

**REFUNDACIÓN
DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA:
PLURALIDAD Y DESCOLONIZACIÓN***

REFOUNDATION
OF CONSTITUCIONAL THEORY IN LATIN AMERICA:
PLURALITY AND DECOLONIZATION

ANTONIO CARLOS WOLKMER
UNILASALLE-RS

SAMUEL MÂNICA RADAELLI
IFPR-PR

Fecha de recepción: 6-5-16
Fecha de aceptación: 4-10-16

Resumen: *Este artículo busca demostrar que la eclosión de los nuevos movimientos sociales en las últimas décadas del siglo pasado y la institucionalización de algunos textos constitucionales en América Latina, como, particularmente, los de Ecuador (2008) y de Bolivia (2009) han desencadenado y han legitimado un escenario de cambios paradigmáticos en el campo de la Política (Estado plurinacional) y del Derecho (Pluralismo Jurídico), favoreciendo una tendencia intercultural y descolonizadora denominada como “nuevo” Constitucionalismo. Se trata de la ruptura con el antiguo Constitucionalismo liberal y elitista que inaugura otro horizonte de constitucionalidad y que tiene como “referente fundante” al pluralismo jurídico.*

Abstract: *This article seeks to demonstrate that the emergence of new social movements in the last decades of the last century and the institutionalization of some constitutional texts in Latin America, particularly those of Ecuador (2008) and Bolivia (2009), have triggered and legitimized a new scenario*

* Una versión de este artículo se presentó como comunicación en Grupo de Trabajo sobre “Conflicto, Paz y Construcción de Identidades en las Américas” en el 55º Congreso Internacional de Americanistas, celebrado en San Salvador, de 12 a 17 de julio de 2015.

characterized by a paradigm shift in the fields of Politics (Plurinational State) and Law (Legal Pluralism). This shift accounts for the emergence of an intercultural and decolonizing trend called "New" Constitutionalism. Thus the new constitutionalism constitutes a rupture with the old liberal and elitist Constitutionalism and inaugurates a new horizon of constitutionality, while using legal pluralism as its "foundational framework".

Palabras-clave: constitucionalismo latinoamericano, descolonización, pluralismo jurídico, estado plurinacional.

Keywords: Latin American constitutionalism, decolonization, legal pluralism, plurinational state.

INTRODUCCIÓN

La historia de los procesos constitucionales en América Latina refleja no solo la colonialidad¹ en sus más variadas formas (económica, política, cultural y epistemológica), sino también la negación de su alteridad², puesto que es fruto de prácticas de importación de conceptos europeos oriundos de la totalidad europea, los cuales niegan las diferencias existentes entre las naciones y afirman la universalidad de sus preceptos. Esa situación ha favorecido, históricamente, una relación de dominación euroamericana sobre los demás países de la periferia del Sur global.

En función de esa totalidad y colonialidad constitucional, las realidades peculiares de los pueblos del "nuevo mundo" han sido negadas y desconsideradas; un ejemplo típico es la cuestión indígena, la cual hasta entonces siempre recibió un tratamiento constitucional que suponía la tutela de los pueblos indígenas, sin garantías de autonomía y de reconocimiento de su cultura.

Los procesos políticos recientes que desembocaron en nuevas constituciones contemplan un universo de realidades jurídicamente no-reconocidas en los textos tradicionales, y tienen como objetivo consolidar nuevos mecanismos jurídico-políticos adecuados a esas realidades.

¹ W. MIGNOLO, *La Idea de América Latina: la herida colonial y la opción decolonial*, Gedisa, Barcelona, 2005; A. QUIJANO, "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina", en E. LANDER, *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales perspectivas latinoamericanas*, Clacso, Caracas, 2000. Idem: A. MÉDICI, *La Constitución Horizontal. Teoría constitucional y Giro Decolonial*, CENEJUS/Univ. San Luis Potosí, Aguascalientes (Mexico), 2012.

² Cfe. E. DUSSEL, *Filosofia da libertação*, Loyola, São Paulo, 1983; E. DUSSEL, *1942: o encofrimento do outro*, Vozes, Petrópolis, 1993; R. ZIMMERMAN, *América latina - o não ser; uma abordagem filosófica a partir do pensamento de Enrique Dussel (1962-976)*, 2ªEd., Vozes, Petrópolis, 1987.

El pluralismo jurídico amparado en estos textos constitucionales tiende a colaborar a la afirmación de la alteridad latinoamericana y del carácter descolonial, y conlleva la posibilidad de un nuevo movimiento constitucional único porque expresa al ser latinoamericano, tan negado a lo largo de los siglos. Surge así, en el ámbito de la teoría constitucional, un nuevo momento en el cual se vislumbra la posibilidad de superación de las estructuras opresivas consolidadas por un horizonte colonial a través de constituciones importadas y sustancialmente indiferentes a la realidad latinoamericana.

Estas nuevas Cartas Magnas han construido estructuras jurídicas orientadas hacia los desafíos sociales, económicos, políticos, ambientales y culturales típicos de América Latina, a los cuales no les basta la importación de modelos constitucionales derivados del universalismo europeo³, que a pesar que no reconoce las distintas realidades, ha logrado imponerse en América Latina en el momento de la construcción de los proyectos constitucionales al largo del siglo XIX.

1. COLONIALIDAD POLÍTICA EN LOS PROCESOS DE CONSTITUCIONALIZACIÓN

Hasta aquí se puede dividir el constitucionalismo tradicional latinoamericano en tres períodos: 1) un constitucionalismo de independencia (*constitucionalismo colonizador*), oriundo de los procesos de ruptura colonial y que constituyó los estados nacionales; 2) el *constitucionalismo social*, fenómeno inaugurado en México y vivido por la mayoría de los países, que permitió la positivación de derechos sociales y estableció un paradigma de Estado social que no logró ponerse en marcha, sino que fue solo un simulacro del denominado “Estado de bienestar social”; 3) por fin el *constitucionalismo “garantista”*, nacido del propósito de restablecer la democracia tras los períodos dictatoriales vividos por gran parte de los países del continente. Estas constituciones se proponían organizar el Estado de derecho tras décadas de excepción⁴.

