionalismo: la mayoría comparte la opinión según la cual este fenómeno constitucional se

---

<sup>12</sup> Me baso en: Lascarro, Carlos y Lascarro, Diemer. “Estudio introductorio”: *Nuevo(s) constitucionalismo(s) latinoamericano(s)*: Un mapa de la cuestión. En: Debates y combates: Cartografías constitucionales en América Latina. Lascarro, Carlos, Lascarro, Diemer, ET AL. DOCUMENTO INÉDITO. Agradezco a Diemer Lascarro la autorización para reproducir, con variaciones, una parte de este documento.

enmarca en el pluralismo y la diversidad, pero para algunos el *punto de arranque* no es el mismo: la constitución de Brasil 1998 (Uprimny); la constitución de Canadá 1982 en términos de referente histórico (Yrigoyen). Ahora, un estudio juicioso y detallado, mediante el uso de tipologías, permite a los autores destacar “tonalidades” de pluralismo que constituyen *lo diferente y lo novedoso*: Bolivia y Ecuador son ejemplo, a diferencias de las anteriores constituciones latinoamericanas, de un “constitucionalismo pluricultural” (Yrigoyen), “descolonizador” (Baldi), que va “más allá” de un esquema de “ciudadanía diferencial” como el de la carta colombiana (Uprimny). Como se puede apreciar, las “tipologías constitucionales” son un motivo más para emplear la noción – sugerida en este Estudio introductorio– “nuevo(s) constitucionalismo(s) latinoamericanos(s)”.

Un primer enfoque que se concentra en realizar lo que aquí hemos llamado tipologías constitucionales, en la medida en que muestra una apuesta por una periodización del constitucionalismo, es el trabajo de la profesora peruana Raquel Yrigoyen (2011). Su argumento principal se basa en que, las transformaciones constitucionales emergidas en los tres últimos ciclos de reformas constitucionales –de 1980 a 2010- reconfiguran, en lo relacionado al reconocimiento de la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas, la relación entre estos y el Estado e impactan de manera directa sobre la configuración del Estado propiamente, permitiendo de esta forma vislumbrar el *horizonte del constitucionalismo pluralista o plurinacional*. Un segundo argumento central, conlleva a que la emergencia de este constitucionalismo pluralista supone rupturas paradigmáticas, como el cuestionamiento del hecho colonial, con respecto a dos diseños constitucionales con despliegue significativo en la región. Yrigoyen se refiere al *constitucionalismo liberal monista* del siglo XIX y el *constitucionalismo social integracionista* del siglo XX. La autora rastrea la historia latinoamericana y concluye que las diferentes propuestas de la ingeniería constitucional, hasta finales del siglo XX, no solo impulsaron sino reforzaron políticas indigenistas (o más bien anti-indigenistas).

Yrigoyen acude a la génesis de los Estados liberales del XIX y narra cómo estos estados, desde sus inicios, perfeccionaron una serie de técnicas constitucionales que sirvieron como modelo y sustento ideológico para la subordinación de los pueblos indígenas. Las constituciones independentistas solo lograron prolongar el proyecto colonial bajo la figura del Estado-nación. Este fue el marco que propició a las élites criollas, inspiradas en un modelo de democracia censitaria, la construcción del *constitucionalismo liberal monista* (Yrigoyen, 2010, 139). Posteriormente, con la emergencia del constitucionalismo social en México, se promovieron una serie de derechos sociales, pero, en materia indígena, el propósito era “integrar a los indígenas al Estado y al mercado, pero sin romper la identidad del Estado-nación ni el monismo jurídico”. (Yrigoyen, 2010, 140). La estructura básica del constitucionalismo latinoamericano, eminentemente liberal y ciertamente integracionista, va a ser cuestionada, apenas, con la emergencia del *constitucionalismo pluralista*, que constituiría el tercer ciclo. A esta etapa, sólo asisten dos procesos constituyentes: los de Bolivia (2006-2009) y Ecuador (2008). Pretenden, sin descuidar otros objetivos, “plantear el reto de poner fin al colonialismo” (Yrigoyen, 2010: 149), al imperialismo y al republicanismo.

En síntesis, la periodización (mediante ciclos) que ofrece Yrigoyen se centra en el reconocimiento de derechos a pueblos indígenas y plantea que 1) de 1982 a 1988 emergió un constitucionalismo de inclinación *multicultural* (Canadá, Guatemala, Nicaragua, Brasil, por ejemplo), que constituiría el primer ciclo; posteriormente, 2) una oleada de textos y reformas, de 1989 a 2005, que dieron como consecuencia un constitucionalismo *pluricultural* (Colombia, México, Paraguay, Argentina, entre otros), el segundo ciclo; y 3) el inicio de un proyecto descolonizador, de 2006 a 2009, al cual –tal como señalamos– solo asisten Bolivia y Ecuador con sus últimos textos constitucionales (Yrigoyen, 2010: 155), el cual constituiría el tercer ciclo.

Con ciertos aires de familia, pero con un trasfondo más teórico, se presenta el trabajo realizado por Víctor-León Moncayo (2014). El autor se pregunta por la posibilidad de realizar una periodización propia del constitucionalismo en América

Latina, haciendo énfasis en dos interrogantes: “¿Es posible hablar de un nuevo constitucionalismo?... ¿cuáles serían sus características específicas?”. Dicha periodización incluiría una línea de tiempo o línea cronológica y “una suerte de línea doctrinaria, es decir, un criterio sustancial que permita establecer los cambios pertinentes” en el mismo (Moncayo, 2014, 183). Moncayo entonces, empieza por rastrear dichos intentos en la teoría constitucional y en la teoría política en general. Muestra como punto de partida aquellos elementos que frecuentemente son tenidos en cuenta a la hora de realizar un abordaje histórico del constitucionalismo. De esta forma, conceptos como Estado (sus elementos), la estructura básica de las constituciones (parte dogmática y orgánica) la tridivisión del poder, las distintas fases del constitucionalismo (fundacional, colonial, neocolonial, social o estado de bienestar, neoliberal...), y elementos como la activación de los derechos sociales, son tenidos en cuenta por el autor para responder al problema de cómo ubicar América Latina dentro de esta periodización. Así, Moncayo encuentra en Viciano y Martínez (2011) y Gargarella y Courtis (2009) un intento reciente, en cuanto a América Latina, de periodización. “Lo que existe para todos ellos” afirma Moncayo “es la idea de que América Latina estaría en este momento, como en otros campos, en camino de recuperarse del atraso” de no haber resuelto el problema de “cómo corregir la desigualdad social, la cual persiste porque el Estado social de derecho no habría sido introducido en su momento” (Moncayo, 2014, 141). De igual forma, Moncayo encuentra en Uprimny (2011) otra propuesta de periodización la cual consistiría en analizar los cambios constitucionales, desde 1988 hasta 2009, en dos grupos: ya sea 1) en la adopción de nuevas constituciones y 2) en la introducción de cambios muy importantes en algunas constituciones de la región. De esta propuesta, afirma Moncayo (2014, 141), “se deduce que existe un criterio general, evolutivo, de ampliación o profundización de la democracia”.

Otra apuesta de periodización, que indaga en las condiciones materiales de los cambios en mención y la emergencia de nuevos sujetos sociales históricamente subordinados, es rastreada por Moncayo en un criterio de naturaleza histórica: el

cuestionamiento, en sede constitucional, del modelo económico neoliberal y la posible reubicación de Latino América en el mercado mundial. En ese camino parece ir R. Yrigoyen (2011); pues su trabajo se enmarca en “el mismo horizonte cronológico pero, desde un criterio específico, el del pluralismo, y establece” partiendo de Canadá, 1982 “tres ciclos del nuevo constitucionalismo: multicultural (1982-1988), pluricultural (1989-2005) y plurinacional (2006-2009)” (Moncayo, 2014, 142). Aquí el autor encuentra dos elementos fundamentales, donde se podrían identificar verdaderas rupturas que conducen a cambios paradigmáticos, que podrían caracterizar el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Uno es, la inclusión de nuevos sujetos –que lo toma de Yrigoyen- y el otro –tomado de Viciano y Martínez- es, que los “los recientes cambios constitucionales en la región...han sido llevados a cabo mediante asambleas constitucionales, y ya no por los congresos o por equipos de elite. Y quizás por primera vez es posible hablar de poder constituyente” (Moncayo, 2014, 143). Posteriormente al autor realiza un repaso por algunos elementos principales en el constitucionalismo reciente de Ecuador y Bolivia, señalando semejanzas, diferencias y algunos aspectos problemáticos. Finalmente, problematiza, con Boaventura de Sousa Santos, la idea de “experimentaciones” en dicho constitucionalismo, las cuales supondrían, según Santos, “una suspensión relativa de los conflictos y la creación de una semántica política ambigua en la que no hay vencedores ni vencidos definitivos”; ante lo cual, reacciona Moncayo, para concluir, que “no estamos en transición. Quizás el principal equívoco se encuentra entre lo que, con el deseo, creemos ver en las nuevas constituciones y lo que en verdad son”... lo cual se debe, entre otras cosas, a “la persistencia en modelos de economía extractiva”, “nuevos intereses internos”, “la disputa por el territorio y los recursos naturales”, “confrontaciones” con el poder presidencial como en Ecuador... (Moncayo, 2014, 163, 164).

De otra parte, encontramos el trabajo del constitucionalista Cesar Baldi. Quien ha realizado un estudio en el que busca exponer el surgimiento de un “nuevo” constitucionalismo en la región, y para lograr demostrar la existencia de este

nuevo constitucionalismo analiza varios estudios sobre periodos constitucionales. En primer lugar, toma autores como Yrigoyen para recrear las más importantes fases del constitucionalismo a finales del siglo XX y principios del XXI. La primera de ellas, siguiendo a la autora peruana, es el denominado “constitucionalismo multicultural”. Esta etapa se caracterizó por el “reconocimiento de la configuración multicultural de la sociedad y algunos derechos específicos indígenas”, tomando como inicio la constitución canadiense. La segunda de ellas, el “constitucionalismo pluricultural”, estuvo enfocado en la “internalización” del Convenio 169 de la OIT y el posterior reconocimiento de un amplio abanico de derechos indígenas, teniendo como eje la carta constitucional colombiana de 1991. La tercera y última, el “constitucionalismo plurinacional”, estuvo marcada por la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y por un intento de “refundar” el estado, y tuvo como marco referencial las recientes constituciones de Bolivia y Ecuador. Siguiendo la “tipología” de Rodrigo Uprimny, Baldi argumenta que para este autor –Uprimny– “América Latina conoció un periodo intenso de cambios constitucionales, cuyo punto de partida, en su entender, es la Constitución brasileña de 1988”, lo cual hace posible que en esta constitución se puedan encontrar algunas variaciones importantes en la parte dogmática y orgánica que nos permiten detectar algunas “tendencias” en la región. En la parte dogmática Uprimny, según Baldi, destaca la presencia de un “constitucionalismo de la diversidad”, cierta superación de algunos rasgos confesionales, un reconocimiento de grupos tradicionalmente discriminados, una vigorosa apertura al derecho internacional de los derechos humanos, un amplio reconocimiento de derechos, entre otras. En lo que trata a la parte orgánica, el autor resalta una ampliación de los mecanismos democráticos, un fortalecimiento de los procesos de descentralización, un reforzamiento de instancias estatales de control, un esfuerzo por robustecer el sistema judicial, entre otras. Ahora, estas variaciones llevan a al profesor colombiano, en palabras de Baldi, a formular algunas tendencias constitucionales en la región. Dentro de estas encontramos aquellas tendencias a formar Estados de Derecho y constitucionalismos con gobiernos civiles, a un reconocimiento y valorización del

pluralismo y de la diversidad en casi todos los campos, a un constitucionalismo con una matriz fuertemente “aspiracional”, “transformativa” e “igualitaria”, a un esfuerzo por repensar la democracia y por elaborar “nuevas formas de constitucionalismo fuerte” o “neoconstitucionalismo”.

Por último, Baldi analiza los trabajos de Viciano y Martínez Dalmau (2010), ya bastante comentados en este texto. Con la intención de evitarle al lector la engorrosa tarea de releer nuevamente las ideas de los constitucionalistas españoles lo invitamos a ver la sección donde este tema se analiza. Por lo que en esta parte nos importa, Baldi sostiene que “el análisis de estos dos autores [Viciano y Martínez Dalmau, indica como] inicio del “nuevo constitucionalismo” la Constitución colombiana (1991), y la venezolana (1990). Con esto, acaba[n los autores españoles] por colocar dentro de un mismo proceso tres ciclos distintos de “constitucionalismo pluralista”, bien caracterizados por Raquel Yrigoyen. En este sentido, razón parece asistir a Raquel Yrigoyen, Bartolomé Clavero y Ramiro Ávila Santamaría cuando destacan la especificidad de los procesos ecuatorianos y boliviano en relación al anterior constitucionalismo latinoamericano” (Baldi, 2013, 59). En síntesis, la cartografía de este autor tiene como propósito mostrar la “especificidad” y diferencia presente en las cartas constitucionales de Bolivia y Ecuador, cuestión que no se presenta en las cartas del pasado constitucional latinoamericano, especialmente en la colombiana y la venezolana. Las primeras se enmarcan en un *constitucionalismo latinoamericano descolonizador* que diseña las bases de un “nuevo paradigma constitucional” basado en la refundación del estado, la consagración de un catálogo de derechos que rompe con lo “generacional” y con lo “eurocéntrico”, en el reconocimiento no sólo del “influjo” de la Declaración de la ONU, sino fundamentalmente construye sus bases a partir del “protagonismo indígena”, en la “insistencia” tanto en la descolonización como en el proceso intercultural, (Baldi, 2013, 50-65). Concluye Baldi que equiparar las constituciones de Venezuela y Colombia con las de Bolivia y Ecuador es “obscurecer el evidente protagonismo indígena y la lucha por un padrón descolonizador y plurinacional de Estado. Y, así, [no tendría importancia]

cuestionar fundamentalmente los parámetros eurocentrados del constitucionalismo” (Baldi, 2013, 69) como lo hacen Bolivia y Ecuador.

Dejando de lado las ideas del constitucionalista brasileño, encontramos en esta concepción del constitucionalismo las reflexiones del destacado constitucionalista y profesor de la Universidad Nacional de Colombia Rodrigo Uprimny. Tal vez uno de los textos más citados y comentados sobre nuevo constitucionalismo es uno de los artículos de Uprimny (2011). Quizás por su carácter esclarecedor y por la virtud de ofrecer un mapa de las tendencias y diferencias constitucionales en la región. En esta ocasión tomaremos este texto (Uprimny, 2011) y otro desarrollado con Sánchez (Uprimny y Sánchez, 2014, inédito. La tesis central de estos autores puede sintetizarse en cuatro ideas: 1) los rasgos y tendencias comunes presentes en a) la parte dogmática y b) orgánica de las constituciones: básicamente son los mencionado por Baldi arriba. 2) una caracterización del constitucionalismo latinoamericano. En este texto (Uprimny y Sánchez, 2014) aparecen elementos no mencionados en el anterior artículo (Uprimny, 2011), dentro de los que cabe mencionar: i) se trata de un constitucionalismo “aspiracional”, “igualitario” y “pluralista”, marcado por la creación de constituciones “transformadoras” de la realidad que incorporan “más” derechos que los reconocidos por la tradición liberal y social, y en un mismo escenario constitucional, ii) articulan un modelo de “democracia fuerte” que incorpora múltiples arquetipos de democracia, como la representativa, participativa, deliberativa y comunitaria.

Es un constitucionalismo, como diría Salazar Ugarte, que no inclina el péndulo hacía la democracia, pero tampoco lo inclina hacia los derechos. Un tema interesante en el nuevo constitucionalismo, según el análisis de los autores, es que este es un iii) modelo que revitaliza la fuerza normativa de la constitución –un “neoconstitucionalismo fuerte”– sin dejar de lado el carácter democrático de la constitución. De otra parte, iv) la persistencia del hiperpresidencialismo es otro de los factores que se presenta en el marco del nuevo constitucionalismo, teniendo los casos de Venezuela, Ecuador y Bolivia como unos ejemplos bastantes claros

sobre este tema. 3) Divergencias nacionales. Aquí Uprimny y Sánchez resaltan los casos de Venezuela, Ecuador y Bolivia como “casos especiales”. Estos casos son muestra de un “genuino constitucionalismo”, que se diferencia de los anteriores diseños constitucionales por: i) su “origen genuinamente democrático”, generando procesos “fundacionales”, esto es, que construyen nuevos espacios sociales, políticos, constituciones y económicos, que a diferencia de otros procesos, como el argentino, el mexicano o el costarricense, que han sido más contenido “transaccional”; ii) elaboran un modelo de constitución económica en el que se presenta una “activa” relación entre estado y economía, que en el caso venezolano reserva la actividad petrolera a manos del estado, en el caso boliviano, se conservan los recursos naturales e hidrocarburos a la protección y manejo del estado y en el caso ecuatoriano, se establecen sectores estratégicos a ser manejados por el ente estatal, como la biodiversidad, el patrimonio genético, la energía, entre otros. iii) un marcado y particular esquema de pluralismo cultural. Sobre el tema del pluralismo, Uprimny y Sánchez siguen el patrón o mapa construido por Yrigoyen. Anotan que un tema muy propio y diferente de las cartas constitucionales de Bolivia y Ecuador es que estas van más allá de la idea de “ciudadanía diferencial”<sup>13</sup> –Kilimka–.

En esa dirección, dichas constituciones superan el “constitucionalismo multiétnico” y “multicultural” de cartas como la colombiana, y avanzan hacia la plurinacionalidad, fundando un “constitucionalismo pluricultural” y desarrollando un “proyecto descolonizador”. “Se trata de unos constitucionalismos distintos y emergentes, diversos a las recientes constituciones... [Ya que estas] superan el marco del constitucionalismo liberal, incluso en su versión pluricultural y multiétnico, avanzan a formas constitucionales distintas, como la plurinacionalidad y la interculturalidad”<sup>14</sup> (Uprimny y Sánchez, 2015). Una cuarta y última

---

<sup>13</sup> Constitucionalismo latinoamericano: tendencias y desafíos. Entrevista a Rodrigo Uprimny, 2011. Disponible en: [http://canaljusticia.org/index.php?modo=interna&id\\_tema=2&id=6](http://canaljusticia.org/index.php?modo=interna&id_tema=2&id=6)

<sup>14</sup> La idea de nuevos constitucionalismos latinoamericanos desarrollada en este estudio introductorio también puede hallarse en el texto de Uprimny y Sánchez (2015) y en el de Yrigoyen (2011). Para los autores se puede hablar “no de uno, sino de múltiples constitucionalismos latinoamericanos”, como una estrategia metodológica y teórica para reconocer las tendencias y

divergencia nacional que anotan los autores es iv) es lo “genuino” de Bolivia, Ecuador. En términos de los autores, con esta dupla constitucional

“...asistimos a la inauguración de una nueva dimensión constitucional que se suma a la liberal, democrática y social proveniente del mundo anglosajón y europeo, y es la dimensión anticolonial. Estas dos constituciones encaran de manera directa el fenómeno colonial y apuntan en la dirección de un proceso descolonizador a partir de los paradigmas de la plurinacionalidad y la interculturalidad. Esta dimensión representa una *total novedad* no solo dentro del ámbito regional, sino global. (Uprimny y Sánchez, 2015<sup>15</sup>).

Hay una precisión que plantean los autores colombianos que no podemos pasar por alto. Los textos fundamentales de Bolivia y Ecuador, sostienen, “no son constituciones que nieguen completamente el capitalismo... Niegan sí, cierto tipo de capitalismo: aquel que no conoce más límites que los orientados a garantizar un funcionamiento óptimo y eficiente del mercado. Y niegan también aquel ejercicio de la libertad económica que no contribuya al bienestar social” (Uprimny y Sánchez, 2015). Posteriormente los autores expresan 4) una valoración del nuevo constitucionalismo.

Para los profesores colombianos, hay tres tipos de tensiones: i) la relacionada con la parte interna de los textos constitucionales. Primero entre la justicia social y la explotación minera, cuestión que se presenta en los casos boliviano y ecuatoriano y segundo entre el neoconstitucionalismo y la democracia fuerte, como en los casos colombiano. ii) Entre las promesas y los diseños constitucionales. El hecho de que las constituciones estén repletas de aspiraciones no quiere decir que

---

rasgos comunes sin desconocer las diferencias, particularidades y especificidades de las constituciones y de los constitucionalismos de América Latina. Una de las diferencias entre los trabajos de Uprimny-Sánchez y los de Yrigoyen, respecto a este estudio introductorio, es que estos profundizan más en un *análisis de las constituciones latinoamericanas*, sin que esto implique que los autores no hagan un estado del arte sobre el tema; mientras que el nuestro es un trabajo que busca contribuir, especialmente, a la construcción de un estado del arte sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano, mostrando los *principales desarrollos teóricos* sobre el tema, más que un análisis sobre las constituciones.

<sup>15</sup>Las cursivas son nuestras.

aquello que solemos llamar realidad haya cambiado en su totalidad y que América Latina se haya convertido en una especie de retorno al tawantinsuyu. La lucha entre aspiraciones y dificultades es un lunar representativo de nuestro constitucionalismo. iii) La contradicción entre lo viejo y lo nuevo: se requieren de malabares para, por ejemplo, poder conciliar normas constitucionales que reconocen cierto tipo de economía neoliberal y algunas normas constitucionales, de un mismo texto superior, que insertan aspiraciones antineoliberales y anticapitalistas. Finalmente Sánchez y Uprimny concluyen con algunos desafíos y riesgos del nuevo constitucionalismo. Siguiendo a García Villegas, argumentan que podemos encontrar en la región dos formas de constitucionalismo aspiracional. Uno, el “constitucionalismo aspiracional-judicial”, cuyo claro ejemplo sería el caso colombiano, en el que la corte constitucional de ese país ha realizado esfuerzos por proteger los derechos fundamentales ante las múltiples violaciones sistemáticas de estos y la omisión por parte de instancias legislativas y ejecutivas, llevando a la corte a abanderar un activismo judicial en temas como el desplazamiento, las cárceles, los derechos de las minorías étnicas y sexuales, entre otros temas. El segundo, un “constitucionalismo aspiracional-político”. Un ejemplo de este constitucionalismo sería el caso de Venezuela en donde se puede observar una profunda participación popular, un robustecimiento del principio de soberanía popular y un fortalecimiento masivo de la participación política, en espacios como los Consejos comunales, y al mismo tiempo, un –por decirlo de alguna manera– activismo en manos del presidente.

Ahora bien, estas “tipologías constitucionales” proponen, hasta cierto punto algunos aspectos para comprender la categoría de constitucionalismo andino, sin embargo no logran captar el conjunto amplio de lecturas que se han realizado, desde distintos enfoques, en torno a dicho modelo constitucional. En ese sentido, en torno al estudio del constitucionalismo andino, y en general en torno al nuevo constitucionalismo latinoamericano, pueden rastrearse al menos seis lecturas: algunas lecturas de tipo clasificatorio, como las ya mencionadas “tipologías constitucionales”; otras enfocadas desde la teoría del poder constituyente

democrático; una “lectura decolonial”; otra desde el denominado “Giro Biocéntrico”; una desde la idea del “hiperpresidencialismo” y finalmente una lectura realizada desde algunas “Perspectivas críticas”. Veamos entonces cada una de esas lecturas.

En esta lectura, que ya desarrollamos anteriormente, razón por la cual, en esta parte, solo mencionaremos, se encuadran algunos trabajos de César Baldi, Rodrigo Uprimny, Luz Sánchez, Raquel Yrigoyen y Héctor Moncayo.

### 2.3.2. El “nuevo constitucionalismo latinoamericano”

Una lectura que puede encontrar, es la realizada, principalmente, por los profesores de la Universidad de Valencia Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau. La tesis central de estos autores es que el NCL es un diseño constitucional posterior y diferente al neoconstitucionalismo de posguerra. Y que se caracteriza principalmente por la emergencia del poder constituyente democrático, como elemento legitimador, en tres experiencias constitucionales concretas: la de Venezuela de 1999, la de Ecuador de 2008 y la de Bolivia en 2009. De esta forma, los autores detectaron la emergencia de un nuevo esquema constitucional en Latinoamérica. Sostienen que, la teoría garantista neoconstitucional, emergida en la posguerra, ha sufrido un vaciamiento del concepto “constitución” en las últimas décadas, mientras que, “en América Latina, dichas teorías garantistas *han sido asumidas*<sup>16</sup> por el nuevo constitucionalismo

---

<sup>16</sup> Una versión similar parece ser la ofrecida por Gerardo Pisarello (2009, 2), quien afirma, refiriéndose a los procesos constituyentes de Venezuela, Ecuador y Bolivia y sus proyectos políticos, que, “ciertamente, no son del todo originales, puesto que recogen, en parte, el mejor legado del constitucionalismo social forjado en Europa y en la propia América Latina a lo largo del siglo XX. “Sin embargo”, agrega Pisarello, “reflejan también la voluntad de refundar ese legado en clave republicano democrática con el objeto de dar respuesta a algunos de los principales retos que el siglo XXI plantea a la región”. Leonel Da Silva (2013, 305) parece caminar en lamismadirección, pues afirma: “Algumas Constituições, como a Venezuelana, Boliviana e Equatoriana, juntamente com o próprio modus operandi da política nesses países, questionam *até certo ponto*, as teorias clássicas eurocêntricas e os caminhos tortuosos que o direito percorre. Apesar de apresentarem um quadro constitucional e institucional, *em parte*, inovador, ainda caminham lentamente para uma construção de um novo paradigma político para o direito”. *Cursivas nuestras.*

latinoamericano, que, además, ha sumado una radical aplicación de la teoría democrática de la Constitución” (Viciano y Martínez, 2010:16). De esta forma, el nuevo constitucionalismo latinoamericano revisita ideas del modelo neoconstitucional, como el problema por la *fundamentación* de la constitución, para fortalecerlas en sede democrática, al retomar problemas como el de la *legitimidad* de la misma. En ese sentido, el nuevo constitucionalismo latinoamericano representaría una teoría democrática de la constitución.

