

EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO (UNA PERSPECTIVA CRÍTICA)*

Pedro SALAZAR UGARTE

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Nuevo constitucionalismo latinoamericano*. III. *Modelo democrático constitucional y nuevo constitucionalismo latinoamericano*. IV. *Análisis de Constituciones bajo el prisma del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. V. *Características del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. VII. *Los sentidos de las Constituciones del NCL*. VIII. *Poder Constituyente y poderes constituidos en el NCL*. IX. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

La definición de “Constitución” en el artículo 16 de la Declaración francesa de 1789 es precisa y sigue siendo vigente: existe una Constitución cuando los derechos están protegidos y los poderes divididos. No es una definición exhaustiva pero sí excluyente. Dentro de sus fronteras caben tradiciones, modalidades y concepciones distintas de Constitución pero no entran los documentos normativos que se apartan de la tradición liberal política y/o republicana que separa al poder y recoge un conjunto o núcleo básico de derechos (“naturales”, “humanos” o “fundamentales” según se prefiera). Desde esta perspectiva, esa escueta pero efectiva defi-

* Este ensayo fue elaborado durante mi estancia sabática en Buenos Aires, Argentina, en 2012, y presentado por primera vez en el Seminario LASA de 2012, que tuvo lugar en San Francisco, California, Estados Unidos. Una versión ha sido publicada por el Interamerican Institute for Democracy. El texto también forma parte de mi libro *Poder y derecho; derechos y garantías*, de próxima publicación en la editorial Fontamara. Agradezco a Diego Valadés la invitación para publicarlo en este libro de homenaje a Jorge Carpizo.

nición embona con una tradición teórica específica, el constitucionalismo, y excluye a las teorías y realidades que promueven o reproducen modelos de organización del poder concentrado o ilimitado. Esta es la línea de distinción que sirvió a Elías Díaz para proponer una fórmula afortunada: todo Estado es un Estado jurídico pero no todo Estado jurídico es un Estado de derecho. Podemos frasear la misma idea de la siguiente manera: toda forma de organización política compleja requiere de un conjunto de normas para organizarse y funcionar pero no cualquier conjunto normativo puede ostentarse como un régimen constitucional.

Dentro del conjunto de ordenamientos jurídicos que pueden ostentarse como constitucionales tienen cabida tradiciones, modalidades y concepciones distintas. Por ejemplo, es posible encontrar ordenamientos que emanan del *common law* y otros que provienen de la tradición del *civil law*. También sabemos que existen Constituciones escritas y otros ordenamientos constitucionales no escritos (típicamente U. K.) y, si pensamos en la manera en la que se articulan las relaciones de poder político al interior del Estado constitucionalizado, encontraremos Constituciones más o menos democráticas y, en el caso de las que lo son, alternativas presidencialistas o parlamentaristas. Asimismo, desde el punto de vista del diseño constitucional, es posible identificar ordenamientos constitucionales de principios (o de cláusulas abstractas) y otros de reglas. Desde otra perspectiva, si nos colocamos en el plano teórico, tenemos que al constitucionalismo se le puede abordar e interpretar según concepciones iusnaturalistas o iuspositivistas (entre las cuales emergen algunas teorías híbridas: positivismo incluyente,¹ *soft positivism*, neoconstitucionalismo, etcétera).

Lo importante es que, para que podamos hablar de un ordenamiento constitucional, el conjunto de normas debe contener (reconocer u otorgar) un conjunto más o menos amplio de derechos (naturales, humanos o fundamentales) a las personas (individuos o, incluso en algunos casos, colectivos). El conjunto de

¹ Cfr. Waluchow, W. J., *Inclusive Legal Positivism*, Nueva York, Oxford University Press, 1994.

esos derechos puede ser más o menos extenso pero, según dicta la tradición liberal, al menos debe contener a las que Bobbio llamaba las “cuatro grandes libertades de los modernos” (personal, de pensamiento, de reunión y de asociación). Si, además, el documento constitucional contiene derechos políticos hablaremos de un constitucionalismo democrático y si contiene algunos derechos sociales, entonces, tendremos un constitucionalismo social. Cuando el documento contiene los tres tipos de derechos hablamos de un “Estado social y democrático de derecho” o, con una formulación más simple, de una “democracia constitucional”. En todos los casos, como segunda condición para la existencia de una Constitución, el ordenamiento debe contemplar garantías para esos derechos dentro de las que no puede faltar un esquema de poderes divididos que garantice al principio de legalidad y la imparcialidad judicial.