³ El universalismo europeo sostiene la idea de que La tutela es una forma de desarrollar a los pueblos atrasados, que el imperio de las potencias sobre el Globo sería inevitable y que las otras naciones no tendrían otra opción sino someterse a ellas. I. WALLERSTEIN, *O universalismo europeo: a retórica do poder*, Boitempo, São Paulo, São Paulo, 2007; S. AMIN, *El eurocentrismo: Crítica de una ideología*, Siglo XXI, México, 1989.

⁴ A.C. WOLKMER, *Procesos Constituyentes desde afuera: acerca del Constitucionalismo Pluralista en los Andes*, IAEN, Quito, 2013, pp. 5-12.

Los tres momentos mencionados tratan de experiencias comunes a la mayoría de los países de América Latina. El primero se refiere al proceso de formación de los Estados a principios del siglo XIX, los cuales abandonan la condición de colonia y necesitan entonces delinear los contornos de las instituciones incipientes.

En el período siguiente se adopta el llamado *constitucionalismo social*, que le ofrece concesiones a las clases menos favorecidas y trata de esbozar un intento de combatir la desagregación social. Dicho constitucionalismo nace durante el período revolucionario mexicano, se extiende a lo largo de la mitad del siglo XX y significó una gran contribución latinoamericana a la experiencia constitucional occidental.

Finalmente, una característica en la historia latinoamericana es la existencia de períodos dictatoriales en varios países, esos fueran la expresión más latente de una cultura política de exclusión e autoritarismo. Ella no está cabalmente superada, incluso después de empezar nuevas experiencias de democracia constitucional basada en la garantía de los derechos fundamentales, factor que demarca una tercera fase de nuestra evolución constitucional (el "*neoconstitucionalismo democrático*" de fines del siglo XX).

No obstante, más allá de la clasificación, de esos momentos, algunos retos han ido apareciendo continuamente. El primero de ellos es la autenticidad constitucional, desafío derivado de las dificultades existentes para construir un pensamiento típicamente latinoamericano, debido a los ideales modernos que afirmaban la universalidad, neutralidad y atemporalidad del conocimiento. Así, los trabajos constitucionales en América Latina se dirigían más hacia la importación acrítica de ideas desarrolladas principalmente en Europa, que a la elaboración de cartas de derechos atentas a su contexto nacional. Al tratar de este tema es importante no despreciar excepciones importantes, como por ejemplo la Carta Constitucional de Haití en 1805, que fue una de las primeras a hacer una invocación democrática al abolir expresamente la esclavitud (art.2º)⁵, y como se ha mencionado anteriormente, también la experiencia mexicana que trajo al mundo la inclusión de derechos sociales en las constituciones que hasta entonces trataban únicamente de los derechos individuales.

⁵ E. GARZÓN VALDÉS, "Constitución y democracia en América Latina", *Anuario de Derecho constitucional latinoamericano*, Edición 2000, Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, 2000, p. 56. Observar igualmente: N. CHÁVEZ HERRERA (Comp.), *Primeras Constituciones. Latinoamérica y el Caribe*, Fundación Biblioteca Ayacucho, Caracas, 2011.

Otra característica es el carácter oligárquico de las estructuras sociales, ya que tras la independencia política comenzó enseguida la consolidación de las “elites criollas” que se apropiaron del Estado pues lo consideraban una parte de sus negocios privados, adoptando prácticas patrimonialistas que suprimían el interés común e impedían la solidificación de la esfera pública de esas sociedades.

Históricamente, la construcción del constitucionalismo latinoamericano utilizó los moldes coloniales vigentes contra los cuales se establecieron, a lo largo de la historia, varias prácticas de resistencia. Dentro del paradigma de la modernidad, el constitucionalismo en América Latina, no obstante algunas conquistas populares, generalmente funcionó como una estrategia de colonización y de cohesión social para los intereses de las elites locales.

La colonización constitucional se concretiza a través de la importación de modelos jurídicos e institucionales ajenos a la realidad indígena y *criolla*, que nunca funcionaron satisfactoriamente debido a un genético desajuste existencial. En este proceso también se demarca el mimetismo de un modelo de ciudadanía orientada por un patrón liberal, pautado por el individualismo posesivo que intenta, en todos los momentos, ajustar la realidad de las cosmovisiones indígenas y sus síntesis antropológicas a un patrón de derechos fundamentales eurocéntrico, de pretensión universal.

La implantación de un modelo constitucional importado revelaba, desde luego, su divergencia con la realidad. A este respecto, Juan Bautista Alberdi retrata bien la incompatibilidad entre el ideario republicano constitucional del llamado “mundo civilizado”, y la barbarie de la sociedad argentina y consecuentemente latinoamericana, durante el período de fundación de los Estados, tras los procesos de independencia. Este autor así expresa tal desajuste:

con tres millones de indígenas, cristianos y católicos no realizarán la república ciertamente. No la realizarán tampoco con cuatro millones de españoles peninsulares, porque el español puro es incapaz de realizarla allá o acá. Si hemos de componer nuestra población para el sistema de gobierno, si ha de sernos más posible hacer la población para el sistema proclamado que el sistema para población, es necesario fomentar en nuestro suelo la población anglosajona. Ella está identificada con el vapor, el comercio, la libertad y nos será imposible radicar estas cosas entre nosotros sin la cooperación de esta raza de progreso y civilización⁶.

