

EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y EL “NUEVO” CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: ¿DOS CORRIENTES LLAMADAS A ENTENDERSE?¹²

NEOCONSTITUTIONALISM AND THE "NEW" LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM: TWO LINES CALLED TO UNDERSTAND EACH OTHER?

Nuria Belloso Martín³

Resúmen: Entre las corrientes del neoconstitucionalismo y del nuevo constitucionalismo latinoamericano hay aspectos que las diferencian pero también un sustrato común, lo que permite plantearse la posibilidad de un diálogo fructífero entre ambas corrientes. Se identificarán los rasgos principales que caracterizan a una y otra corriente, tales como la omnipresencia de la Constitución, el protagonismo de los principios y el renovado papel asignado al Poder Judicial. Lo “nuevo” del nuevo constitucionalismo latinoamericano no es lo nuevo del movimiento constitucional de Latinoamérica. Se analizarán los presupuestos, las líneas de análisis y las posiciones doctrinales sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano, a la vez que se destacarán las peculiaridades que lo caracterizan. Por último, se indagará si hay algo realmente “nuevo” en el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Palabras clave: neoconstitucionalismo; nuevo constitucionalismo latinoamericano; principios; activismo judicial.

Abstract: Among neoconstitutionalism currents and the new Latin American constitutionalism are aspects that differentiate but also a common substrate, allowing the possibility to hold a fruitful dialogue between the two currents. The main features that characterize and over current, such as the omnipresence of the Constitution, the role of the principles and the new role assigned to the judiciary be identified. The 'new' Latin American constitutionalism is not new constitutional movement in Latin America. Budgets, the lines of analysis and doctrinal positions on the new Latin American constitutionalism is analyzed, as well as the peculiarities that characterize it will be highlighted. Finally, it asks whether there is anything really "new" in the new Latin American constitutionalism.

Keywords: neoconstitutionalism; ‘new’ Latin American constitutionalism; principles; activism judiciary.

1. Del constitucionalismo al neoconstitucionalismo

El constitucionalismo, en el pensamiento contemporáneo, está siendo objeto de diversas perspectivas de estudio.⁴ Las principales pueden englobarse en las denominadas corrientes

¹ Recibido y aprobado en 27 de noviembre de 2017.

² El presente trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto de Investigación “MINGA. Constitucionalismo democrático latinoamericano, novas intersubjetividades e emancipação social” (UFMT- Brasil) y originalmente fue publicado en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, disponible en: <<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD>>.

³ Licenciada en Derecho en la Universidad de Valladolid. Profesora Titular de la Universidad de Burgos.

⁴ Vid. el interesante estudio de ALTERIO, 2014; también, vid. ALTERIO y MIEMBRO, 2013.

neoconstitucionalista(s), en el “constitucionalismo popular”⁵ y el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”. Ninguna de estas corrientes es homogénea y podría decirse que las dos últimas están aún en proceso de construcción. En este breve estudio vamos a ocuparnos de la primera y la tercera, es decir, del neoconstitucionalismo y del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Como sabemos, el término “neoconstitucionalismo” ha alcanzado gran predicamento en la teoría del Derecho.⁶ Sin embargo, es un término ambiguo, ya que hay varias tendencias que se incluyen en esta misma categoría⁷. Carbonell subraya que lo correcto sería referirse a neoconstitucionalismos, en plural, ya que esta corriente acaba acogiendo dimensiones variadas (CARBONELL, 2003). Desde su utilización inicial por Pozzolo⁸, en una publicación en 1988, en la Universidad de Génova, este concepto creado por la Escuela genovesa se

⁵ Esta corriente se caracteriza por la apertura a una interpretación extrajudicial de la Constitución, la democratización y participación en las instituciones políticas y económicas, y la recuperación de la relación entre derecho y política. Según Gargarella, El “constitucionalismo popular” agrupa a un notable conjunto de juristas. Entre ellos, encontramos a autores como Larry Kramer (principalmente a partir de su obra *The People Themselves*), Akhil Amar, Jack Balkin, Sanford Levinson, Richard Parker o Mark Tushnet, todos ellos reunidos por una común desconfianza frente al elitismo que distingue a la reflexión jurídica contemporánea, a la vez que críticos de la obsesiva atención que se dedica en ella al Poder judicial. Como rasgos más característicos señala: i) Desafiar la supremacía judicial: Quitando la Constitución de las manos de los tribunales; ii) Contra una “sensibilidad anti-popular”; iii) Interpretación extrajudicial; iv) Una relectura crítica sobre los efectos del control judicial; v) El derecho fuera del derecho; vi) Democracia y participación. (GARGARELLA, [s. d.]); también, *vid.* NIEMBRO, 2013.

⁶ Gomes Canotilho realiza una acertada presentación de lo que considera un “movimiento”: “El neoconstitucionalismo es un especie de “concepto represa” que recibe aguas de distintas procedencias. Los trazos fundamentales de este “movimiento” [...] En primer lugar, el neoconstitucionalismo se adhiere a una concepción de constitución “juridificadora” de la política (tal como el “moderno derecho constitucional”), insistiendo en esquemas metodológicos de interpretación y aplicación que optimicen las normas – sobre todo de los principios constitucionales– con la consecuente presión de juridificación de la política. En segundo lugar, el neoconstitucionalismo pretende mostrar la importancia de los principios fundantes y estructurantes del orden constitucional abierto. En otras palabras: los principios se perfilan como vehículos de una estatalidad abierta, sea en el sentido de su importancia para la constitucionalización del orden jurídico, sea en el sentido de instrumentos de integración de constelaciones políticas posnacionales (Unión Europea). En tercer lugar, el neoconstitucionalismo busca recuperar dimensiones cosmopolitas particularmente importantes en el ámbito de la garantía de los derechos fundamentales bajo el prisma de su universalización y de su radicación como núcleo duro de las culturas jurídico-constitucionales democráticas. En cuarto lugar, podremos señalar las insuficiencias de un abordaje positivista, formalista y exegético de los textos constitucionales. Bajo distintas perspectivas, los juristas pretenden tomar en serio el impulso dialógico que hoy es fortalecido por las teorías políticas de la justicia, por las teorías del republicanismo y por las teorías críticas de la sociedad. CANOTILHO, [s.d.]. Por su parte, otros autores diferencian entre constitucionalismo (moderno), neoconstitucionalismo (contemporáneo), transconstitucionalismo y constitucionalismo (latinoamericano) plurinacional. *Vid.* FERNANDES, 2014, p. 37-64. Otros autores, como Dávila Santamaría, diferencian tres tipos de neoconstitucionalismo: el europeo occidental, el neolatinoamericano y el andino o transformador. *Vid.* SANTAMARÍA, 2011, p. 53-82.

⁷ Como muestra de las diversas opiniones, cabe citar el debate clásico entre Luis Prieto Sanchís y Juan Antonio García Amado, Debate sobre el neoconstitucionalismo (SANCHÍS, 2007, p. 213-288). En este mismo debate, argumentando como un tercero parcial, *vid.* PULIDO, 2009, p. 92-119. Otro debate clásico ha sido el mantenido entre Paolo Comanducci y Juan José Moreso, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo” y “Comanducci sobre neoconstitucionalismo” (COMANDUCCI e MORESO, 2010, p. 173-206).

⁸ *Vid.* POZZOLO, 1998, p. 355-370; también, de la misma autora, *Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico* (POZZOLO, 2001); *Un constitucionalismo ambiguo* (POZZOLO, 2003). También otros miembros de la Escuela Genovesa han profundizado en esta teoría: GUASTINI, 2003; COMANDUCCI, 2003.

ha convertido en una especie de “cajón de sastre” para referirse tanto al constitucionalismo europeo contemporáneo como a tendencias variadas y diversas, que va desde dar cabida a iusnaturalistas como también a positivistas. Ha prosperado en los últimos años, sobre todo en el contexto italiano y español⁹, habiéndose extendido su interés el contexto latinoamericano.

El neoconstitucionalismo ha impulsado una nueva teoría del Derecho, cuyos rasgos más sobresalientes podrían ser los cinco siguientes: 1) más principios que reglas; 2) más ponderación que subsunción; 3) omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos meramente relevantes, en lugar de espacio dejados a la opción legislativa o reglamentaria; 4) omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador o reglamentaria; y, por último, 5) coexistencia de una constelación de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, principalmente, a las sucesivas opciones legislativas¹⁰. Cada uno de estos rasgos abre la puerta a nuevas teorías y cuestiones. Entre las tres que han destacado mayor controversia cabe citar: la conexión de la moral y el Derecho; el equilibrio de poderes entre legisladores y jueces y, por último, si la doctrina principiológica da lugar a una mayor grado de justicia o si, por el contrario, acaba desembocando en un sistema arbitrario.

Las críticas al neoconstitucionalismo han ido aumentando en los últimos años desde diversos sectores. En primer lugar, sobre la falta de coherencia y sistematización de su denominación y principios. Así, Ferrajoli no muestra simpatía hacia la visión conflictualista y ponderativa de la Constitución y de los derechos fundamentales. Aun reconociendo que pueden darse algunos supuestos de conflicto entre derechos, así como la idoneidad del juicio de ponderación como mejor forma para resolverlos, considera que el tema se ha exagerado precisamente por influencia del neoconstitucionalismo, “inventando conflictos allí donde solo hay límites y lesionando con ello la propia normatividad y supremacía constitucional” (SANCHÍS, 2013, p. 87). Para Ferrajoli, la proliferación de principios implica la introducción

⁹ En el ámbito de la filosofía jurídica española, los trabajos de Luis Prieto han contribuido a sistematizar esta corriente (SANCHÍS, 2007); del mismo autor, “Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos (SANCHÍS, 2010); *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de Filosofía jurídica* (SANCHÍS, 2013) junto a los de Alfonso García Figueroa, *El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo* (FIGUEROA, 2006a, p. 265-289); del mismo autor, *Norma y valor en el neoconstitucionalismo* (FIGUEROA, 2006b); *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos* (FIGUEROA, 2009).

¹⁰ En estas cinco cuestiones estamos resumiendo la caracterización aproximadamente coincidente que, según Pozzolo, sustentan autores tales como Dworkin (1996); Alexy (1994, p. 159 e ss); Zagrebelsky (1995, p. 109 ss) y, en parte, Nino (1996). Pero ya estas cinco características son discutibles porque no parece tan claro que todos ellos, como apunta Atienza: “No me parece que sea cierto que ellos animen a los jueces a recurrir en la mayor medida posible a los principios, ni que planteen la ponderación como un procedimiento casuístico, que prescindan como criterio interpretativo de la d’, puesto que ‘ahora el juez debe interpretar el Derecho a la luz de las exigencias de justicia vehiculadas por el caso’ (POZZOLO, 1998, p. 342)” (ATIENZA, [s. d.].

de argumentaciones morales que, en lugar de consolidar el Derecho conducen inexorablemente a una fragilización del mismo (FERRAJOLI, 2010, p. 15-53).