Este proceso, tildado por los autores como “constitucionalismo sin padres”, tendría la siguiente genealogía: la experiencia constitucional colombiana de 1991 sería el *primer momento* del “nuevo constitucionalismo latinoamericano”: “por razones directamente relacionadas con las necesidades sociales y la falta de salidas democráticas, y con precedentes en varios intentos constituyentes latinoamericanos que finalmente fallaron en su legitimidad, los nuevos procesos constituyentes latinoamericanos tuvieron *su inicio* en Colombia<sup>17</sup> a principios de la década de los noventa, pero fruto de reivindicaciones sociales anteriores”.... “Sin embargo, por tratarse de un *primer momento* de una nueva construcción teórica y práctica, el proceso careció del referéndum de ratificación popular que resulta el aspecto nuclear de legitimación de la Constitución” (Viciano y Dalmau, 2010, 23<sup>18</sup>).

Posteriormente, la experiencia ecuatoriana de 1998 fue *otro buen intento*, pero que *no logró*, debido al conflicto entre la Asamblea constituyente y los poderes constituidos, establecer una legitimidad propia del nuevo constitucionalismo.

---

<sup>17</sup> Sobre el modelo constitucional colombiano de 1991 y algunas de sus contradicciones véase: Mejía y Galindo (2006), y Mejía (2007 y 2009). Y, desde una perspectiva histórica véase: Botero (2006 y 2010).

<sup>18</sup> Sin embargo, autores como Noguera y Criado, cercanos teóricamente a Viciano y Dalmau, han argumentado que en el caso colombiano de 1991 ya “aparecen, aun de forma imperfecta pero claramente reconocibles, algunos rasgos novedosos y diferenciados con respecto al constitucionalismo clásico, que más tarde impregnarán y serán desarrollados por los procesos constituyentes ecuatoriano de 1998, venezolano de 1999 y boliviano del 2006-2009, y, de nuevo ecuatoriano de 2007-2008, y que sin duda, conforman las bases del llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano”... De esta forma, “el texto colombiano de 1991 supone el punto de inflexión que marca el inicio y establece las bases” del NCL. (Noguera y Criado, 2011, 15-18).

“Donde puede afirmarse con rotundidad que se produjo *el primer proceso* constituyente conforme a los requisitos marcados por el nuevo constitucionalismo, rescatando la originaria teoría democrática de la Constitución, fue en Venezuela en 1999” (Viciano y Dalmau, 2010, 25). Una nueva fase de este nuevo constitucionalismo tuvo que esperar casi siete años para continuar su avanzada: Una fase “caracterizada en particular por elementos formales de las constituciones, la conforman los dos procesos *que tuvieron lugar como continuación de aquéllos*: el ecuatoriano de 2007-2008 y el boliviano de 2006-2009, el más difícil de todos los habidos, y cuyo resultado, la Constitución boliviana de 2009, es seguramente uno de los ejemplos más rotundos de transformación institucional que se ha experimentado en los últimos tiempos... (Viciano y Dalmau, 2010, 25, y Dalmau, 2008). De esta forma, “aunque desde el punto de vista documental” el NCL podría decirse que “inició con el texto de Brasil de 1988, y de manera más incisiva con el de Colombia de 1991” -tal como afirman Criado y Noguera (2011, 15-18)- “es con las Constituciones de Venezuela de 1999, Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009, que adquiere connotaciones relevantes” (Villabella, 2010, 56).

En síntesis, esta lectura del nuevo constitucionalismo latinoamericano, que, como sostiene Baldi (2011 y 2013), se ha difundido como “hegemónica<sup>19</sup>” en la región - ver al respecto, principalmente, Wolkmer y Machado (2011) y Couso (2013); de igual forma, las referencias, directas e indirectas a estos autores, son cada vez

---

<sup>19</sup> Wolkmer y Machado (2011, 378), refiriéndose a los trabajos de Viciano y Dalmau sostienen... “Dessa forma, cabe destacar a origem do ímpeto inovador, que começa a desenhar-se a partir da “necessidade”; tal constatação parte de professores e pesquisadores mais envolvidos atualmente em investigar sobre o constitucionalismo latino-americano, como Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau, docentes espanhóis, com experiência na discussão direta das situações políticas dos países que recentemente passaram por inovações constitucionais (Bolívia, Equador e Venezuela)”. Couso (2013, 2), por su parte, en su trabajo sobre nuevo constitucionalismo latinoamericano sostiene, refiriéndose a los autores españoles: “Este ensayo analiza el que es quizá el esfuerzo más elaborado de articulación de un discurso constitucional que pretende justificar teóricamente este giro hacia democracias ‘iliberales’ en América Latina. Me refiero al trabajo de dos autores españoles que han estado muy comprometidos con los procesos radical-democráticos de la región, Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau”. Los trabajos de los autores españoles sobre la materia en mención son diversos, entre los cuales cabe citar, sobre Venezuela: Viciano y Dalmau (2005), y Martínez (2006); sobre Bolivia: Martínez (2008, 2009); Y sobre NCL en general: Viciano y Martínez (2010a, 2010b, 2011 y 2014), Viciano (2012) y Martínez (2012).

más frecuente en la literatura sobre el tema, así lo muestran por ejemplo, trabajos como los Méndez y Cutie (2010), González Quevedo (2012), entre otros-, sostiene la idea de que cada proceso es en sí mismo un modelo "teórico-práctico diferente" al resto, pero al mismo tiempo argumentan que existe "un denominador común": en la medida en que todos los procesos "apuntan en definitiva hacia el Estado constitucional". Es decir, a pesar de aceptar la radicalidad de algunas creaciones constitucionales en América Latina, como el Estado plurinacional, la simbiosis entre los valores poscoloniales y los indígenas, el primer Tribunal Constitucional elegido directamente por los ciudadanos, entre otros, los autores consideran que, el nuevo constitucionalismo latinoamericano, a diferencia de lo ocurrido con el déficit del garantismo y el neoconstitucionalismo en Europa, a mano de lo que Ferrajoli denomina "poderes salvajes", "a partir del inicio de la década de 1990...dichas teorías garantistas *han sido asumidas* por el nuevo constitucionalismo latinoamericano que, además, *ha sumado* una radical aplicación de la teoría democrática de la Constitución (Viciano y Dalmau, 2010, 16).

Este es precisamente uno de los puntos más interesantes que han abordado los autores, es decir, el referido a las diferencias entre los dos diseños constitucionales en mención. Al respecto, señalan:

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

aspectos, como son la centralidad de la supremacía constitucional o de la constitucionalización del ordenamiento jurídico” (Viciano y Dalmau, 2010, 63)<sup>20</sup>.

En síntesis, el neoconstitucionalismo 1) tiene como objetivo plantear una “teoría” o una “filosofía” del derecho que busca determinar cuál es el rol de la Constitución en el ordenamiento jurídico y el papel que juegan sus contenidos; 2) surgida, como doctrina, a finales de los 90’ del siglo XX en Europa occidental y 3) teorizada por la escuela genovesa; 4) entre las obras que suelen ser asociadas a esta “escuela” están algunas de autores como Alexy, Nino, Dworkin y Zagrebelsky; 5) es pensada a partir de las constituciones de Alemania de 1945 (Ley Fundamental de Bonn), la de Italia, la de Portugal de 1976, la de España de 1978 y algunas de América Latina como la de Brasil de 1988; 6) su énfasis es meramente normativo –“es decir, su “fundamento es el análisis de la dimensión positiva de la Constitución”-; y 7) -aunque se presenta como una teoría del derecho “y, por ello, despojada de cualquier elemento politológico– es... una teoría del poder: en particular, del poder de los jueces a la hora de interpretar la Constitución” (Viciano y Dalmau, 2010, 71).

Por su parte, el nuevo constitucionalismo latinoamericano 1) tiene como objetivo recuperar y actualizar el concepto de poder constituyente democrático, garantizando el origen democrático de la Constitución a través de una iniciativa popular de activación del mismo y del ejercicio de dicho poder fundante mediante una asamblea constituyente participativa y plural...” A la vez que busca “generar unos contenidos constitucionales que permitan resolver los problemas de legitimidad del sistema que el constitucionalismo social de origen europeo no ha conseguido solventar” (Viciano y Dalmau, 2010, 71-72); 2) surgida, como doctrina,

---

<sup>20</sup> En una misma dirección lo advierten López y Cutié: “Hace una década”, afirman las autoras en 2010, “seguimos de cerca y con mucha atención los acontecimientos y eventos que desembocaron en el nacimiento con marcado sabor bolivariano de la Constitución venezolana de 1999, luego de un proceso constitucional genuinamente democrático. La Constitución venía a mostrar que se gestaba un nuevo constitucionalismo latinoamericano, *distinto del neoconstitucionalismo de visión europea* que hunde sus raíces a partir de finalizada la Segunda Guerra Mundial, pero *sin desconocerlo*, marcando la carta magna venezolana un hito en la que consideramos constituye la seña de identidad de este nuevo paradigma...” (López y Cutié, 2010, 95). *Cursivas nuestras.*

a comienzos del siglo XX en América Latina y 3) teorizada por autores de diversas nacionalidades como ecuatoriana, boliviana, española, argentina, colombiana , entre otras; 4) entre las obras, principalmente artículos o compilaciones de artículos, que suelen ser asociadas a esta corriente están algunas de autores como Gargarella, Viciano, Martínez Dalmau, Ávila, Boaventura de Sousa, Médici, Baldi, Prada, Yrigoyen, Uprimny, entre otros; 5) es pensada a partir de las constituciones Venezuela de 1999, la de Ecuador de 2008 y la de Bolivia de 2009; 6) su énfasis es el estudio de la legitimidad democrática de la constitución -y secundariamente el análisis normativo de la dimensión positiva de la misma-; y 7) es una teoría democrática de la constitución que se nutre profundamente por la actividad de movimientos sociales y subjetividades históricamente excluidas.

Una perspectiva similar, pero con varios matices de fondo –como por ejemplo un resaltado énfasis en los derechos ambientales y los pueblos indígenas-, es el enfoque de Marco Aparicio Wilhelmi (2013). El autor, proveniente de la Universidad de Girona, intenta realizar una mirada “hacia el sur” –“invirtiendo así el flujo hegemónico de conocimientos y aprendizajes”- para dar cuenta de la propuesta de refundación democrática contenida en las recientes constituciones de Ecuador y Bolivia –sin incluir, como es frecuente en muchos teóricos, el caso venezolano-. Su tesis (2013, 247) es que “dicha refundación pasaría por una materialización del concepto de ciudadanía, que vendría a sustituir su dimensión meramente formal propia de las democracias liberal-representativas (de baja intensidad), como tránsito hacia una ciudadanía sustancial, presupuesto para la construcción de procesos democráticos plurales y participativos (de alta intensidad)”. De esta forma, el concepto de ciudadanía, emergido en los albores de las flamantes revoluciones liberales del siglo XIX, y teniendo como presupuesto principal que los derechos políticos estaban profundamente arraigados a planteamientos individualistas, es decir, a la persona individualmente considerada, si bien, no ha perdido su estatus hegemónico, ha sido sin embargo, una propuesta radicalmente cuestionada desde diversas aristas. Aquel concepto de ciudadanía política, liberal, individualista, en sentido formal (igualdad ante la

ley) se ha visto considerablemente desbordado por la emergencia de otras ciudadanías: “la ciudadanía *social*, la *cultural* y la *ambiental*, atravesadas por las exigencias de una ciudadanía *antipatriarcal* y *cosmopolita* (o abierta)” (Aparicio, 2013, 249<sup>21</sup>).

Estas “ciudadanías intensas” tendrían su concreción en lo que el autor llama el “constitucionalismo multicultural latinoamericano”, el cual iría desde finales de la década de los 80´ hasta las recientes constituciones en mención. La ciudadanía cultural, es decir el reconocimiento de la igual dignidad de las culturas sería la más reciente y por ende su recorrido menor. La ciudadanía cultural está integrada entonces, por aquellas “formas en que se asegura la participación desde las propias realidades o identidades culturales, cuyo reconocimiento, y los cambios culturales y simbólicos que implica, se entiende como presupuesto de inclusión democrática”... La ciudadanía social por su parte, “vendría asegurada, constitucionalmente, a partir de la exigibilidad jurídica de los derechos sociales y económicos”... Y, la ciudadanía ambiental relacionada con todos aquellos instrumentos fundamentales que garantizan la participación en la toma de decisiones que, de uno u otro modo, estén relacionadas con el medio ambiente; e incluso, aquellas visiones que estarían enfocadas a superar una dimensión exclusivamente antropocéntrica de la protección ambiental configurarían lo que algunos autores llama la “ciudadanía ecológica” (Aparicio, 2013, 262-263). “Ecuador y Bolivia son, de este modo, de los primeros países en reaccionar constitucionalmente ante el contexto mundial de crisis ecológica, situando en la agenda la comprensión de que, hoy en día, no puede haber justicia social sin justicia cultural y ambiental. (Aparicio, 2012, 120).

De esta forma, la tesis central de Aparicio consiste en resaltar el sentido de los derechos que es, en cualquier caso, participativo, pues estos son e incorporan participación. “Todo derecho, su ejercicio, genera condiciones de participación desde donde resistir, desde donde transformar. Esta consideración unitaria de los

---

<sup>21</sup> Cursivas en original.

derechos es recogida por los textos ecuatoriano y boliviano, que constitucionalizan los principios de indivisibilidad e interdependencia"... Y a su vez "aportan una dimensión múltiple del concepto de participación para situarlo más allá de los espacios que delimitan el concepto formal de ciudadanía"... (Aparicio, 2013, 258-269). "En definitiva, a partir de la comprensión de la democracia en tanto que poder compartido, las nuevas Constituciones andinas pretenden afrontar los problemas de inclusión y control del poder desde parámetros distintos a la estructura representativa, o meramente delegativa, del sistema de partidos" (Aparicio, 2012, 124; y 2011). Sin embargo, concluye el autor, que dichos avances albergan una profunda complejidad, pues al lado de "el mencionado cambio de paradigma se incluyen aspectos enraizados en la más pura tradición constitucional liberal. Ofreciendo así "un panorama de intensa promiscuidad; una amalgama de factores en tensión que nos lleva a hablar, con Boaventura de Sousa Santos de un Estado, y un constitucionalismo, transformador, *experimental* y *transicional*" (Aparicio, 2013, 258-269).

Se puede observar entonces, que Aparicio, al igual que Viciano y Martínez, aunque con enfoques diferentes, hace un fuerte énfasis en el nivel democrático (el poder constituyente democrático), en este caso en el concepto de ciudadanía ("ciudadanías intensas") y sin incluir el caso venezolano, de las constituciones recientes en América Latina. De esta forma, la balanza entre constitución y democracia, que en autores como Salazar Ugarte se inclina hacia el constitucionalismo, parecería inclinarse a favor de la democracia, pues "el punto de llegada" –afirma Aparicio– "no son los derechos en sí mismo considerados, sino un marco de convivencia que asegure que los sujetos, individuales y colectivos, participen sin exclusiones en las decisiones que les incumben"... Y agrega: "los derechos, todos los derechos, son condiciones de participación en los procesos sociales y políticos; la democracia, esto es, los procesos de autoridad compartida, es el conjunto de espacios de expresión, relación y decisión donde surgen, se actualizan, se transforman y refuerzan los derechos" (Aparicio, 2013, 258-259).

Como se podrá ver, estos teóricos hacen un fuerte énfasis en el poder constituyente democrático como elemento legitimador del texto constitucional; donde se busca la conjunción entre constitución y democracia, de manera que, exista un constante influjo entre ambas, que permita un avance dialéctico en el que el poder constituyente, lejos de quedar excluido, o jugar un rol subordinado frente al poder constituido, juegue un rol activo: de constante guía, control y orientación sobre el poder constituido (González, 2012). Esta “dialéctica constituyente” supone que, para realizar cualquier modificación a la constitución, habrá que pasar necesariamente por la activación del poder constituyente –con la intervención del poder constituido o no-. De ahí que autores como Albert Noguera hayan expresado, en términos radicales, que, para resguardar el componente democrático de un texto constitucional o evitar que el poder constituido supere la voluntad del poder constituyente “es mediante la creación en ella”, la constitución, “de un tipo de poder popular autónomo no vinculado a los límites de la estructura de la tripartición de poderes, con capacidad de ejercer control democrático y “poder negativo” sobre los gobernantes. Esto permite romper el esquema que entiende la soberanía fundada sobre la representación política...” (Noguera, 2011, 78). Por tal razón, algunos autores, siguiendo el trabajo de Viciano y Martínez (2012), consideran el NCL como “experimentos de democracia radical” surgidos en un “contexto de completo descrédito de los sistemas democrático liberales que les precedieron” (Couso, 2013, 7).

### 2.3.3. La “Lectura Decolonial”

Esta lectura del nuevo constitucionalismo latinoamericano coloca en un plano de primera importancia la cuestión decolonial. algunos autores como Ramiro Ávilahan echado mano de categorías, ideas y reflexiones trabajadas y desarrolladas por el grupo de investigadores que Arturo Escobar llama el “colectivo de investigación latino/latinoamericano modernidad/colonialidad” (Escobar), y en ese sentido, nociones como “colonialidad” del poder, del ser, del

saber, de la naturaleza, descolonización, subalternización, modernidad, entre otras, han sido puestas en marcha al momento de realizar un análisis sobre el nuevo constitucionalismo.

En ese sentido, Alejandro Mé dici ha sostenido que el neoconstitucionalismo no posee la capacidad para responder y explicar los nuevos fenómenos constitucionales latinoamericanos. Para Mé dici, siguiendo a Clavero, una mirada juiciosa de la historia constitucional latinoamericana nos muestra que nuestro constitucionalismo no sido un constitucionalismo “de derechos” sino “de poderes”, es decir, que uno de los factores que ha impedido el desarrollo constitucional son los poderes. En este punto el autor argentino es un muy incisivo al argumentar que esta noción de poder no corresponden a la típica lectura liberal de la *santísima trinidad*: legislativo-ejecutivo-judicial (que plantea el neoconstitucionalismo. Podríamos agregar que esta misma posición es asumida también por el constitucionalismo popular y en menor medida por el garantismo). Aquí se marca un *giro decolonial* al sostener que el constitucionalismo latinoamericano, en su dinámica de aplicación, se ve relacionado seriamente no sólo con “poderes nominados” (la santísima trinidad), sino que existen una serie de relaciones de poder, tanto molares como moleculares, es decir, “poderes innominados” producto de la colonialidad del poder que no son tenidos en cuenta por el constitucionalismo europeo. Otro que ha enfatizado en los límites del neoconstitucionalismo es Ramiro Ávila. Para este autor “los grandes teóricos del neoconstitucionalismo europeo no han dicho nada y seguramente tienen poco que decir en relación a las novedades del constitucionalismo ecuatoriano” (Ávila, 2012; 6). Qué podrían decir Alexy, Ferrajoli o Zagrebelsky sobre la pachamama, el sumak kawsay, la interculturalidad o la decolonialidad. Estas son nociones pensadas desde una cosmogonía indígena, mientras que el neoconstitucionalismo es pensado desde un paradigma universal y europeo; el nuevo constitucionalismo parte de un “paradigma no universal y único de Estado de derecho, [que reconoce] la coexistencia de experiencias de sociedades interculturales” (Sousa Freitas y Cruz Gonç alves, 2011; 64).

Lucas Machado ha sostenido que la exclusión ocasionada a los pueblos indígenas por las constituciones latinoamericanas del siglo XIX y XX posee un “lado oscuro” que suele ser contado por el constitucionalismo con una lupa eurocéntrica, es decir, como si las “tecnologías constitucionales” hubiesen sido un fenómeno natural, una narrativa más de la normal historia lineal occidental. Ahora, para la lectura que analizamos, los sujetos emergentes (indígenas) del nuevo constitucionalismo se ubican en un marco de “pensamiento situado” dentro de un “espacio geopolítico periférico” que pone de presente que la ausencia de las capas populares en la historia de la formación de los poderes constituidos y sus instituciones corresponde a una “construcción colonizada del pensamiento” en la que se denota una “clara oposición entre el mundo europeo (afirmándose como ser del mundo) y la negación del otro (afirmándose como sumiso dentro de ese proceso elaborado por el *ser* europeo)” (Machado, 2012; 95). Esto quiere decir que la historia constitucional ha sido contada viendo a “Europa expandiéndose” y de lo que se trata, para esta visión, es contar la historia constitucional viendo a “Europa llegando” (Grosfoguel), mostrar la “herida colonial” (Mignolo) producida por las constituciones sobre los indígenas de las américas. Se trata, como dice Alejandro Rosillo, otro de los autores de esta lectura, “de una nueva manera de entender la historia: una manera que toma en cuenta la matriz colonial del poder, donde la clasificación social de la población mundial se da sobre la idea de raza” (Rosillo, 2012, 82). Al respecto, Lucas Machado sostiene que los pueblos indígenas, como sujetos emergentes en el nuevo constitucionalismo, han intentado *reinventar* los poderes constituidos, creando de esta manera espacios para la descolonización del estado y los derechos y transformando el lugar históricamente subalternizado que las constituciones les habían asignado a estos. Es por ello que, al decir de Bartolomé Clavero, que saltamos de un pasado en que las “flamantes constituciones americanas fueron ante todo la pantalla que ocultaba la continuidad del colonialismo” a un constitucionalismo –en el presente– que adopta una “posición íntegra y decididamente anticolonialista” (Clavero; 1-2).

Boaventura de Sousa por un lado y Caterin Walsh, en un mismo sentido, han intentado mostrar esta faceta descolonizadora del nuevo constitucionalismo. Boaventura de Sousa. Walsh por su parte ha mostrado cómo las constituciones de Bolivia y Ecuador “desestabilizan la hegemonía de la lógica, dominio y racionalidad occidentales”, llevando a “repensar y refundar, otras lógicas y racionalidades [...] «otras» que parten de la diferencia y dan un giro total a la monoculturalidad y uninacionalidad fundantes y aún vigentes, a la vez que inician caminos hacia un interculturalizar, plurinacionalizar y descolonizar” (Walsh, 2012, 143-144). Para demostrar esto, la autora norteamericana realiza un brillante análisis en el que expone, a partir de tres ejemplos la forma de operar de la interculturalidad en estas constituciones: 1) Ciencia(s) y conocimiento(s): lo primero que hay anotar es que las constituciones rara vez tienen preocupación o interés por este tema. El saber es entendido por las políticas de estado y por la modernidad como algo “singular, que parte de una sola racionalidad y que tiene género y color: es masculino y es blanco”. Por su parte, la carta ecuatoriana “al hablar de conocimientos científicos y tecnológicos y sus enlaces con conocimientos ancestrales [...] pretende superar el monismo en la definición de «la ciencia» enfrentando así la colonialidad del saber”. Dicha constitución le da el estatus de «conocimiento» a los saberes ancestrales con lo que reivindica la subalternización que se había realizado históricamente sobre los conocimientos indígenas por parte de la tradición occidental. 2) Los derechos de la naturaleza: el pensamiento moderno ha considerado la naturaleza como algo exterior al ser humano, como un objeto productor de la economía. Por su parte estas constituciones intentan cimentar un estado que rompe con esta forma de ver la naturaleza<sup>22</sup>. En el nuevo constitucionalismo se recrean “modos otros de concebir y vivir... basados en el pensamiento, los principios y las prácticas de los pueblos ancestrales”. Según este paradigma, la naturaleza o *pachamama* es un ser vivo, con inteligencia, sentimientos, espiritualidad y los seres humanos no algo “externo” a ella, sino que “hacen parte de ella”. 3) El *sumak kawsay* o *buen vivir*.

---

<sup>22</sup> Esta posición sobre la “naturaleza” es defendida, con algunas diferencias en la argumentación, por la lectura del “giro biocéntrico”.

La carta ecuatoriana transgrede los modelos y prácticas del estado colonial y los esquemas neoliberales, a la vez que busca construir una consciencia hacia un sujeto... se “plantea la posibilidad de un nuevo contrato social enraizado en la relación y convivencia ética entre humanos y su entorno con el afán de retar la fragmentación y promover la articulación e interculturalización” (ibíd.).

Tomando ideas de autores como Quijano, Wallestein, Walsh, Castro-Gómez, Santos, estos autores han reflexionado no sólo sobre el presente sino también sobre el pasado constitucional. De este modo han planteado un fuerte cuestionamiento a las constituciones de los siglos pasados, pues ellas, bajo la supervisión de la epistemología del conocimiento occidental, representaron como “atributos internos de entidades separadas lo que de hecho [fueron y] son productos históricos de pueblos interrelacionados (modernidad-colonialidad)...” (Guevara, 2012, 5), siguieron el saber moderno y de esta manera clasificaron las poblaciones de acuerdo a la categoría de raza en inferiores y superiores, barbaros y civilizados, premodernos y modernos, donde los indígenas encajaban perfectamente en los primeros moldes. Con esto tenemos que las exclusiones de las constituciones realizadas sobre ciertos sujetos poblacionales no corresponden a algo “típico”, “natural” o “común” de la época, sino a la “estructura trídica” de la colonialidad del poder presente en los padres constituyentes, constitucionalistas y teóricos y plasmada, esta estructura, en las constituciones.