⁶ J. BAUTISTA ALBERDI, *Bases y puntos de partida para La organización política de la República Argentina*, Estampa, Buenos Aires, 1982, p. 180.

Esta manifestación es sintomática en la medida en que muestra, desde el inicio de la práctica constitucional, una postura epistemológica pautada por valorizar el modelo europeo a ser copiado, aunque él no se ajuste a la sociedad a la que se le impone, manteniéndose entonces el paradigma importado y criticando a la sociedad buscando ajustarla a dicho modelo. Al final, el paradigma de Estado constitucional liberal es una oportunidad de civilizar⁷ una sociedad bárbara⁸ y en este sentido “América Latina participó plenamente del pensamiento filosófico y político del mundo moderno y civilizado, mediante el orden constitucional”⁹.

El proceso de imitación institucional fue denunciado por autores como José Martí

La incapacidad no está en el país naciente, que pide formas que se le acomoden y grandeza útil, sino en los que quieren regir pueblos originales, con leyes heredadas de cuatro siglos de práctica libre en los Estados Unidos, de diecinueve siglos de monarquía en Francia. Con un decreto de Hamilton no se le para la pechada al potro del llanero. Con una frase de Sieyès no se desestanca la sangre cuajada de la raza india. A lo que es, allí donde se gobierna, hay que atender para gobernar bien; y el buen gobernante en América no es el que sabe cómo se gobierna el alemán o el francés, sino el que sabe con qué elementos esta hecho su país y cómo puede ir guiándolos en junto, para llegar, por métodos e instituciones nacidas del país mismo, a aquel estado apetecible donde cada hombre se conoce y ejerce (...) el espíritu del gobierno ha de ser el del país. (...) no hay batalla entre civilización y la barbarie, sino entre la falsa erudición y la naturaleza¹⁰.

⁷ En el ámbito de la discusión acerca de la imposición de la civilización europea conviene recordar la denuncia de Aimé Césaire: “la civilización llamada ‘europea’, la civilización ‘occidental’, tal como fue moldada durante dos siglos de régimen burgués, es incapaz de resolver los dos principales problemas que su existencia originó: el problema del proletariado y el problema colonial. Esta Europa, citada ante el tribunal de la ‘razón’ y ante el tribunal de la ‘consciencia’, no puede justificarse, y se refugia cada vez más en una hipocresía aún más odiosa porque tiene cada vez menos probabilidades de engañar.” *Discurso sobre el colonialismo*, Trad. Anísio Garcez Homem, Letra Contemporâneas, Florianópolis, 2010, p. 15.

⁸ Perspectiva reiterada por Domingo Faustino Sarmiento en *Facundo*. Edición crítica de la Universidad Nacional de la Plata, Ediciones Culturales Argentinas, Buenos Aires, 1961. Examinar también: M. SVAMPA, *El Dilema Argentino: civilización o barbarie*, Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, Buenos Aires, 2006.

⁹ H. GROS ESPIELL, “El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX”, *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, núm. 6, 2002, p. 143.

¹⁰ J. MARTÍ, *Nuestra América*, Biblioteca Ayacucho, Caracas, 2003, p. 26.

El ideario de xenofilia institucional expresado por figuras como Alberdi, refleja la cultura de sumisión y auto-negación inherente a la colonialidad, la herida colonial¹¹.

Todo pueblo colonizado, es decir, todo pueblo en cuyo seno nace un complejo de inferioridad de enterrar en la tumba la originalidad cultural local se sitúa frente a frente al lenguaje de la nación "civilizadora", o sea, de la cultura metropolitana. El colonizado se evadirá tanto más de su tierra cuanto más se haya apropiado de los valores culturales de la metrópoli. Será tanto más blanco cuanto más haya rechazado su negritud¹².

Más allá de la afirmación colonial, el constitucionalismo tradicional cumplió históricamente una otra tarea políticamente conservadora al funcionar ideológicamente como mecanismo de cohesión social para mantener la opresión y el dominio de las elites. Esta situación se constata por el contraste entre las propuestas de los derechos humanos y la realidad social vivida, el cual no fue superado por los instrumentos del Estado constitucional sino que al contrario, los movimientos de transformación social fueron, en su gran mayoría, contra el orden, y proponían la ruptura institucional. No fue por casualidad que la lucha armada se transformó en una alternativa para aquellos que proponían la transformación social.

El "orden constitucional" jugó un papel importante en la formación de una hegemonía burguesa, pues sirvió de argumento para que se repelieran los movimientos populares; sin embargo no cohibió la opresión, llegando al punto de ajustarse al autoritarismo que contó con la connivencia de buena parte de los juristas.

Por esa razón, los procesos de redemocratización vividos por gran parte de los países latinoamericanos y que se reflejan en la elaboración de nuevas cartas constitucionales, fueron relegados a una dimensión exclusivamente simbólica en lo que se refiere a las conquistas populares. Ese cuadro permitió la construcción de un discurso constitucional que practica un juego de ambivalencia para mantener el *status quo* y que sostiene por un lado, que las cosas cambiaron o están cambiando pues las constituciones garantizan

¹¹ "El sentimiento de inferioridad impuesto a los seres humanos que no se encajan en el modelo predeterminado por los relatos euroamericanos" W. MIGNOLO, *La idea de América Latina: la herida colonial y la opción decolonial*, Gedisa, Barcelona, 2007, p. 17.

¹² F. FANON, *Os Condenados da Terra*, 2º ed., Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1999, p. 12.

los derechos y el acceso a bienes socialmente producidos, y por otro lado la teoría constitucional y la práctica de los Tres Poderes comprueba que estos derechos no son efectivos.

Este juego de ambivalencia está pautado por el carácter sacro de la carta magna, reconocida como la expresión genuina de la voluntad popular, ya que ella incluye formalmente en el texto todos estos anhelos, pero los defrauda por su ineffectividad.