Como acertadamente advierte Pérez Luño, los postpositivismos y las neodogmáticas implican el riesgo de generar dosis de indeterminación y equivocidad conceptual incompatibles con el rigor y la claridad requeridos por la teorización del derecho” (Vide LUÑO, 2003, p. 59). Se corre el riesgo de querer que las Constituciones del neoconstitucionalismo, al incorporar elementos morales y axiológicos, acabe derivando en un “neoconstitucionalismo de teólogos” y no de juristas. Hay que evitar el riesgo de que por querer ser tan ambiciosos acabemos diseñando un neoconstitucionalismo simbólico que por afán de ser “justo”, acabe pecando de “arbitrario”.

Por su parte, Streck ya ha advertido que uno de los mayores peligros consiste en la equiparación de los principios a los valores, dado que una parte de los juristas han optado por considerar los principios constitucionales como un sucedáneo de los principios generales del Derecho o como una especie de soporte de los valores de la sociedad. Es como si el nuevo constitucionalismo hubiera acogido una positivación de los valores. Ese anuncio facilita la creación, en un segundo momento, de todo tipo de principios, “como se o paradigma do Estado democrático de Direito fosse a ‘pedra filosofal da legitimidade principiologia’, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solver os casos difíceis ou ‘corrigir’ as incertezas da linguagem” (STRECK, 2013, p. 147).¹¹

Otro sector critica al neoconstitucionalismo la ocultación de una teoría del poder en la teoría del derecho que promueve. Como apuntan Viciano Pastor y Martínez Dalmau, aunque el neoconstitucionalismo se presenta específicamente como una teoría del derecho y, por tanto, carente de connotaciones politológicas, sin embargo, “es también una teoría del poder: en particular, del poder de los jueces a la hora de interpretar la Constitución”. Es decir, uno de los defectos que se atribuye al neoconstitucionalismo es que da relevancia al poder Judicial en su tarea de intérprete de la Constitución (y de los valores y principios) y no diferencia entre la función de los jueces que realizan el control concentrado de constitucionalidad –los tribunales constitucionales- y la justicia ordinaria, cuya interpretación viene condicionada y dirigida por la interpretación que, previamente, han realizado los verdaderos intérpretes (los tribunales constitucionales). El juez ordinario no está legitimado democráticamente para desarrollar una

¹¹ Sobre el neoconstitucionalismo en Brasil. Vid. SARMENTO, 2009.

función política. El neoconstitucionalismo parece defender “pasar de una teoría del derecho a una teoría del poder”, es decir, la primacía del poder elitista de la función judicial frente al poder democrático de la función legislativa (PASTOR e DALMAU, 2014, p. 71).

2. Posibles líneas de análisis del constitucionalismo latinoamericano

El análisis del constitucionalismo latinoamericano ha despertado un gran interés, dando lugar a diversos estudios, clasificaciones y discusiones epistemológicas.¹² Uno de los análisis más relevantes es el que ha realizado Raquel Irigoyen, denominando “horizonte pluralista” a esta nueva línea constitucionalista de finales del siglo XX en Latinoamérica, y enfatizando la apertura al derecho colectivo de los pueblos indígenas (FAJARDO, 2010)¹³. El primer ciclo multicultural se encuadra entre 1982-1988 e introduce el concepto de diversidad cultural, de reconocimiento de la configuración multicultural de la sociedad y algunos derechos específicos para los pueblos indígenas¹⁴.

A partir de los años 80, bajo el impulso dos procesos de transición democrática, la mayor parte de los países de América Latina promulgaron nuevas Constituciones y/o realizaron importantes reformas constitucionales¹⁵. Aunque utilicen terminologías diferentes presentan numerosos rasgos en común (UPRIMNY, [s. d.].¹⁶ Poco a poco fueron ganando fuerza las nociones constitucionales de titularidad colectiva de derechos, de uso y posesión compartidos de nuevos recursos naturales y territorios y de respeto a las diferencias culturales (Cf. MARTÍN, RODRÍGUEZ e BOTELHO, 2015, p. 277-299).

¹² Hay otras perspectivas acerca de cómo se ha diseñado el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Viciano Pastor y Dalmau Martínez, por ejemplo, sitúan el inicio del “nuevo constitucionalismo” con la Constitución colombiana (1991), y la de Venezuela (1999) (PASTOR e DALMAU, 2010b, p. 9-43). Con ello, acaban colocando dentro de un mismo proceso tres ciclos distintos de constitucionalismo pluralista que, Raquel Irigoyen diferencia. Tanto Irigoyen, como Clavero destacan la especificidad de los procesos ecuatoriano y boliviano en relación al anterior constitucionalismo latinoamericano. Para profundizar en estas cuestiones, *vid.* BALDI, 2013, p. 90-107. Otros autores subrayan que la especificidad del modelo constitucional del nuevo constitucionalismo latinoamericano puede encontrarse principalmente en los textos constitucionales de Venezuela (*Estado democrático y social de derecho y de justicia*), en Bolivia (*Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario*) y de Ecuador (*Estado constitucional de derechos y justicia*).

¹³ También, FAJARDO, 2006.

¹⁴ Fuera del contexto latinoamericano, Algunos países como Canadá (1982), por ejemplo, reconocen su herencia multicultural y los “derechos aborígenes”.

¹⁵ Cabe citar: El Salvador, 1983; Guatemala, 1985; Honduras, 1982; Nicaragua, 1987; Brasil, 1988; Chile, 1980; Colombia, 1991; Ecuador, 1979; Paraguay, 1992; Perú, 1993, México (1992-2000). Para consultar las Constituciones Latinoamericanas, *vid.* Biblioteca virtual Miguel de Cervantes <http://www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones_hispanoamericanas/catalogo_paises/>

¹⁶ También, *vid.* UPRIMNY, 2007.

El segundo período de reformas del constitucionalismo está comprendido entre 1989-2005, marcando la internacionalización de la Convención 169 OIT, que revisa la Convención 107 y adopta un amplio conjunto de derecho indígenas, tales como la lengua, la educación bilingüe y las formas de participación¹⁷.

En los años 90 se reafirma la adhesión al Estado constitucional, social y democrático de derecho, subrayando la idea de la fuerza normativa de la Constitución. En los textos constitucionales se observa una nueva orientación en dos sentidos. Por una parte, la expansión del catálogo de derechos humanos y de derechos fundamentales consagrados (ampliando los bienes y sujetos tutelados); por otra, la incorporación de nuevas garantías e institutos de control jurisdiccional y administrativo y de participación popular.

Los Estados y sus Constituciones necesitaban pasar por determinadas transformaciones. Los pueblos indígenas reivindican derechos tales como la propiedad de tierra, la admisión de la aplicación de su propia ley, su participación en ciertas decisiones del gobierno, la posibilidad de reflexionar sobre sus autonomías y valores culturales. En muchas Constituciones latinoamericanas, las reformas dieron inicio a alteraciones ligadas al reconocimiento del carácter pluricultural de la nación y del Estado, y también al reconocimiento de los pueblos indígenas, a la ampliación y a la reconocimiento de sus derechos (Cf. RAMÍREZ, 2009)¹⁸.

En general, las Constituciones latinoamericanas contemplaban una detallada carta de derechos. A diferencia del constitucionalismo clásico, que se limitaba a establecer de forma genérica los derechos y no se preocupaba ni por la individualización ni por la colectivización de los mismos, ahora se identifican los derechos de los denominados “grupos vulnerables” (mujeres, niños, personas mayores, personas con discapacidad). Los pueblos indígenas no resultan ajenos a esta pretendida integración de sectores marginados. Estos pueblos ya contaban con algunos de sus derechos ya reconocidos en las primeras Constituciones.¹⁹

3. Algunos presupuestos epistémicos del nuevo constitucionalismo latinoamericano

¹⁷ La adopción del multiculturalismo en los años noventa se dio paralelamente a las reformas del Estado, en el contexto de la globalización. Tales reformas implicaron, por un lado, las políticas de ajuste y el retroceso de los derechos sociales, y por otro, la flexibilización de mercado y la apertura a las transnacionales. Un gran número de corporaciones transnacionales se instaló en los territorios de los pueblos indígenas con efectos contraproducentes con relación a sus nuevos derechos conquistados. El segundo ciclo, por tanto, es de marcados contrastes y de algún modo, inconsistente, por el reconocimiento simultáneo de los derechos indígenas por un lado, y, por otro, de políticas que permiten nuevas formas de expropiación territorial indígena como no se había llevado a cabo desde el siglo XIX. *Vid.* IRIGOYEN, 2009.

¹⁸ También, *vid.* PELÁEZ, 2012, p. 83-107; MALLOL, 2004; PASTOR e DALMAU, 2010b, p. 9-43.

¹⁹ Así, en Colombia, ya en 1991 se había planteado la necesidad de representación directa indígena en el Parlamento (art.171), el reconocimiento de la jurisdicción indígena (art. 246), o de municipios y territorios indígenas (art. 286).

El constitucionalismo latinoamericano parte de algunos presupuestos epistémicos que permiten que puedan comprenderse mejor los rasgos que lo caracterizan. Entre esos presupuestos cabe destacar el pluralismo, la influencia de las Constituciones de matriz europea y el fuerte contenido axiológico presente en estos textos constitucionales. Vamos a analizar brevemente cada uno de estos tres presupuestos.

En cuanto al primer presupuesto, el pluralismo jurídico es un concepto complejo y polisémico que describe la coexistencia de varios sistemas jurídicos en un mismo espacio sociopolítico, siendo el derecho estatal uno más de los derechos existentes en la realidad social (LÓPEZ, 2013-2014, p. 99-110). Pluralismo jurídico (WOLKMER, 2000), iusdiversidad e interlegalidad (SILVEIRA, 2014, p. 99-110) son tres de los conceptos que actualmente definen mejor la existencia y diálogo entre diversas esferas de racionalidad y de sistemas jurídicos. El desafío principal del pluralismo jurídico cuestiona la exclusividad de la teoría del monismo jurídico para explicar fenómenos jurídicos contemporáneos, ya que sostiene que la realidad rebasa sus marcos explicativos ante la emergencia de diferentes actores colectivos cuyas normas de autorregulación no se reducen al derecho estatal ni se explican desde la ciencia jurídica tradicional. Entre las diversas manifestaciones de este pluralismo cabe destacar el representado por los pueblos indígenas,²⁰ las favelas en Brasil (SANTOS, 2009) y los nuevos movimientos sociales (WOLKMER, 2015, p. 95-103)²¹.

Este pluralismo legislativo se manifiesta de forma clara en la Administración de justicia y en las leyes consuetudinarias indígenas²². Los pueblos indígenas son estigmatizados por las culturas y sistemas de justicia de las sociedades dominantes y son discriminados o tratados de manera despectiva por la policía, las fuerzas militares y los sistemas de justicia dominantes. Sin embargo, los pueblos indígenas tienen sistemas de justicia internos de vieja data (*long standing*) a veces enfocados en la rehabilitación o reparación en vez del castigo. Tales sistemas, si se combinan con el sistema de justicia nacional, pueden ofrecer justicia apropiada en comunidades donde el acceso a la justicia es limitado o como medio de reducir altos niveles de encarcelamiento. En algunos países, el Estado reconoce los tribunales y leyes de los pueblos tradicionales indígenas²³.