En palabras de Alejandro Medici:

*“figuras notables y en otros temas no siempre concordantes, compartían desde el siglo XIX este racismo epistémico que justificaba la relación de colonialidad al interior de los nuevos estados que se estaban organizando en nuestra región: entre otros el venezolano chileno Andrés Bello, el chileno Victorino Lastarria, el cubano José Antonio Saco, el mexicano Justo Sierra, los argentinos Esteban Echeverría y Juan B. Alberdi y por supuesto Domingo Faustino Sarmiento quien en Facundo y Conflictos y armonías entre las razas de América, ya había*

*teorizado con su prosa encendida sobre los obstáculos a vencer por la civilización en términos del medio y las razas “nativas” o “mestizas” (Medici, 2012, 61<sup>23</sup>)*

#### 2.3.4. El “Giro Biocéntrico”

Otra lectura sobre el constitucionismo andino, es realizada por Eduardo Gudynas y Alberto Acosta desde lo que se ha denominado el giro biocéntrico. Su punto de partida lo constituye el concepto de desarrollo y sus consecuencias “patológicas”. Acosta y Gudynas rastrean este concepto y geopolíticamente lo ubican como un producto propio de la modernidad occidental. El desarrollo o “mal desarrollo” como lo llaman los autores, encuentra rápidamente, en el renacimiento, un fuerte sustento filosófico: F. Bacon concibe la naturaleza como un enemigo del hombre al cual hay que conocer para posteriormente someter por medio del conocimiento. Naturaleza y hombre, o sociedad y naturaleza, que eran antes un todo orgánico, ahora están separados: el uno conoce al otro y lo explota para extraer de él su máximo potencial económico. Esta idea se expande y se naturaliza, a partir de la conquista, por América Latina y las culturas originarias quedan relegadas en su forma de ver el mundo. El extractivismo, una de las principales armas del desarrollo, se convierte así en un mecanismo de saqueo y expropiación colonial (Acosta, 2012, 163). De tal manera que el desarrollo va a ser medido bajo la fría lupa del capitalismo: de acuerdo al PIB de un país o en términos de necesidades básicas o infraestructura. Para hacer corta una historia larga podemos decir que “la idea del progreso está profundamente arraigada en la cultura latinoamericana dominante, y sus raíces son eurocéntricas. Sus expresiones académicas o políticas son comunes, asumiendo como la meta del desarrollo el crecimiento económico, en esencia mediado normalmente por el incremento de las exportaciones y la captación de inversión extranjera. También sustentan diversos mitos, como los de enormes riquezas ecológicas que posibilitarán fuertes expansiones económicas. Inclusive en los países con gobiernos progresistas afloran estos mitos en la medida que han consolidado sus prácticas extractivistas,

---

<sup>23</sup> Los poderes innominados. En: Revista REDHES.

que consolidan la inserción sumisa de sus países en el mercado mundial” (Acosta y Gudynas, 2013, 104).

Bajo este panorama, Acosta y Gudynas (2013, 103) realizan un intento por sacar a relucir las contradicciones del concepto; a la vez que, abren las puertas a otras opciones alternativas. El Buen Vivir por ejemplo, que algunos autores han clasificado como un elemento estructural del “constitucionalismo verde”, como en el caso de Ecuador (Velázquez, 2014, 220), es una categoría que pone en jaque, argumentan Acosta y Gudynas, las ideas principales sobre el desarrollo (económico). Dicho concepto no es “un desarrollo alternativo más dentro de una larga lista de opciones”, sino que precisamente constituye una opción alternativa a todas esas posturas.

En lo que nos importa de su análisis, los autores ubican los avances más importantes, frente a esta problemática, en países como Bolivia y Ecuador: “Las ideas del Buen Vivir se cristalizaron en las nuevas constituciones de Bolivia y Ecuador” (Acosta y Gudynas, 2013, 105), lo cual se explica por varias razones como el auge de políticas neoliberales, que impulsaban ahora un “neo extractivismo” a partir de los años 90s, más la constante exclusión de clases subalternas, lo que provocó una oleada de reacciones que culminaron, luego de un largo y complejo proceso, en asambleas constituyentes y posteriores constituciones. El Buen vivir entonces “invocaba la recuperación de un saber indígena, y de vivencias, que reaccionaban en contra del desarrollo. De esta manera se apartaba de las ideas occidentales convencionales del progreso, y apuntaba hacia otra concepción de la vida buena, incluyendo una especial atención a la naturaleza”... “En el caso de Ecuador, el Buen Vivir”, que incluye derechos como la alimentación, el ambiente sano, el agua, la comunicación, la educación, vivienda, salud, energía, entre otros, “forma parte de una larga búsqueda de alternativas de vida fraguadas en el calor de las luchas populares, particularmente indígenas, desde mucho antes de que accediera a la presidencia Rafael Correa. Sus contenidos apuntan a transformaciones de fondo en la

sociedad, economía, política y en la relación con la naturaleza. Se articularon con agendas de otros movimientos, en un heterogéneo conglomerado con fuerzas sobre todo urbanas, hasta cristalizar en el proceso constituyente de 2007 y 2008”...Y, en el caso boliviano -donde las referencias al buen vivir se encuentran en el artículo octavo, referido a las bases del Estado, se “asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)”- “el proceso de debate ha sido quizás más reciente y sin duda más tensionado. En este país la idea de la “vida buena” o “vivir bien” es una expresión, casi de tono reivindicatorio<sup>24</sup>, de algunos líderes indígenas, militantes e intelectuales. Por esta razón, el concepto siempre apareció asociado a los vocablos de lengua aymara suma qamaña, y cuya mejor traducción posiblemente esté referida al Buen Convivir” (Acosta y Gudynas, 2013, 106). Es entonces un concepto en construcción que emerge desde el mundo andino pero que de igual forma recoge principios postulados por corrientes occidentales por mucho tiempo subordinadas.

De tal manera entonces, que el modelo económico en estas constituciones queda supeditado a las directrices del buen vivir. Sin embargo, afirman los autores, con ello no se postula, constitucionalmente, un diseño económico que “aniquile” el desarrollismo económico, pues constituciones como las de Bolivia estipulan, como mandatos del Estado, la industrialización de los recursos naturales, dejando así la puerta abierta a un retorno a las ideas clásicas de progreso. Así, “las tensiones con las visiones clásicas del desarrollo se colaron en el texto constitucional boliviano...” Si “bien esa meta puede ser entendida en el marco de las demandas históricas de romper con la dependencia exportadora de materias primas, el problema es que se desemboca en una tensión con las metas de protección de la Naturaleza. Cuando se indica que la “industrialización y comercialización de los

---

<sup>24</sup> Recordemos que, al decir de Melo (2009, 57), “la relación tradicional entre las comunidades ancestrales y la naturaleza es”, contrario a la tradición occidental, “una relación personal, de filiación”.

recursos naturales será prioridad del Estado” (art. 355), se abren las puertas a toda clase de contradicciones con quienes reclaman la protección e integridad de la Naturaleza” (Gudynas, 2011) a la vez que se afecta el “giro hacia el biocentrismo” abierto, por primera vez, por Constituciones como la de Montecristi (Gudynas, 2009).

### 2.3.5. “La sala de máquinas de las constituciones”: el problema del hiperpresidencialismo

Una quinta lectura sobre el constitucionalismo andino, aunque engloba de manera general la categoría de nuevo constitucionalismo latinoamericano, es realizada por el profesor argentino Roberto Gargarella. Quien intenta ilustrar sobre uno de los posibles peligros que enfrenta el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Su análisis se concentra en la “sala de máquinas” de las constituciones y cómo esta es (in)alterada en dichos textos. En ese sentido, la tradición constitucional latinoamericana en general puso un marcado “énfasis en la autoridad centralizada y el fortalecimiento del poder presidencial”. Por ejemplo, el constitucionalismo fundacional, basado ampliamente en acuerdos políticos (conservadores y liberales) y preocupado principalmente por la pregunta por la emancipación, “cualquiera que haya sido el equilibrio entre liberalismo y conservadurismo, versó exclusivamente sobre la organización y los límites del poder (Gargarella, 2005). No incluían cláusulas sociales en beneficio de los desaventajados, ni proporcionaban amplios derechos de sufragio o asociación... (Gargarella, 2013, 248). Por su parte, el constitucionalismo social, en el siglo XX, abanderado por la revolucionaria constitución mexicana, a pesar de lograr integrar demandas sociales –provenientes de reivindicaciones afines al marxismo-, “aún así la matriz original, en términos de organización del poder, fue apenas alterada...Se conjugaba así una constitución de avanzada o vanguardia en materia de derechos, con una constitución todavía anclada en los siglos dieciocho y diecinueve en materia de organización del poder” (Gargarella, 2013, 250).

A partir de las reformas constitucionales de finales de los años 80', y su activación, por ejemplo, en términos de derechos humanos, se genera una especie de reconciliación entre algunos sectores de la izquierda frente a las ideas del derecho y el constitucionalismo. La izquierda ha considerado tradicionalmente al derecho y al Estado como "máquina opresora" al servicio de la clase dominante. De ahí que las generosas reformas constitucionales –activismo judicial, herramientas judiciales- en materia de derechos hayan hecho ganar confianza en un discurso históricamente considerado hegemónico. Pero Gargarella considera que precisamente, en este punto, se encuentra "una de las principales razones de los fracasos de estas reformas constitucionales": pues "es el hecho de que los reformadores concentraron sus energías en delinear derechos, sin tener en cuenta el impacto que la organización del poder suele tener sobre los mismos. Luego de las reformas promovidas por ellos, el núcleo de la maquinaria democrática quedó sin cambios, lo cual dejó los controles políticos mayormente en manos de los grupos tradicionalmente poderosos"...O, "resumidamente: *porque estaban interesados en modificar la estructura de los derechos, no se preocuparon prioritariamente por modificar, de modo acorde, la organización del poder*" (Gargarella, 2013, 254; énfasis original). Este es entonces, el (posible) fracaso de la izquierda constitucional en Latinoamérica. Por tal razón la viabilidad y alcance de los derechos se vería seriamente comprometido.

En otra ocasión, Gargarella (2014, El País) confirma esta posición teórica, agregando que el nuevo constitucionalismo latinoamericano no tiene nada de "nuevo", pues no introduce elementos relevantes con respecto al "viejo constitucionalismo", ni en su parte dogmática ni en su parte orgánica. "Las Constituciones de América Latina son, en su gran mayoría, estructuras consolidadas con más de dos siglos sobre sus espaldas, que en todo caso han incorporado algunos pocos cambios en los últimos tiempos (el primero, habitualmente, relacionado con la reelección presidencial) sobre una base que permanece intacta, idéntica a sí misma. Esa base tiene entonces dos partes: una

organización de poderes que es tributaria del siglo XIX; y una organización de derechos que se modificó esencialmente a comienzos del siglo XX, y que desde entonces no ha variado de modo extraordinario. (Gargarella, 2014, El País). De este modo la concesión de derechos, por muy generosa que sea, se va a ver afectada por un diseño que reproduce las viejas estructuras autoritarias de los siglos XVIII y XIX. En ese sentido, mientras se mantenga inalterada la “sala de máquinas” el resultado no será otro que resistir la puesta en práctica de los derechos nuevos. Se trata entonces de “constituciones con “dos almas”: la primera, relacionada con una estructura de poderes que sigue respondiendo a concepciones verticalistas y restrictivas de la democracia, como las que primaban en el siglo XIX; y la segunda, de tipo social, relacionada con la estructura de derechos que se forjara a comienzos del siglo XX” (Gargarella, 2014, El País).

Sin embargo, un poco antes, Gargarella, en un trabajo conjunto con C. Courtis (2009), había sostenido una posición menos radical que la señalada. Si bien hacía énfasis en el problema del híper presidencialismo, de igual forma reconocía que, “Constituciones nuevas como las del Estado Plurinacional de Bolivia y Ecuador, por tomar dos casos relevantes, sirvieron al propósito reeleccionario de quienes las promovieron, pero también fueron largamente más allá de dicho objetivo. Esto resulta más claro en el caso de la Constitución boliviana, que puede verse guiada de modo muy especial por el ánimo de terminar con la marginación político-social de los grupos indígenas”... además, estas Constituciones “son las que muestran los principales cambios en su organización interna, son las que aparecieron más claramente comprometidas con un rechazo frente a tradiciones constitucionales de raíces individualistas/elitistas (Gargarella y Courtis, 2009, 10-21). Más recientemente Gargarella, en su último texto “*Latin american constitutionalism, 1810-2010. The engine room of the constitution*”, ha retomado esta posición argumentando que, “por la forma en que el constitucionalismo regional ha afrontado las reformas constitucionales (sobre todo en las últimas décadas), poniendo una obsesiva atención a los derechos constitucionales, en detrimento de la organización del poder... ha dado como resultado que el sistema concentrado

de poder entre en conflicto con las demandas sociales que se generan en nombre de los nuevos derechos constitucionales y, por ende, que una parte de la Constitución (orgánica) comience a trabajar en contra del éxito de la segunda (dogmática)” (Gajardo, 2014, 589).

En conclusión, con Gargarella, podemos decir que, si bien debemos resaltar los avances de constituciones como por ejemplo la de Bolivia, las cuales se han mostrado de manera muy especial inclinadas por “terminar con la marginación político-social de los grupos indígenas” (Gargarella y Courtis, 2009, 10), debemos de igual forma resaltar el hecho de que son observables tendencias en este constitucionalismo a revivir lo que Carlos Nino llamaba “híper-presidencialismo”, modelos que, tarde o temprano, por dejar intacta la “sala de máquinas”, terminan por socavar iniciativas en materia de derechos que las mismas constituciones han priorizado.

Dicho lo anterior, se pregunta el autor: “podemos plantearnos una pregunta a futuro, pertinente para muchos de los restantes países latinoamericanos que, a diferencia de los casos del Estado Plurinacional de Bolivia o Guatemala, por ejemplo, no parecen estar fundamentalmente marcados por la marginación de los grupos indígenas. ¿Qué problema debería escoger el futuro constituyente latinoamericano, como problema-objetivo a atender a través de una eventual reforma de la Constitución? ¿Tal vez el problema de la desigualdad, que viene afectando de modo decisivo el desarrollo constitucional de la región? Posiblemente, pero en todo caso la pregunta está abierta, y es una que el constituyente no puede dejar simplemente de lado, como a veces ha hecho” (Gargarella y Courtis, 2009, 11).

#### 2.3.6. “Lecturas críticas”

Todas las lecturas mencionadas, de una u otra manera están, al menos en algún punto, en desacuerdo con el proyecto del nuevo constitucionalismo

latinoamericano. Sería impensable e incluso ingenuo creer que todos los autores que hemos abordado creen que el NCL es perfecto. A pesar de ello, nos limitaremos, en este acápite, a hacer énfasis en aquellos trabajos que de manera explícita cuestionan algunos de los principales postulados del NCL. Al respecto, Viciano y Martínez (2014, 73) han sostenido que “las críticas al nuevo constitucionalismo latinoamericano han provenido específicamente de la doctrina más conservadora y menos desarrollada conceptualmente, que critica el carácter populista de los nuevos textos constitucionales” (los autores españoles se refieren concretamente a Edwards y a Salazar Ugarte).

En el caso de Salazar Ugarte, quien proviene de los teóricos de la democracia constitucional, y por ende le otorgan una mayor importancia al papel de los tribunales o jueces constitucionales que al poder constituyente, realiza un análisis del NCL desde la lupa de la teoría constitucional y teniendo como referencia al modelo democrático constitucional (MDC). El MDC es entendido por Salazar como aquel diseño constitucional que reúne derechos de diferentes tradiciones, como la liberal, la democrática y la social; y que maduró en occidente con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. En palabras del autor: “lo que propongo indagar es si los ordenamientos bajo análisis” –se refiere al NCL, reducido a los casos de Venezuela, Ecuador y Bolivia- “sirven como herramientas para proteger derechos, limitar poderes y superar conflictos sociales de manera eficaz” (Salazar, 2013, 348).

De esta forma Salazar, argumentando en contra de Viciano y Martínez (2012), lanza su primera crítica cuando afirma que: “uno de los rasgos que ofrece identidad al NCL se agota en la aprobación del documento, y por lo mismo, constituye un elemento que puede ser valorado con consideraciones de índole política o ideológica pero no mediante consideraciones de teoría constitucional”. De igual forma, el autor mexicano argumenta que las constituciones del NCL – aunque también las del MDC pero en menor medida- son ambiguas, complejas, intrincadas y contradictorias ya que recogen tanto libertades negativas como

mecanismos judiciales con derechos de diversas y opuestas tradiciones como la democracia, el socialismo, el Estado plurinacional, lo que él llama “indigenismo” y “ecologismo vernáculo” y la sociedad multiétnica. Este tipo de ingeniería constitucional convierte, argumenta Salazar (2013, 357), a las constituciones del NCL en “fábricas de aporías” y además genera un “desafío para la teoría constitucional liberal porque confronta algunos de sus presupuestos fundamentales”. Ello se evidencia en la medida en que estas constituciones otorgan derechos no solo a las personas sino también a entidades abstractas como la “Pacha mama”.

La crítica entonces radica en que al realizar este tipo de “contradicciones teóricas y mezcolanzas conceptuales” se está afectando la teoría política y la teoría del derecho, occidentales, que sedimentaron las categorías para referir y connotar tradiciones de pensamiento que, aun siendo diversas y alternativas, “se encuentran aceptablemente definidas”. “Desde el punto de vista de la teoría constitucional esa es la principal falencia de estos documentos que ganan en originalidad lo que pierden en coherencia” (Salazar, 2013, 360-361), certeza y seguridad jurídica. Por lo anterior, concluye Salazar (2013, 387), “si buscamos un símil en el mundo de las especies animales, el NCL sería un ornitorrinco jurídico”.

Otra perspectiva crítica, quizá con más argumentos sólidos que la anterior, en torno al NCL la encontramos en la lectura que, desde la crítica jurídica, realiza Daniel Sandoval Cervantes. Inspirado en autores como Óscar Correas, Thompson y pensadores latinoamericanos como René Zavaleta y Ruy Mauro Marini, indaga “críticamente las condiciones políticas y sociales de Ecuador y Bolivia, comprendiendo el papel que tienen los nuevos textos constitucionales en la reproducción del capitalismo o la posibilidad de su uso emancipatorio y las contradicciones a las cuales se enfrentan los procesos sociales emancipatorios en dichos países” (2014, 117). En otras palabras, el autor se pregunta hasta qué punto, en el NCL, se continúa con la reproducción del derecho capitalista moderno -lo que llevaría a comprender las actuales contradicciones de dicho

diseño constitucional y las nuevas formas de reproducción del capitalismo- y hasta qué punto se han presentado nuevas formas de producir lo jurídico –con lo cual se indagaría sobre los posibles horizontes emancipatorios–.

De esta forma, las constituciones del NCL representarían un intento notable de resistencia ante políticas neoliberales y se caracterizarían por su elemento legitimador, pues estuvieron sujetas a la aprobación popular por medio de referendo. “Sin embargo, estas novedades, ampliamente positivas y esperanzadoras, no implicaron que estas constituciones sean una representación fiel de las demandas de los movimientos sociales, o bien que implicaran una ruptura total con las relaciones sociales de dominación capitalista”. Pues las antiguas oligarquías, a pesar de su derrota, en los casos de Bolivia y Ecuador, reconfiguraron, lentamente, su presencia y peso en la toma de las decisiones, y, a “pesar del respaldo de los gobiernos promulgadores de las nuevas constituciones, la relación entre estos y aquellas” más en Ecuador que en Bolivia “no ha estado exenta de contradicciones y antagonismos” (Sandoval, 2014, 124-125). Contradicciones que se hicieron notables no solamente al momento de aplicar e interpretar los textos constitucionales sino incluso desde el momento mismo de la activación de los procesos constituyentes.

Así, estas constituciones “recogen reivindicaciones y demandas de los movimientos sociales cuya lucha fue pieza clave para abrir los procesos constituyentes en Bolivia y Ecuador, inclusiones que son, en buena medida, lo novedoso de dichos textos; sin embargo, “lo cierto es que el proceso constituyente en ambos países estuvo marcado por antagonismos entre estos movimientos sociales y los nuevos gobiernos. Lo anterior implica entonces, que “aunque en cierta forma los contenidos normativos, las normas jurídicas y, por tanto, el sentido deóntico de las nuevas constituciones parecen recoger dichas reivindicaciones cuando se leen sus textos abstrayéndose de los procesos políticos y las contradicciones en medio de las cuales estos fueron promulgados, lo cierto es que las contradicciones y antagonismos entre los movimientos

sociales y los nuevos gobiernos conllevan un enfrentamiento entre dos maneras distintas de concebir lo político, lo económico y lo jurídico” (Sandoval, 2014, 126-127).

Estos conflictos, de igualmente rastreables en las contradicciones presentes en los textos constitucionales, se agudizan de manera compleja si se tiene en cuenta “que sus diferencias provienen del antagonismo o antagonismos entre los sentidos ideológicos que se desplazan por medio de los textos. En síntesis, lo anterior conlleva a una disputa entre los diversos actores –cortes constitucionales, gobiernos, movimientos sociales- por darle una interpretación dominante al texto constitucional. “De forma que, a pesar de contar con constituciones con textos novedosos, los conflictos y la lucha por sus contenidos concretos no han concluido, sino que se prolongan en la aplicación de la Constitución y en la construcción de la legalidad secundaria y del régimen político posconstitucional” (Sandoval, 2014, 127) poniendo en evidencia que la articulación entre los diversos movimientos sociales, las clases oligárquicas dominantes y el gobierno es, en el NCL, menos lineal y pacífica de lo que se piensa. Ya el autor había advertido un poco antes (Sandoval, 2013, 128) que “las tensiones integradas en los mismos textos de las nuevas constituciones entre los elementos incorporados a partir de las reivindicaciones populares y los elementos liberales que se mantienen dentro de los textos, nos hacen pensar que los nuevos procesos constituyentes y el nuevo constitucionalismo latinoamericano no tiene un desarrollo progresivo lineal, sino que, al contrario, como cualquier fenómeno cultural en una sociedad dividida en clases tiene un carácter dialéctico y complejo”. Lo cual lo hace optar, frente al NCL, por una posición teórica que califica de “optimismo moderado<sup>25</sup>”.

---

<sup>25</sup> “Optimismo porque debe ser una concepción de lo jurídico capaz de comprender que las clases populares, cuando se organizan y movilizan, pueden transformar profundamente el discurso del derecho y su uso; crítico, porque, sin desconocer el carácter transformador de las clases subalternas cuando se organizan, reconocer y tener en cuenta que las clases dominantes pueden utilizar ese discurso del derecho que emerge gracias a la presión de las movilizaciones sociales para relegitimar el sistema de dominación capitalista” (Sandoval, 2013, 128).

El autor concluye entonces, que dichas contradicciones, antagonismos y luchas ideológicas, esenciales para entender el proceso de transición en la refundación de América Latina, deben ser un eje fundamental dentro de los estudios sobre el NCL y finaliza señalando la función de la crítica jurídica dentro del discurso constitucional latinoamericano: “La tarea de la crítica jurídica consiste en reconocer las condiciones de esta transición y profundizar las tendencias a la transformación radical de las relaciones sociales y la superación del capitalismo” (Sandoval, 2014, 131).

#### 2.4. CONCLUSIONES (PROVISIONALES)

Como se pudo apreciar en este capítulo, los intentos por realizar “cartografías” en los estudios constitucionales post-91 en América Latina parece ser una tarea pendiente. Sin embargo, existen algunos trabajos, en el caso colombiano, que exploran en los estudios jurídicos en general rastreando los autores principales de una generación, algunas de sus preocupaciones principales y puntos de partida de estos enfoques. Sin embargo, no logran captar las perspectivas críticas, con lo cual solo presentan una visión del campo jurídico. De esta manera, nos aportan algunas pistas al respecto. En el caso del constitucionalismo andino ha existido más preocupación por este aspecto; trabajos como los de Baldi, Uprimny, Sánchez, Yrigoyen y Moncayo pueden ser leídos como tipologías que buscan, ya sea desde el análisis de ciclos o transformaciones constitucionales, tipos de constitucionalismos, periodización de estos o exploración de las principales lecturas sobre un modelo constitucional, mostrar las principales variaciones y los autores más significativos en el estudio del constitucionalismo. Sin embargo, en ambos casos de estudio pudimos constatar que no existe la idea de perspectivas constitucionales estructurados; estructurados con sus respectivas líneas de trabajo, puntos de partida, periodización, posible metodología usada y los respectivos contrastes que pudieran existir entre dichas lecturas. Lo que tenemos entonces, es una “masa dispersa” de estudios constitucionales. De tal manera que, la ausencia de un estado del arte, o lo que aquí hemos llamado una

“cartografía sobre los estudios constitucionales”, obstaculiza tener una idea al menos tendencialmente clara sobre el estado actual de la discusión en la disciplina del constitucionalismo, y sobre todo dificulta el acercamiento frente a la idea de saber a partir de qué perspectiva están siendo elaboradas las diversas lecturas frente al fenómeno constitucional, y cuáles son sus (posibles) puntos de partida. Contrario sensu, si contamos con dicha cartografía se nos facilitará, al tener un (posible) punto de partida, realizar una labor no solamente descriptiva sino también valorativa: por un lado, posibilita la identificación de teorías a la vez que permite, por otro lado, un ejercicio de cuestionar las principales falencias que estas adolecen.