Tal ambigüedad es fruto de una contradicción inicial: por un lado, una enorme fe en la Constitución como factor de ordenamiento de la realidad social, y por otro la convicción de que la divergencia entre el orden y la realidad social no debe ser motivo de una gran preocupación. Se considera esta divergencia como un dato negativo, sin embargo irrelevante en el fondo, y el jurista se consagra al estudio de las normas sancionadas como si ellas estuvieran efectivamente vigentes.

Esta creencia en el orden constitucional explica las controversias entre los que sostienen que la Constitución es una solución para problemas económicos y sociales y aquellos que consideran que el Derecho sancionado es un obstáculo para la concretización de los cambios sociales requeridos para el desarrollo y la modernización de los países latinoamericanos. Aunque confrontantes, estas dos posiciones comulgan en la indiferencia con relación a la realidad jurídica, o como se dice frecuentemente en la teoría constitucional, al compás en la relación entre la validez y la eficacia de las normas¹³.

El modelo republicano propuesto constitucionalmente en la mayoría de los países de América Latina, por lo menos en los intentos de implantación ocurridos durante gran parte del siglo XIX, aunque representativo, no fue sustancialmente democrático; se basó en el sufragio limitado y restricto, y ni siquiera planeaba la posibilidad de ninguna forma de ejercicio directo de la soberanía popular, excepto la elección, la cual no podía significar el control del Estado por una muchedumbre inapta e irresponsable¹⁴.

¹³ E. GARZÓN VALDÉS, *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 203.

¹⁴ H. GROS ESPIELL, "El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, num. 6, 2002, p. 146.

2. EL SURGIMIENTO DE UN NUEVO CONSTITUCIONALISMO RESULTANTE DE CONSTITUCIONES CONTEMPORÁNEAS EN AMÉRICA LATINA

El antiguo constitucionalismo, tradicionalmente vinculado al pensamiento liberal, desde su nacimiento pasó por cambios significativos como el constitucionalismo social y sus variantes; sin embargo mantuvo, aún en esas circunstancias, el espectro liberal individualista bajo la forma de un imaginario jurídico que se retroalimentaba en un ámbito teórico orientado prioritariamente hacia los derechos humanos de primera dimensión, y los derechos sociales se hacían efectivos de acuerdo con las posibilidades de convivencia y subordinación a los derechos individuales.

En tribunales con fuerte presencia elitista y patrimonialista impera la protección a las relaciones sociales oriundas del modo de producción económico, las cuales se petrifican en la jurisprudencia y vedan las posibilidades de transformación social que tienden a afrontar las estructuras de orden capitalista.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano creó una amplia red de dispositivos constitucionales orientados hacia la transformación social, lo que conllevó la creación de Constituciones extensas, con muchos artículos, justamente como una tentativa de construir expedientes de literalidad que pudieran impedir no solo una contrarrevolución judicial, sino también que la acción conservadora de los tribunales nuevamente hiciera desaparecer los esfuerzos de ampliación de los derechos llevándolos a un plano inferior, mitigados por teorías de eficacia como las que versan sobre la no aplicabilidad de ciertos derechos, el instituto de la reserva de lo posible o la simple opción por los derechos patrimoniales de una minoría, en detrimento de la promoción de la justicia social ya prevista en diversos dispositivos constitucionales.

La preocupación por la máxima enumeración de derechos y garantías y por la debida ampliación del rol de prerrogativas populares se debe a la preocupación por enfrentar la ola neoliberal que asoló el escenario internacional durante los años 80 y 90, la cual deflagró un discurso ideológico fuerte, de imposibilidad y negación del papel del Estado con relación a la promoción de los derechos humanos¹⁵.

¹⁵ La constitución de Venezuela posee 350 artículos, la de Ecuador 444 y la de Bolivia 411, y a todas se le han añadido disposiciones constitucionales transitorias.

Una de las dimensiones esenciales de esto constitucionalismo regional “andino” inaugurado en 1999 a partir de la experiencia venezolana, fue la construcción de un orden de prerrogativas orientadas por la experiencia histórica vivida en ese país y en los que posteriormente se lanzaron a nuevos procesos constitucionales. En este ámbito, se puede hablar de los derechos como expresión jurídica de la alteridad latinoamericana, negada por la reproducción de la colonialidad etnocéntrica que construye una concepción de derechos vinculada a un universalismo auto-referente que le impone su manera de ser a realidades diversas comprendidas y auto-comprendidas como inferiores, y que como tales necesitan salvarse copiando modelos de civilización pautados por la idea de que América Latina se desarrollaría mucho más cuanto más se negase a sí misma.

La identidad latinoamericana se exterioriza en el campesinado marginalizado, en las poblaciones indígenas, en la subalternidad femenina, en la miseria y en la opresión, cuya negación se construye a través de un colonialismo político cultural sustentado por elites exógenas e infieles a su pueblo¹⁶.

Ante este escenario, la afirmación de la identidad a través del Derecho Constitucional se hace efectiva por medio de la consolidación de mecanismos de igualdad material, de instrumentos jurídicos que restrinjan los intereses extranjeros, de un orden democrático que disponga de procedimientos que garanticen la participación de los grupos marginalizados en la conducción del Estado y que al mismo tiempo permita, a través de reglamentaciones, la posibilidad de que cada grupo viva conforme su cultura, indudable fuente de costumbres, prácticas políticas y juridicidad propia.

De la forma como son tratados, los derechos humanos fundamentales presentan contenidos sustanciales en pro de la igualdad material y contemplan en su interior elementos importantes de la teoría política, lo que posibilita la sedimentación jurídica de un ideario igualitario.