²⁰ Vide CORREAS, 2007; YRIGOYEN, 1999; CLAVERO, 1994.

²¹ También Vide. IRIGOYEN FAJARDO, 2010 e 2015.

²² Vid. *Directrices sobre los asuntos de los Pueblos indígenas*. Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2008. Disponible en < http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/UNDG-Directrices_pueblos_indigenas.pdf > (Acceso el 11-05-2015).

²³ Los pueblos indígenas tienen derecho a la no discriminación y a igual trato en asuntos relativos a la justicia y el derecho a la traducción a sus propias lenguas en las cortes. Los sistemas de justicia indígenas también pueden ser

Como subraya Wolkmer, el pluralismo engloba fenómenos espaciales y temporales con múltiples campos de producción y de aplicación, los cuales comprenden, además de los aportes filosóficos, sociológicos, políticos o culturales, una formulación teórica y práctica de pluralidad en el Derecho.²⁴ El pluralismo en el Derecho tiende a demostrar que el poder estatal no es la fuente única y exclusiva de todo el Derecho, abriendo una posibilidad para la producción y aplicación normativa centrada en la fuerza y en la legitimidad de un complejo y difuso sistema de poderes, emanados dialécticamente de la sociedad, de sus diversos sujetos, grupos sociales, colectividades o cuerpos intermedios. Sin entrar en una discusión sobre las variantes del pluralismo jurídico, bien sea desde el paradigma “desde la cima”, transnacional y globalizado, bien sea desde el modelo “desde abajo”, de las prácticas sociales emancipadoras y de los movimientos sociales, cabe destacar la propuesta de un constitucionalismo pluralista y emancipador (WOLKMER y FAGUNDES, 2011, p. 374). La integración entre constitución y pluralismo democrático acaba proyectando la perspectiva de un nuevo Estado de Derecho.

En segundo presupuesto es el de la influencia de las Constituciones de matriz europea. En América Latina, tanto la cultura jurídica imposta por las metrópolis a lo largo del período colonial como las instituciones jurídicas formadas después del proceso de independencia (tribunales, codificaciones y constituciones) derivan de la tradición legal europea, representada, en el ámbito privado, por las fuentes clásicas de los Derechos romano, germánico y canónico. Igualmente, en la formación de la cultura jurídica y del proceso de constitucionalización latinoamericano de la pos-independencia, se han de tener en cuenta la herencia de las cartas políticas burguesas y de los principios iluministas inherentes a las declaraciones de derechos, así como los que derivan de la nueva modernidad capitalista, de libre mercado, pautada en la tolerancia y en el perfil liberal-individualista.

El proceso de constitucionalización de los Estados latinoamericanos que fueron doctrinalmente marcados por las Declaraciones de los Derechos anglo-francesas, por las

reconocidos si son compatibles con los derechos humanos reconocidos internacionalmente, y pueden ofrecer orientación en caso de disputas entre los pueblos indígenas y otros. El derecho consuetudinario indígena debe ser tomado en cuenta en decisiones para la resolución de conflictos (*Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Artículos 13, 34, 40; *Convenio No. 169 de la OIT*, Artículos 8-12). Sobre la articulación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional y la Ley de coordinación de jurisdicciones, *vid.* MALLOL, 2004; también, *vid.* DE LUCAS, 1998; también, SANZ, 2015, p. 79-106.

²⁴ “Dentre alguns de seus princípios valorativos, assinala-se: 1) a *autonomia*, poder intrínseco aos vários grupos, concebido como independente do poder central; 2) a *descentralização*, deslocamento do centro decisório para esferas locais e fragmentárias; 3) a *participação*, intervenção dos grupos, sobretudo daqueles minoritários, no processo decisório; 4) o *localismo*, privilégio que o poder local assume diante do poder central; 5) a *diversidade*, privilégio que se dá à diferença, e não à homogeneidade; e, finalmente, 6) a *tolerância*, ou seja, o estabelecimento de uma estrutura de convivência entre os vários grupos baseada em regras “pautadas pelo espírito de indulgência e pela prática da moderação” (WOLKMER, 2001, p. 175-177).

constituciones liberales burguesas de los Estados Unidos (1787) y de Francia (1791 e 1793), y por la Constitución Española de Cádiz (1812), a la vez que también tuvieron presente el constitucionalismo norteamericano. En cuanto a la positivación moderna de codificación de Derecho privado ibero-americano fue modelada por el ideario individualista, romanístico y patrimonial de legislación civil napoleónica (1804) y del estatuto privado germánico (1900).

Ha sido característico de la tradición latinoamericana, tanto en la evolución teórica como en la institucionalización formal del Derecho que las Constituciones políticas consagraran, abstractamente, la igualdad formal ante la ley, la independencia de poderes, soberanía popular, garantía liberal de derechos, ciudadanía culturalmente homogénea y la condición idealizada de un “Estado de Derecho” universal.

Sin embargo, en la práctica las instituciones jurídicas han estado marcadas por el control centralizado y burocrático del poder oficial; formas de democracia excluyente; sistema representativo clientelista; experiencias de participación elitista; y por ausencias históricas de las grandes masas campesinas y populares. En buena parte, los documentos legales y los textos constitucionales elaborados en América Latina han sido expresión de la voluntad e interés de sectores de las elites hegemónicas formadas e influidas por la cultura europea o anglo-americana. En escasas ocasiones, en la historia da región, las constituciones liberales y la doctrina clásica del constitucionalismo político reprodujeron las necesidades de sus segmentos sociales mayoritarios, como las naciones indígenas, las poblaciones afro-americanas, las masas de campesinos agrarios y los múltiples movimientos urbanos (WOLKMER y FAGUNDES, 2011, p. 377).

El tercer presupuesto es el del fuerte y amplio contenido axiológico de la Constitución. Si bien en todas las Constituciones la presencia de principios de orden ético y político que funcionan a modo de presupuestos, no sujetos a discusión, es una característica común, en los nuevos textos constitucionales latinoamericanos es una tendencia fuertemente acusada. Soberanía popular, respeto a la dignidad humana, solidaridad, igualdad ante la ley, pluriculturalismo así como metas a alcanzar tales como igualdad material, justicia social, inclusión de sectores marginados, materialización de derechos, etc. Las normas que incorporan estos presupuestos y propósitos están formuladas en un lenguaje amplio, susceptible de más de una interpretación, que hace que el operador jurídico, generalmente el juez, deba desarrollar una actividad hermenéutica.

Ello hace pensar que el activismo judicial es un rasgo que acompaña característico del nuevo constitucionalismo latinoamericano. La propia expresión de activismo judicial ha estado

acompañada de una connotación peyorativa en la medida en que se alude a una especie de usurpación, por parte del juez, de una función que, por su naturaleza, es competencia de otros poderes. Por ejemplo, del Poder Legislativo en la medida en que cuando se examina la constitucionalidad de una norma se condiciona dicha constitucionalidad a que la norma se interprete de una determinada manera, existiendo varias posibilidades hermenéuticas. O bien, se cuestiona al Poder Ejecutivo cuando, para amparar un derecho se ordena un gasto no previsto en el presupuesto.

Ese difícil equilibrio de activismo judicial y la presencia relevante de principios y de cláusulas abiertas, como bien ha apuntado Carbonell (2010), conlleva dos cuestiones. Por una parte, dotar de sentido concreto a esas cláusulas abiertas, vagas e indeterminadas²⁵. Por otra, la aplicación tendente a dotar de sentido las normas abiertas presupone y exige construir una buena teoría de la argumentación²⁶. El activismo judicial no deriva de una simple postura académica o ideológica sino que forma parte del modelo mismo de la democracia constitucional –subraya Carbonell- tal como se le entiende al menos desde el surgimiento del neoconstitucionalismo (al día siguiente del final de la Segunda Guerra Mundial)²⁷. Este debate, en Latinoamérica²⁸ se ha visto enriquecido por las obras de Carlos Nino (1997), Roberto Gargarella (1996) y Víctor Ferreres (1997).

²⁵ Si se consulta la Constitución Federal brasileña de 1988 se encuentran conceptos indeterminados como dignidad de la persona (Artículo 1.III), pluralismo político (Artículo 1.V), igualdad ante la ley (Artículo 5), derechos adquiridos (Artículo 5.XXXVI), penal cruel (Artículo 5.XLVII inciso E), debido proceso legal (Artículo 5.LIV), entre otros. Si se toma como referencia la Constitución de Ecuador, encontramos ese tipo de cláusulas indeterminadas y abiertas: referencias a un Estado de derechos y justicia (Artículo 1), a un medio ambiente sano y equilibrado (Artículo 14), a una comunicación incluyente y participativa (Artículo 16), a una información oportuna, contextualizada y plural (Artículo 18), a una vivienda digna y adecuada (Artículo 30), a la atención integral a la salud (Artículo 23), etc.

²⁶ Subraya Carbonell que tanto la concreción constitucional como la argumentación en la materia dan lugar (o deben dar lugar) a jueces activistas. “El activismo judicial no significa ni implica que el juez pueda sustituir con su criterio personal las decisiones que ha tomado el constituyente [...] El activismo judicial, bien entendido, significa simplemente que el juez toma las normas constitucionales en serio y las lleva hasta el límite máximo que permite su significado semántico, a fin de proteger con la mayor extensión normativa y fáctica los derechos fundamentales. Precisamente, el activismo será más marcado en materia de derechos y mucho más moderado (o deferente) cuando se trate de cuestiones relativas a la división de poderes o al ejercicio de competencias públicas” (CARBONELL, 2010, p.215-216).

²⁷ Carbonell destaca que, junto al activismo judicial, hay otros elementos esenciales para la revolución de los derechos, tales como las buenas declaraciones de derechos, con marcos constitucionales que permitan “activar” la actuación de los jueces (acciones populares, legitimación amplia) así como también una fuerte conciencia social alrededor de los derechos (“activismo social”). (CARBONELL, 2010, p. 218). También, *vid.* KENNEDY, 1999.

²⁸ Como acertadamente apunta Vázquez, el debate se ha planteado entre dos extremos: “O la autorrestricción judicial a partir del principio de división de poderes y de una concepción de la democracia formalista (los jueces carecen de legitimidad democrática y son los menos autorizados para controlar la legalidad y constitucionalidad de las normas); o bien el activismo judicial y el decisionismo son contrapesos democráticos que, pese a los riesgos, posibilitaría, entre otras cosas, la salvaguarda de los derechos fundamentales –y de manera relevante el de las minorías- consagrados en la Constitución” (VAZQUEZ, 2010, p. 251).

4. ¿Qué hay de nuevo en el “nuevo” constitucionalismo americano?