Esta “masa dispersa” de estudios constitucionales es fácilmente constatable por el número de lecturas constitucionales que rastreamos en este capítulo. Vimos cómo, en el primer caso de análisis, referido a los “estudios constitucionales post-91 en Colombia”, se observaron *siete lecturas* constitucionales realizadas desde la teoría jurídica (Diego López, Manuel Cepeda, Carlos Bernal, Rodolfo Arango), la sociología jurídica (Rodrigo Uprimny y Mauricio García), los estudios multiculturales (Daniel Bonilla), la crítica Jurídica (Víctor Moncayo, Jairo Estrada, Gilberto Tobón), la filosófica (Osar Mejía), ciertos enfoques economicistas (Salomón Kalmanovitz y Camilo Enciso) y el tradicionalismo (Tamayo Jaramillo), respectivamente. Las tres primeras lecturas son cercanas a los postulados del neoconstitucionalismo mientras que, las últimas cuatro, de enfoque crítico, toman distancia de este. En el caso del constitucionalismo andino pudimos rastrear la existencia de *seis lecturas* constitucionales: Las tipologías constitucionales (César Baldi, Rodrigo Uprimny, Raquel Yrigoyen, Héctor Moncayo, Luz Sánchez), la lectura decolonial (Ramiro Ávila, Alejandro Médici, Boaventura de Sousa, Katherine Walsh, Bartolomé Clavero, Lucas Machado), el giro biocéntrico (Eduardo Gudynas, Alberto Acosta, Melo), la sala de máquinas de las constituciones (Roberto Gargarella) y algunas perspectivas críticas (Pedro Salazar y Daniel Sandoval). Estudios constitucionales entonces, podemos encontrar desde variadas y múltiples lecturas, lo que se dificulta rastrear es la estructuración de los

mismos, mediante parámetros como los que hemos señalado en esta investigación.

### **III: HACIA UNA CARTOGRAFÍA DE LOS ESTUDIOS CONSTITUCIONALES POST-91 EN AMÉRICA LATINA:PERSPECTIVAS**

#### **INTRODUCCIÓN**

Este capítulo plantea como objetivo principal realizar una cartografía sobre los estudios constitucionales post-91 en América Latina. Por cartografía debe entenderse, en esta investigación, aquella apuesta teórica que busca establecer la existencia (o no) de perspectivas en un campo de estudio, estableciendo sus autores, puntos de partida, argumentos principales, referencias (de tipo teórico, histórico, jurisprudencial y/o normativo), periodos de estudio y textos principales. En ese sentido entonces, y partiendo de la idea de lecturas (dispersas) constitucionales desarrollada en el capítulo anterior, este capítulo busca realizar una *cartografía constitucional* en dos específicos campos de análisis: el primero, referido a los “estudios constitucionales post-91 en Colombia”,

y el segundo, referido al denominado “constitucionalismo andino”, que, como ya hemos señalado, guarda íntima relación con la categoría de nuevo constitucionalismo latinoamericano. El capítulo se divide en dos partes: la primera intenta estructurar las lecturas dispersas que rastreamos en el campo constitucional colombiano. Mostraremos que, en este campo de estudio, existen dos perspectivas constitucionales identificables. La primera, que hemos denominado “Perspectiva de influencia neoconstitucional”, se caracteriza por tres líneas de trabajo: la de teoría jurídica, la de sociología jurídica y la de estudios multiculturales. Estas, a pesar de sus notorias diferencias, comparten algunos elementos comunes, razón por la cual se ubican en la misma perspectiva; elementos como: un claro matiz antiformalista; tomar como punto de arranque el trabajo realizado por la Corte Constitucional resaltando así el activismo judicial; un claro desmarque con las teorías positivistas; un fuerte énfasis en la interpretación constitucional, entre otras. De igual forma, mostraremos la existencia de otra perspectiva constitucional, desde una visión crítica, la cual busca cuestionar el modelo constitucional colombiano: presenta cuatro líneas de trabajo, una cercana a la crítica jurídica, otra desde la filosofía, ciertos enfoques economicistas y algunos cuestionamientos desde el tradicionalismo. En la segunda parte del capítulo, realizaremos el mismo ejercicio tratando de establecer la cartografía constitucional en el nuevo constitucionalismo latinoamericano (específicamente, en el denominado constitucionalismo andino). Mostraremos la existencia de seis perspectivas de estudio: una desde el poder constituyente, otra desde un análisis del hiperpresidencialismo, desde la teoría decolonial, algunos análisis de tipologías constitucionales, ciertos enfoques críticos y otros desde el denominado giro biocéntrico.

De esta forma entonces, se espera, al final del capítulo, haber demostrado la existencia de perspectivas constitucionales en los campos de estudio que hemos mencionado; de igual forma, exponer sus elementos característicos: como lo son sus autores, puntos de partida, argumentos principales, referencias (sean de tipo teórico, histórico, jurisprudencial y/o normativo), periodos de estudio y textos

principales. El capítulo cierra con la presentación de tres cuadros de análisis que ofrecen un mapa sobre los estudios constitucionales post-91 en América Latina: el primero sobre el caso colombiano, el segundo sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano y el tercero presenta un contraste sobre los dos campos de estudio; además, cierra con unas conclusiones provisionales, donde se espera realizar un balance general del capítulo.

### 3.1. (ALGUNAS) PRECAUCIONES TEÓRICAS Y METODOLÓGICAS

Como se podrá advertir, abordar un ejercicio “cartográfico” donde se intente dar cuenta del estado actual de un campo de estudio –en nuestro caso de los estudios constitucionales- determinando sus elementos característicos (autores, puntos de partida...) puede convertirse en un ejercicio arriesgado e incluso en algunos casos puede volverse arbitrario. En ese sentido, estas precauciones teóricas y metodológicas buscan evitar en la mayor medida posible la presencia de esos elementos. Entenderemos, en esta investigación, por “perspectivas constitucionales”, aquellas lecturas estructuradas de acuerdo a un conjunto de elementos característicos, que, sobre el constitucionalismo, son realizadas por uno o varios autores. Una perspectiva denota una forma o visión particular de acercarse al estudio del constitucionalismo. Cada perspectiva, a su vez, se define a partir de un conjunto de “elementos característicos”-que son compartidos por las líneas de trabajo-: a) un grupo de autores, b) puntos de partida, c) argumentos principales, d) referencias (sean de tipo teórico, histórico, jurisprudencial y/o normativo), e) periodos de estudio y e) textos principales.

Los autores principales, como su nombre lo indica, son aquellos teóricos que, desde diversos enfoques tales como la teoría decolonial, la democracia constitucional, el poder constituyente, el hiperpresidencialismo, la crítica jurídica, el neoconstitucionalismo, entre otros, se han encargado de realizar una lectura sobre el nuevo constitucionalismo. Algunos de estos autores provienen de disciplinas diferentes al derecho, tales como la sociología, la filosofía, la

lingüística, los estudios culturales, la economía y la ecología social. De igual forma se caracterizan, algunos, además de su actividad intra universitaria, por una fuerte interacción con el medio social, así, algunos de estos han sido asesores en asambleas constituyentes, otros integrantes de movimientos sociales u organizaciones no gubernamentales. En cuanto a su nacionalidad, provienen de países diversos como Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, España, Perú, Portugal y Uruguay. Además, es necesario señalar que los estudios realizados por estos autores se perfilan en una dirección que está encaminada hacia la inter disciplinariedad o hacia la transdisciplinariedad; abandonando, salvo en escasos casos, la mono disciplinariedad, característica de los estudios jurídicos en general. En cuanto al punto o puntos de partida, cada lectura toma como arranque, en su análisis, determinado momento histórico dentro del constitucionalismo. Algunas lecturas por ejemplo, consideran que es necesario analizar el origen del constitucionalismo latinoamericano desde la fundación misma del continente, mientras que otras lo hacen estudiando únicamente los recientes desarrollos constitucionales en la región. El argumento o argumentos principales –que fueron expuestos en el capítulo primero- hacen referencia a la tesis central de cada lectura. Esta tesis central puede tener algunas variaciones dependiendo de cada lectura. Así por ejemplo, en la lectura decolonial, debido al número de integrantes, pueden observarse diferentes puntos de vista sin que con ello se rompa el argumento central. Las referencias por su parte, como habíamos anunciado, pueden ser de tipo teórico, histórico, jurisprudencial o normativo, y constituyen el reservorio bibliográfico desde el cual es realizada una lectura. Así por ejemplo, los análisis de tipo normativo ofrecen gran información sobre, por ejemplo, avances o retrocesos en los textos, reformas, periodos o ciclos constitucionales, los de tipo histórico suministran información sobre los orígenes en las diversas etapas históricas del constitucionalismo, mientras que los de tipo teórico ofrecerán una perspectiva sobre el estado del arte en la disciplina del constitucionalismo. El periodo de estudio está determinado por el espacio temporal relativamente determinable o por el conjunto de teorías o autores que son estudiados en determinada lectura. De tal manera que, mientras algunas

lecturas se basan en los periodos temporales que pueden ser establecidos desde aproximadamente 1991 hasta 2009, o desde aproximadamente 2006 hasta 2009, otras lecturas en cambio analizan el constitucionalismo fundacional, ya sea desde su recorrido histórico o desde una perspectiva decolonial. El último de los elementos estructurales, los textos principales, hace referencia, como su nombre indica, al reservorio bibliográfico realizado por alguno de los autores principales de cada lectura. Estos pueden ser textos, artículos publicados en revistas científicas, no científicas, artículos inéditos no publicados, compilaciones o conferencias. De esta forma, podríamos decir que, al reunir todos estos textos principales es de esperar que ellos conformen una bibliografía si bien no la principal sí una relevante en torno a los estudios constitucionales post-91 en América Latina.

La última aclaración por realizar, tiene que ver con el hecho de que no se utilizará la categoría de “constitucionalistas” sino la de “estudios constitucionales”. En la medida en que no se pretende estudiar algún autor en particular sino a los diferentes paradigmas y perspectivas en la reflexión constitucional. Además, muchos autores que se tomarán de los estudiados no son constitucionalistas pues su objeto de estudio es otro. En este caso, se tomara, hasta donde sea posible, los elementos más importantes para el debate constitucional.

### 3.2. HACIA UNA CARTOGRAFÍA DE LOS “ESTUDIOS CONSTITUCIONALES POST-91 EN COLOMBIA”

A partir de 1991, en Colombia, se empieza a gestar una discusión que gira en torno a la capacidad de la carta constitucional, debido a sus innovaciones, de impulsar, con la frecuente intervención de la Corte Constitucional, un nuevo derecho con marcado carácter progresista. Desde este momento, aquellas discusiones que habían girado, en gran parte de la segunda mitad del siglo XX, en torno a la recepción de la Teoría Pura del derecho y la teoría positivista en general, junto con aquellas versiones pesimistas del constitucionalismo donde las

constituciones eran meras cartas de batallas para relegitimar clases sociales (Valencia, 1987), parecen perder hegemonía para dar paso a una renovación generacional que se abría, con múltiples resistencias, a los nuevos y prematuros tiempos de la interpretación en Colombia.

### 3.2.1. “Perspectiva de influencia neoconstitucional”

Este tipo de inclinaciones forman la primera perspectiva que podemos rastrear en los estudios constitucionales en América Latina, en este caso en Colombia. Esta perspectiva, la cual denominaremos como “perspectiva de influencia neoconstitucional”, a) se *define* a partir de ciertos rasgos característicos como lo son: su fuerte matiz antiformalista, su metodología de estudio la cual está fuertemente inspirada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, su punto de partida común el cual consiste en mostrar la insuficiencia del modelo positivista, su énfasis en el progresismo y activismo judicial, su “obsesión” por la interpretación constitucional, su marcado carácter pospolítico, su imposibilidad de percibir dinámicas de “poder” y su incapacidad de reacción ante fenómenos complejos como la “colonialidad”. A su vez, b) *está formado* por tres líneas de trabajo: una que proviene desde los estudios de teoría constitucional, otra desde la sociología del derecho y otra desde los estudios multiculturales. Además, presenta un elemento bastante peculiar: es un discurso que, a pesar de generar múltiples inconformidades teóricas y políticas, ha conseguido una hegemonía al menos relativamente estable. Veamos entonces cada uno de esos patrones y la forma en que podemos “clasificarlos”, para así explorar la primera cartografía, la referida al paradigma de influencia neoconstitucional en Colombia.

Como habíamos señalado, este paradigma, pese a sus diferencias internas, comparte algunos presupuestos comunes, particularmente comparte *una estrategia* por medio de la cual ha consolidado una hegemonía relativamente estable. Intentemos explicar cuál ha sido la estrategia entonces para consolidar dicha hegemonía.

El primer paso de esa estrategia -que no fue nada más que una inspiración conceptual o recepción teórica de algunos de los principales debates sobre teoría jurídica que emergieron en Europa y en el mundo anglosajón, auspiciados por autores como Hart, Dworkin, Nino, Alexy, Ferrajoli, Atienza, Guastini- consistió en mostrar al positivismo jurídico como el principal obstáculo (“enemigo”) de la naciente constitución de 1991. Uno de los principales postulados del neoconstitucionalismo colombiano fue entonces mostrar que el modelo de ciencia jurídica positivista, basado en los postulados de objetividad y neutralidad, era insuficiente para explicar la prematura y compleja realidad que el país vivía a principios de los años 90’s. Como bien lo mostrara Villar (1991), durante la segunda mitad del siglo XX una gran porción del debate iusjurídico e iusfilosófico en América Latina, y en particular en Colombia, giró casi que exclusivamente en torno a los problemas fundamentales planteados por la “Teoría Pura del Derecho” del genio vienés. El paradigma kelseniano, precedido por el “hispano tradicional” y el neotomismo de la hegemonía conservadora, intentó, mediante férreos desarrollos teóricos locales, alentar los complejos procesos de cambio de la llamada república liberal (1930-1946). En ese sentido, el positivismo jurídico jugó un papel protagónico al momento de intentar desdibujar la metafísica y las concepciones iusnaturalistas; y a pesar de ser acusado como fundamento de regímenes totalitarios, principalmente del nacional socialismo alemán, su ascenso continuó y su dispersión en Colombia, a partir de los años 40, se hizo de manera notoria. Fue tanto el entusiasmo que generó la llegada (teórica) de Kelsen que, incluso, se asoció como el momento que va a constituir la fundación de la filosofía jurídica moderna en Colombia, pasando por los trabajos de Nieto Arteta, Cayetano Betancur, Abel Naranjo y Rafael Carrillo (Jaramillo, 1999).

Dejando atrás este suceso, tenemos que decir entonces, que el “nuevo constitucionalismo” (Cepeda, 1994) en Colombia propone las bases de un “desarrollo postkelseniano” (Mejía, 2011) que parecía dejar atrás la neutralidad y la objetividad para dar más bien paso al problema de los conceptos

esencialmente controvertidos plasmados en la Constitución. Es decir, la presencia de normas con altas cargas ontológicas como derechos y principios, en la constitución, hace que la moral emigre al derecho positivo y genere una fuerte indeterminación semántica. Sin embargo, la perspectiva de influencia neoconstitucional en la década de los 90's no logró consolidarse como tal. Si bien la generación de autores como Carlos Gaviria, desde la filosofía analítica del derecho (desde Hart, por ejemplo), Luis Villar Borda, acercando al país, desde Kelsen, a la obra de Robert Alexy y Darío Botero quien, desde el marxismo y el estructuralismo foucaultiano, cuestionaba, entre otras cosas, el iuspositivismo kelseniano, lograron generar cierta conciencia sobre la necesidad de nuevos esquemas de concepción e interpretación jurídicas, no alcanzaron, por una parte, a afianzarse ni temática ni institucionalmente (Mejía, 2011, 122-126), y por otra, eran, por sus vertientes de análisis, confusamente teorías neoconstitucionales. Sí lo eran los trabajos que empezaban a aparecer, con un abierto matiz antiformalista, desde la capital, especialmente desde la Universidad de los Andes. Entre ellos cabe citar, uno de los primeros en Colombia, sobre justicia constitucional García Villegas (1996), el debate sobre Hart-Dworkin, abordado en el estudio introductorio de C. Rodríguez (1997) y su trabajo sobre nueva interpretación constitucional (1997), sobre la tesis de las respuestas correctas, tomada de Dworkin, está el texto de Arango (1999) y sobre el valor de los derechos fundamentales en la interpretación está un artículo de este mismo en la Revista de derecho público (1994).

Esta perspectiva entonces, tiene que esperar casi que hasta finalizar los 90's para hacer explícito su reclamo. Se afirmaba con fuerza, desde algunos sectores entusiastas de la academia, en ese momento, que "la teoría del derecho tiene que ser otra cosa", y proseguían... "los elementos para una crítica frontal a la teoría *implícita* del derecho están ya sobre la mesa" (López, 1999). De esta forma, se empieza hacer cada vez más evidente una re-estructuración de paradigma mediante una nueva sensibilidad que trae consigo una "renovación generacional": ya no anclada en aquel paradigma kelseniano del "viejo" constitucionalismo

latinoamericano o en una concepción ideológica-belicista de las constituciones como meras “Cartas de batalla” (Valencia, 1987), ni tampoco una constitución hegemónica que solamente es vista como un mero vehículo que permite, por vía jurídica, la instauración de la nueva presentación histórica del capitalismo: el neoliberalismo (es decir, donde el texto superior es una reforma constitucional “armónica con la nueva época del capital”) (Moncayo, 2004, 200), más bien, una renovación que va a evidenciarse en una entusiasta recepción de materiales iusteóricos foráneos que buscan poner de presente 1) el papel significativo de la interpretación y 2) de los jueces en dicha labor. De esta forma, e iniciados los años 2000, se empieza a apreciar una teoría jurídica en “boga”, ahora sí con fuerza, la cual disparaba (casi) toda su atención a “cómo interpretar el derecho” (López, 2004; ver de igual forma: Arango, 2001; Bernal, 2003a, 2003b y 2005; García L., 2008). Se aspiraba entonces a una (re)descubierta de la textura abierta de los documentos jurídicos y a una apuesta protagónica de la función judicial.

“La enseñanza dominante, contra la que nos rebelábamos –escribe Diego López Medina refiriéndose a aquella época donde empezaba a tomar fuerza la perspectiva neoconstitucional en Colombia- subrayaba, a un nivel básico, el papel de la memorización de reglas contenidas en leyes y códigos como paso indispensable para recordarlas y mostrarles fidelidad”...Todo ello rodeado por un fuerte “ambiente de rigidez y jerarquización pedagógica, social y personal que tendía a reforzar, según se pensaba, la apariencia de rigor, cientificidad y neutralidad” (López, 2004, 2). De esta forma, el fetichismo legal, el culto a la rigidez y la esperanza en la cientificidad y objetividad obstaculizaban el paso a la argumentación y reafirmaban sordamente la memorización. En otro texto, y en ese mismo sentido, López va a evidenciar la pérdida de hegemonía de la teoría kelseniana, expresándola en términos de impureza: la cual sugiere, en su “impureza” no una teoría del derecho contra-Kelsen (una especie de anti-kelsenianismo): “La impureza radica en otra parte –dice López-: la reconstrucción cultural del derecho en América Latina que propongo pretende mostrar, por ejemplo, en qué periodos y por qué razones el sincretismo metodológico que

aborrecía Kelsen se convirtió efectivamente en parte fundamental de entender y hacer derecho en la región y, luego, cuáles fueron las razones que llevaron a estas mismas teorías a su declive gradual” (López, 2009, 38).

El segundo paso de esta estrategia, que coadyuvó a la hegemonía –al menos relativa- de la perspectiva neoconstitucional, y que va de la mano de la idea anterior, fue su demarcada tendencia a mostrar el activismo judicial de la Corte Constitucional colombiana como crítico y contestatario, tanto frente al modelo del juez objetivo como frente a la clásica tridivisión de poderes y su consecuente tradición que se mostraba hermética e intentaba conservar las bases (formales) de una herencia romano-germánica. De esta forma, el vacío dejado por órganos populares daría espacio para que el juez, a través de la interpretación progresista de los derechos fundamentales, impulse el cambio social como mecanismo paralelo al Estado constitucional (Rodríguez y Rodríguez, 2010). Este tipo de interpretación, según Bernal Pulido, propone un reto para las cortes constitucionales (Bernal, 2005). El cual es elaborar una teoría material de la constitución. La función de esta teoría es determinar el contenido, alcance y sentido de los derechos fundamentales en cada caso concreto. Y este es precisamente la tercera estrategia –la racionalidad en la decisión judicial- que puede evidenciarse en la apuesta del neoconstitucionalismo: Dicha teoría (material de la constitución) crea contenidos en estricto sentido los cuales evitan la creación irrefrenable de derechos al imponer, al juez, “las reglas de la racionalidad en la argumentación jurídica” (Bernal, 2005, 20). La argumentación jurídica neoconstitucional (técnicas de interpretación como la ponderación, el principio de proporcionalidad...) se blinda de esta forma, y en contra vía a enfoques como los Critical Legal Studies y las vertientes jurídicas de influencia marxista, que frecuentemente acusan a la adjudicación un fuerte sesgo ideológico, político que se evidencia en la aplicación de derechos fundamentales, termina por privilegiar el punto de vista analítico. La Corte en sus decisiones operaría entonces bajo una racionalidad débil la cual remite a las reglas de la argumentación jurídica. La tarea aquí consiste en explorar el método por medio

del cual la Corte determina el contenido, alcance y sentido de los derechos fundamentales. A lo cual Bernal llama el derecho de los derechos. Un derecho, ante y sobre todo jurisprudencial.

El tercer paso: Si en el primer y segundo paso de esta estrategia el concepto “contrahegemónico” o el “carácter emancipatorio” de los estudios jurídicos dependía de su capacidad, primero, para poner en evidencia el acelerado declive y la insuficiencia del paradigma positivista para explicar la realidad constitucional de Colombia desde 1991, y segundo, en las propuestas de herramientas hermenéuticas para salir del agujón semántico del positivismo, ya en este tercer paso lo “contrahegemónico” o “crítico-emancipatorio” va a depender del efecto que generan algunas de las prácticas jurisprudenciales de la Corte constitucional, es decir, de su capacidad para afectar intereses hegemónicos. Los autores a los que nos referimos, Uprimny y García, para blindarse de las críticas, no niegan el rol ideologizador y dominante de los derechos, sino que, ponen su acento en la ambigua tendencia de la corte, la cual navega en una “zona fronteriza entre debilidad institucional y prácticas sociales emancipatorias” (García y Uprimny, 2004,463-515). En la primera se evidencia –tal como sostendrían las tesis marxistas- la manufacturación jurídica con fines dominantes y, en la segunda, tomándose en serio su función y apropiándose del derecho como instrumento de resistencia. En el mismo sentido, Rodríguez C. y Rodríguez D. (2010, 23) argumentan que, si bien es cierto los fallos de un tribunal constitucional no necesariamente producen el exacto cambio esperado, deseado, pero si “pueden ayudar a redefinir los términos de las disputas entre grupos sociales, tanto en corto como en largo plazo”, resaltando de esta forma, que no es necesario soslayar la imaginación institucional de los jueces para poder lograr transformación social en contextos políticos anquilosados.

En síntesis, debido al contenido de la Constitución colombiana de 1991 –su amplio catálogo de derechos-, estas y otras teorizaciones que hemos mencionado, junto con renovadas prácticas jurisprudenciales, ha hecho que

autores como Leonardo García J. sostengan, que “Colombia esté regida por los postulados del neoconstitucionalismo” (García, 2008, 290).

Ahora bien, esa sería la estrategia de la perspectiva de influencia neoconstitucional y a la vez sus elementos clasificatorios; ahora exploremos sus tres líneas de trabajo. En la primera línea de trabajo, la de *teoría constitucional*, el objeto epistemológico de la discusión está dirigido a una cuestión gramatical, a una cuestión que ancla sus bases en lo más profundo de la teoría jurídica. Este grupo comparte la idea de todo un desarrollo teórico sofisticado en Colombia, a partir de la expedición de la constitución de 1991, el cual impone un verdadero cambio de paradigma jurídico ausente en la historia de nuestro país. La teoría jurídica en Colombia, se ha encargado de problematizar el formalismo jurídico, y con ello, intentar poner de manifiesto la insuficiencia del paradigma positivista, en particular la versión estándar, el “kelsenianismo”, para resolver la pregunta que las constituciones de postguerra plantean. Los autores que más sobresalen en esta línea de trabajo son Diego López, Carlos Bernal, Rodolfo Arango, entre otros. Todo este grupo, a pesar de las distancias que puedan existir entre sus proyectos teóricos, parece alinearse en un punto: mostrar, y a la vez “atacar”, la tendencia histórica de espectro formalista-procedimental del constitucionalismo colombiano (atribuible, más bien, al derecho en general); encapsulada, ya en el positivismo o en el iusnaturalismo; lo cual ha contaminado –y contamina aun- el proceso de renovación hermenéutico-jurídica que empezaba, en su momento, a afrontar la jurisprudencia constitucional. En ese sentido, la lucha política parece convertirse en una lucha por la interpretación de los derechos: una lucha por una especie de verdad constitucional. Su punto de partida entonces, lo constituiría la crisis del modelo positivista para explicar la realidad constitucional pots-91 y su argumento principal giraría en torno a una posible renovación teórica del aparato constitucional. Y su periodo de estudio podría ubicarse desde aprox. 1990 hasta 2000.