Las nuevas Constituciones “andinas” contienen opciones políticas sustanciales que se convierten en dictámenes jurídicos de la forma de actuar del Estado, ahora pautada por elementos políticos y culturales propios, no vinculados a los horizontes de la teoría constitucional establecida hasta aquí. Aún las propuestas más recientes y sofisticadas, como el dirigismo constitucional, el garantismo o el neoconstitucionalismo no logran asimilar las nove-

¹⁶ D. RIBEIRO, *O povo brasileiro: A evolução e o sentido do Brasil*, Companhia da Letras, São Paulo, 1995, p. 69.

dades presentadas en estos textos constitucionales¹⁷. Existe además una nueva propuesta de Estado que supera la ineffectividad y el carácter simulado del Estado social y de su variante, el Estado democrático de derecho.

La novedad constitucional latinoamericana propone un modelo de Estado comunitario plurinacional¹⁸, concepción que abandona una noción tradicional de soberanía y reconoce la condición política de múltiples comunidades dentro de un Estado, confiriéndole así un fuerte apelo popular. Además esa constitución posee un extenso contenido que abarca temáticas y tareas que refuerzan su carácter transformador.

Dicho proceso es fruto de un poder constituyente que se origina en los nuevos actores constitucionales históricamente negados y que ahora deben estar definitivamente presentes en esta nueva institucionalidad, formando así el “jacobinismo constitucional”, pautado por estos nuevos actores emergentes.

De hecho, estas tres últimas constituciones (Venezuela, Ecuador, Bolivia) se proponen ser una novedad que permita superar estos impases y construir instituciones jurídico-políticas orientadas hacia la transformación social, teniendo en cuenta que tal intento solo tendrá éxito si contempla los elementos que caracterizan el modo de ser latinoamericano.

3. LA PRESENCIA DEL PLURALISMO POLÍTICO Y JURÍDICO EN EL ÁMBITO DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA

A fin de contextualizar la discusión, es necesario aclarar la oposición que existe entre un pluralismo jurídico “de arriba”, oriundo de un pensamiento liberal o neoliberal que propone la fragilización del Estado y de su estructura reguladora en pro de la ley del más fuerte y con hegemonía de mercado, y un pluralismo jurídico “de abajo”, fundamentado popularmente, orientado ha-

¹⁷ A.C. WOLKMER, *Procesos constituyentes desde afuera: acerca del Constitucionalismo Pluralista en los Andes*, cit., pp. 9-11.

¹⁸ J.A. RIVERA S., “El nuevo sistema constitucional del estado boliviano”, en *Estudios sobre La constitución aprobada en enero de 2009*, Cochabamba, 2009; L. TAPIA, “Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional”, en *OSAL N° 22*, CLACSO, Buenos Aires, 2007; B. CLAVERO, “Bolivia entre Constitucionalismo colonial y Colonialismo emancipatorio”, Disponible en www.rebellion.org, Acceso el 06 de mayo de 2016; A. NOGUEIRA FERNÁNDEZ, *Constitución, Plurinacionalidad y Pluralismo Jurídico en Bolivia*, Oxfam/Enlace, Bolivia, 2008; S. ALBA, S.R. CASTRO (coords.), *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*, IDEI, Sucre, s/d.

cia la organización social de los grupos en emancipación y que compite con el Estado para organizar un modo de vida justo e igualitario.

Es a partir del modelo “de abajo” que se estructura el *pluralismo jurídico comunitario-participativo*, fundamentado en la ética de la alteridad, desarrollado por nuevos sujetos sociales y que busca la justa satisfacción de sus necesidades humanas. Se trata entonces de un

*modelo abierto y democrático, que privilegia la participación directa de los sujetos sociales en la reglamentación de las instituciones-clave de la sociedad y posibilita que el proceso histórico se encamine según la voluntad y el control de las bases comunitarias. Esa tendencia reitera, antes de todo, la propensión segura de visualizar el Derecho como un fenómeno resultante de relaciones sociales y valoraciones deseadas, de instaurar otra legalidad a partir de la multiplicidad de fuentes normativas no obligatoriamente estatales, legítimamente basada en las ‘justas’ exigencias fundamentales de actores sociales y finalmente, de encarar la institución Sociedad como una estructura descentralizada, pluralista y participativa*¹⁹.

Esta propuesta se caracteriza, como teoriza Antonio Carlos Wolkmer, por la combinación de los siguientes requisitos: a) legitimidad de nuevos sujetos sociales, b) fundamentación en la justa satisfacción de las necesidades humanas; c) democratización y descentralización de un espacio público participativo; d) defensa pedagógica de una ética de la alteridad; e) consolidación de procesos que conducen a una racionalidad emancipadora²⁰.

Protagonistas del pluralismo jurídico, según la vertiente comunitaria y participativa expuesta por Wolkmer, los nuevos sujetos colectivos proponen una nueva dinámica política y una nueva agenda social, y pasan a figurar en el orden político desafiando el paradigma liberal individualista que establece sus bases en la figura del ser humano desvinculado e indiferente a las posibilidades de construcción de una identidad colectiva fruto de la conciencia de la homogeneidad con la situación vivida, la cual tiene una causa común y por tanto debe proclamar la articulación y la comunión activa en una praxis libertaria. Este involucramiento produce una estela de interacciones que

¹⁹ A.C. WOLKMER, *Pluralismo jurídico-fundamentos de uma nova cultura do direito*, 4ª. ed., Saraiva, São Paulo, 2015, p. 82.

²⁰ A.C. WOLKMER, *Pluralismo jurídico-fundamentos de uma nova cultura do direito*, cit., pp. 276-328.

buscan satisfacer las necesidades existenciales de estos grupos que desafían el monopolio regulador del Estado.