Lo “nuevo” del nuevo constitucionalismo latinoamericano no es lo nuevo del movimiento constitucional de Latinoamérica, como si su matriz no fuera más que una discusión en el ámbito constitucional de países latinoamericanos. Esta sería una visión simplista del movimiento emancipatorio. Por el contrario, tal paradigma se presenta como nuevo en su movimiento pos-colonial, de ruptura con conceptos y preceptos hegemónicos que se habían consolidado en el pensamiento de las sociedades modernas (MARTÍN, RODRÍGUEZ y FERNANDES, 2015, p. 93-134). Los movimientos del constitucionalismo que se ha producido en los últimos años en países sudamericanos (Bolivia, Ecuador y Venezuela) intentan romper con la lógica liberal-individualista de las Constituciones políticas tradicionales, reinventando el espacio público a partir de los intereses y necesidades de las mayorías alejadas históricamente de procesos decisorios. Así, las nuevas Constituciones surgidas son, desde el punto de vista de la filosofía jurídica, una quiebra o ruptura con su antigua matriz.²⁹

Las características y fundamentos del constitucionalismo democrático, propios de la experiencia europea tras la II Guerra Mundial, han sido paulatinamente incorporados por los diferentes Estados en sus progresivos procesos de democratización, especialmente en Latinoamérica. En la primera década del siglo XXI, en el contexto latinoamericano, hemos asistido a una oleada de cambios constitucionales y que han significado para muchos de estos países una reforma profunda en el «modelo de Estado» que sostiene a sus sistemas democráticos. Estos cambios han dado lugar a lo que se denomina como «nuevo constitucionalismo latinoamericano», en el que alcanzan un gran protagonismo el reconocimiento de los derechos y las garantías como núcleo duro del Estado Constitucional, la apuesta por el Estado social frente al Estado neoliberal, el abandono de una visión centralista del Estado, la tutela pública del medio ambiente en el marco de una economía sostenible, el

²⁹ Sousa Santos lo califica como un constitucionalismo “desde abajo”, relacionando su origen con la exigencia popular por mejores condiciones de vida digna. (*Pensar el Estado y la sociedad: desafíos actuales*. Buenos Aires, Waldhuter, 2009). La expresión de Sousa Santos “uso contrahegemónico de instrumentos hegemónicos” también permite ayudar a ilustrar la idea: “El constitucionalismo transformador es una de las instancias (quizá la más decisiva) del uso contra hegemónico de instrumentos hegemónicos de que hablé arriba. De las Constituciones modernas se dice frecuentemente que son hojas de papel para simbolizar la fragilidad práctica de las garantías que consagran y, en realidad, el continente latinoamericano ha vivido dramáticamente la distancia que separa lo que los anglosajones llaman *law-in-books* y *law-in-action*” (SANTOS, 2010, p.80). Sousa Santos explica que “Esta otra epistemología que tiene su génesis en la Teoría Crítica y se recrea en América Latina, desde el Sur, se asume desde la praxis de un *logos* emancipador que fractura los límites hegemónicos del “capitalismo sin fin” y del “colonialismo sin fin”, ya que hace posible recuperar desde la “sociología de las emergencias”, la presencia de los pueblos milenarios que han logrado la recreación de su habitat a través de una relación simbiótica directa, con los ciclos o procesos de génesis y muerte de la Madre Tierra (*Pachamama*)” (SANTOS, 2011a, p. 17-39).

incremento de la participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos. Se produce un reforzamiento del constitucionalismo democrático, en los que se han multiplicado los debates acerca de la conciliación entre soberanía popular y derechos fundamentales, entre gobierno de la mayoría y la vida digna y en libertad para todos, en un ambiente de justicia, pluralismo y diversidad. Es aquí cuando cronológicamente cabe establecer con mayor nitidez, la diferenciación entre neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano.³⁰

El “neoconstitucionalismo” reivindica la reinterpretación desde la Constitución del Estado de Derecho. Se interesa por la constitucionalización del ordenamiento jurídico. Por su parte, el “nuevo constitucionalismo” centra su interés en la relación democrática que dará origen a las Constituciones y a la difusión de mecanismos democráticos, es decir, es más una preocupación política que propiamente jurídica. Ese “nuevo constitucionalismo” busca la legitimidad de la soberanía popular antes incluso que la preocupación y la afirmación jurídica positivada³¹. El interés por las causas sociales que motivaron los nuevos textos constitucionales, así como el ímpetu insurgente de transformación del Estado y el cambio de rumbo jurídico en favor de poblaciones a las que históricamente se les han negado necesidades fundamentales, han sido factores que originan el movimiento caracterizado como “nuevo constitucionalismo latinoamericano” (WOLKMER y FAGUNDES, 2011, p. 383).

A partir de la comprensión de la diversidad se inicia en la última década el movimiento jurídico político al que cabría denominar, estrictamente, “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, con la promulgación de la Constitución de Venezuela de 1999, la Constitución Ecuatoriana de 2008 y la Constitución Boliviana de 2009. Para algunos autores, estas tres Constituciones son las que forman estrictamente las bases del “nuevo” constitucionalismo latinoamericano.³²

³⁰ Entre los diversos autores que han desarrollado sus obras en esta línea cabe destacar: SANTOS, 2007 y 2012; SANTAMARÍA, 2010.

³¹ “Por su parte, el nuevo constitucionalismo asume las posiciones del neoconstitucionalismo sobre la necesaria impregnación constitucional del ordenamiento jurídico pero su preocupación no es sólo la dimensión jurídica de la Constitución sino, en un primer orden, su legitimidad democrática [...]. Por todo ello, el nuevo constitucionalismo busca analizar, en un primer momento, la fundamentación de la Constitución, es decir, su legitimidad, que por su propia naturaleza sólo puede ser extrajurídica. Posteriormente – como consecuencia de aquélla - interesa la efectividad de la Constitución, con particular referencia – y en ese punto se conecta con los postulados neoconstitucionalistas - a su normatividad” (PASTORE e DALMAU, 2010, p. 18).

³² No vamos a entrar en el análisis de la venezolana. La Constitución de Ecuador y la de Bolivia presentan nuevos sujetos e institucionalidades de forma más clara. Pero también la Constitución brasileña de 1998 y la de Colombia de 1991 dan cuerpo a ese nuevo constitucionalismo. En este sentido, Ulian do Lago Albuquerque ha defendido la posibilidad de interpretación constitucional de reconocimiento de Estado pluricultural y multicultural brasileño. Sostenía que el camino de implementación de esa autonomía se podría efectivizar mediante una educación superior diferenciada (ALBUQUERQUE, 2008).

Estas Constituciones plantean la existencia de una nación de pueblos o de un Estado plurinacional no sólo formalmente, mediante metaconceptos³³, sino también materialmente con el reconocimiento de la autonomía indígena.³⁴ Además, constitucionalizan concepciones provenientes de la tradición indígena, del pluralismo jurídico,³⁵ de un sistema de jurisdicción indígena sin relación de subordinación con la jurisdicción ordinaria³⁶, de un amplio catálogo de derechos de los pueblos indígenas,³⁷ de la elección mediante formas propias de sus representantes,³⁸ o incluso de la creación de un Tribunal Constitucional Plurinacional con presencia de la jurisdicción indígena.³⁹

Las nuevas Constituciones fueron surgiendo con un fuerte carácter pluricultural, multiétnico y preservador de la biodiversidad. Junto al individualismo homogeneizador, se reconoció un pluralismo repleto de diversidad social, cultural y natural, en una perspectiva que se puede denominar socioambiental.⁴⁰ En la Constitución de Ecuador se reconoce a la naturaleza o ⁴¹*Pachamama (madre tierra)* como sujeto de derechos. La naturaleza tendría el derecho fundamental a la existencia, a mantener sus ciclos evolutivos. En la Constitución Boliviana (art. 8°), cuando se alude a los principios éticos, se incorpora los principios, en idioma nativo quechua, de *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi marei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble), también presente en la Constitución ecuatoriana (capítulo II del título de derechos). Ambas Constituciones son las que aparecen más claramente comprometidas con un rechazo frente a tradiciones constitucionales de raíces individualistas/elitistas. Son textos que superan el marco del constitucionalismo liberal, incluso en su versión pluricultural y multiétnico, introduciendo la noción –para algunos exótica- del buen vivir⁴² y los derechos que le están asociados.

³³ Entre los que cabe citar el de “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario” (art.1 Constitución boliviana de 2009. *Vid.* El trabajo de Tapia sobre la conformación del Estado plurinacional en Bolivia (TAPIA, 2007, p. 47-63). La Constitución venezolana, por sus particulares características, requeriría un estudio diferenciado.

³⁴ Artículos 289 y ss. Constitución boliviana de 2009.

³⁵ Artículo 178. Constitución boliviana de 2009.

³⁶ Aunque sí se reconoce subordinada a la Constitución: arts. 179 II, 192 y, 410. Constitución boliviana de 2009.

³⁷ Arts. 30 y ss. Constitución boliviana de 2009.

³⁸ Art. 211. Constitución boliviana de 2009.

³⁹ Art. 197. Constitución boliviana de 2009.

⁴⁰ *Vid.* CADERMARTORI e RICHTER, 2013, p. 364-389; también, NOGUEIRA, [s. d.].

⁴¹ La Constitución, en efecto, establece cuotas de parlamentarios indígenas (i.e., artículo 146, VII); la justicia indígena originaria campesina, a la que coloca en el mismo nivel que a la justicia ordinaria (artículo 192); un Tribunal Constitucional plurinacional, parte de cuyos miembros son escogidos conforme al sistema indígena (artículo 196 y ss.); un órgano electoral plurinacional, con representación

indígena; un modelo económico social comunitario basado en la cosmovisión indígena (artículo 205 y ss.); derechos especiales de los indígenas sobre el agua y sobre los recursos forestales de su comunidad (artículo 304); derechos a la tierra comunitaria e indígena (artículo 293 y disposiciones transitorias); entre otras.

⁴² La dimensión plurinacional del “buen vivir” es más fuerte en el caso boliviano, así como la dimensión ambiental es más intensa en el caso ecuatoriano. La idea del “buen vivir” emerge a partir del mundo andino y amazónico, coincidiendo con una

5. Posiciones doctrinales sobre el “nuevo” constitucionalismo latinoamericano

El “nuevo” constitucionalismo latinoamericano se ha configurado como una categoría que se encuentra ya asentada en la doctrina.⁴³ Como en el caso del neoconstitucionalismo, tampoco es una corriente unitaria. Algunos autores han dejado claro que no se adscriben a la misma, al menos formalmente. Sin embargo, en sus teorías comparten numerosos puntos. La diferencia radica en dónde prefieren poner el acento, destacando unos rasgos sobre otro. Es el caso de Gargarella, quien destaca que lo que las nuevas Constituciones latinoamericanas pretenden resolver, al menos la de Bolivia y Ecuador (unos incluyen a Venezuela y otros no), es el comprometerse con un rechazo frontal frente a aquellas tradiciones constitucionales de raíces elitistas e individualistas. Incluso, en el caso de la experiencia boliviana, se aprecia una marcada tendencia a terminar con la marginación político-social de los grupos indígenas.