La segunda línea de trabajo, la de sociología jurídica, ha estado impulsada notoriamente por tres instancias: De-justicia, el CIJUS y la “Colección Derecho y Sociedad”. Se han gestado numerosos estudios interdisciplinarios sobre las instituciones y el derecho, los cuales, mediante la combinación de teoría y trabajo empírico, buscan poner de manifiesto, entre otras cosas, las relaciones (1) entre Constitución y modelo económico y (2) jurisprudencia (constitucional) y cambio social. De esta forma, estos enfoques, se han preocupado por la función social del derecho; concentrándose en la función del tribunal constitucional como referente inevitable. Más allá de sus matices, su preocupación central parece ser: la forma en que el uso del derecho dentro de contextos como Colombia, si bien puede ser hegemónico, a través de prácticas jurisprudenciales puede llegar a revertir(se) su carácter, generando una práctica contra-hegemónica y emancipatoria. Se intenta entonces, mostrar al derecho desde su proyección simbólica y emancipatoria. Sin embargo, este tipo de posiciones no fueron al principio de los años 90’s evidentes en algunos miembros de este grupo. Mauricio García Villegas (1993), por ejemplo, en un primer momento, había sostenido la *eficacia simbólica del derecho*, es decir, la forma en que el derecho beneficia a los poderosos incluso cuando éste indica otra cosa, sea; el derecho al calmar la rebeldía mediante el desplazamiento del conflicto, y el traslado de este a su terreno aparentemente neutro no logra sino una eficacia simbólica: “son normas cuya eficacia radica en que sirven para calmar los ánimos de los grupos desaventajados” (Lemaitre, 2009, 27). Posteriormente, con la jurisprudencia progresista de la Corte y las prácticas desprendidas de ésta, García, en su trabajo conjunto con Uprimny (2004), da una especie de “giro”; así, si bien no niega el carácter hegemónico del derecho, es decir, su disposición como mecanismo de legitimación del poder, también agrega –y en esto concuerda con autores como Rodríguez (2007), Lemaitre (2009)- la capacidad de la jurisprudencia constitucional de generar efectos contrahegemónicos y emancipatorios. De esta forma, dicho grupo, se une en una especie de “optimismo moderado” ante las prácticas jurisprudenciales. Los autores que más sobresalen en esta línea de trabajo son Rodrigo Uprimny, César Rodríguez y Mauricio García Villegas. Su punto de partida, al igual que la línea de

trabajo anterior, es la jurisprudencia constitucional y el carácter hegemónico del derecho, mientras que, su argumento principal giraría en torno a la idea de un constitucionalismo con carácter emancipatorio; en cuanto a su periodo de estudio, este puede localizarse de aprox. 2000 hasta 2009.

De igual forma, dentro de este paradigma puede rastrearse una tercera línea de trabajo que, a pesar de no estar directamente perfilada dentro de los elementos clasificatorios anteriormente mencionados, sí encuadra como una línea de trabajo de la perspectiva neoconstitucional. Nos referimos a un enfoque que es realizado desde la óptica de los estudios multiculturales por el profesor Daniel Bonilla. Si bien Bonilla no se auto define como neoconstitucionalista, si comparte algunos presupuestos comunes con esta vertiente. Por ejemplo, su principal patrón de estudio –al igual que los estudios de teoría constitucional y sociología jurídica- lo constituye la Corte Constitucional y su labor interpretativa. Bonilla sostiene que, las propuestas de autores como Kymlicka, Taylor y Tully, a pesar de sus grandes esfuerzos y los elementos originales propuestos en sus análisis “no consiguen reconocer e incluir la diversidad cultural. Sus propuestas se limitan a reconocer comunidades liberales culturalmente diversas. Bonilla muestra que, al igual que los teóricos multiculturales, la Corte constitucional no logró articular una solución interculturalmente estable ante este conflicto. La Corte ha dado tres interpretaciones al problema de la diversidad cultural; dos de ellas similares a la de los teóricos del multiculturalismo, otra, la tercera, con algunas falencias, ha intentado escapar de las bases ideológicas del liberalismo. Esas tres posiciones son la del “liberalismo puro”, la del “interculturalismo radical” y la del “liberalismo cultural”. En síntesis, al autor concluye que, a pesar de toda la atención que presta la Constitución a los grupos indígenas, la Corte Constitucional, “no logra articular una nueva relación de respeto frente a las minorías culturales” (Bonilla, 2006, 17). El punto de partida de esta línea de trabajo, al igual que las dos anteriores, es el estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y su argumento principal plantea que la Corte Constitucional no ha ofrecido, en su

jurisprudencia, una solución intercultural-mente inestable a la diversidad cultural. El periodo de estudio abordado por el autor puede ubicarse aprox. Desde 2000 hasta 2009.

### 3.3. PERSPECTIVAS (CRÍTICAS) DEL CONSTITUCIONALISMO POST-91 EN COLOMBIA

Si el anterior recorrido nos permitía explorar lo que sería la primera perspectiva en el constitucionalismo colombiano post-91, rastremos ahora las perspectivas (críticas) en los estudios constitucionales que emergen en Colombia. Esta opta por una posición crítica, y se caracteriza por un demarcado eclecticismo. A diferencia de la anterior perspectiva, que posee algunos elementos en comunes como lo son un punto de partida común (la crisis del positivismo por ejemplo), algunos elementos clasificatorios y una metodología cercana (que toma como punto de arranque la jurisprudencia constitucional), las perspectivas de enfoque crítico en cambio, además de estar fuertemente dispersas han establecido, salvo pocas excepciones, algún tipo de diálogo.

La primera perspectiva es aquella que guarda una filiación teórica con lo que comúnmente se denomina la *crítica jurídica*, de resonancia marxista. Para estos autores, como por ejemplo, para Gilberto Tobón –aunque Mejía Quintana (2009) parece optar en algún momento por posición similar a esta-, el derecho y el constitucionalismo cumplen una función hegemónica y por ende los procesos de cambio social deben ser alentados desde lo político y no desde lo jurídico. Los autores más representativos de esta perspectiva son los profesores Víctor Moncayo y Gilberto Tobón Sanín, aunque también se pueden encuadrar –con algunas dificultades- algunos trabajos de Jairo Estrada, Germán Burgos e incluso Consuelo Ahumada. Desde sus inicios, el pensamiento jurídico crítico en Colombia, incluso antes de la práctica constitucional actual, “buscó indagar la consolidación del derecho como relación de dominación, así como el papel que en él se le da a lo ideológico y al Estado” (Wolkmer, 2003, 73). Entre los trabajos

tempranos de esta línea se encuentran los ensayos de Víctor Moncayo titulados: “El derecho: una relación de producción” y “Sobre el derecho en las formaciones sociales capitalistas”. Moncayo plantea en *El Leviatan Derrotado* sus principales aportes al respecto, Tobón lo hace con su idea de *constitucionlismo aparente*, mientras que, Jairo Estrada con la idea de *constitucionalismo neoliberal*.

Todo este grupo de autores, en línea con lo anterior, han sostenido –directa o indirectamente- cómo la constitución ha emergido en la forma jurídica que legitimaría el sistema neoliberal y las políticas que éste supone. Demandan entonces, la forma en que el constitucionalismo post-91 en Colombia operó como autopista para impulsar un conjunto de reformas las cuales sirvieron de plataforma para la instauración del modelo económico neo-liberal. Este es el punto de partida de esta perspectiva, la cual, como vimos, pese a sus diferencias parece alinearse en un punto: la influencia del marxismo en sus análisis –o comentarios en algunos casos- sobre el constitucionalismo. De tal manera que, los avances señalados por ejemplo, por las líneas de trabajo de sociología y teoría jurídica serían cuestionados desde esta perspectiva. El punto de partida de estos autores, a diferencia de las líneas de trabajo de la perspectiva neoconstitucional, lo constituye el análisis de la jurisprudencia constitucional, del proceso constituyente y de la Constitución política como tal. Su argumento principal podría sintetizarse en la idea de que, existe una demarcada relación entre la Constitución, las prácticas jurisprudenciales de la Corte Constitucional con el modelo neoliberal. En cuanto a su periodo de estudio, este puede ser ubicado aprox. desde inicios del proceso constituyente hasta 2005.

Por otra parte, encontramos unaperspectiva más, que cobra significativa relevancia dentro de la reflexión constitucional en Colombia. En este caso, se puede encontrar un primer intento de diálogo entre algunas posiciones críticas y otras cercanas a la perspectiva de influencia neoconstitucional. El filósofo Oscar Mejía Quintana (2002) ha sostenido, en contra vía a la posición adoptada por Uprimny y García V. (2004), que la jurisprudencia (neo) constitucional no puede

generar un efecto emancipatorio o contra hegemónico, sino apenas reivindicatorio. La emancipación, al igual que en Marx, es solamente política no jurídica. De igual forma Mejía se concentra en mostrar los giros y tensiones al interior de la jurisprudencia constitucional, resaltando así cambios polémicos de posiciones teóricas en la Corte. En este caso el punto de partida del análisis lo constituye la jurisprudencia constitucional y el (supuesto) carácter emancipatorio del derecho, el cual es cuestionado por el autor, mostrando, entre otras cosas, la relación del diseño constitucional con el modelo neoliberal. El periodo de estudio analizado por Mejía Quintana abarca aprox. desde 1990 hasta 2004.

Otra perspectiva crítica la encontramos en autores como Salomón Kalmanovitz (2001), quienes hacen énfasis en el (supuesto) carácter contra-mayoritario e inclinación populista de las decisiones de la Corte constitucional frente a temas económicos. Acá se puede encontrar otro intento de diálogo, pues Kalmanovitz, en contra vía a juristas pertenecientes al ámbito académico-jurisprudencial como Uprimny y R. Arango, ha intentado poner sobre la mesa los principales peligros del activismo en materia económica. El punto de partida de Kalmanovitz lo constituye la jurisprudencia de la Corte Constitucional; su argumento principal gira en torno a la tesis del (alto) costo económico de los fallos constitucionales, y la consecuente afectación al orden económico. El periodo de estudio abarcado es aprox. desde 1992 hasta 2001. Finalmente, aunque con argumentos bastante discutibles, encontramos la perspectiva crítica de Tamayo Jaramillo quien, en contra del “nuevo derecho en Colombia”, argumenta que, la aplicación de este derecho está “basada en corazonadas, valores y principios generalísimos, doctrina que de alguna manera aplica la Corte Constitucional en sus sentencias modulativas y en desconocimiento expreso de textos constitucionales absolutamente claros, lo que hace que la corporación más que ser un intérprete de la carta, sea un nuevo legislador ilegítimo” (Tamayo, 208, 143). El punto de partida de Tamayo lo constituye la jurisprudencia de la Corte Constitucional; su argumento principal gira en torno a la tesis del carácter antipopular de los fallos de

la Corte y su falta de legitimidad democrática. El periodo de estudio abarcado es aprox. desde 1999 hasta 2009.

A continuación, intentaremos condensar o resumir, mediante un cuadro de análisis, los estudios constitucionales post-91 en Colombia, mostrando de forma esquemática e ilustrativa los paradigmas y perspectivas constitucionales rastreados: 1) sus líneas de trabajo, 2) autores representativos, 3) puntos de partida, 4) argumentos principales, 5) influencias teóricas, doctrinales o jurisprudenciales y 6) periodos de estudio y textos principales. Antes es necesario explicar algunos datos en torno al cuadro de análisis. Este empieza<sup>26</sup>:

1. Con el campo de estudio, el cual se expone en recuadro así: 
2. Posteriormente encontramos los paradigmas y perspectivas constitucionales, en un recuadro así: 
3. Si las líneas que prosiguen son líneas de color rojo eso indica la existencia de líneas de trabajo, sino son líneas azules indica que son simplemente perspectivas.
4. A continuación encontramos, por un lado, las líneas de trabajo del paradigma, en recuadros así:  y, por otro lado, a la derecha de las líneas de trabajo encontramos los paradigmas, en recuadros así: 
5. En seguida encontramos los autores más representativos, en recuadros así:
6. Siguen los distintos puntos de partida de cada línea de trabajo del paradigma o de la respectiva perspectiva, en recuadros así: 
7. Más abajo encontramos las conclusiones principales de cada línea de trabajo o perspectiva, en recuadros así: 
7. Siguen las referencias teóricas, doctrinales o jurisprudenciales, en recuadros que llevan esta forma: 
8. Continúan los periodos de estudios, en recuadros así: 
9. Finalmente encontramos los principales textos, artículos o compilaciones de cada línea de trabajo o perspectiva, en recuadros así: 

---

<sup>26</sup> Los recuadros, en esta sección, son presentados de manera reducida; se conserva su color y su forma más no su tamaño. La intención de esta parte no es otra que ilustrar al lector sobre cómo interpretar los cuadros de análisis.

# ESTUDIOS CONSTITUCIONALES POST-91 EN COLOMBIA

“Paradigma de influencia neoconstitucional”

“Perspectivas críticas”

Teoría  
jurídica

Sociología  
jurídica

Estudios  
multiculturales

Crítica  
jurídica

Filosofía

Análisis  
económico

Tradicionalismo

López  
Bernal  
Cepeda  
Arango  
García J.

Uprimny  
García V.  
Rodríguez  
Lemaitre

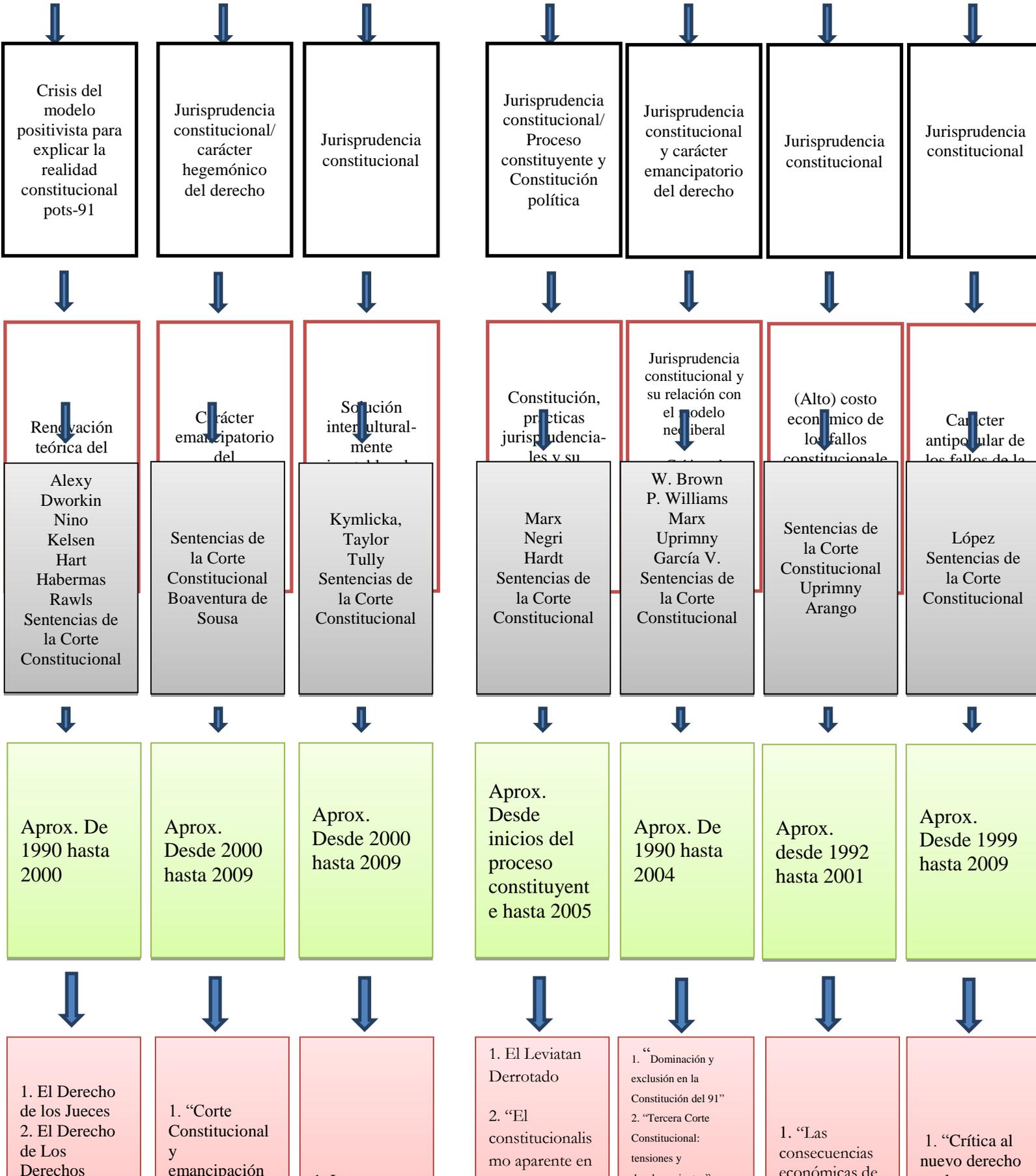
Bonilla  
Maldona  
do

Tobón  
Moncayo  
Estrada  
Libreros

Mejía-  
Quintana  
Mápura  
Galindo

Kalmanov  
itz  
Enciso

Tamayo  
Jaramillo



Este sería entonces la cartografía que hemos podido rastrear en los estudios constitucionales post-91 en Colombia, junto con su cuadro de análisis; donde pudimos señalar las distintas perspectivas constitucionales. Además, mostramos sus autores, puntos de partida, argumentos principales, referencias (sean de tipo teórico, histórico, jurisprudencial y/o normativo), periodos de estudio y textos principales en cada línea de trabajo. Veamos ahora este mismo ejercicio en el constitucionalismo andino.

#### 3.4. HACIA UNA CARTOGRAFÍA DEL “CONSTITUCIONALISMO ANDINO”

Ya hemos insistido a lo largo de este trabajo en que la categoría de “constitucionalismo andino” guarda profunda relación (pero no es subsumida) con la de nuevo constitucionalismo latinoamericano. De esta forma, se pueden encontrar tanto diferencias como similitudes; estas escapan a la intención del presente trabajo. Solo haremos énfasis en estas diferencias y similitudes en la medida en que sean útiles para la realización de nuestro objetivo principal, el cual, como sabemos, no es otro que presentar, en este acápite, una cartografía sobre

los estudios en torno al constitucionalismo andino. En este no es posible rastrear la existencia de paradigmas constitucionales solamente podemos encontrar varias perspectivas constitucionales, para ser más exactos seis perspectivas constitucionales, las cuales solo conservan similitudes en cuanto a su objeto de estudio pero sin embargo no están unidas o tendencialmente unidas por un modelo teórico. De esa forma no es posible rastrear líneas de trabajo. Sin embargo, la perspectiva “decolonial” se caracteriza por la presencia de varios autores que conservan fuertes elementos y horizontes teóricos en común desde un mismo enfoque. De tal manera que, esas seis perspectivas constitucionales pueden ser clasificadas así: 1. “Tipologías constitucionales”; 2. El “nuevo constitucionalismo latinoamericano”; 3. La “Perspectiva” Decolonial”; 4. El “Giro Biocéntrico”; 5. “La sala de máquinas” y 6. “Perspectivas críticas”. Empecemos entonces:

#### 3.4.1. “Tipologías constitucionales”

En esta primera perspectiva desarrollaremos los principales rasgos fundamentales que caracterizan lo que hemos nominado “tipologías constitucionales”, esto es, el estudio de las constituciones y el constitucionalismo mediante el uso de mapas, tipologías, ciclos o periodos constitucionales. En esta perspectiva podemos encontrar estudios que tienen como meta principal exponer los elementos compartidos, las diferencias y las tendencias comunes presentes en las reformas y cambios constitucionales de la década de los 80 hasta el 2008-2009 en América Latina. Ese objetivo principal ha estado acompañado por otro objetivo que se vislumbra en la intención de demostrar si en el nuevo constitucionalismo es posible encontrar diversas particularidades y diferencias que podrían abrir la puerta a sostener que éste es un genuino y nuevo constitucionalismo latinoamericano. Las tipologías, aquí, son precisamente la herramienta conceptual y metodológica que permite un estudio amplio de las transformaciones constitucionales, y mediante su utilización, es posible rastrear “lo común”, “lo diferente” y “lo novedoso” del nuevo constitucionalismo. De otra

parte, los principales autores de estos estudios son Rodrigo Uprimny, Cesar Baldi, Luz Sánchez, Raquel Yrigoyen y Víctor Moncayo. Respecto a sus autores, las “tipologías” se han caracterizado por un dialogo constante y enriquecedor que se ha entablado entre los mismos autores –y otros– pertenecientes a esta corriente. (Si comparamos esta perspectiva con las demás estudiadas en este acápite, podemos observar que esta es –tal vez– la que más ha conversado con sus colegas). Vemos como en los trabajos de Uprimny aparecen como referencia los de Yrigoyen; en los de Baldi, los de Uprimny y Yrigoyen; y en los de Moncayo los de Yrigoyen y Uprimny. Finalmente, este dialogo ha producido algunas divergencias y convergencias interesantes –esta sería otra característica–, por ejemplo, respecto a *lo común* del nuevo constitucionalismo: la mayoría comparte la opinión según la cual este fenómeno constitucional se enmarca en el pluralismo y la diversidad, pero para algunos el *punto de arranque* no es el mismo: la constitución de Brasil 1998 (Uprimny); la constitución de Canadá 1982 en términos de referente histórico (Yrigoyen). Ahora, un estudio juicioso y detallado, mediante el uso de tipologías, permite a los autores destacar “tonalidades” de pluralismo que constituyen *lo diferente* y *lo novedoso*: Bolivia y Ecuador son ejemplo, a diferencias de las anteriores constituciones latinoamericanas, de un “constitucionalismo pluricultural” (Yrigoyen), “descolonizador” (Baldi), que va “más allá” de un esquema de “ciudadanía diferencial” como el de la carta colombiana (Uprimny).

De tal manera que, como punto de arranque, las tipologías se enfocan en diversos escenarios constitucionales y a la vez sus argumentos principales varían. Algunos autores de esta perspectiva, como señalábamos toman como punto de arranque la Constitución de Brasil de 1988 (tal es el caso del investigador Uprimny), otros la Constitución de Canadá (como Yrigoyen), y finalmente otros como Baldi y Moncayo se enfocan en la idea de nuevo constitucionalismo, partiendo al parecer desde Venezuela (1999). La diversidad de esta perspectiva constitucional nos ofrece una variada gama de argumentos principales. Uno de los más “seductores” parece ser aquel que, clasificando en tipos de

constitucionalismos, le da un estatus particular a las Constituciones de Ecuador y Bolivia, enmarcándolas como un constitucionalismo pluralista (Yrigoyen) y Uprimny Sánchez lo confirman al afirmar: “Estas dos constituciones encaran de manera directa el fenómeno colonial y apuntan en la dirección de un proceso descolonizador a partir de los paradigmas de la plurinacionalidad y la interculturalidad. Esta dimensión representa una *total novedad* no solo dentro del ámbito regional, sino global. (Uprimny y Sánchez, 2015)”.

#### 3.4.2. El “nuevo constitucionalismo latinoamericano”

Los teóricos pertenecientes a esta perspectiva se caracterizan por hacer un fuerte énfasis en el poder constituyente democrático como elemento legitimador del texto constitucional; donde se busca la conjunción entre constitución y democracia, de manera que, exista un constante influjo entre ambas; que permita a la vez un avance dialéctico en el que el poder constituyente, lejos de quedar excluido, o jugar un rol subordinado frente al poder constituido, juegue un rol activo: de constante guía, control y orientación sobre el poder constituido. Esta “dialéctica constituyente” supone que, para realizar cualquier modificación a la constitución, habrá que pasar necesariamente por la activación del poder constituyente –con la intervención del poder constituido o no-. Con estos argumentos, esta perspectiva toma distancia de los postulados del neoconstitucionalismo, en la medida en que, en primer plano, estos autores se encargarían de analizar y por ende darle preponderancia al elemento legitimidad y no así al problema de la validez, al que revisarían en un segundo plano. Por tal razón, podríamos decir que, la constitución no posee fuerza vinculante porque la misma lo establezca así, sino porque el poder constituyente primario así lo decidió. En esta línea de argumentación encontramos, como principales exponentes, a autores como Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, quienes, a través de la categoría de “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, intentan explicar las transformaciones políticas ocurridas en la infraestructura constitucional latinoamericana reciente en países como Venezuela, 1999,

Ecuador, 2008 y Bolivia 2009; pasando, como punto de arranque, por las experiencias constitucionales de Colombia, 1991 y Ecuador, 1998. Otros autores, que de forman parte de esta perspectiva, como Javier Couso (2013) y Diego González (2012) han seguido la tesis de Viciano y Martínez al igual que Josefina Méndez y Daniel Cutié (2010), solo que realizando algunos matices. Albert Noguera y Marcos Criado(2011) de igual manera han hecho énfasis en el poder constituyente democrático, solo que han ubicado, y con esto toman distancia de Viciano, Dalmau, González y Couso, la constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina. Un análisis similar, pero con varios matices de fondo, como por ejemplo un resaltado énfasis en los derechos ambientales y los pueblos indígenas, es el enfoque de Marco Aparicio Wilhelmi (2011), quien solo incluye, en su análisis, las Constituciones de Ecuador y Bolivia. De igual forma podemos encuadrar algunos trabajos de Gerardo Pisarello (2009) y Carlos M. Villabella (2010). Otro elemento que caracterizaría a esta perspectiva es que la mayoría de sus miembros son autores de países europeos, particularmente España. Lo cual ha dado como resultado el intento por realizar una mirada “hacia el sur” “invirtiendo así el flujo hegemónico de conocimientos y aprendizajes”. Es decir, Latinoamérica ha sido reconocida como productora (y ya no solamente como receptora) de conocimientos. Tal característica de esta perspectiva constitucional supondría una revaluación de los conceptos planteados por Diego López Medina(2005) en su conocida obra Teoría Impura del Derecho, tan difundida por Latinoamérica. Allí López propondría la fuerte distinción entre sitios de producción y sitios de recepción, ubicando a América Latina en los segundos. Con lo cual, los iusteóricos latinoamericanos solo se encargarían de recepcionar, por medio de lecturas, los cánones del norte. Esas “malas” o “buenas” lecturas conformarían el reservorio de ideas sobre el derecho, que se tiene en la región. Ahora podríamos decir que, América Latina es productora de derecho constitucional (esto se puede reafirmar con más profundidad cuando abordemos la perspectiva decolonial). Otro elemento que distingue a esta perspectiva es que varios de sus miembros no son únicamente académicos sino que de igual forma se han desempeñado como asesores en

asambleas constituyentes latinoamericanas, en países como Ecuador 1998 (Viciano), Venezuela 1999 (Viciano, Martínez Dalmau), Bolivia 2006-2007 (Viciano, Martínez Dalmau) y Ecuador 2008 (Viciano, Martínez Dalmau).