Los “nuevos sujetos colectivos” se configuran,

*como identidades colectivas conscientes, más o menos autónomas, provenientes de diversas capas sociales, con capacidad de auto-organización y auto-determinación, interconectadas por formas de vida con intereses y valores comunes, compartiendo conflictos y luchas cotidianas que expresan privaciones y necesidades de derechos, legitimándose como fuerza transformadora del poder e instituidora de una sociedad democrática, descentralizadora, participativa e igualitaria*²¹.

Así, el pluralismo jurídico de tipo *comunitario-participativo* se presenta como un horizonte de comprensión y fundamentación del nuevo constitucionalismo, de clara opción pluralista y descolonial.

Aunque esta dimensión natural de la relación entre pluralismo jurídico y Constitución expresa tradicionalmente el ideario monista estatal, el nuevo constitucionalismo latinoamericano trae en sí una ruptura radical al proponer el pluralismo jurídico como expresión del modelo comunitario y intercultural.

Si se analiza la historia de cada proceso constitucional se constatará la existencia de tensiones sociales. Sin embargo, según ya alertaba Lampedusa en la célebre novela “El Gatopardo”, “se necesitan muchos cambios para que todo continúe como está”, y la mayoría de los procesos constituyentes latinoamericanos han venido siguiendo esta lógica, efectuando alteraciones en el Estado y positivando derechos aunque sin modificar las estructuras sociales, sino que al contrario, las elites han considerado estas transformaciones buenas coartadas para evitar rupturas en la estructura desigual de las sociedades.

Al contrariar esta tradición, el nuevo constitucionalismo latinoamericano se presenta como una novedad histórica y teórica donde el poder constituyente se desarrolla como expresión de “nuevos sujetos colectivos”, o de acuerdo con Pisarello “nuevos actores jurídicos colectivos”²², entre los cuales

²¹ A.C. WOLKMER, *Pluralismo jurídico-fundamentos de una nova cultura do direito*, cit., p. 282.

²² G. PISARELLO, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999: balance de una década”, Disponible en www.rebellion.org, acceso el 29 de septiembre de 2013; G. PISARELLO, *Procesos Constituyentes, Caminos para la ruptura Democrática*, Trotta, Madrid, 2014.

destacan los movimientos indígenas en Bolivia y en Ecuador, sin olvidar los movimientos campesinos, las entidades de clase, identidades de los afrodescendientes y los movimientos ambientalistas, entre otros.

Y a medida que los nuevos sujetos colectivos han pautaado el proceso de acuerdo con sus necesidades históricas de carácter económico, político y cultural, han proyectado en el texto constitucional la positivación de derechos que persiguen la igualdad material y el reconocimiento de su identidad etnocultural²³.

Las nuevas constituciones latinoamericanas (Ecuador, 2008 y Bolivia, 2009) son fruto de procesos constituyentes que poseen un espectro transformador muy fuerte, puesto que significan un vuelco en las estructuras de poder históricamente consolidadas, concretizado a través del reconocimiento de grupos históricamente marginalizados²⁴.

Esta nueva institucionalidad tiene por objetivo construir mecanismos jurídicos que promuevan transformación social y legitimación de la diversidad cultural. La idea de una transformación social tan deseada y tan sustentada políticamente, se consolida por primera vez por medio de institutos jurídicos que no son solamente discursos simbólicos, sino que desafían las estructuras de poder centralizadas en el Estado y en aquellos que lo dominan.

Más allá del pluralismo jurídico como referente instituyente, existe su adopción con fuerza normativa, expresada en las cartas constitucionales, como por ejemplo la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, que establece lo siguiente:

Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad

²³ “Estos procesos han estado marcados, entre otros elementos, por La irrupción de actores constituyentes (movimientos campesinos, indígenas, organizaciones de mujeres y feministas, sindicatos nuevos y antiguos, movimientos de desocupados, pobres urbanos y afrodescendientes, organismos de derechos humanos) que han forzado la inclusión de nuevos temas en la agenda político-constitucional, y con ello, la delimitación de un modelo con perfiles propios.” G. PISARELLO, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999: bance de una década”, cit.

²⁴ R. MARTINEZ DALMAU, R. VICIANO PASTOR, *Cambio político y proceso constituyente en Venezuela (1998-2000)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 145-149. Observar: R. VICIANO PASTOR (ed.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

Y el artículo 178:

Artículo 178. I. La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos.

Lo mismo sucede en Ecuador²⁵, que cuenta con cerca de 15 sistemas jurídicos funcionando reconocidos constitucionalmente, lo que le da legitimidad al derecho de las comunidades que desde el período colonizador funcionaban paralelamente al Estado oficial.

La proyección del pluralismo para dentro de las constituciones no es una invención fruto de la creatividad del poder constituyente, sino una conquista de la sociedad latinoamericana sobre la teoría constitucional colonizadora importada. El pluralismo jurídico en América Latina se origina del conflicto entre el orden jurídico de la metrópoli ibérica, que ha intentado imponerse y segregarse durante siglos, y el derecho de las comunidades originarias prehispánicas.

²⁵ En la Constitución ecuatoriana el pluralismo se expresa por medio de diversos dispositivos entre ellos:

Artículo 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y de justicia social, democrático, soberano, independiente, plurinacional y laico. Se organiza en forma de República y se gobierna de manera descentralizada.

Artículo 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.

Artículo 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. Por ello el Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarían sujetas al control de constitucionalidad con los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Dicho conflicto es el resultado del hecho de que la aplicación del derecho europeo en la región siempre ha encontrado resistencias a causa del proceso de incompatibilidad entre esa normatividad formalista y las sociedades indígenas. Ello ha generado innumerables situaciones de jurisdicciones paralelas o híbridas, con relación a las cuales la corona española respondía con nuevas leyes intentando ajustar el descompás normativo entre colonia y metrópoli.