Gargarella presta especial atención a largas listas de derechos (sociales, políticos, culturales, económicos) que integran estas Constituciones, de por sí, con textos excesivamente largos⁴⁴. Y no sólo la extensión sino el elenco de tan amplio catálogo de derechos tales como los derechos de los ancianos, los niños, el derecho al deporte, a la comida saludable, los derechos de la naturaleza y muchos más, han generado, habitualmente, burlas y menosprecio sobre los nuevos textos.⁴⁵ Diversas opiniones han calificado a las nuevas Constituciones latinoamericanas como “poéticas”: Constituciones que no hablan de la realidad, sino que

primacía a los derechos de la naturaleza, los “derechos de la madre tierra”. Pero el buen vivir no se vincula exclusivamente a derechos de la naturaleza. En Ecuador, la educación es “condición indispensable para el buen vivir” (art.26) debiéndose pautar por el respeto a los derechos humanos, al medio ambiente y a la democracia, siendo intercultural, incluyente y diversa, impulsando la igualdad de género y la paz (art.27). Por ejemplo, el artículo 10 de la Constitución ecuatoriana reconoce derechos a los pueblos, a las nacionalidades y a la naturaleza y el capítulo 2 del Título II establece los derechos del “buen vivir” (podría ser el equivalente a los derechos sociales). Por su parte, el artículo 306 de la Constitución boliviana establece que el modelo económico debe estar orientado al vivir bien de todas las bolivianas y bolivianos (UPRIMNY, [s. d.], p.4).

⁴³GARGARELLA e COURTIS, 2009; MÉDICI, 2010, p. 3-23; FERNÁNDEZ, 2010; ARMENGOL, 2010, p. 49-76; VEGA, 2011, p. 1-40; WILHELMI, 2011, p. 1-24; SANTAMARÍA, 2011; Romeo, 2013; UPRYMNY, 2011; AA.VV., 2010; STORINI, 2014; y, por último, reseñamos la aportación de MELO y WOLKMER, 2013; WOLKMER y CORREAS, 2013; WOLKMER, 2015.

⁴⁴ La Constitución de Ecuador tiene 444 artículos, 30 disposiciones transitorias, una derogatoria, otras 30 que establecen un régimen transitorio y una disposición final (506 preceptos en total). La de Bolivia tiene 411 artículos, 10 disposiciones transitorias, una disposición abrogatoria y una final (432 preceptos en total).

⁴⁵ Si se observa la muy austera Constitución de los Estados Unidos, que contiene 7 artículos (y una veintena de enmiendas), y la compara con los más de 400 artículos que uno encuentra en las Constituciones de Brasil, Ecuador o Bolivia, la diferencia es notable. Es una clara inflación de derechos pero esto tampoco debe llevar a descalificar, casi automáticamente, estas Constituciones. Subraya que lo que parece estar en juego, en estos casos, es un fenómeno al que podríamos llamar el de las “cláusulas dormidas.” GARGARELLA, [s. d.].b, p. 13. Algunos autores han advertido que estas Constituciones, con catálogo tan amplio de derechos, en cierta manera refuerzan los poderes del Poder Judicial (encargado de velar por, y decidir el alcance de esos derechos), es decir, del órgano más típicamente contra-mayoritario de la Constitución, cit., p.10.

incluyen expresiones de deseos, sueños, aspiraciones, sin ningún contacto con la vida real de los países en donde se aplican. Ello constituye una gran verdad aunque tampoco puede menospreciarse algunos logros conseguidos, como en el caso de comunidades indígenas que, frecuentemente despojados en sus derechos, han podido tutelar sus derechos en los tribunales de justicia (GARGARELA, [s. d.]b, p. 13).

Otros autores subrayan el giro decolonial y el Estado pluricultural, frente a un Estado uninacional y monocultural, centralista y excluyente. Para que esta renovación política en Latinoamérica, auspiciada por el constitucionalismo, sea visible, se requiere una epistemología propia. Es lo que Boaventura de Sousa Santos ha denominado una “epistemología del sur”⁴⁶ alejándose de lo que, lamentaba Lascarro, “el silencio de los constitucionalistas”.⁴⁷

En cuanto a las críticas, algunas provienen de la doctrina más conservadora, que no comparte el carácter populista de los nuevos textos constitucionales (EDWARDS, 2009) ni tampoco el carácter ambiguo de los mismos, por entender que se crea un problema para la seguridad jurídica (UGARTE, 2013). Por su parte, Aldunate, señala categóricamente que “(...) no existe claridad respecto del objeto al cual se hace referencia con esta denominación”, “(...) puede que lo que compra el neoconstitucionalismo sea bueno; pero el precio que paga es la desconstitucionalización de la Constitución” (LIZIANA, 2010, p. 79-102). Según Ponce Villaís, el neoconstitucionalismo radical anula la acción del legislador, acaba con el principio de certeza del Derecho, ataca la seguridad jurídica, termina con el sistema del Derecho positivo y racional. Para conseguir una máxima efectividad se está pidiendo a los jueces que den soluciones diferentes a las que las partes en conflicto hayan solicitado dando lugar al ejercicio abusivo de la discrecionalidad. En definitiva, alerta sobre un modelo de Constitución “viviente”⁴⁸. Advierte que a través de la ponderación se busca atribuir un escudo para que el

⁴⁶ Con el término “sur” Sousa Santos no está aludiendo a un sentido geográfico sino metafórico. Es el lugar de los oprimidos. “Las Epistemologías del Sur son el reclamo de nuevos procesos de producción, de valorización de conocimientos válidos, científicos y no científicos, y de nuevas relaciones entre diferentes tipos de conocimiento, a partir de las prácticas de las clases y grupos sociales que han sufrido, de manera sistemática, destrucción, opresión y discriminación causadas por el capitalismo, el colonialismo y todas las naturalizaciones de la desigualdad en las que se han desdoblado [...] También existe un Norte global en el Sur; son las elites locales que se benefician del capitalismo global” (SANTOS, 2011b, p. 16). Del mismo autor, *vid. Vide.* SANTOS, 2008 y 2007.

⁴⁷ Lascarro sostiene que en Colombia no hay un modelo neoconstitucionalista sino de Derecho neo-constitucional, porque no hay una ruptura epistémica y política con el modelo hegemónico neoconstitucional, a diferencia de Ecuador y Bolivia, donde sí aprecia que se revive la tensión entre democracia y capitalismo (CASTELLAR, 2012, p. 58-69); también, *vid.* LASCARRO y LASCARRO, 2012.

⁴⁸ Constitución viviente viene a ser un equivalente a una Constitución sensible a los cambios (ZAGREBELSKY, 2007, p. 3-12).

Juez en forma discrecional, bajo un discurso moral interno, base sus decisiones fuera de los márgenes de la normativa Constitucional (VILLACÍS, 2010)⁴⁹.

Ávila Santamaría, en su línea de defensa de un neoconstitucionalismo transformador (SANTAMARÍA, 2012, p. 1-25), apunta algunos elementos comunes de discusión tales como la relación entre normas-reglas y normas- principios, la función de los jueces a la hora de hacer efectivos los derechos fundamentales, el activismo judicial, el reconocimiento de sujetos con derechos colectivos.⁵⁰

6. Las ¿posibilidades? de un diálogo entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano

El neoconstitucionalismo y el “nuevo” constitucionalismo latinoamericano para algunos autores son categorías diferentes, que han tenido distinto origen y que se han pensado para

⁴⁹ Ponce Villais, en relación a Ecuador, tras realizar un análisis de cómo la jurisprudencia, tanto de la justicia constitucional como de la justicia ordinaria en orden a proteger los derechos humanos, concluye que la protección de los derechos era posible y de hecho fue efectiva con la aplicación de normas anteriores a la actual Constitución Ecuatoriana de 2009. Sostiene que no era necesaria la implantación del neoconstitucionalismo para la protección de derechos, y que existe ya desde hace muchos años el marco normativo que permite proteger los derechos de las personas. Sobre el cuestionamiento de la aplicación generalizada del método de ponderación jurídica y los peligros del empoderamiento del juez en el esquema neoconstitucional ecuatoriano, *vid. Zaidán e Ovarte* (2012).

⁵⁰ Ávila parte de la formulación de unas hipotéticas objeciones al neoconstitucionalismo, a las que va argumentando sus respuestas. Enunciamos algunas de estas premisas: a) *El neoconstitucionalismo pretende hacernos creer que, por incluir más derechos y principios en la Constitución, vivimos una realidad diferente y el país ha cambiado*: no puede utilizarse el pretexto de que la Constitución no sirve porque los jueces no consiguen hacer efectivos los derechos fundamentales. El neoconstitucionalismo [...] no es otra cosa que la teoría de los derechos fundamentales puesta en el centro de la teoría del derecho y del estado [...] debe construirse a partir de las personas y colectividades y de sus derechos; b) *El neoconstitucionalismo no tiene ninguna novedad y lo único que tiene de nuevo es el nombre*: el neoconstitucionalismo no es único ni homogéneo, como tampoco lo ha sido el iusnaturalismo y el positivismo (Kelsen, Hart, Bobbio, Ferrajoli), que han contado con defensores con teorías diversas entre sí; c) *Los conceptos son traídos del mundo del Derecho internacional de los Derechos Humanos. [...] Pensar sólo en teoría, no practicar el derecho, es quedarse en la estratósfera*. Sociedad civil. Movimientos sociales, pueblos indígenas, observan que se modifican las Constituciones, se derogan unas y se promulgan otras, pero que los cambios son poco perceptibles en el terreno real. Los logros que deberían aportar los nuevos textos constitucionales no se consideran más que como un laberinto de normas con escasísima repercusión en los derechos de los ciudadanos; d) *El principio es una norma que, al no tener una hipótesis ni una obligación concreta, no establece un régimen objetivo, claro, concreto de cómo aplicar ese principio en la vida práctica. Está la norma absolutamente al arbitrio del intérprete*. Se complementa con que *La norma jurídica para ser legítima no puede ignorar ni contradecir los principios. Los principios deben inspirar las leyes. Sólo los legisladores pueden determinar el contenido y el alcance de los principios que son, por naturaleza, indeterminados y ambiguos. Dejar a los jueces la determinación de principios es permitir la arbitrariedad y promover un sistema que se basaría en la inseguridad jurídica*. Subraya Ávila que el debate no debería ser si las reglas son las únicas normas que deberían existir o si se oponen a los principios. Los principios y las reglas son normas jurídicas complementarias: no se puede aplicar un principio nunca si no hay una regla. La diferencia con el positivismo tradicional está en que antes el poder legislativo era la única autoridad para producir normas válidas. En el sistema jurídico constitucionalizado, también producen normas jurídicas válidas los jueces para los casos y el Tribunal Constitucional con carácter generalmente obligatorio. Cuando el juez resuelve un caso aplicando un principio, tiene que acabar creando una regla mediante un proceso argumentativo (SANTAMARÍA, 2012, p. 1-25).

aplicar a situaciones también diferentes. En esta línea se manifiestan Viciano Pastor y Martínez Dalmau, afirmando que “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” (PASTOR e DALMAU, 2014, p. 63).