La mayoría de los ordenamientos constitucionales contemporáneos recogen derechos de los tres tipos por lo que, formalmente, se articulan siguiendo las premisas de lo que se conoce en la teoría como el “modelo democrático constitucional” (MDC). Un modelo complejo que reúne instituciones de diferentes tradiciones (liberal, democrática y social) y que maduró en occidente sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial. Sus elementos característicos, como vimos en el capítulo precedente, son: a) una Constitución escrita, rígida y suprema; b) un amplio catálogo de derechos fundamentales (libertades, derechos políticos y derechos sociales); c) reglas para organizar democráticamente el acceso y la gestión del poder político; d) mecanismos de control constitucional sobre leyes (cortes o tribunales constitucionales).² Se trata de un modelo que combina —además de diferentes tradiciones del pensamiento— instituciones democráticas con mecanismos de control constitucional. Esta particularidad genera algunas ten-

² La literatura sobre el tema es extensa. Cfr. Elster, J. y Slagstad, R., *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, 1988; Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2006; Salazar, P., *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

siones que han sido objeto de amplias reflexiones y debates por parte de los estudiosos del derecho y de la política.³

El objetivo de este segundo apartado es analizar el fenómeno que se conoce como “nuevo constitucionalismo latinoamericano” (NCL) desde la perspectiva de la teoría constitucional y teniendo como referencia al MDC. No se propone una reflexión sobre las realidades políticas en las que tiene vigencia dicho modelo constitucional ni se ofrece una discusión sobre los presupuestos ideológicos del NCL. Ambos aspectos son relevantes cuando se realizan estudios político-constitucionales pero no son el objetivo de este texto. Lo que aquí interesa es colocar al NCL bajo la lupa de algunos postulados claves del constitucionalismo como la pretensión de brindar certeza y seguridad jurídica a las personas, para lo cual —según la teoría— es menester que las disposiciones sean abiertas, claras y relativamente estables.⁴ Lo que propongo indagar es si los ordenamientos bajo análisis sirven como herramientas para proteger derechos, limitar poderes y superar conflictos sociales de manera eficaz. Las referencias que se hacen a algunos aspectos y presupuestos políticos del NCL —así como a determinadas normas de Constituciones vigentes— responden a esa misma finalidad.

II. NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

El nuevo constitucionalismo latinoamericano (NCL) es la denominación con la que han sido bautizados los procesos constituyentes y el resultado de los mismos de algunos países de América Latina en los últimos años del siglo XX y la primera década del XXI. Para algunos autores, como Rodrigo Uprimny, de hecho,

³ Cfr. Bayón, J. C., “Democracia y derechos. Problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, L. (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 285-355.

⁴ Cfr. Raz, J., *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Nueva York, Clarendon Press, 1979.

es posible englobar con ese membrete a los cambios constitucionales que tuvieron lugar desde los años ochenta y que abarcan a países como Brasil (1988), Costa Rica (1989), México (1992),⁵ Paraguay (1992), Perú (1993), Colombia (1991), hasta Venezuela (1999), Ecuador (1998 y 2008) y Bolivia (2009) porque existen rasgos

que son comunes a muchos procesos constitucionales latinoamericanos recientes [y que] confieren a los ordenamientos actuales cierto aire de familia. Es posible entonces hablar de un constitucionalismo latinoamericano actual que tiene rasgos distintivos frente a otros constitucionalismos del mundo contemporáneo o frente a los ordenamientos de la región en el pasado.⁶

Sin embargo, desde mi perspectiva, el “aire de familia” que identifica Uprimny es demasiado tenue entre todos esos procesos y cambios constitucionales. Las Constituciones que él conjuga son, a lo sumo, primas lejanas. En algunos casos se trata de Constituciones que han sido objeto de reformas profundas; en otros, de textos con modificaciones parciales y en algunos más del resultado de verdaderos procesos constituyentes; además, si observamos el contenido y la lógica de las modificaciones, es posible encontrar diferencias relevantes desde el punto de vista ideológico y político. El propio Uprimny reconoce, por ejemplo, las dificultades para tratar en un mismo conjunto a la Constitución neoliberal peruana de 1993 y a la Constitución socialista venezolana de 1999. Por lo mismo, en el mismo texto el propio Uprimny sostiene que

Existen entonces importantes diversidades nacionales, por lo cual podría pensarse que hay dos tendencias básicas de mutaciones constitucionales nacionales en la región: en algunos casos estaríamos en

⁵ La referencia proviene del texto de Uprimny pero no queda claro a qué reforma constitucional mexicana alude.