Sin embargo, a pesar de los intentos de colonización por el Derecho de la conquista, se afirma un derecho comunitario indígena paralelo al derecho europeo,

Esta vigencia del derecho indiano y castellano –este punto de arranque de aquél– y a la vez complemento del mismo –se mantiene en América hasta el fin de la dominación española. Si desde el último tercio del siglo XVI se tiende a considerar el derecho de Indias un sistema peculiar y completo y en cierto modo autónomo, en 1614 respondiendo a ello se declara que las nuevas leyes que se dicten para Castilla solo regirán en Indias cuando expresamente se ordenen. En el siglo XVIII se insiste en unificar, hasta donde sea posible, el derecho indiano y el castellano. De hecho, la legislación, la literatura jurídica y la práctica indianas suponen la plena compenetración de lo estrictamente indiano y lo castellano²⁶.

Como consecuencia de ello, el surgimiento constitucional del *pluralismo jurídico comunitario-participativo* expresa la dimensión de un constitucionalismo latinoamericano auténtico y contextualizado, a medida que persigue no la reproducción de propuestas constitucionales etnocéntricas occidentales, que en general entran en conflicto con la cultura y la sociedad de las relaciones coloniales, sino un proyecto nuevo que procede a la apropiación societaria del constitucionalismo y lo redefine en razón de las necesidades de comunidades históricamente negadas, funcionando como un mecanismo de su lucha por emancipación y reconocimiento.

El diseño constitucional del *pluralismo jurídico comunitario-participativo* tiene como mérito desvelar el carácter dialéctico de la realidad política, propiciando el ajuste entre el constitucionalismo y la realidad histórica, camino viable para la transformación social.

Dicha propuesta permite la apropiación y la vinculación entre *potestas* (instituciones) y *potencia* (pueblo), como afirma Dussel, al final:

²⁶ A. GARCIA-GALLO, "Derechos europeos y pluralismo jurídico en América española", en A. DAL RI, L. DAL RI, *Latinidade da América latina: enfoques histórico-jurídicos*, Hucitec, São Paulo, 2008, pp. 100-101.

En la Constitución deben positivarse (expresarse jurídicamente) los derechos humanos, que ya no son considerados meros derechos naturales, sino reconocidos como logros históricos de la conciencia político-jurídica de la comunidad. En esos derechos humanos (que son el fundamento del cuerpo de leyes futuro) se reconoce, como ya hemos indicado, la pertenencia del ciudadano como sujeto de otros campos prácticos (derechos subjetivos y privados por medio de los cuales el campo político se liga a todos los demás campos prácticos no-políticos), siendo el primero de esos derechos políticos el que afirma que el mismo ciudadano, autónomo (o libre) de manera privada (ya indicada) y públicamente (como participantes de la comunidad soberana), es la última instancia de toda decisión legislativa (institucionalizante, positivizante, jurisdicante). En tanto que se da a sí mismo las leyes (autolegisador soberano) la/el ciudadana/o es origen del derecho (fundamento de la legitimidad política de la ley) y destinatario (debe obedecer la ley por ser su propia decisión)²⁷.

4. CONCLUSIÓN

De esta manera se inaugura en América Latina la perspectiva de un “nuevo” constitucionalismo marcado por el reconocimiento de la diversidad pluriétnica y por el diálogo intercultural por medio de textos constitucionales, que ya no constituyen estrategias coloniales reproductoras ni mecanismos de cohesión social en torno de las elites locales.

El pluralismo jurídico es una posibilidad de realización de plurinacionalidad, la medida que la propuesta de uniformidad padronización sociales inherentes al monismo jurídico, tiene impuesto formas jurídicas derivadas de la metrópoli a las realidades políticas y sociales de las comunidades de los pueblos indígenas. La propuesta del Constitucionalismo clásico liberal establece una relación jurídica entre el Estado y el sujeto de Derecho, pero esto como figura jurídica que define al individuo en una representación desconectada del grupo social o de una mayor integración comunitaria. Por ella si entiende la sociedad como un conglomerado de individuos, en que los derechos no son un elemento de agregación, sino más bien una forma de delimitar las fronteras entre los sujetos, a menudo un reglamento formal para la competencia entre ellos.

²⁷ E. DUSSEL, *Política de la liberación*. Volumen II Arquitectónica, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 304.

El pluralismo jurídico es sin duda una propuesta teórica que permite el reconocimiento de las formas normativas de organización social existente en las comunidades. Tales grupos son ahora reconocidos como expresiones culturales, sino también porque tienen una organización política y jurídica, que está diseñado sus visiones del mundo. Así, una percepción de la comunidad de derecho y las formas políticas se convierte en una estrategia eficaz para realización del “buen vivir” y para la apropiación popular del poder, o según lo propuesto por Dussel, la unión de la *potentia* con las *potestas*.

Ahora, este “nuevo” constitucionalismo de tenor pluralista y transformador representa entonces un momento de ruptura histórica y teórica que afirma la identidad latinoamericana. Se trata de una propuesta de descolonización en el ámbito epistemológico, puesto que estos modelos le ofrecen a América Latina alternativas metodológicas a la teoría constitucional europea y estadounidense, que suele resonar de forma irreflexiva, propagada por constitucionalistas que postulan su “sofisticación teórica” por medio de la colonialidad intelectual.

Se configura así, un momento de descolonialidad del poder ya que se posibilita, de facto, la soberanía popular de las sociedades situadas tradicionalmente en condición subalterna. Finalmente, también se posibilita la descolonialidad del ser latinoamericano, teniendo en cuenta que se positivizan las cosmovisiones indígenas permitiendo que la “civilización” expresada en la propuesta del constitucionalismo tradicional sea interpenetrada por la “barbarie”.