Entendemos que el “nuevo” constitucionalismo latinoamericano parte del legado del neoconstitucionalismo en algunos aspectos (proliferación de cartas de derechos fundamentales en los textos constitucionales con una prolija enumeración de derechos, creación de Tribunales Constitucionales) y, a la vez, se dota de algunos aspectos diferenciadores (instauración de mecanismos de participación popular y democrática, pensados para impulsar el autogobierno colectivo) (ALTERIO, 2014, p. 292-293). De ahí las dificultades en poder establecer si resulta posible un diálogo entre ambas corrientes, pues parecen dirigirse a objetivos diversos. Para poder clarificar esta posibilidad, vamos a relacionar los aspectos que las separan o las unen en función de algunos criterios: presupuestos, sistematización, objetivos, el qué se tutela y el cómo se tutela.

En primer lugar, en cuanto a sus *presupuestos*: En el ámbito latinoamericano, movimientos como el uso alternativo del derecho, la teoría crítica del Derecho, la influencia de los movimientos sociales y grupos populares han constituido un caldo de cultivo para la configuración de esta corriente, lo que aporta un tinte distintivo a sus propuestas en comparación con el neoconstitucionalismo.

En segundo lugar, en cuanto a su *sistematización*: el neoconstitucionalismo es una corriente doctrinal, resultado de años de teorización académica –desde la sistematización en la Escuela Genovesa en los años 80-. El nuevo constitucionalismo latinoamericano es una corriente doctrinal, aún en fase de sistematización. Es un fenómeno surgido en el extrarradio de la Academia, producto más de las reivindicaciones de los movimientos sociales que de los profesores de Derecho Constitucional” [y de la Teoría del Derecho] (por consiguiente, carece de una cohesión y articulación como sistema cerrado de análisis y proposición de un modelo constitucional) (PASTOR e DALMAU, 2010). La preocupación del nuevo constitucionalismo latinoamericano no es únicamente la dimensión jurídica de la Constitución sino principalmente, la legitimidad democrática de la Constitución.⁵¹ Por su parte, el neoconstitucionalismo es más una teoría del Derecho, en colaboración con el Derecho Constitucional. Se hace un análisis

⁵¹ “El nuevo constitucionalismo recupera el origen revolucionario del constitucionalismo, dotándolo de los mecanismos actuales que pueden hacerlo más útil en la emancipación y avance de los pueblos a través de la Constitución [...]” (PASTOR e DALMAU, 2010a, p. 4).

teórico del valor jurídico de la Constitución y su influencia y jerarquía sobre el resto del ordenamiento jurídico, destacando el papel que juegan los principios constitucionales.

En tercer lugar, en cuanto a los *objetivos*: La intención del nuevo constitucionalismo en Latinoamérica ha sido “configurar textos formalmente modernos y que materialmente impulsaran la transformación de la sociedad” (ARMENGOL, 2010, p. 48-77) mediante tres objetivos: i) la estabilidad democrática, a través del control parlamentario y de mecanismos que disminuyan el hiperpresidencialismo; ii) el fortalecimiento de los derechos humanos y el reconocimiento de derechos de grupos indígenas; y, iii) mayores estándares de gobernabilidad y de control constitucional.

Los recientes textos constitucionales latinoamericanos han intentado dejar atrás un cierto grado de elitismo y reminiscencias del modelo que, entienden, caracterizaban los textos constitucionales anteriores y que contrasta con el suyo, en el que destacan la búsqueda emancipatoria de un constitucionalismo democrático. De ahí la defensa que hacen de las intersubjetividades colectivas y su preocupación por la deconstrucción de paradigmas hegemónicos de la fundamentalidad de los derechos. Las Constituciones latinoamericanas contienen algunas novedades que son propias de la región latinoamericana y otras que son propias de los movimientos y luchas sociales tales como la justicia indígena y la interculturalidad. Otras son típicamente características de las “nuevas” Constituciones latinoamericanas -Ecuador y Bolivia- como la plurinacionalidad y la democracia comunitaria. Estos son derechos que van a orientar la adopción de políticas públicas y el desarrollo reglamentario explicitando los postulados constitucionales y las propias decisiones judiciales.

Las Constituciones principiológicas, que encumbraban los principios y dejaban a las reglas en un segundo plano otorgando protagonismo al Poder Judicial, se reconcilian con este nuevo constitucionalismo americano. A la vez que los principios tienen una presencia significativa, también las reglas son importantes, lo que se refleja en Constituciones con una amplia enumeración de derechos y detalladas regulaciones. Esta nueva relación entre principios y reglas constitucionales incide en los mecanismos interpretativos de la Constitución, modificándolos (PASTOR e DALMAU, 2014, p. 77). En el neoconstitucionalismo, la decisión del juez (ordinario o de control de constitucionalidad) es la auténtica y la que se impone al legislador. En el nuevo constitucionalismo latinoamericano cobra importancia el control concentrado de constitucionalidad, pero es la voluntad constituyente, mediante los jueces de control de constitucionalidad, la que se impone tanto al legislador como al juez ordinario. Se subraya que “donde más se evidencia la transformación que el nuevo constitucionalismo

latinoamericano ha sido capaz de aportar al concepto de control de constitucionalidad es exactamente en la legitimación activa proponiendo que toda persona o ciudadano sea ‘guardián de la Constitución’ (a través, claro está, del goce de los derechos y del ejercicio de los mecanismos jurisdiccionales puestos a su disposición por parte de cada uno de los ordenamientos)” (STORINI e SOLIZ, 2011, p. 30).

En cuarto lugar, en cuanto al *qué* se tutela: en el nuevo constitucionalismo se aprecia una alta carga de normas-principios y preceptos teleológicos y axiológicos, que se enuncian como o principios ético-morales (Constitución de Bolivia) tales como: dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, redistribución equitativa de los productos y bienes sociales, democracia, responsabilidad social, preeminencia de los derechos humanos, pluralismo político. El reconocimiento de derechos vinculados con un nuevo modelo de Estado intercultural y plurinacional (La Constitución de Bolivia lo define como Estado unitario social de derecho plurinacional y comunitario; la de Ecuador como Estado constitucional de derechos y justicia), con una amplia protección de minorías étnicas y grupos étnicos.

La tutela del medioambiente y la defensa de la diversidad natural y cultural, está muy presente. En los recientes textos Constitucionales pueden encontrarse disposiciones que permiten hablar de un “viraje biocéntrico”, caracterizando una nueva etapa del Estado constitucional, mediante el paso del Estado de bienestar social al Estado de derechos del bien-vivir (en el que se integran diversas facetas necesarias para materializar la dignidad humana: el derecho a la alimentación, al agua, al ambiente sano, a la comunicación e información, el respeto a la identidad cultural, la educación, el hábitat adecuado y la vivienda segura, la salud, el trabajo, la seguridad social), reconociendo como sujeto de derechos a la naturaleza, a modo de un Estado de *welfare* ambiental (MELO, 2013). El reconocimiento de la titularidad de derechos a personas colectivas, como comunidades, pueblos y nacionalidades y legitimación de novedosas figuras-derechos, como el derecho al agua y el derecho a la alimentación son algunos otros ejemplos de un catálogo de derechos diferente al de los textos del neoconstitucionalismo.

En Latinoamérica es muy difícil negar el reconocimiento y la existencia de sujetos colectivos. Muchas sentencias de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resoluciones del Comité de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, han reconocido jurídicamente como titulares de

derechos a pueblos indígenas.⁵² En el contexto europeo, cabe preguntarse si puede extenderse la titularidad de los derechos humanos a los pueblos. Es decir, como cuestiona el profesor Pérez Luño, ¿se puede proyectar a los pueblos el reconocimiento de las facultades y poderes ligados a la autonomía y a la autodeterminación de la persona individual en cuanto concreciones de los valores fundamentales de dignidad y libertad (LUÑO, 2001, p. 262)? Advierte que, a pesar de que las expresiones “derechos colectivos” o “derechos individuales” sean habituales, constituyen un paradigma de ambigüedad y se lamenta del uso indebido del lenguaje jurídico, “que evoca la idea de unas supuestas facultades o bienes individuales o colectivos conformadores de tales derechos [...] lo que se pretende significar con esas expresiones, que inducen a confusión, es que existen formas de titularidad individuales o colectivas de los derechos”. Nos adherimos a la teoría sustentada por Pérez Luño cuando subraya que los individuos pueden ser sujetos titulares de derechos humanos o de otro tipo de derechos. Sin embargo, los entes colectivos podrán ser sujetos titulares de cualquier tipo de derechos en el plano internacional e interno, incluso de derechos fundamentales, “pero nunca de derechos humanos” (LUÑO, 2001, p. 266).⁵³

En quinto lugar, en cuanto al *cómo* tutelan los derechos contenidos en los respectivos textos constitucionales. El reciente constitucionalismo latinoamericano, a diferencia de la postura de un control negativo y de mínimos que sostenía el constitucionalismo anterior, aceptan la idea de un mayor activismo jurisprudencial en correspondencia con la idea de Constitución abierta y principialista que sostienen. En algunas Constituciones se observa una tensión en relación al intento de articular simultáneamente una forma de neoconstitucionalismo a la vez que también pretenden dar un estímulo a la participación democrática, pues parecen ejercicios en dirección contraria. Así, el neoconstitucionalismo se caracteriza por una protección judicial reforzada de una Carta Constitucional muy densa de derechos, por lo cual tiende a la judicialización, ya que los jueces, en especial los jueces constitucionales, comienzan a decidir asuntos que anteriormente eran debatidos en espacios democráticos. El intentar

⁵² A modo de ejemplo, cabe citar: Comité de Derechos Humanos, Observación general N. 23 (Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), en Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; Comité de Derechos Humanos, Caso Ominayak c. Canadá, Comunicación N. 167/1984, 26 de marzo de 1990; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Aloeetoe, Sentencia Reparaciones, 10 de septiembre de 1993. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T. 349/96, Ponente Carlos Gaviria, 8 de agosto de 1996. Asimismo, hay varios instrumentos internacionales de derechos humanos, que reconocen derechos a colectividades, tales como el derecho a autodeterminación de los pueblos que consta en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, el Convenio N. 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre pueblos indígenas, de 2007.

⁵³ *vid.* ARA PINILLA, 1990, p. 135-138; también, *Vide.* DOMÍNGUEZ, 2001, p. 195-200.

expandir las listas de derechos incorporados en la Constitución provoca un reforzamiento de los poderes del Poder Judicial, el órgano más típicamente contra-mayoritario de la Constitución.

Parece entonces difícil, aunque no imposible, lograr al mismo tiempo un constitucionalismo fuerte con una deliberación y participación democrática fuerte (UPRIMNY, [s. d.], p. 18), como la que se sustenta en estas Constituciones latinoamericanas. Por otro lado, son Constituciones garantistas a partir de la estructuración y conformación del control de constitucionalidad. Se estructura un modelo concentrado y especializado en Bolivia con el Tribunal Constitucional Plurinacional⁵⁴ y en Ecuador con la Corte Constitucional.