### 3.4.3. La “Perspectiva Decolonial”

Esta perspectiva constitucional se caracteriza por un intento de articulación entre constitucionalismo latinoamericano y teoría decolonial. Intentando de esta forma, mostrar los espacios de colonialidad que, a lo largo de la historia del constitucionalismo, han logrado establecerse y consolidar una estructura colonial. Su punto de partida, podríamos decir que es, retomando los estudios decoloniales, unir la idea de modernidad con la de colonialidad. De tal manera que, por ejemplo, desde el inicio del constitucionalismo fundacional este no solo pretendía la liberación, emancipación y proponer las bases para la modernidad sino que, de igual manera, empezó consolidando una estructura colonial de larga duración. A esta mezcla entre saber constitucional y estudios decoloniales, el profesor argentino Alejandro Médici (2012) la ha denominado “*constitucionalismo decolonial*”, o, siguiendo a Enrique Dussel, “*transmodernidad constitucional*”. Con estas conceptualizaciones, a diferencia de las categorías que tradicionalmente son usadas (poder constituyente, tribunales constitucionales, test de ponderación, proporcionalidad...), se intentan explicar procesos constitucionales por medio del análisis planteado desde el pensamiento decolonial, en el cual se da uso de herramientas como “colonialidad del poder-saber-ser”, entre otras.

Esta perspectiva, a pesar de realizar una crítica al constitucionalismo, no cae sin embargo, como sucede en muchos casos, en el corpus teórico del marxismo o en la denominada izquierda. Pues para dar cuenta del fenómeno de la colonialidad, punto central en esta perspectiva, las grandes narrativas de la modernidad, liberalismo y marxismo, parecen quedarse cortas, pues con estas, se corre el riesgo de someter a dichos procesos “a cuadros analíticos y conceptuales viejos, incapaces de captar la novedad y, por eso, hay la tendencia a desvalorizarlos,

ignorarlos o satanizarlos” (Santos, 2010, 19). De tal manera que, esta perspectiva propone una renovación conceptual con categorías como colonialidad del poder, colonialidad del ser, colonialidad del saber, entre otras. Sus características principales serían entonces: 1) su punto de *vista metodológico* se caracteriza por un fuerte énfasis en la teoría decolonial. 2) Una revisión del *concepto de poder*. 3) Emprende, como ruta teórica, procesos de *descolonización* “desde” y “en” el constitucionalismo. 4) Estatuye al indígena como “sujeto político” y el “*lado oscuro*” del constitucionalismo. y 5) por realizar una constante crítica constante al neoconstitucionalismo.

De otro lado, el campo de análisis de esta perspectiva se reduce a Ecuador y Bolivia sin incluir, como hacen otras perspectivas, a Venezuela o Colombia. En lo que respecta al conjunto de autores principales, encontramos investigadores/as de distintas nacionalidades, como el portugués Boaventura de Sousa Santos, la norteamericana Katherine Walsh, los argentinos Alejandro Médici y Alfredo Guevara y el mexicano Alejandro Rosillo; en Brasil vale la pena resaltar a un conjunto de autores que se han dedicado a armar las piezas de esta lectura: tales como Antonio C. Wolkmer, Fernanda Frizzo, Natalia Martinuzzi, César A. Baldi, Adriano Corrêa de Sousa, Lucas Machado, Raquel Lopes e Isabelle Lunelli. También encontramos autores como el ecuatoriano Ramiro Avila Santamaría y los colombianos Ricardo Sanín y Rosembert Ariza. Entre sus principales fuentes teóricas podemos citar a autores como Ramón Grosfoguel, Santiago Castro-Gómez, Enrique Dussel, F. Fanon, Nelson Maldonado Torres, entre otros. Su argumento principal puede sintetizarse de la siguiente forma: las recientes Constituciones de Ecuador y Bolivia abren un horizonte político, desconocido en toda la historia constitucional mundial, que permite emprender procesos de descolonización en América Latina.

#### 3.4.4. El giro biocéntrico

La siguiente perspectiva ofrece una perspectiva que se caracteriza por varios elementos bastante peculiares. En primer lugar, los autores que la componen en ningún momento intentaron, al menos como objetivo principal, realizar un análisis del NCL. En segundo lugar, provienen de disciplinas no jurídicas tales como la economía, la ecología social, entre otras. Tercero, su análisis se centra en un cuestionamiento al concepto de “desarrollo” –tal como la modernidad occidental lo entendió y lo expandió por el mundo entero- y las consecuencias sociales, políticas, culturales y ambientales del mismo. Cuarto, su propuesta se concentra en la idea de un “posextratativismo” que supere la lógica occidental de manera paulatina y responsable. Y quinto, su posición frente al NCL, en este caso frente a las recientes constituciones de Ecuador y Bolivia, se puede caracterizar como un *escepticismo moderado* –al igual, pero con enfoques distintos, que los autores pertenecientes a las perspectivas críticas- frente a las mismas: en la medida en que reconocen, primero, los avances y/o aperturas de los textos constitucionales al hacer frente a las políticas desarrollistas y neodesarrollistas, pero, segundo, advierten que, dichos textos, ya sea por razones de políticas gubernamentales o interpretaciones de los mismos, abren la puerta a soluciones que solo merman esta problemática pero no la solucionan de fondo. Autores como el ecuatoriano Alberto Acosta, quien como presidente de la Asamblea Constituyente ecuatoriana fue uno de los más activos promotores de la idea del Buen Vivir, y el uruguayo Eduardo Gudynas son quizá los máximos exponentes de esta lectura. Antes de analizarla, debemos aclarar que, esta lectura, podríamos decir, *no existe como tal* sino que, luego de una juiciosa revisión bibliográfica, la *hemos construido*. Es decir, hemos rastreado en estos autores y otros que mencionaremos más adelante, un enfoque que pone de relieve un elemento que en muy pocas ocasiones hace parte de la agenda de estudios constitucionales. De ahí que, haga parte de la cartografía sobre nuevos(s) constitucionalismo(s) latinoamericano(s). Además, este enfoque toma algunos elementos de la “lectura decolonial”, es decir, que uno de los principales suministros de su marco teórico lo constituye el denominado colectivo o red “modernidad/colonialidad”.

El periodo de estudio analizado puede reducirse básicamente a las recientes experiencias de Ecuador y Bolivia, específicamente a las Constituciones de estos países. Mientras que el punto de partida de esta lectura, como habíamos señalado, lo constituye el concepto de desarrollo y sus consecuencias “patológicas”.

#### 3.4.5. “La sala de máquinas”

Una quinta lectura, con un fuerte énfasis crítico, la podemos encontrar en la obra del reconocido profesor argentino Roberto Gargarella. Gargarella (2005) rastrea un periodo de estudio que se remonta desde el “constitucionalismo fundacional americano” y llega hasta los recientes desarrollos constitucionales en América Latina. La lectura de este autor se caracteriza, por un lado, por reconocer los avances del NCL en cuanto al intento de superar la desigualdad social y su componente democrático, pero, por otro lado, intenta advertir sobre uno de los peligros que enfrenta el nuevo constitucionalismo latinoamericano: la concentración del poder. Su argumento central se enfoca en la “sala de máquinas” de las constituciones y cómo esta es (in)alterada en dichos textos.

Todas las lecturas mencionadas, de una u otra manera están en desacuerdo, al menos en algún punto, con el proyecto del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Sería impensable e incluso ingenuo creer que todos los autores que hemos abordado consideran que el NCL es una estructura constitucional perfecta. A pesar de ello, nos limitaremos, en este acápite, a hacer énfasis en aquellos trabajos que de manera explícita cuestionan algunos de los principales postulados del NCL. Al respecto, Viciano y Martínez (2014, 73) han sostenido que “las críticas al nuevo constitucionalismo latinoamericano han provenido específicamente de la doctrina más conservadora y menos desarrollada conceptualmente, que critica el carácter populista de los nuevos textos constitucionales” (los autores españoles se refieren concretamente a Edwards y a Salazar Ugarte).

Sin embargo, el argumento principal de esta lectura crítica no se reduce únicamente al carácter populista del NCL, sino que, consiste en un cuestionamiento desde cuatro aristas diversas: a) desde la “sala de máquinas”: Gargarella (2009 y 2014), a quien ya trabajamos anteriormente, considera que, a pesar del amplio catálogo de derechos otorgados por los textos constitucionales del NCL, la estructura del poder se ha mantenido intacta con lo cual la materialización de esos derechos se ha postergado; b) desde la teoría de la “democracia constitucional”: Salazar Ugarte (2013) por ejemplo, ve en el NCL un fenómeno extrajurídico, en la medida en que puede ser objeto de valoraciones de índole política o ideológica pero no mediante consideraciones de teoría constitucional. De igual forma, argumenta que las constituciones del NCL son ambiguas, complejas, intrincadas y contradictorias pues mezclan tradiciones diversas e irreconciliables; c) desde la “crítica jurídica”: En esta línea se perfila Daniel Sandoval (2013 y 2014), quien considera que el NCL es un proceso que se mueve entre horizontes emancipadores y usos del discurso del derecho para la dominación; y d) autores que han cuestionado el carácter populista del NCL, como Edwards (2009), en el caso ecuatoriano, o han cuestionado la deficiente aplicación de la Constitución de Montecristi, como Corral (2011) y Pérez (2011)<sup>27</sup>. En cuanto al periodo de estudio, estos autores se encargan de analizar las Constituciones del NCL, desde la experiencia venezolana de 1999 hasta la boliviana de 2009, y algunos estudios sobre el NCL.

#### 3.4.6. Perspectivas críticas

Todas las perspectivas mencionadas, de una u otra manera están en desacuerdo, al menos en algún punto, con el proyecto del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Sería impensable e incluso ingenuo creer que todos los autores que hemos abordado consideran que el NCL es una estructura constitucional perfecta. A pesar de ello, nos limitaremos, en este acápite, a hacer énfasis en

---

<sup>27</sup> Para Ávila (2012, 20), Corral (2011) “reiteradamente ha criticado la teoría neoconstitucional y a la Constitución de Montecristi con más adjetivos que argumentos...” al igual que Pérez (2011).

aquellos trabajos que de manera explícita cuestionan algunos de los principales postulados del NCL. Al respecto, Viciano y Martínez (2014, 73) han sostenido que “las críticas al nuevo constitucionalismo latinoamericano han provenido específicamente de la doctrina más conservadora y menos desarrollada conceptualmente, que critica el carácter populista de los nuevos textos constitucionales” (los autores españoles se refieren concretamente a Edwards y a Salazar Ugarte).

Sin embargo, el argumento principal de esta perspectiva crítica no se reduce únicamente al carácter populista del NCL, sino que, consiste en un cuestionamiento desde cuatro aristas diversas: a) desde la “sala de máquinas”: Gargarella (2009 y 2014), a quien ya trabajamos anteriormente, considera que, a pesar del amplio catálogo de derechos otorgados por los textos constitucionales del NCL, la estructura del poder se ha mantenido intacta con lo cual la materialización de esos derechos se ha postergado; b) desde la teoría de la “democracia constitucional”: Salazar Ugarte (2013) por ejemplo, ve en el NCL un fenómeno extrajurídico, en la medida en que puede ser objeto de valoraciones de índole política o ideológica pero no mediante consideraciones de teoría constitucional. De igual forma, argumenta que las constituciones del NCL son ambiguas, complejas, intrincadas y contradictorias pues mezclan tradiciones diversas e irreconciliables; c) desde la “crítica jurídica”: En esta línea se perfila Daniel Sandoval (2013 y 2014), quien considera que el NCL es un proceso que se mueve entre horizontes emancipadores y usos del discurso del derecho para la dominación; y d) autores que han cuestionado el carácter populista del NCL, como Edwards (2009), en el caso ecuatoriano, o han cuestionado la deficiente aplicación de la Constitución de Montecristi, como Corral (2011) y Pérez (2011)<sup>28</sup>. En cuanto al periodo de estudio, estos autores se encargan de analizar las Constituciones del NCL, desde la experiencia venezolana de 1999 hasta la boliviana de 2009, y algunos estudios sobre el NCL.

---

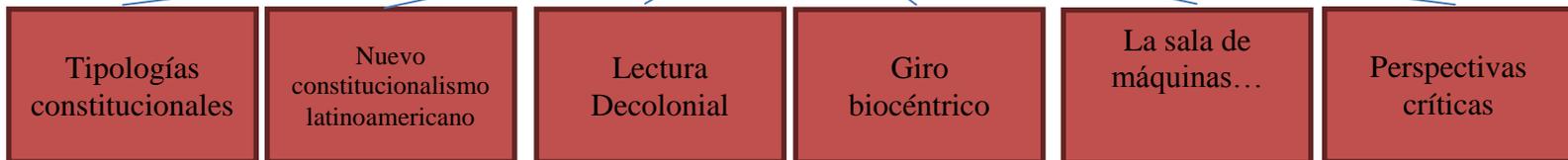
<sup>28</sup> Para Ávila (2012, 20), Corral (2011) “reiteradamente ha criticado la teoría neoconstitucional y a la Constitución de Montecristi con más adjetivos que argumentos...” al igual que Pérez (2011).

Veamos a continuación cómo podemos graficar, mediante un cuadro comparativo, la los estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

# CARTOGRAFÍA SOBRE EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO



## PERSPECTIVAS



R. Uprimny  
C. Baldi  
R. Yrigoyen  
L. M. Sánchez  
H. Moncayo



R. Viciano  
R. Martínez  
M. Aparicio  
A. Noguera  
M. Criado  
Y otros  
Y otros



R. Avila  
A. Médici  
B. Santos  
B. Clavero  
K. Walsh  
A. C. Wolkmer  
Y otros



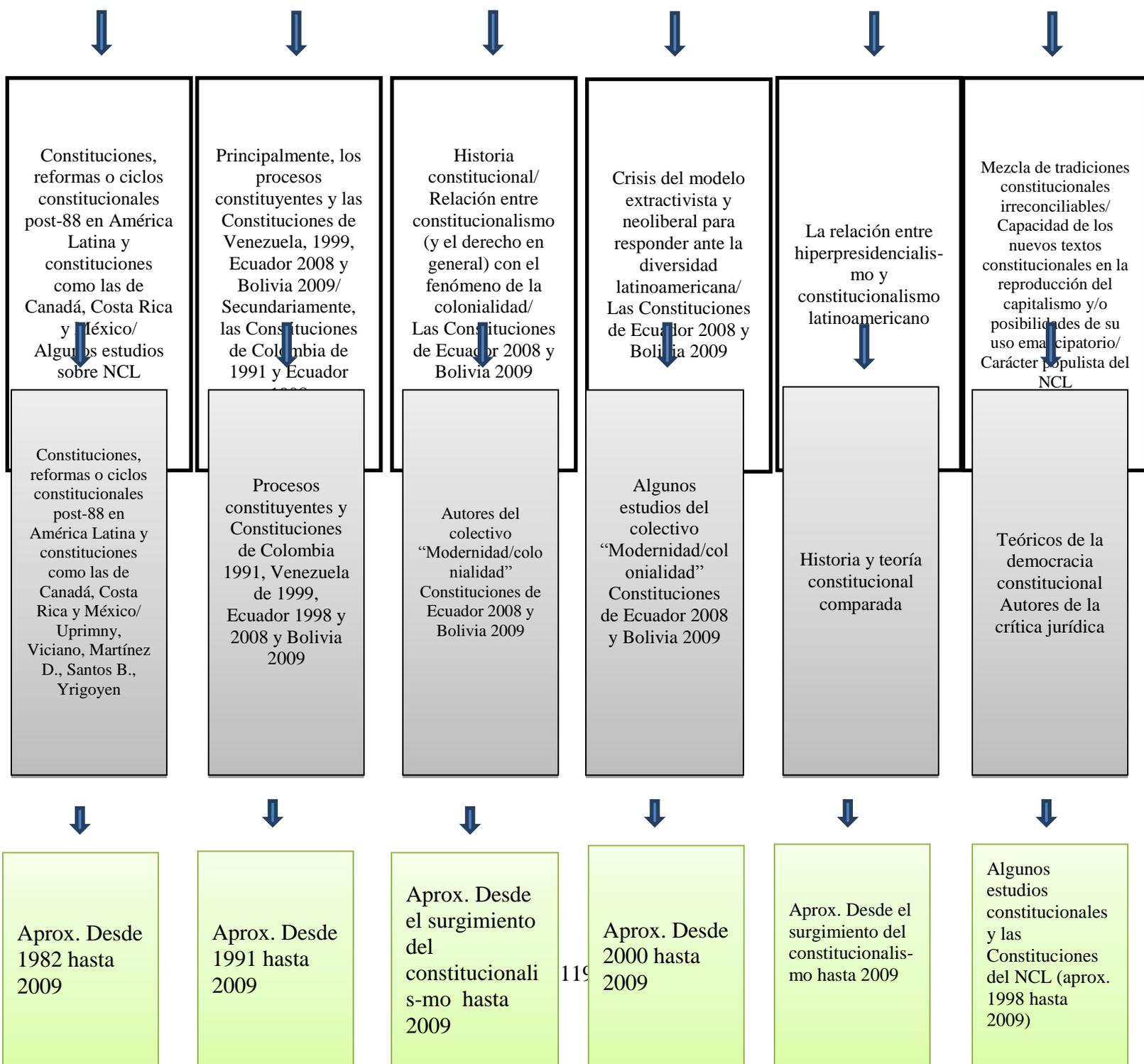
E. Gudynas  
A. Acosta  
M. Melo  
A. Meraz



R. Gargarella



P. Salazar  
D. Sandoval  
F. Corral  
D. Pérez  
S. Edwards





Existen ciclos constitucionales claramente diferenciables en el NCL/  
Las tipologías constitucionales más utilizadas son las de autores como Uprimny, Viciano, Dalmau y Yrigoyen  
Las experiencias constitucionales de Ecuador y Bolivia son claramente diferenciables de la de Venezuela



1. “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”  
2. “El horizonte del constitucionalismo pluralista: Del multiculturalismo a la descolonización”  
3. “Del constitucionalismo moderno al nuevo constitucionalismo latinoamericano descolonizador”  
4. “Tres décadas de transformaciones constitucionales en América Latina: Balance y perspectivas”

El NCL es un proceso diferente al neoconstitucionalismo, aunque retoma y profundiza elementos de éste/  
El principal elemento característico del NCL es el componente democrático: la activación del poder constituyente/  
El NCL está formado por los procesos de Venezuela, Ecuador y Bolivia/  
EL constitucionalismo europeo ha sufrido un decaimiento, mientras que el constitucionalismo latinoamericano se ha revitalizado/



1. “El nuevo constitucionalismo en América Latina”  
2. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal”  
3. Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano  
4. “La constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina”  
5. “Nuevo constitucionalismo, derechos y medio ambiente en las constituciones de Ecuador y Bolivia”

El principal elemento característico del NCL, en su versión andina, es el proyecto de descolonización y anticapitalista emprendido por países como Ecuador y Bolivia  
El derecho en general y el constitucionalismo en particular presenta dos caras: una moderna: la emancipación, y otra oculta: su proyecto colonial



1. El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la constitución de 2008  
2. La refundación del Estado en América Latina  
3. La constitución horizontal

Las propuestas de desarrollo alternativo planteadas por las Constituciones de Ecuador y Bolivia, desde conceptos como el suma kawsay, solo plantean pero no resuelven los problemas del extractivismo y el neodesarrollismo  
Es necesario, desde la teoría del derecho, revisar jurídica y constitucionalmente, el concepto occidental de desarrollo



1. “El buen vivir o la disolución de la idea del progreso”  
2. “Extractivismo y derechos de la naturaleza”  
3. “La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador”  
4. “Buen vivir: germinando alternativas al desarrollo”

El NCL supone avances en términos de concesión de derechos y cierto fortalecimiento de la democracia, por un lado, pero, por otro lado, al dejar intacta la estructura del poder político, fortalece el poder presidencial y debilita los avances que este supone /  
Es necesario alterar no solamente la parte dogmática de las constituciones sino de igual forma modificar sustancialmente la parte orgánica de las mismas



1. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”  
2. “Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano”  
3. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano”  
4. Latin american constitutionalism, 1810-2010. The engine room of the constitution

El discurso del NCL se mueve en un camino ambivalente y contradictorio: entre los usos emancipatorios del constitucionalismo y su carácter fuertemente hegemónico o capitalista/  
El NCL mezcla tradiciones constitucionales, al parecer, irreconciliables y contradictorias, como las de origen democrático, liberal, social, indigenista, entre otras/  
El NCL presenta un demarcado carácter populista



1. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”  
2. “El nuevo constitucionalismo en América Latina desde la historia crítica del derecho”  
3. “La necesidad de un análisis socio-histórico para el nuevo constitucionalismo: Aportaciones desde la experiencia mexicana”

Para tratar de establecer cuáles son las agendas de trabajo abordadas y no acordadas en los estudios constitucionales en cada uno de los campos estudiados, y con miras a señalar las divergencias que existen en cada campo de estudio, esta parte final intenta realizar una comparación entre los elementos clasificatorios en los estudios constitucionales post-91 en Colombia y en los estudios en torno al nuevo constitucionalismo latinoamericano. Para seguir la metodología usada anteriormente, elaboraremos un tercer cuadro comparativo para ilustrar los puntos anteriormente mencionados.

### 3.5. AGENDA DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES POST-91 EN AMÉRICA LATINA<sup>29</sup>

TEMAS	ESTUDIOS CONSTITUCIONALES POST-91 EN COLOMBIA	ESTUDIOS EN TORNO AL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO
El problema decolonial	X	✓
El problema por el capitalismo	✓ X	✓
El problema por el poder constituyente	✓ X	✓
El problema por la interpretación constitucional	✓	✓ X
Diálogo (o intentos de diálogos) entre perspectivas o paradigmas constitucionales	✓ X	✓ X
El giro biocéntrico	X	✓
El problema por el poder	X	✓
Perspectivas críticas	✓	✓
Clasificación de los estudios constitucionales	X	✓ X

	ESTUDIOS CONSTITUCIONALES POST-91 EN COLOMBIA	ESTUDIOS EN TORNO AL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO
AUTORES PRINCIPALES	D. López, C. Bernal, M. Cepeda, R. Arango, L. García J, R. Uprimny, M. García V., C. Rodríguez, J. Lemaitre, D. Bonilla Maldonado, G. Tobón, V. Moncayo, J. Estrada, D. Libreros,	R. Uprimny, C. Baldi, R. Yrigoyen, L. M. Sánchez, H. Moncayo, R. Viciano, R. Martínez, M. Aparicio, A. Noguera, M. Criado, R. Avila, A. Médici, B. Santos , B. Clavero, K. Walsh, A. C. Wolkmer, E. Gudynas,

<sup>29</sup> La presencia de una "X" significa que el tema *no ha sido abordado* dentro de la agenda de estudios constitucionales respectiva; el "✓" significa que el tema *ha sido abordado* dentro de la agenda de estudios constitucionales; mientras que el "✓X" significa que el tema *ha sido abordado de manera relativa* dentro de la agenda de estudios constitucionales.