Por cierto, hay un horizonte teórico en que comienza a perfilar su propio pensamiento constitucional de América Latina, con base en la afirmación de la alteridad de los grupos históricamente marginados, guiado por la justa satisfacción de las necesidades humanas.

REFERENCIAS

- ACOSTA, E. MARTÍNEZ, A. (Comps.), *Plurinacionalidad. Democracia en la Diversidad*, Abya Yala, Quito, 2009.
- ALBA, S.R. CASTRO, O.S. (Coords.), *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*, IDEL, Sucre, s/d.
- AMIN, S., *El Eurocentrismo: Crítica de una ideología*, Siglo XXI, México, 1989.
- BAUTISTA ALBERDI, J., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Estampa, Buenos Aires, 1982.

- DE CABO MARTÍN, C., *Pensamiento Crítico, Constitucionalismo Crítico*, Trotta, Madrid, 2014.
- CÉSAIRE, A., *Discurso sobre o colonialismo*, Trad. Anísio Garcez Homem, Letras Contemporâneas, Florianópolis, 2010.
- CLAVERO, B., "Bolivia entre Constitucionalismo Colonial y Constitucionalismo Emancipatório", Disponible en www.rebellion.org, Acceso el 06 de mayo de 2016.
- CHÁVEZ HERRERA, N. (Comp.), *Primeras Constituciones. Latinoamérica y el Caribe*, Fundación Biblioteca Ayacucho, Caracas, 2011.
- DUSSEL, E., *Política de la liberación. Volumen II Arquitectónica*, Editorial Trotta, Madrid, 2009.
- DUSSEL, E., *Filosofia da libertação*, Loyola, São Paulo, 1983.
- DUSSEL, E., *1942: o encobrimento do outro*, Vozes, Petrópolis, 1993.
- FANON, F., *Os Condenados da Terra*, 2º ed., Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1999.
- GARCIA-GALLO, A., "Derechos europeos y pluralismo jurídico en la América española", en A. DAL RI, L. DAL RI, *Latinidade da América latina: enfoques histórico-jurídicos*, Hucitec, São Paulo, 2008.
- GROS ESPIELL, H., "El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX", *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, núm. 6, ener/dec 2002.
- MARTÍ, J., *Nuestra América*, Biblioteca Ayacucho, Caracas, 2003.
- MARTINEZ DALMAU, R., VICIANO PASTOR, R., *Cambio político y proceso constituyente en Venezuela (1998-2000)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- MÉDICI, A., *La Constitución Horizontal. Teoría Constitucional y Giro Decolonial*, CENEJUS/Univ. San Luis Potosí, Aguascalientes (México), 2012.
- MIGNOLO, W., *La idea de América Latina*, Gedisa, Barcelona, 2007.
- NOGUERA FFRNÁNDEZ, A., *Constitución, Plurinacionalidad y Pluralismo Jurídico en Bolívia*, Oxfam/Enlace, Bolívia, 2008.
- PISARELLO, G., "El nuevo constitucionalismo latinoamericano y la constitución venezolana de 1999: balance de una década", Disponible en www.rebellion.org, Acceso el 29 de septiembre de 2013.
- PISARELLO, G., *Procesos Constituyentes: Caminos para la ruptura Democrática*, Trotta, Madrid, 2014.
- QUIJANO, A., "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América latina", en E. LANDER, *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales perspectivas latinoamericanas*, Clacso, Caracas, 2000.
- SARMIENTO, D.F., *Facundo*, Edición crítica de la Universidad Nacional de la Plata, Ediciones Culturales Argentinas, Buenos Aires, 1961.
- DE SOUSA SANTOS, B., *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una Epistemología del Sur*, Antropofagia, Buenos Aires, 2010.
- SVAMPA, M., *El Dilema Argentino: civilización o barbarie*, Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, Buenos Aires, 2006.

- GARZÓN VALDÉS, E., *Derecho, ética y política*, Centro de estudios constitucionales: Madrid, 1993.
- GARZÓN VALDÉS, E., "Constitución y democracia en América Latina", *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, edición 2000, Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, 2000.
- VICIANO PASTOR, R. (Editor), *Estudios sobre El Nuevo constitucionalismo Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- ZIMMERMANN, R., *América latina- o não-ser -; uma abordagem filosófica a partir do pensamento de Enrique Dussel (1962-1976)*, 2º Ed., Vozes, Petrópolis, 1987.
- WALLERSTEIN, I., *O universalismo europeu: a retórica do poder*, Boitempo, São Paulo, 2007.
- WOLKMER, A.C., "Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América latina", *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, Abdconst, Curitiba, 2011
- WOLKMER, A.C., *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*, 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 2015.
- WOLKMER, A.C., *Procesos Constituyentes desde afuera: acerca del Constitucionalismo Pluralista en los Andes*, IAEN, Quito, 2013.
- WOLKMER, M.P. MELO, A.C. (Orgs.), *Constitucionalismo Latino-americano: tendências contemporâneas*, Juruá, Curitiba, 2013.
- WOLKMER, I.M. LIXA, A.C. (Orgs.), *Constitucionalismo, Descolonización y Pluralismo Jurídico en América Latina*, Universidad Autónoma San Luis de Potosí, Aguascalientes (México); NEPE-UFSC, Florianópolis (Brasil), 2013.

ANTONIO CARLOS WOLKMER
 Master in Law and Society
 UNILASALLE-RS
 2288, Victor Barreto Ave. Canoas
 RS - 92010-000 - Brazil
www.unilasalle.edu.br
 e-mail: acwolkmer@gmail.com

SAMUEL MÂNICA RADAELLI
 Instituto Federal do Paraná - IFPR
 Bento Munhoz do Rocha, Palmas - PR
 Brasil,
www.nepe.ufsc.br
 e-mail: samuel.radaelli@ifpr.edu.br