7. A modo de conclusiones

Retomando la pregunta inicial que formulábamos en el título inicial de nuestro trabajo, acerca de si el neconstitucionalismo y el “nuevo” constitucionalismo latinoamericano (centrado en las tres Constituciones que se adaptan en puridad a esa nomenclatura, como son la venezolana, la colombiana y la ecuatoriana) son dos corrientes llamadas a entenderse, cabe apuntar que abundan los escépticos a este respecto. Y no porque no se puedan entender, sino porque, desde una óptica europea, se preguntan si, además de esos derechos citados, hay realmente algo “nuevo” en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Porque la base del “nuevo” constitucionalismo latinoamericano deriva de una base común, que es la europea. Es más, algunos de los autores que más están contribuyendo a su difusión, son también constitucionalistas españoles. Por tanto, el hecho de que ambas corrientes, neoconstitucionalismo y “nuevo” constitucionalismo latinoamericano, compartan una base común, lleva a preguntarse qué es lo que hay realmente de “nuevo”.

Pueden observarse algunas diferencias pero las mismas no permiten afirmar con rotundidad que se trate de un sistema realmente “nuevo”. En las Constituciones más representativas del nuevo constitucionalismo latinoamericano (como la colombiana y la ecuatoriana), en primer lugar, la previsión de rigidez constitucional es distinta con respecto a la contemplada en las Constituciones propias del neoconstitucionalismo, ya que allí la rigidez es plenamente aplicable a los poderes constituidos, pero para el poder constituyente (originario) no existen cotos vedados (en la terminología de Garzón Valdés) ni ámbitos indecibles (en la terminología de Ferrajoli). En segundo lugar, tampoco el control de constitucionalidad puede asimilarse al propio de las Constituciones europeas, ya que han intentado salvar la objeción

⁵⁴ El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia está integrado por siete magistrados titulares y siete suplentes, elegidos por voto popular directo, sufragio universal y mayoría simple.

democrática de diversas maneras. Así, se ha establecido la posibilidad de proponer así como de objetar candidatos al máximo Tribunal Constitucional (Constitución de Bolivia, art.199.II), e incluso en Bolivia se prevé la elección directa de sus miembros por parte de los ciudadanos. En tercer lugar, se determinan expresamente los criterios de interpretación de los preceptos constitucionales para evitar todo lo que se pueda la discrecionalidad judicial, como son el tenor literal del texto, la voluntad del constituyente y la integralidad de la Constitución. En cuarto lugar, se otorga amplio acceso de la ciudadanía a los tribunales e incluso la legitimación activa universal para la presentación del recurso de inconstitucionalidad; En quinto lugar, se implementan nuevas funciones y poderes del Estado que se apartan de la tripartición liberal clásica. Se crea “el Poder Electoral y un Poder ciudadano de control” (a modo de cuarto poder).⁵⁵

Una diferencia notable entre el neoconstitucionalismo y el “nuevo” constitucionalismo latinoamericano es que la sistematización consolidada del neoconstitucionalismo, articulada por especialistas en Teoría del derecho y en Derecho Constitucional es una tarea que aún está en fase de articulación en el “nuevo” constitucionalismo latinoamericano. La constitucionalización de derechos de la que parten en unos y otros textos constitucionales es muy diferente. Plurinacionalidad, pluralismo jurídico y jurisdicción indígena se configuran como categorías jurídicas de difícil encuadre en la teoría del Derecho propia del constitucionalismo europeo (valores superiores, principios jurídicos constitucionales, deberes jurídicos). El sistema de fuentes del Derecho y el principio de seguridad jurídica, propios del constitucionalismo europeo, tienen difícil encaje con el pluralismo jurídico que caracteriza a este “nuevo” constitucionalismo latinoamericano.

Posiblemente, uno de los rasgos más claramente comunes que comparten ambas corrientes es el renovado papel que le corresponde desempeñar al Poder Judicial. El neoconstitucionalismo impulsa mayor *actividad judicial*. Sin embargo, esto no implica un mayor *activismo judicial*, que sí sería característico del nuevo constitucionalismo latinoamericano. En el neoconstitucionalismo, al juez le corresponde un papel más importante, pero no por ello se halla menos vinculado al Derecho. Con todo, a pesar de que el neoconstitucionalismo no llega a dar un margen tan amplio al Poder Judicial, en ocasiones deja en manos de los jueces la decisión última, negándole el carácter de política y encubriéndola con tecnicismos como la ponderación. En el

⁵⁵ En la Constitución de Venezuela recibe el nombre de ‘Poder Ciudadano’ (Título V, capítulo IV); en la Constitución ecuatoriana de 2008 se denomina ‘Poder de Transparencia y Control Social’ (Capítulo V, título IV); y en la Constitución boliviana de 2009 se incorpora la función de ‘Participación y control social’ (artículos 241 y 242). También, sobre estas valoraciones, *vid.* ALTERIO, 2014, p.283-285.

neoconstitucionalismo parece estar más claro el papel asignado al Poder Judicial (jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional). En el caso del “nuevo” constitucionalismo latinoamericano asistimos a un refuerzo del Poder Judicial para que pueda concretar la alta carga axiológica de los textos constitucionales. Sin embargo, paradójicamente, el Poder Judicial es el poder típicamente contramayoritario, opuesto al protagonismo del Poder Legislativo y, por ende, a la participación por parte de los ciudadanos. Esta es una de las contradicciones a las que el “nuevo” constitucionalismo latinoamericano tendrá que dar respuesta.

Cabe esperar que el “nuevo” constitucionalismo latinoamericano alcance un significativo grado de sistematización con el tiempo. Pero debe advertirse que, por la matriz común del Derecho europeo que comparten, sean dos corrientes llamadas a entenderse.

8. Bibliografía

AA.VV. **El Nuevo Constitucionalismo en América Latina**. Quito: Corte Constitucional de Ecuador, 2010. Disponible en: <<https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/34272355-Nuevo-Constitucionalismo-en-America-Latina.pdf?1352144011>>. Acceso em: 02 mar. 2015.

ALBUQUERQUE, A.A. Ulian do Lago. **Multiculturalismo e direito a autodeterminação dos Povos Indígenas**: Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del Derecho**. Barcelona, Gedisa, 1994.

ALTERIO, Ana Micaela, Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate. **Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho**, n. 8, jan./dez. 2014, p. 227-306. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/problema/article/view/50188>>. Acceso em: 05 dez. 2015.

_____; MIEMBRO, R. (Coords). **Constitucionalismo popular en Latinoamérica**. México: Porrúa, 2013.

ARA PINILLA, I. **Las transformaciones de los derechos humanos**. Madrid: Tecnos S.A., 1990.

ARMENGOL, C. M. Villabella, Constitución y democracia en el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, IUS 25, 2010, p. 48-77. Disponible en: <<http://www.icipuebla.com/revista/IUS25/IUS%2025IND.pdf>>. Acceso em: 13 mar. 2015.

ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. [s. d.]. Disponible en: <<http://dfddip.ua.es/es/documentos/una-defensa-del-neopositivismo.pdf?noCach>>. Acceso em: 04 mar. 2015.

BALDI, César Augusto. Novo constitucionalismo Latino-Americano: considerações conceituais e discussões epistemológicas. In: WOLKMER, A. C.; O. CORREAS, (Org.). **Crítica Jurídica en América Latina**. Aguascalientes/Florianópolis, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispatt, UFSC, 2013, p. 90-107.

CADERMARTORI, L. E. Urquhart; RICHTER, D. O novo constitucionalismo latinoamericano: um olhar sobre a questão ambiental. In: SÁNCHEZ BRAVO, Á. (Ed.). **Justicia y medio ambiente**. Sevilla: Punto Rojo Libros, 2013, p. 364-389.

CANOTILHO, J.J. Gomes, Principios y nuevos constitucionalismos. El problema de los nuevos principios. Tradução de M. Rodríguez Canotilho. **Ugr**, [s.d.]. Disponible en: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE14/articulos/07JJGomesCanotilho.htm#dos>>. Acesso em: 01 jul. 2015.

CARBONELL, M. Desafíos del nuevo constitucionalismo en América Latina. **Precedente**, Cali-Colombia, p. 207-225, 2010. Disponible en: <https://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2010/09_Carbonell.pdf>.

CARBONELL, M. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid, Trotta, 2003.

CASTELLAR, C. Lascarro. De la hegemonía (neo)constitucional a la estrategia del nuevo constitucionalismo latinoamericano. **Jurídicas**, 9, (2), Manizales, jul./dez. 2012, p. 58-69, 2012. Disponible en: <http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9%282%29_5.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2015.

CLAVERO, B., **Derecho Indígena y Derecho Constitucional en América**. México D.F.: Siglo XXI, 1994.

COMANDUCCI, P., Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, M. (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

_____; MORESO, J.J. Constitucionalización y neoconstitucionalismo y Comanducci sobre neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, M.; GARCÍA JARAMILLO, L. (Ed.), **El canon neoconstitucional**. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 173-206.

CORREAS, O. **Derecho indígena mexicano I**. México D.F., UNAM, Ediciones Coyoacán, 2007.

DE LUCAS, J., La sociedad multicultural. Problemas jurídicos y políticos. In: AÑÓN, María José; BERGALLI, Roberto; CALVO, Manuel; CASANOVAS, Pompeu (Coord.), **Sociedad y Derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998

DOMÍNGUEZ, Ana Garriga. ¿Son los derechos sociales derechos colectivos? La titularidad de los derechos sociales. In: ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. (Coord.). **Una discusión sobre derechos colectivos**. Madrid: Dykinson, 2001, p. 195-200.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

EDWARDS, S. **Populismo o mercados. El dilema de América Latina**. Bogotá, Norma, 2009.

FAJARDO, R. Irigoyen. **El pluralismo jurídico en la historia constitucional latinoamericana: de la sujeción a la descolonización**. 2010. Disponible en: <<https://es.scribd.com/doc/.../3-Ryf-2010-Constitucionalismo-y-Pluralismo>>. Acesso em: 02 jan. 2015.

_____. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. In: BERRAONDO, Mikel (Coord.). **Pueblos Indígenas y derechos humanos**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, p. 537-567. Disponible en: <www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2015.

FERNANDES, B. G. A teoria da Constituição à luz dos movimentos do constitucionalismo(moderno), do neoconstitucionalismo (contemporâneo), do transconstitucionalismo e do constitucionalismo(latino-americano) plurinacional. In: MORAIS, Bolzan de Morais; BARROS, J.L y Flaviane de Magalhães (coords.). **Novo constitucionalismo Latino-americano. O debate sobre novos sistemas de Justiça, ativismo judicial e formação de juizes**. BeloHorizonte, Arraes Editores, 2014, p. 37-64.

FERNÁNDEZ, A. Noguera. **Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas**. Valencia: tirant lo Blanch, 2010.

FERRAJOLI, L., Constitucionalismo Principialista e Constitucionalismo Garantista. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 34, 2010, p. 15-53.

FERRERES, V., **Justicia constitucional y democracia**. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

FIGUEROA, Alfonso García. **Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos**. Madrid, Trotta, 2009.

_____. El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo. FIGUEROA, Alfonso García (Coord.). **Racionalidad y Derecho**. Madrid: CEPC, 2006a, p. 265-28.