	O. Mejía- Quintana, L. Mápura, C. Galindo, S. Kalmanovitz, C. Enciso, L. Tamayo Jaramillo	A. Acosta, M. Melo, A. Meraz, R. Gargarella, P. Salazar, D. Sandoval, F. Corral, D. Pérez, S. Edwards
PUNTOS DE PARTIDA	Crisis del modelo positivista para explicar la realidad constitucional pots-91, Jurisprudencia constitucional/carácter hegemónico y/o emancipatorio del derecho, Proceso constituyente y Constitución política	Constituciones, reformas, ciclos y/o procesos constitucionales post-88 en América Latina y constituciones como las de Canadá, Costa Rica y México, Algunos estudios sobre NCL, Historia constitucional Relación entre constitucionalismo (y el derecho en general) con el fenómeno de la colonialidad, Crisis del modelo extractivista y neoliberal para responder ante la diversidad latinoamericana, La relación entre hiperpresidencialismo y constitucionalismo latinoamericano, Capacidad de los nuevos textos constitucionales en la reproducción del capitalismo y/o posibilidades de su uso emancipatorio/ Carácter populista del NCL
REFERENCIAS	R. Alexy, R. Dworkin, C. Nino, H. Kelsen, H. Hart, J. Habermas, J. Rawls, Sentencias de la Corte Constitucional, K. Marx, A. Negri, M. Hardt, J. Kymlicka, C. Taylor, J. Tully	Constituciones, reformas, ciclos y/o procesos constitucionales post-88 en América Latina y constituciones como las de Canadá, Costa Rica y México; Uprimny, Viciano, Martínez D., Santos B., Yrigoyen; Autores del colectivo "Modernidad/colonialidad"; Constituciones de Ecuador 2008 y Bolivia 2009, Historia y teoría constitucional comparada, Teóricos

		de la democracia constitucional; Autores de la crítica jurídica
PERIODOS DE ESTUDIO	Aprox. Desde inicios del proceso constituyente hasta 2009	Aprox. Desde el surgimiento del constitucionalismo hasta 2009
LÍNEAS DE TRABAJO	“Teoría jurídica”, “Sociología jurídica”, “Estudios multiculturales”, “Crítica jurídica”, “Filosofía”, “Análisis económico”, “Tradicionalismo”	“Tipologías constitucionales”, “Nuevo constitucionalismo latinoamericano”, “Lectura Decolonial”, “Giro biocéntrico”, “La sala de máquina”, “Perspectivas críticas”

#### IV. ¿EXISTEN ENTONCES “PARADIGMAS” Y “PERSPECTIVAS” EN LOS ESTUDIOS CONSTITUCIONALES EN AMÉRICA LATINA?: ENTRE LA DISPERSIÓN Y LA CARTOGRAFÍA

##### INTRODUCCIÓN

Ya en el primer capítulo intentamos *describir* los principales estudios constitucionales en torno a dos campos de estudio: en constitucionalismo post-91 en Colombia y los estudios en torno al nuevo constitucionalismo latinoamericano, específicamente en cuanto a las recientes experiencias constitucionales en Bolivia y Ecuador (aunque en algunos puntos se mencionaron los procesos constitucionales de Venezuela y países como Cuba). Posteriormente en el segundo capítulo, mediante el uso de algunas herramientas metodológicas como “autores principales”, periodos de estudios”, “textos principales”, entre otras, buscamos realizar una *clasificación* de estos campos de estudios: a lo cual llamamos, en esta investigación, ejercicio cartográfico. En este tercer capítulo intentaremos *diagnosticar* si esa clasificación, que en últimas constituye nuestra hipótesis de trabajo, puede ser falseada o por el contrario verificada.

Nuestra idea central, que desarrollaremos enseguida, es la siguiente: ante la pregunta “¿Es posible identificar la emergencia de paradigmas y perspectivas de análisis en los estudios constitucionales en América Latina, a partir de 1991, mostrando el desarrollo de sus líneas de trabajo, influencias teóricas, puntos de partida, periodización y las divergencias que emergen entre estos “paradigmas” y “perspectivas” constitucionales?” concluiremos que solo es posible identificar dichos paradigmas y perspectivas de manera parcial. Por lo tanto la clasificación se mueve entre la cartografía y la dispersión. Es decir, la cartografía

presenta elementos, en algunos puntos, claros o al menos relativamente claros, es decir identificables, mientras que, en otros, dicho ejercicio se ve opacado por la complejidad de identificar los elementos clasificatorios o de identificarlos solamente de manera parcial. En cuanto a los elementos estructurales, debemos decir entonces que:

1) Con respecto a los autores principales: Este elemento clasificatorio en la mayoría de los casos se pudo identificar sin mayores inconvenientes. Algunas excepciones, como el caso de la perspectiva sobre el hiperpresidencialismo, se presentaron algunos obstáculos; por ejemplo en cuanto a Roberto Gargarella: el autor argentino, por su propuesta teórica, podía ser clasificado dentro de lo que denominados perspectivas críticas –junto con autores como Daniel Sandoval, Pedro Salazar Ugarte, entre otros-. Sin embargo, la propuesta de Gargarella es mucho más articulada que el resto de los enfoques críticos, razón por la cual consideramos que era necesario estudiarla con más detenimiento y de manera independiente. En las tipologías constitucionales de igual forma se presentaron algunos obstáculos de tipo teórico, los cuales son necesarios mencionar. En el caso de César Baldi, Rodrigo Uprimny y Raquel Yrigoyen: estos autores/as, además de realizar trabajos “clasificatorios” han abordado otros temas que cobran relevancia dentro de los estudios constitucionales en América Latina; tal es el caso de Baldi, quien además de mostrar interés por el estudio de las tipologías constitucionales ha intentado un abordaje teórico de los estudios decoloniales; de ahí que, sus trabajos sean citados tanto en la perspectiva sobre tipología como en la perspectiva decolonial. Rodrigo Uprimny por su parte, es el único autor, hasta donde tenemos conocimiento, que ha incursionado de manera activa y reiterada en los campos de estudio en mención (aunque Roberto Viciano, Rubén Martínez, Alberto noguera y Criado de Diego han abordado en algunos puntos ambos capos de estudio pero en menor medida que Uprimny). Yrigoyen ha hecho lo mismo, además de su tipología, mediante ciclos, del constitucionalismo, ha mostrado un fuerte interés por los derechos de los pueblos indígenas en América Latina. Con el profesor Ramiro Ávila pasa algo similar: por un lado, Ávila utiliza como caja de herramientas la teoría decolonial, pero por otro lado, sigue varios de

los postulados del neoconstitucionalismo occidental; con ello, su clasificación en uno u otro “bando” se vuelve además de compleja polémica. La perspectiva decolonial por su parte, presenta varias complejidades conceptuales que de igual manera queremos señalar: dentro de esta lectura del constitucionalismo existen fuertes divergenciasteóricas; algunos autores como Ramiro Ávila, Alejandro Médici utilizan de manera explícita los trabajos de Walter Mignolo, Enrique Dussel, Katerine Walsh con lo cual conformarían una lectura decolonial como tal, mientras que otros autores como César Baldi, Alejandro Rosillo, Antonio C. Wolkmer no necesariamente se remiten al colectivo decolonial. Boaventura de Sousa, si bien toma herramientas de dicho colectivo su propuesta se basa, principalmente, en las epistemologías del sur. Con lo cual podrían establecerse vertientes dentro de la perspectiva decolonial: hecho que sin duda complejiza y problematiza la clasificación que emprendimos en el segundo capítulo.

2) En cuanto a los “puntos partida”, creo que es el aspecto que se pudo establecer con menos inconvenientes. Ya que cada perspectiva o paradigma, en varios casos, empezaba por señalar la crisis, por ejemplo, de determinado modelo teórico para, enseguida, describir determinados cambios ocurridos con respecto aquel, lo cual suponía una renovación hacia un nuevo modelo teórico. Ello se puede evidenciar claramente en la línea de trabajo de “teoría jurídica”, perteneciente al “paradigma de influencia neoconstitucional”, la cual se interesa, en principio, por señalar la crisis del modelo positivista en Colombia, y cómo, a partir de la Constitución de 1991, una renovación teórica, prácticas jurisprudenciales emancipatorias –presentadas desde la línea de “sociología jurídica”- se presentaría un trance hacia un “nuevo constitucionalismo en Colombia”. Lo mismo sucede en la lectura sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericanopresentada por Roberto Viciano y Rubén Martínez: los autores demuestran la crisis de lo que llaman “viejo constitucionalismo latinoamericano” y la presencia de un “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, diferente a aquel y al denominado neoconstitucionalismo. La perspectiva decolonial realiza una labor

similar, en la medida en que hace énfasis en cómo recientes experiencias constitucionales en América Latina permiten repensar, mediante categorías innovadoras, el derecho de origen occidental. En cada uno de estos tres ejemplos se puede observar un punto de partida, descrita como una crisis, y, al mismo tiempo, una especie de punto de llegada, la se estructuraría como una conclusión que, en estos casos, se presenta como una propuesta o alternativa a dicha crisis.

3) En lo que respecta al conjunto de argumentos o argumento principal de cada lectura, es un punto que de igual forma no deja de ser polémico. Ello por varias razones: la primera tiene que ver con la dificultad de identificar los textos principales de cada autor o autores. Es decir, cuál es el criterio para decidir qué textos de determinado autor deben ser incluidos en determinada lectura y cuáles no. Uno de ellos podría ser por el número de citas en la bibliografía relevante sobre el tema; otro podría ser la fecha de publicación; en nuestro caso, a pesar de haber tenido en cuenta estos elementos, la principal razón para escoger un texto e incluirlo en esta investigación, fueron los argumentos expuestos en cada uno de ellos. Otro aspecto que jugaba en contra, en cuanto a este tercer punto, es el hecho de existir una literatura bastante prolífica sobre los “estudios constitucionales post-91 en América Latina”, tanto en Colombia como en los casos del nuevo andino. Ello supondría entonces, tanto por razones metodológicas (es decir, razones de delimitación temporo-espacial) y por la naturaleza de esta investigación, la imposibilidad de abordar todos los trabajos sobre la materia. En ese sentido, algunos textos necesariamente quedarían por fuera del estado del arte o marco teórico de esta investigación (y no por capricho del autor sino que podría ser por desconocimiento del mismo). Por último, en cuanto a los argumentos presentados en cada lectura sobre el constitucionalismo, sea paradigma o perspectiva, es necesaria sostenerlo, estas no son realizadas de manera neutral, es decir que, en últimas, estas lecturas constituyen una interpretación hecha por el autor de este documento sobre aquellas, por lo que pueden existir, en estas, erróneas interpretaciones, interpretaciones novedosas, o

meras especulaciones (sin embargo, en todos los casos, se intentó ofrecer argumentos sobre cada interpretación).

4) En cuanto a las referencias, habíamos dicho que estas podrían ser de tipo teórico, histórico, jurisprudencial o normativo; lo cual supone cierta complejidad en la investigación, es decir, debido a la multiplicidad de fuentes en las cuales se basaba cada lectura, se dificultaba a identificación de las mismas, pues existían autores que, como en el caso de Roberto Gargarella, utilizaban herramientas de la historia constitucional comparada como principal caja de herramientas, pero de igual forma acudía a la filosofía política, a la teórica jurídica, a la historia como tal, notas periodísticas, textos de literatura, entre otras. Muchas de esas fuentes bibliográficas no fueron incluidas en los cuadros comparativos realizados en las páginas anteriores. Lo mismo sucedía con autores de la perspectiva decolonial, pues utilizaban herramientas de disciplinas diversas tales como la teoría decolonial, literatura, teoría jurídica, teoría constitucional, filosofía política, información periodística. En el caso colombiano esta labor se tornó menos compleja, pues, como habíamos mencionado, todas las perspectivas y paradigmas, unos más que otros, utilizaban como punto de referencia a la Corte Constitucional colombiana en sus decisiones judiciales. Quizá los casos más difíciles para identificar sus referencias fueron los de la perspectiva “tradicionalista” y los “análisis de tipo económico”.

5) En cuanto a los “periodos de estudio” en los análisis de cada perspectiva o paradigma constitucional, estos solo se pudieron identificar, en varios casos, de manera tentativa o aproximada, ya que no existe, como vimos, en varias lecturas, un espacio temporal delimitado de manera explícita por cada autor o autores, salvo en algunas excepciones, como en la perspectiva del “Giro biocéntrico”, la cual se circunscribe exclusivamente a las experiencias constitucionales recientes de Ecuador y Bolivia; lo cual no quiere decir que no tenga en cuenta otros aspectos políticos o jurídicos de contextos diferentes. En el caso de los estudios constitucionales post-91 en Colombia, estos giraron en torno a la experiencia

constitucional de dicho año y tuvieron como centro de estudio la labor de la Corte Constitucional colombiana. Algunas lecturas, como la de enfoque marxista, la realizada desde la filosofía, la de los estudios multiculturales, abordaron de igual forma el proceso de formación constitucional pre-91. En ese sentido, en este campo de estudio quedó, al menos de manera relativamente clara, el periodo de estudio. En cuanto a los estudios sobre nuevo constitucionalismo latinoamericano, la delimitación de los periodos de estudio de cada perspectiva se tornó más problemático: por ejemplo, la perspectiva decolonial, si bien se centra en las experiencias constitucionales recientes en Ecuador y Bolivia, estos abordan de igual forma experiencia de conquista, el proceso de adaptación del derecho moderno en América Latina y la forma en que ha operado la “colonialidad” en el derecho, específicamente en el derecho constitucional. En cuanto a las tipologías constitucionales el periodo de estudio varía de acuerdo a cada autor: Rodrigo Uprimny al igual que Raquel Yrigoyen por ejemplo, presentan su caracterización del constitucionalismo haciendo alusión a constituciones como canadiense de 1988; César Baldi y Daniel Sandoval por su parte se basan más en estudios constitucionales que constituciones como tal. En cuanto a la lectura del “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, presentada por R. Viciano y R. Martínez, esta gira, principalmente, en cuanto a las experiencias constitucionales de Venezuela, 1991, Ecuador, 2008, y Bolivia, 2009; sin embargo, las experiencias de Colombia, 1991, Ecuador, 1998, y los periodos inmediatamente anteriores, son incluidos en este abordaje.

6) Finalmente, en lo que tiene que ver con los “textos principales” de cada lectura. Este punto se agotó cuando abordamos las referencias bibliográficas.

Estos son entonces los inconvenientes de tipo teórico que nos permiten sostener que la clasificación realizada en esta investigación se mueve entre la cartografía, es decir, el conjunto de elementos 1) ordenados y estructurados de acuerdo a ciertos criterios metodológicos, 2) ordenados y estructurados de manera relativa u 3) ordenados de manera mixta; y, la dispersión, es decir, 1) la ausencia de esos

elementos metodológicos o 2) la presencia de los mismos de manera tenue. En cuanto a la cartografía, un buen ejemplo de presencia de elementos ordenados y estructurados de acuerdo a criterios metodológicos, se puede ver en cuanto a los puntos de partida de cada lectura; un ejemplo de presencia de elementos metodológicos ordenados y estructurados de manera relativa se puede observar en lo referente a los periodos de estudio de cada lectura, principalmente en las líneas de trabajo de “sociología jurídica”, “estudios multiculturales”, la de tipo “económico” y las “perspectivas críticas” del nuevo constitucionalismo latinoamericano; ordenados de manera mixta encontramos en los casos, por ejemplo, de autores como Rodrigo Uprimny y César Baldi: Uprimny podía ser ubicado en los dos campos de estudio y en varias perspectivas o paradigmas, Baldi en dos perspectivas de estudio (las “tipologías” y la “decolonial”). En cuanto a la dispersión, no se presentó ningún caso de la ausencia de elementos metodológicos, en cambio sí se pudo observar la presencia de los mismos de manera tenue, como en los casos de las líneas de trabajo de la lectura “filosófica”, la lectura “marxista” y la “tradicionalista”.

## V. CONCLUSIONES

### INTRODUCCIÓN

En esta parte final resumiremos, a manera de conclusión, los alcances y resultados obtenidos en esta tesis de maestría. El capítulo se subdivide a su vez en dos partes: la primera contiene lo que serían las conclusiones generales: subdividida a su vez en tres conclusiones, una referente al estado del arte, otra intenta resumir el marco teórico y la otra la hipótesis; la segunda aborda lo referente a las recomendaciones. El objetivo de este capítulo es, principalmente, dejar claro que se verifica la hipótesis ofrecida al principio de la investigación pero solo de manera parcial; y ofrecer algunas opciones, a manera de sugerencias, para próximas investigaciones sobre el tema.

### 5.1. CONCLUSIONES

1. En el capítulo primero, referente al estado del arte, luego del rastreo bibliográfico realizado, se pudo apreciar, en torno a los intentos por realizar “cartografías” en los estudios constitucionales post-91 en América Latina, esta parece ser una tarea pendiente. Sin embargo, existen algunos trabajos, en el caso colombiano, que exploran en los estudios jurídicos en general rastreando los autores principales de una generación, algunas de sus preocupaciones principales y puntos de partida de estos enfoques. Sin embargo, no logran captar las perspectivas críticas, con lo cual solo presentan una visión del campo jurídico. De esta manera, nos aportan algunas pistas al respecto. En el caso del

constitucionalismo andino ha existido más preocupación por este aspecto; trabajos como los de Baldi, Uprimny, Sánchez, Yrigoyen y Moncayo pueden ser leídos como tipologías que buscan, ya sea desde el análisis de ciclos o transformaciones constitucionales, tipos de constitucionalismos, periodización de estos o exploración de las principales lecturas sobre un modelo constitucional, mostrar las principales variaciones y los autores más significativos en el estudio del constitucionalismo. Sin embargo, en ambos casos de estudio pudimos constatar que no existe la idea de perspectivas o paradigmas constitucionales estructurados; estructurados con sus respectivas líneas de trabajo, puntos de partida, periodización, posible metodología usada y los respectivos contrastes que pudieran existir entre dichas lecturas. Lo que tenemos entonces, es una “masa dispersa” de estudios constitucionales. De tal manera que, la ausencia de un estado del arte, o lo que aquí hemos llamado una “cartografía sobre los estudios constitucionales”, obstaculiza tener una idea al menos tendencialmente clara sobre el estado actual de la discusión en la disciplina del constitucionalismo, y sobre todo dificulta el acercamiento frente a la idea de saber a partir de qué perspectiva o paradigma están siendo elaboradas las diversas lecturas frente al fenómeno constitucional, y cuáles son sus (posibles) puntos de partida. Contrario sensu, si contamos con dicha cartografía se nos facilitará, al tener un (posible) punto de partida, realizar una labor no solamente descriptiva sino también valorativa: por un lado, posibilita la identificación de teorías a la vez que permite, por otro lado, un ejercicio de cuestionar las principales falencias que estas adolecen.

Esta “masa dispersa” de estudios constitucionales es fácilmente constatable por el número de lecturas constitucionales que rastreamos en este capítulo. Vimos cómo, en el primer caso de análisis, referido a los “estudios constitucionales post-91 en Colombia”, se observaron *siete lecturas* constitucionales realizadas desde la teoría jurídica (Diego López, Manuel Cepeda, Carlos Bernal, Rodolfo Arango), la sociología jurídica (Rodrigo Uprimny y Mauricio García), los estudios multiculturales (Daniel Bonilla), la crítica Jurídica (Víctor Moncayo, Jairo Estrada,

Gilberto Tobón), la filosófica (Osar Mejía), ciertos enfoques economicistas (Salomón Kalmanovitz y Camilo Enciso) y el tradicionalismo (Tamayo Jaramillo), respectivamente. Las tres primeras lecturas son cercanas a los postulados del neoconstitucionalismo mientras que, las últimas cuatro, de enfoque crítico, toman distancia de este. En el caso del constitucionalismo andino pudimos rastrear la existencia de *seis lecturas* constitucionales: Las tipologías constitucionales (César Baldi, Rodrigo Uprimny, Raquel Yrigoyen, Héctor Moncayo, Luz Sánchez), la lectura decolonial (Ramiro Ávila, Alejandro Médici, Boaventura de Sousa, Katerine Walsh, Bartolomé Clavero, Lucas Machado), el giro biocéntrico (Eduardo Gudynas, Alberto Acosta, Melo), la sala de máquinas de las constituciones (Roberto Gargarella) y algunas perspectivas críticas (Pedro Salazar y Daniel Sandoval). Estudios constitucionales entonces, podemos encontrar desde variadas y múltiples lecturas, lo que se dificulta rastrear es la estructuración de los mismos, mediante parámetros como los que hemos señalado en esta investigación.

2. En lo relacionado con el marco teórico, abordado en el segundo capítulo, las conclusiones provisionales fueron expuestas en varios cuadros comparativos. En estos se puede apreciar que, en cuanto al intento por cartografiar los estudios constitucionales post-91 en América Latina, se pudo establecer lo siguiente:

En el caso colombiano se pudieron constatar la existencia de a) un paradigma formado por tres líneas de trabajo: la de sociología jurídica, la de teoría jurídica y la de estudios multiculturales; y b) la existencia de cuatro perspectivas críticas: la de influencia marxista, una economicista, tradicionalista y una desde la filosofía.

En el caso de nuevo constitucionalismo latinoamericano se pudo constatar la existencia de seis perspectivas de estudio: una enfocada en la teoría del poder constituyente, una decolonial, una perspectiva crítica, otra desde el giro biocéntrico, desde el concepto de poder y una última realizando tipologías constitucionales. Cada perspectiva intento ser armada desde un conjunto de

elementos estructurales, como lo son autores principales, puntos de partida, argumentos principales, referencias, periodos de estudio y textos principales. En el caso del campo de estudios constitucionales post-91 en Colombia los autores principales rastreados fueron: D. López, C. Bernal, M. Cepeda, R. Arango, L. García (de la línea de trabajo de teoría jurídica), R. Uprimny, M. García V., C. Rodríguez, J. Lemaitre (de la línea de trabajo de sociología jurídica), D. Bonilla Maldonado (de la línea de trabajo de estudios multiculturales): las cuales conformarían el paradigma de influencianeoconstitucional; mientras que otros autores se perfilaban desde una posición crítica, como es el caso de G. Tobón, V. Moncayo, J. Estrada, D. Libreros (desde una perspectiva de influencia marxista), O. Mejía- Quintana, L. Mápura, C. Galindo (desde la filosofía), S. Kalmanovitz, C. Enciso (desde una especie de análisis económico), L. Tamayo Jaramillo (desde una perspectiva tradicionalista). Los puntos de partida de estos autores fueron algunos tópicos como la crisis del modelo positivista para explicar la realidad constitucional post-91; la jurisprudencia constitucional/carácter hegemónico y/o emancipatorio del derecho; el proceso constituyente y la Constitución política. Las referencias variaban, iban desde autores como R. Alexy, R. Dworkin, C. Nino, H. Kelsen, H. Hart, J. Habermas, J. Rawls, Sentencias de la Corte Constitucional, K. Marx, A. Negri, M. Hardt, J. Kymlicka, C. Taylor, hasta J. Tully. El periodo de estudio abordado fue Aprox. desde inicios del proceso constituyente hasta 2009.

En el caso de nuevo constitucionalismo latinoamericano los autores principales fueron R. Uprimny, C. Baldi, R. Yrigoyen, L. M. Sánchez, H. Moncayo (desde las “tipologías constitucionales”), R. Viciano, R. Martínez, M. Aparicio, A. Noguera, M. Criado (desde la “teoría del poder constituyente”), R. Avila, A. Médici, B. Santos, B. Clavero, K. Walsh, A. C. Wolkmer (desde una perspectiva “decolonial”), E. Gudynas, A. Acosta, M. Melo, A. Meraz (desde la perspectiva del “Giro biocéntrico”), R. Gargarella (desde un análisis del “poder”), y P. Salazar, D. Sandoval, F. Corral, D. Pérez, S. Edwards (desde diversas “perspectivas críticas”). Los puntos de partida en este campo de estudio fueron variados, iban desde el

estudio de las Constituciones, reformas, ciclos y/o procesos constitucionales post-88 en América Latina, constituciones como las de Canadá, Costa Rica y México; algunos estudios sobre NCL; historia constitucional; la relación entre constitucionalismo (y el derecho en general) con el fenómeno de la colonialidad, Crisis del modelo extractivista y neoliberal para responder ante la diversidad latinoamericana; la relación entre hiperpresidencialismo y constitucionalismo latinoamericano; la capacidad de los nuevos textos constitucionales en la reproducción del capitalismo y/o posibilidades de su uso emancipatorio; y/o el carácter populista del NCL. Las referencias utilizadas por estos autores fueron algunas como las Constituciones, reformas, ciclos y/o procesos constitucionales post-88 en América Latina y constituciones como las de Canadá, Costa Rica y México; autores como Uprimny, Viciano, Martínez D., Santos B., Yrigoyen; autores del colectivo “Modernidad/colonialidad”; Constituciones de Ecuador 2008 y Bolivia 2009; historia y teoría constitucional comparada; teóricos de la democracia constitucional; y/o autores de la crítica jurídica. El periodo de estudio abordado por este campo de estudio fue aprox. desde el surgimiento del constitucionalismo hasta 2009.

El último cuadro, ofrecido en el marco teórico, brindaba una perspectiva comparada entre los dos campos de estudios, sobre qué temas habían sido abordados, cuáles no y cuáles de manera parcial. Los temas abordados fueron: El problema decolonial (abordado en los estudios en torno al nuevo constitucionalismo latinoamericano; no abordado en los estudios constitucionales post-91 en Colombia), el problema por el capitalismo (abordado de manera relativa en los estudios en torno al nuevo constitucionalismo latinoamericano; abordado en los estudios constitucionales post-91 en Colombia), el problema por el poder constituyente (abordado de manera relativa en los estudios en torno al nuevo constitucionalismo latinoamericano; no abordado en los estudios constitucionales post-91 en Colombia), el problema por la interpretación constitucional (abordado de manera relativa en los estudios en torno al nuevo constitucionalismo latinoamericano; abordado en los estudios constitucionales post-91 en Colombia),

el diálogo o intentos de diálogos entre perspectivas o paradigmas constitucionales (abordado de manera relativa en los estudios en torno al nuevo constitucionalismo latinoamericano; abordado de manera relativa en los estudios constitucionales post-91 en Colombia), el giro biocéntrico(abordado en los estudios en torno al nuevo constitucionalismo latinoamericano; no abordado en los estudios constitucionales post-91 en Colombia), el problema por el poder(abordado en los estudios en torno al nuevo constitucionalismo latinoamericano; no abordado en los estudios constitucionales post-91 en Colombia), perspectivas críticas(abordado en los estudios en torno al nuevo constitucionalismo latinoamericano; abordado en los estudios constitucionales post-91 en Colombia), clasificación de los estudios constitucionales (abordado de manera relativa en los estudios en torno al nuevo constitucionalismo latinoamericano; no abordado en los estudios constitucionales post-91 en Colombia).