_____. Norma y valor en el neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 7, 2006b, p. 107-12.

GARGARELLA, Roberto. El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre *The People Themselves*, de Larry Kramer. **Juragentium.org**, [s. d.]a. Disponible en: <<http://www.juragentium.org/topics/latina/es/gargarel.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

_____. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Promesas e interrogantes**. [s. d.]b. Disponible en: <http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2015.

_____. **La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Barcelona, Ariel, 1996.

_____; COURTIS, Christian. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes**. Santiago de Chile, Cepal, 2009.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico. In: CARBONELL, M., **Neoconstitucionalismo(s)**. México, UNAM, 2003.

IRIGOYEN, R. Aos 20 anos do Convenio 169 da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina. In: Grijalva, Agustín, et al. **Povos Indígenas. Constituições e Reformas Políticas na América Latina**. Brasília, Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

KENNEDY, D. **Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del Derecho (CLS)**. Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, 1999.

LASCARRO, C.; LASCARRO, D. El silencio de los constitucionalistas. **Revista Latinoamericana Refundación**, México, 2012.

LIZIANA, A. Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo. **Revista de Derecho**, Valdivia, v. 23, n. 1, jun. 2010, p. 79-102. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502010000100004>. Acesso em: 02 mar. 2015.

LÓPEZ, P. Garzón. Pluralismo. **Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad**, n. 5, p. 186-193, set. 2013-fev. 2014. Disponible en: <<http://eunomia.tirant.com/?p=2245>>. Acesso em: 26 dez. 2014.

LUCAS, J. de. La sociedad multicultural. Problemas jurídicos y políticos. In: AÑÓN, María José; BERGALLI, Roberto; CASANOVAS, Manuel Calvo y Pompeu (Coord.). Valencia: Sociedad y Derecho, Tirant lo Blanch, 1998.

LUÑO, A. E. Pérez. Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos. In ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. (Ed.). **Una discusión sobre derechos colectivos**. Madrid: Dykinson, 2001.

_____. **Trayectorias contemporáneas de la filosofía del Derecho**. Sevilla: Grupo Nacional de Editores, 2003.

MALLOL, V. Cabedo. **Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina**. Valencia: Editorial UPV, 2004.

_____. **Pluralismo jurídico y pueblos indígenas**. Barcelona: Icaria, 2012.

MARTÍN, N. Belloso; RODRÍGUEZ, S. Tarso; FERNANDES, A. Do Pos-modernismo a o Pós-colonial: o constitucionalismo latino-americano e novas intersubjetividades coletivas. Uma desconstrução de paradigmas hegemônicos vigentes a partir da eficácia do outro. Perspectivas construtivas no Direito Internacional dos Direitos humanos. **Revista de Estudos Sócio-Jurídicos Ambientais**, Cuiabá, n. 6, jan.-jun. 2015, p. 93-134.

MARTÍN, N.; RODRÍGUEZ, S.; BOTELHO, T. Los derechos indígenas en el nuevo constitucionalismo latino-americano: tiempo de derechos. **Revista de Estudos Sócio-Jurídicos Ambientais**, Cuiabá, n. 6, jan-jun. 2015, p. 277-299.

MÉDICI, A. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y giro decolonial: Bolivia y Ecuador. **Revista de Derecho y Ciencias Sociales**, n. 3, 2010, p. 3-23.

MELO, Milena Petters. O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do “novo” constitucionalismo Latino-Americano. **Estudos Jurídicos**, v. 18, n. 1, 2013.

MELO, Milena Petters; WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo Latino-Americano**. Curitiba, Juruá, 2013.

NAÇÕES UNIDAS. **Directrices sobre los asuntos de los Pueblos indígenas**. Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2008. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/UNDG-Directrices_pueblos_indigenas.pdf>. Acesso em: 11 maio 2015.

NIEMBRO, Roberto O. Una mirada al constitucionalismo popular. **Isonomia**, n. 38, abr. 2013, p. 191-224. Disponible en: <http://www.isonomia.itam.mx/Nueva%20carpeta/Isono_38_7.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2015.

NINO, C.S. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven e London: Yale University Press, 1996.

NOGUEIRA, C. Barbosa Contente; ALMEIDA, R. L. Paz de., Por un constitucionalismo socioambiental: o principio do “buen vivir” e o novo constitucionalismo democrático latinoamericano. **Publica Direito**, [s. d.]. Disponible en: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4dc3ed26a29c9c3d>>. Acesso em: 07 mar. 2015.

PASTOR, R. Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. **¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?** 2010a. Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/245.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2015.

_____; _____. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: **El nuevo constitucionalismo en América Latina**. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010b, p. 9-43.

_____; _____. **El Nuevo Constitucionalismo en América Latina**. Quito: Corte Constitucional de Ecuador, 2010c. Disponible en: <<https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/34272355-Nuevo-Constitucionalismo-en-America-Latina.pdf?1352144011>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

_____; _____. La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. **Debates constitucionales en nuestra América**, 2014. Disponible en: <<http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr048/2.pdf>>. Acceso em: 05 mar. 2015.

PELÁEZ, F.J. Contreras. Los derechos indígenas en las nuevas constituciones hispanoamericanas. **Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, Madrid, 2012, p. 83-107.

POZZOLO, S. **Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico**. Torino: Giappichelli, 2001.

_____. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, M. (Ed.), **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

_____. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. In: **Doxa**, n. 21, 1998, p. 355-370.

PULIDO, C. Bernal. Elementos para una defensa de las tesis del neoconstitucionalismo. In: **El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 92-119.

RAMÍREZ, S., Sete problemas do novo constitucionalismo indigenista: as matrizes constitucionais latino-americanas são capazes de garantir os Direitos dos Povos Indigenas. In: Grijalva, Agustín, et al. **Povos Indígenas. Constituições e Reformas Políticas na América Latina**. Brasília, Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

ROMEO, F. Palacios. **Nuevo constitucionalismo participativo en Hispanoamérica**. Pamplona: Aranzadi, 2013.

SANCHÍS, L. Pietro, Réplica a Juan Antonio García Amado. In: CARBONELL, M., **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: UNAM, 2007.

_____. **El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de Filosofía jurídica**. Madrid, Trotta, 2013.

_____. Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos). In: **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de ACFS. Granada, n. 44, 2010, p. 461-506.

_____; AMADO, J.A. García. Debate sobre el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, M. (Ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos**. Madrid, Trotta, 2007, p. 213-288.

SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el Derecho en la Constitución de 2008**. Quito, 2011, Edic. Abya-Yala, p. 53-82. Disponible en: <<http://www.rosalux.org.ec/attachments/article/239/neoconstitucionalismo.pdf>>. Acceso em: 05 jun. 2015.

_____. **En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos**. Repositorio. Universidad Andina Simón Bolívar, 2012, p. 1-25. Disponible en: <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2922/1/%C3%81vila,%20R-CON-004-En%20defensa.pdf>>. Acceso em: 09 mar. 2015.

SANTAMARÍA, Rosember Ariza. **El derecho profano: justicia indígena, justicia informal y otras maneras de realizar lo justo**. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, B. S. S.; JIMÉNEZ, A. G. (Org.). **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador**. Quito, Rosa Luxemburg, 2012.

_____. (Org.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. "Epistemologías del Sur", Utopía y Praxis Latinoamericana. **Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social**, año 16, n. 54, Universidad del Zulia. Maracaibo-Venezuela, Julio-Septiembre, 2011a, p. 17-39. Disponible en: <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4231309.pdf>. Acceso em: 15 out. 2015.

_____. Introducción: las epistemologías del Sur. 2011b. Disponible en: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/INTRODUCCION_BSS.pdf>. Acceso em: 04 maio 2015.

_____. **La Reinención del Estado y el Estado Plurinacional**. Cochabamba: Alianza Internacional CENDA, CEJIS, CEDIB, 2007.

_____. **Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

_____. **Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho**. Madrid-Bogotá: Trotta-ILSA, 2009.

SANZ, M. Ruiz. Sociedades multiculturales y sistemas jurídicos: intersecciones y confrontaciones. **Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, n. 32, 2015, p. 79-106.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVEIRA, E. Damas da. Jusdiversidade e interlegalidade indígena na experiência amazônica. In: SOUZA FILHO, C.F. Marés de; FERREIRA, H. Sivini; NOGUEIRA, C. Barbosa Contente (Org.). **Direito socioambiental: uma questão para América Latina**. Curitiba: Letra da Lei, 2014, p. 99-108.

STORINI, C. (Coord.). **Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo en América Latina**. Pamplona: Aranzadi, 2014.

_____; SOLIZ, J. Escudero. El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. **Revista General de Derecho Comparado**, n. 9, 2011, p. 1-34.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAPIA, L. **Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional**. Buenos Aires: CLACSO, año 8, n. 22, 2007, p. 47-63.

UGARTE, P. Salazar. El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica). In: GONZÁLEZ PÉREZ, R.; VALADÉS, D. (Coords). **El constitucionalismo contemporáneo**. Homenaje a Jorge Carpizo. México, UNAM, 2013.

UPRIMNY, R. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. [s.d.]. Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/242.pdf>>. Acceso em: 20 jan. 2015.

_____. Modernización del Estado y reformas constitucionales en América Latina: encuentros y desencuentros. In: VV.AA. **Los procesos de control estratégico como pilares de modernización del Estado**. Bogotá, BID, PGN, 2007.

_____. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: desafíos y tendencias. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (Coord.). **El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI**. Buenos Aires, Siglo XXI, n. 8, 2011.

VAZQUEZ, R. Justicia constitucional, Derechos humanos y argumento contramayoritario. In: **Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Un panorama de filosofía jurídica y política. 50 años de ACFS**. Universidad de Granada, n. 44, 2010.

VEGA, A. Cabo de la. Los mecanismos de democracia participativa en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. **Revista General de Derecho Público Comparado**, n. 9, 2011, p. 1-40.

VILLACÍS, J. E. Ponce. **El Neoconstitucionalismo en el Ecuador**. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), 2010.

WILHELMI, M. Aparicio. Nuevo constitucionalismo derechos y medio ambiente en las Constituciones de Ecuador y Bolivia. **Revista General de Derecho Público Comparado**, 9, 2011, p. 1-24.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. 3. ed. São Paulo, Alfa Omega, 2001.

_____; CORREAS, O. **Crítica Jurídica na América Latina**. Augascalientes/Florianópolis: UFRSC-Mispat, 2013.

_____; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado pluralismo e pluralismo jurídico. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.

_____. Pluralismo jurídico, movimentos sociais e processos de lutas desde America Latina. In: WOLKMER, A. C.; FERNANDEZ M. LIXA, I. (Orgs.). **Constitucionalismo, Descolonización y pluralismo jurídico en América Latina**, NEPE - Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC) Aguascalientes / Florianópolis: 2015, p. 95-103.

YRIGOYEN, R. **Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal**. Guatemala: Fundación Myrna Mack 1999.

ZAGREBELSKY, G. **El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 1995.

_____. Jueces constitucionales In: **Jueces para la Democracia**, n. 58, 2007.

ZAIDÁN, S.; OVARTE, R. **Neoconstitucionalismo: teoría y práctica en el Ecuador**. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2012.