3. El tercer capítulo abordaba la hipótesis de trabajo planteada en esta investigación. La idea central abordada en ese capítulo consistía en falsear o verificar la hipótesis de trabajo; la cual indagaba sobre la posibilidad de *identificar la emergencia de paradigmas y perspectivas de análisis en los estudios constitucionales en América Latina, a partir de 1991, mostrando el desarrollo de sus líneas de trabajo, influencias teóricas, puntos de partida, periodización y las divergencias que emergen entre estos “paradigmas” y “perspectivas” constitucionales*. De lo cual se concluía, que solo es posible identificar dichos paradigmas y perspectivas de manera parcial. Razón por la cual la clasificación se mueve entre la cartografía y la dispersión. Es decir, la cartografía presenta elementos, en algunos puntos, claros o al menos relativamente claros, es decir identificables, mientras que, en otros, dicho ejercicio se ve opacado por la complejidad de identificar los elementos clasificatorios o de identificarlos solamente de manera parcial. En cuanto a los elementos estructurales, debemos decir entonces que:

1) Con respecto a los autores principales: Este elemento clasificatorio en la mayoría de los casos se pudo identificar sin mayores inconvenientes. Algunas excepciones, como el caso de la perspectiva sobre el hiperpresidencialismo, se presentaron algunos obstáculos; por ejemplo en cuanto a Roberto Gargarella: el autor argentino, por su propuesta teórica, podía ser clasificado dentro de lo que denominados perspectivas críticas –junto con autores como Daniel Sandoval, Pedro Salazar Ugarte, entre otros-. Sin embargo, la propuesta de Gargarella es mucho más articulada que el resto de los enfoques críticos, razón por la cual consideramos que era necesario estudiarla con más detenimiento y de manera independiente. En las tipologías constitucionales de igual forma se presentaron algunos obstáculos de tipo teórico, los cuales son necesarios mencionar. En el caso de César Baldi, Rodrigo Uprimny y Raquel Yrigoyen: estos autores/as, además de realizar trabajos “clasificatorios” han abordado otros temas que cobran relevancia dentro de los estudios constitucionales en América Latina; tal es el caso de Baldi, quien además de mostrar interés por el estudio de las tipologías constitucionales ha intentado un abordaje teórico de los estudios decoloniales; de ahí que, sus trabajos sean citados tanto en la perspectiva sobre tipología como en la perspectiva decolonial. Rodrigo Uprimny por su parte, es el único autor, hasta donde tenemos conocimiento, que ha incursionado de manera activa y reiterada en los campos de estudio en mención (aunque Roberto Viciano, Rubén Martínez, Alberto noguera y Criado de Diego han abordado en algunos puntos ambos capos de estudio pero en menor medida que Uprimny). Yrigoyen ha hecho lo mismo, además de su tipología, mediante ciclos, del constitucionalismo, ha mostrado un fuerte interés por los derechos de los pueblos indígenas en América Latina. Con el profesor Ramiro Ávila pasa algo similar: por un lado, Ávila utiliza como caja de herramientas la teoría decolonial, pero por otro lado, sigue varios de los postulados del neoconstitucionalismo occidental; con ello, su clasificación en uno u otro “bando” se vuelve además de compleja polémica. La perspectiva decolonial por su parte, presenta varias complejidades conceptuales que de igual manera queremos señalar: dentro de esta lectura del constitucionalismo existen fuertes divergencias teóricas; algunos autores como Ramiro Ávila, Alejandro

Médici utilizan de manera explícita los trabajos de Walter Mignolo, Enrique Dussel, Katherine Walsh con lo cual conformarían una lectura decolonial como tal, mientras que otros autores como César Baldi, Alejandro Rosillo, Antonio C. Wolkmer no necesariamente se remiten al colectivo decolonial. Boaventura de Sousa, si bien toma herramientas de dicho colectivo su propuesta se basa, principalmente, en las epistemologías del sur. Con lo cual podrían establecerse vertientes dentro de la perspectiva decolonial: hecho que sin duda complejiza y problematiza la clasificación que emprendimos en el segundo capítulo.

2) En cuanto a los “puntos partida”, creo que es el aspecto que se pudo establecer con menos inconvenientes. Ya que cada perspectiva o paradigma, en varios casos, empezaba por señalar la crisis, por ejemplo, de determinado modelo teórico para, enseguida, describir determinados cambios ocurridos con respecto a aquel, lo cual suponía una renovación hacia un nuevo modelo teórico. Ello se puede evidenciar claramente en la línea de trabajo de “teoría jurídica”, perteneciente al “paradigma de influencia neoconstitucional”, la cual se interesa, en principio, por señalar la crisis del modelo positivista en Colombia, y cómo, a partir de la Constitución de 1991, una renovación teórica, prácticas jurisprudenciales emancipatorias – presentadas desde la línea de “sociología jurídica”- se presentaría un trance hacia un “nuevo constitucionalismo en Colombia”. Lo mismo sucede en la lectura sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano presentada por Roberto Viciano y Rubén Martínez: los autores demuestran la crisis de lo que llaman “viejo constitucionalismo latinoamericano” y la presencia de un “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, diferente a aquel y al denominado neoconstitucionalismo. La perspectiva decolonial realiza una labor similar, en la medida en que hace énfasis en cómo recientes experiencias constitucionales en América Latina permiten repensar, mediante categorías innovadoras, el derecho de origen occidental. En cada uno de estos tres ejemplos se puede observar un punto de partida, descrita como una crisis, y, al mismo tiempo, una especie de punto de llegada, la se estructuraría como una conclusión que, en estos casos, se presenta como una propuesta o alternativa a dicha crisis.

3) En lo que respecta al conjunto de argumentos o argumento principal de cada lectura, es un punto que de igual forma no deja de ser polémico. Ello por varias razones: la primera tiene que ver con la dificultad de identificar los textos principales de cada autor o autores. Es decir, cuál es el criterio para decidir qué textos de determinado autor deben ser incluidos en determinada lectura y cuáles no. Uno de ellos podría ser por el número de citas en la bibliografía relevante sobre el tema; otro podría ser la fecha de publicación; en nuestro caso, a pesar de haber tenido en cuenta estos elementos, la principal razón para escoger un texto e incluirlo en esta investigación, fueron los argumentos expuestos en cada uno de ellos. Otro aspecto que jugaba en contra, en cuanto a este tercer punto, es el hecho de existir una literatura bastante prolífica sobre los “estudios constitucionales post-91 en América Latina”, tanto en Colombia como en los casos del nuevo andino. Ello supondría entonces, tanto por razones metodológicas (es decir, razones de delimitación temporo-espacial) y por la naturaleza de esta investigación, la imposibilidad de abordar todos los trabajos sobre la materia. En ese sentido, algunos textos necesariamente quedarían por fuera del estado del arte o marco teórico de esta investigación (y no por capricho del autor sino que podría ser por desconocimiento del mismo). Por último, en cuanto a los argumentos presentados en cada lectura sobre el constitucionalismo, sea paradigma o perspectiva, es necesaria sostenerlo, estas no son realizadas de manera neutral, es decir que, en últimas, estas lecturas constituyen una interpretación hecha por el autor de este documento sobre aquellas, por lo que pueden existir, en estas, erróneas interpretaciones, interpretaciones novedosas, o meras especulaciones (sin embargo, en todos los casos, se intentó ofrecer argumentos sobre cada interpretación).

4) En cuanto a las referencias, habíamos dicho que estas podrían ser de tipo teórico, histórico, jurisprudencial o normativo; lo cual supone cierta complejidad en la investigación, es decir, debido a la multiplicidad de fuentes en las cuales se basaba cada lectura, se dificultaba a identificación de las mismas, pues existían

autores que, como en el caso de Roberto Gargarella, utilizaban herramientas de la historia constitucional comparada como principal caja de herramientas, pero de igual forma acudía a la filosofía política, a la teórica jurídica, a la historia como tal, notas periodísticas, textos de literatura, entre otras. Muchas de esas fuentes bibliográficas no fueron incluidas en los cuadros comparativos realizados en las páginas anteriores. Lo mismo sucedía con autores de la perspectiva decolonial, pues utilizaban herramientas de disciplinas diversas tales como la teoría decolonial, literatura, teoría jurídica, teoría constitucional, filosofía política, información periodística. En el caso colombiano esta labor se tornó menos compleja, pues, como habíamos mencionado, todas las perspectivas y paradigmas, unos más que otros, utilizaban como punto de referencia a la Corte Constitucional colombiana en sus decisiones judiciales. Quizá los casos más difíciles para identificar sus referencias fueron los de la perspectiva “tradicionalista” y los “análisis de tipo económico”.

5) En cuanto a los “periodos de estudio” en los análisis de cada perspectiva o paradigma constitucional, estos solo se pudieron identificar, en varios casos, de manera tentativa o aproximada, ya que no existe, como vimos, en varias lecturas, un espacio temporal delimitado de manera explícita por cada autor o autores, salvo en algunas excepciones, como en la perspectiva del “Giro biocéntrico”, la cual se circunscribe exclusivamente a las experiencias constitucionales recientes de Ecuador y Bolivia; lo cual no quiere decir que no tenga en cuenta otros aspectos políticos o jurídicos de contextos diferentes. En el caso de los estudios constitucionales post-91 en Colombia, estos giraron en torno a la experiencia constitucional de dicho año y tuvieron como centro de estudio la labor de la Corte Constitucional colombiana. Algunas lecturas, como la de enfoque marxista, la realizada desde la filosofía, la de los estudios multiculturales, abordaron de igual forma el proceso de formación constitucional pre-91. En ese sentido, en este campo de estudio quedó, al menos de manera relativamente clara, el periodo de estudio. En cuanto a los estudios sobre nuevo constitucionalismo latinoamericano, la delimitación de los periodos de estudio de cada perspectiva se tornó más

problemático: por ejemplo, la perspectiva decolonial, si bien se centra en las experiencias constitucionales recientes en Ecuador y Bolivia, estos abordan de igual forma experiencia de conquista, el proceso de adaptación del derecho moderno en América Latina y la forma en que ha operado la “colonialidad” en el derecho, específicamente en el derecho constitucional. En cuanto a las tipologías constitucionales el periodo de estudio varía de acuerdo a cada autor: Rodrigo Uprimny al igual que Raquel Yrigoyen por ejemplo, presentan su caracterización del constitucionalismo haciendo alusión a constituciones como canadiense de 1988; César Baldi y Daniel Sandoval por su parte se basan más en estudios constitucionales que constituciones como tal. En cuanto a la lectura del “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, presentada por R. Viciano y R. Martínez, esta gira, principalmente, en cuanto a las experiencias constitucionales de Venezuela, 1991, Ecuador, 2008, y Bolivia, 2009; sin embargo, las experiencias de Colombia, 1991, Ecuador, 1998, y los periodos inmediatamente anteriores, son incluidos en este abordaje.

6) Finalmente, en lo que tiene que ver con los “textos principales” de cada lectura. Este punto se agotó cuando abordamos las referencias bibliográficas.

Estos son entonces los inconvenientes de tipo teórico que nos permiten sostener que la clasificación realizada en esta investigación se mueve entre la cartografía, es decir, el conjunto de elementos 1) ordenados y estructurados de acuerdo a ciertos criterios metodológicos, 2) ordenados y estructurados de manera relativa u 3) ordenados de manera mixta; y, la dispersión, es decir, 1) la ausencia de esos elementos metodológicos o 2) la presencia de los mismos de manera tenue. En cuanto a la cartografía, un buen ejemplo de presencia de elementos ordenados y estructurados de acuerdo a criterios metodológicos, se puede ver en cuanto a los puntos de partida de cada lectura; un ejemplo de presencia de elementos metodológicos ordenados y estructurados de manera relativa se puede observar en lo referente a los periodos de estudio de cada lectura, principalmente en las líneas de trabajo de “sociología jurídica”, “estudios multiculturales”, la de tipo

“económico” y las “perspectivas críticas” del nuevo constitucionalismo latinoamericano; ordenados de manera mixta encontramos en los casos, por ejemplo, de autores como Rodrigo Uprimny y César Baldi: Uprimny podía ser ubicado en los dos campos de estudio y en varias perspectivas o paradigmas, Baldi en dos perspectivas de estudio (las “tipologías” y la “decolonial”). En cuanto a la dispersión, no se presentó ningún caso de la ausencia de elementos metodológicos, en cambio sí se pudo observar la presencia de los mismos de manera tenue, como en los casos de las líneas de trabajo de la lectura “filosófica”, la lectura “marxista” y la “tradicionalista”.

## 5.2. RECOMENDACIONES

En este acápite intentaremos ofrecer brevemente algunos aspectos metodológicos que podrían ser útiles para una investigación que emprende una labor igual o parecida a la abordada en esta investigación. Un primer punto sería revisar una bibliografía más amplia sobre el constitucionalismo. Por ejemplo, existen algunos estudios, diferentes a los de autores como Daniel Bonilla, que indagan sobre el rol de los movimientos indígenas en el constitucionalismo colombiano, y el rol de la Corte Constitucional y otros tribunales frente a dichos movimientos. O en el caso del nuevo constitucionalismo, si existe alguna lectura del mismo realizada por autores pertenecientes a comunidades indígenas (tener en cuenta, en este punto, que dichas comunidades suelen ser reticentes a escribir y/o participar en conferencias o ponencias; razón por la cual dicha labor se dificultaría). Segundo, rastrear si existen o no estudios o enfoques del constitucionalismo que realizan una lectura de este omitiendo la labor de la Corte Constitucional y su jurisprudencia. Tercero, proponer un abordaje utilizando otros elementos clasificatorios diferentes a los utilizados en esta investigación. Por ejemplo, indagar si es posible establecer metodologías de estudio en cada perspectiva o paradigma. Cuarto, realizar una entrevista a algún autor, preferiblemente cercano al constitucionalismo, que haya emprendido un proyecto teórico de tipo cartográfico. Algunos autores que se vienen a la mente podrían ser

Diego López Medina, César Rodríguez Garavito, Oscar Mejía Quintana, entre otros. Desafortunadamente, por razones de tiempo, ninguno de estos puntos pudo ser abordado en esta investigación.

## VI. BIBLIOGRAFIA

### 6.1. Bibliografía del estado del Arte

BALDI, César. (2013). Del constitucionalismo moderno al nuevo constitucionalismo latinoamericano descolonizador. En: *Redhes*. México.

BARROSO, Luis. (2008). *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho*. México: Universidad Autónoma.

CARBONELL, Miguel. (2003). *Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta.

CARBONELL, Miguel (ed.). (2009). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta.

CARBONELL, Miguel y GARCÍA, Leonardo (editores). (2010). *El canon neoconstitucional*. Universidad externado de Colombia.

CARRASQUILLA, A. (2001). Economía y Constitución: hacía un enfoque estratégico,. En: *Revista de Derecho Público* No. 12. Universidad de los Andes.

CASTRO-GÓMEZ, S., y GROSGOQUEL, R. (2007), Prólogo. Giro decolonial, teoría crítica y pensamiento heterárquico. En: *El giro decolonial: Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Santiago Castro-Gómez y Ramón Grosfoguel. Siglo del Hombre Editores-U. Javeriana.

CASTRO-GÓMEZ, S. (2005). *La poscolonialidad explicada a los niños*. Universidad del Cauca-PENSAR.

DOUZINAS, Costas. (2008). *El fin de los derechos humanos*. Legis, Universidad de Antioquia.

ENCINALES, Natalia. (2011). Tercera generación de pensadores jurídicos en Colombia. Filosofía, teoría y sociología del derecho en el campo jurídico colombiano. En: MEJÍA, Oscar y ENCINALES, Natalia. *Elementos para una historia de la filosofía del derecho en Colombia*. Ibañez, Bogotá.

GARCÍA, Leonardo. (2008). El “nuevo derecho” en Colombia: ¿Entelequia innecesaria o novedad pertinente? En: *Revista de Derecho* de la U. del Norte. No. 29.

GARCÍA, Mauricio y RODRÍGUEZ, César (Eds). (2003). *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. ILSA, Universidad Nacional.

GARCÍA, Mauricio. (2001). *Sociología jurídica: Teoría y sociología en Estados Unidos*. Universidad Nacional.

GARGARELLA, Roberto. (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Paidós.

GRÜNER, Eduardo. (1998). “Introducción”. En: ŽIŽEK, Slavoj y JAMESON, Friedrich. *Estudios culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*. Paidós.

GUASTINI, Ricardo. (2009). “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2009. Madrid, Editorial Trotta.

HABERMAS, Jurgen. (2001). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría de discurso*. Trotta.

KELSEN, Hans. (1957). *Teoría comunista del derecho y del Estado*. Emecé Editores S. A. Bueno Aires.

KAHN, Paul. (2001). *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Gedisa-Yale Law School.

LAMPREA, Everaldo. (2006). Derechos fundamentales y consecuencias económicas. En: *Revista de Economía Institucional*. N 14, Bogotá.

POZZOLO, Susana. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. 1998. En: *Revista DOXA* 21-2.

QUIÑONEZ, Julio. (1987). Aproximación al desarrollo de la acritica marxista del derecho en Colombia. En: *Crítica Jurídica*, México, Universidad de Puebla.

RESTREPO, Eduardo y ROJAS, Axel. (2010). *La inflección decolonial: fuentes, conceptos y cuestionamientos*. Colección políticas de la alteridad.

RODRÍGUEZ, César. (1999). "Estudio preliminar". En: KENEDY; Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.

RODRÍGUEZ, César. (2011). *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Editorial Siglo XXI.

SALAZAR, Carlos. (2012). *Historia de la Filosofía del derecho en Colombia siglo XX*. Bogotá, Ibáñez.

STAVRAKAKIS, Y. (2007). *Lacan y lo político*. Prometeos, Argentina.

STAVRAKAKIS, Y. (2010). *La izquierda lacaniana*. FCE.

TREVES, Renato. (1988). *La sociología del derecho. Orígenes, investigaciones, Problemas*. Ariel Derecho.

VARIOS: (2002). *El Debate a la Constitución*, Bogotá: ILSA.

VICIANO, Roberto (Editor). (2012). "Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano". Tirant lo Blanch.

VILLAR, Luis. (1991). *Kelsen en Colombia*. Bogotá, Temis.

WOLKMER, Antonio Carlos. (2003). *Una introducción los estudios jurídicos críticos*. ILSA.

## 6.2. Bibliografía del Marco teórico

ARANGO, Rodolfo. (1999) *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá: siglo del hombre editores.

ARANGO, Rodolfo. (1997). Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos. En: *Pensamiento Jurídico*, Universidad Nacional, Bogotá.

ÁVILA, Ramiro (2011), *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la constitución de 2008*. ABYA YALA-Universidad Andina Simón Bolívar-Fundación Rosa Luxemburg, Ecuador.

BERNAL, Carlos. (2003). *Estructura y límites de la ponderación*. En: *Doxa*, portal de Filosofía del derecho. No. 23.

BERNAL, Carlos. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid.

BERNAL, Carlos. (2005). *El Derecho de los Derechos*. Universidad Externado de Colombia.

ESTRADA, Jairo. (2010). Constitucionalismo neoliberal: entre la razón cínica y la confianza inversionista. Acerca del derecho a la sostenibilidad fiscal. En *Revista Izquierda*.

GARCÍA, Mauricio. (1993). La eficacia simbólica del derecho, Ediciones Uniandes, Bogotá.

GARGARELLA, Roberto. (2005), *Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860)*. Siglo XXI.

GARGARELLA, Roberto y COURTIS, Christian. (2009), El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. *CEPAL-ASDI*. Santiago de Chile.

GARGARELLA, Roberto. (2013), Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Anacronismo e irrupción. Revista de Teoría y política clásica moderna*.

KALMANOVITZ, Salomón, (2001). “Las consecuencias económicas de la Corte Constitucional”, en *“Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia”*, Editorial Norma Bogotá.

KALMANOVITZ, Salomón. (2001). “Formas de pensar jurídicas y económicas”, *Revista de Derecho Público*, 12, Bogotá, 2001.

LEMAITRE, Julieta. (2009). *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Universidad de los y Siglo del Hombre Editores.

LÓPEZ, Diego. (1999). “Presentación”. En: DWORKIN, Ronald y HART H.L.A. *La decisión judicial: el debate Harte-Dworkin*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.

LÓPEZ, Diego. (2004). *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis, Bogotá.

LÓPEZ, Diego. (2006). *El Derecho de los jueces*. Editorial Legis. Segunda edición. 2

LÓPEZ, Diego. (2009) *¿Por qué hablar de una “teoría impura del derecho” para américa Latina?* En: *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. MALDONADO, Daniel (editor).

LIBREROS, Daniel. (2012). “Corte Constitucional y sostenibilidad fiscal. Fallo a favor del gran capital financiero”. En: *Revista de Izquierda*, no. 22.

MEDICI, Alejandro. (2010), “Teoría constitucional y giro decolonial: Narrativas y simbolismos de las constitucionales. Reflexiones a propósito de la experiencia de Bolivia y Ecuador”. En: *Revista de Estudios Críticos*.

MEDICI, Alejandro. (2012), “La constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial” en: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, Aguascalientes-San Luis de Potosí.

MEJÍA, O. y ENCINALES, N. (2011). *Elementos para una historia de la filosofía del derecho en Colombia*. Ibañez, Bogotá.

MEJÍA, Oscar Y GALINDO, Carolina. (2006). *La tercera Corte Constitucional: tensiones y desplazamientos. El giro de la Corte Constitucional de la jurisprudencia social a la neoliberal en la Constitución de 1991*. En: *Espacio crítico*.

MEJÍA QUINTANA, Oscar. (2007). Elites, eticidades y Constitución. Cultura política y poder constituyente en Colombia. En publicación: Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía. CLACSO, Buenos Aires.

MEJÍA QUINTANA, Oscar. (2009). Alienación, ideología y cosificación: una mirada desde las teorías críticas. En: revista jurídica de la Universidad nacional. No. 24.

MONCAYO, Víctor. (2004). *El Leviatan derrotado*. Editorial Norma.

RODRÍGUEZ, César. (1997). Nueva interpretación constitucional. Biblioteca Jurídica, Universidad de Antioquia.

RODRÍGUEZ, César. (1997). "Estudio preliminar". En: DWORKIN, Ronald y HART H.L.A. *La decisión judicial: el debate Harte-Dworkin*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.

RODRÍGUEZ César y RODRÍGUEZ, Diana. (2010). *Cortes y cambio social*. Dejusticia.

SANTOS, Boaventura De Sousa. (2010), *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. IIDS, Plural Editores.

SANÍN, Ricardo (2012). *Teoría crítica constitucional II. Del existencialismo popular a la verdad de la democracia*. Quito-Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. También puede consultarse la edición colombiana publicada por Depalma-Universidad Javeriana.

TAMALLO, Javier. (2008). Crítica al nuevo derecho y a la interpretación constitucional de la corte constitucional. En: 3er Congreso nacional y 1er internacional de derecho constitucional. Tensiones contemporáneas del

constitucionalismo. Centro de Investigaciones y estudios sociojurídicos, Pasto-Colombia.

TOBÓN, Gilberto. (1998). *El Carácter Ideológico de la Filosofía del Derecho*. Señal Editorial.

TOBÓN, Gilberto. (2011). El constitucionalismo aparente en Colombia. En: *Memorias del XI Congreso Nacional de Filosofía del derecho y Filosofía social. Constitucionalismo, pobreza y globalización*. GIL, Numas y DUARTE, Rubén (Eds).

UPRIMNY, Rodrigo y GARCÍA, Mauricio. (2004). Corte constitucional y emancipación social en Colombia. En: *Emancipación social y violencia en Colombia*. Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (eds.). Editorial Norma.

VICIANO, Roberto., y MARTÍNEZ, Dalmau, Rubén. (2010). “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. En *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Corte Constitucional de Ecuador.

WALSH, Katherine. (2002), *Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico*. Publicación mensual del *Instituto Científico de Culturas Indígenas*. Año 4.

WALSH, Katherine. (2007), “Interculturalidad y colonialidad del poder. Un pensamiento y posicionamiento “otro” desde la diferencia colonial”. En *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Santiago Castro y Ramón Grosfoguel (editores)

WALSH, Katherine. (2012). Interculturalidad, plurinacionalidad y razón decolonial: Refundares político-epistémicos en marcha. En: *Lugares descoloniales. Espacios*

*de intervención en las Américas*. GROSFOGUEL, Ramón y ALMANZA, Roberto (Editores). Editorial Pontificia Universidad Javeriana.

YRIGOYEN, Raquel. (2011). "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización". En *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Rodríguez, César (coordinador). Editorial Siglo XXI.