⁶ Uprimny, R., “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”, en Rodríguez Garavito, C. (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, p. 126.

presencia de constitucionalismos verdaderamente nuevos y transformadores, mientras que en otros países las reformas o las nuevas Constituciones habrían operado esencialmente como mecanismos de relegitimación de los órdenes sociales y políticos existentes, que siguen siendo desiguales y excluyentes.⁷

Sin entrar en esa discusión —que el mismo Uprimny reconoce como compleja y poco explorada— en este ensayo asumiré que la denominación de NCL —para resultar analíticamente útil— debe constreñirse a determinadas Constituciones que comparten un conjunto de rasgos marcados y que tienen una orientación o pretensión política particular que algunos autores han calificado como “transformadora”.⁸ Me refiero en concreto a los procesos constituyentes y a los textos constitucionales de Venezuela de 1999, de Ecuador de 2008 y de Bolivia de 2009. En esta misma tesitura, según Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau⁹ —autores a los que haré repetidas referencias por ser promotores y defensores de este fenómeno—, el NCL, de hecho, es un movimiento constitucional posterior y distinto al que caracterizó al constitucionalismo de posguerra y que acompañó a las olas democratizadoras en occidente que impactaron en algunos países de la región latinoamericana (México, Argentina, Uruguay, Colombia, por mencionar solamente algunos). Sobre esta base posemos afirmar que algunas Constituciones de la región están inspiradas en el MDC —que tiene un origen europeo— y no orientadas por el NCL.

⁷ *Ibidem*, p. 128.

⁸ Como recuerda Uprimny, el adjetivo es de Boaventura, *cfr.* Boaventura de Sousa, Santos, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, La Paz, Plural Editores, 2010.

⁹ *Cfr.* Martínez R. y Viciano, R., “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *mimio*. Ellos hablan de cuatro grandes modelos de constitucionalismo que provienen de cuatro momentos constituyentes y preceden al NCL: a) liberal-revolucionario de las revoluciones burguesas del XVIII; b) reacción conservadora de la burguesía y la aristocracia (siglo XIX y parte del XX); c) recuperación del constitucionalismo democrático (primeras décadas del XX); d) aparición del constitucionalismo social de posguerra.

En efecto, según Viciano y Martínez, el NCL no correspondería al fenómeno constitucional que ha sido estudiado por los neoconstitucionalistas¹⁰ y que sería, precisamente, el MDC. Para estos autores, aunque las tesis del neoconstitucionalismo “han sido asumidas por el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, este último “ha sumado una radical aplicación de la teoría democrática de la Constitución”.¹¹ Lo cual implica una diferencia en el plano teórico pero también en el práctico porque las Constituciones del NCL, a diferencia de las Constituciones del MDC, son producto de procesos populares y adoptan instituciones propias de corte populista.¹² Con sus palabras, en el NCL

se supera el concepto de Constitución como limitadora del poder (constituido) y se avanza en la definición de la Constitución como fórmula democrática donde el poder constituyente —la soberanía popular— expresa su voluntad sobre la configuración y limitación del Estado pero también de la propia sociedad.¹³

De esta manera, Viciano y Martínez proponen distinguir entre el “neoconstitucionalismo”¹⁴ (que para ellos es una teoría del derecho que estudia al MDC), el “nuevo constitucionalismo” (que, nos dicen, es una teoría *democrática* de la Constitución) y “nuevo constitucionalismo latinoamericano” (que es la manifestación de

¹⁰ Sobre el llamado neoconstitucionalismo, *cfr.* Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2006; Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007; Carbonell, Miguel y García Jaramillo, L., *El canon neoconstitucional*, *cit.*

¹¹ Martínez, R. y Viciano, R., “Aspectos generales...”, *cit.*, nota 9, p. 4.

¹² Como se verá más adelante, me refiero a institutos como los poderes constituyentes originarios, los mecanismos de democracia directa, la elección popular de las cortes constitucionales. Viciano y Martínez no necesariamente estarían de acuerdo con esta última sentencia.

¹³ *Idem.* Una reconstrucción de los diferentes procesos constituyentes así como un conjunto de visiones críticas sobre los mismos, en Serna de la Garza, J. M., *Procesos constituyentes contemporáneos en América Latina. Tendencias y perspectivas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

¹⁴ Cabe advertir que Viciano y Martínez utilizan el concepto sin mayor precisión.

este último en algunos países de América Latina). La clave de la distinción —para estos autores— sería que el NCL centra su preocupación en la “legitimidad democrática de la Constitución” recuperando “el origen radical-democrático del constitucionalismo jacobino, dotándolo de mecanismos actuales que pueden hacerlo más útil en la identidad entre voluntad popular y Constitución”.¹⁵ Y, para intentar sortear la confusión de planos entre teoría y realidad constitucional que aqueja a sus premisas, los propios autores sostienen que el NCL surge “en el extrarradio de la Academia, producto más de las reivindicaciones de los movimientos sociales que de los profesores de Derecho constitucional”.¹⁶ Desde esta perspectiva, el NCL sería más un fenómeno constitucional que una teoría de la Constitución.

Conviene detenerse para realizar algunas aclaraciones. El neoconstitucionalismo es una categoría —acuñada por la escuela genovesa de filosofía jurídica—¹⁷ que reúne a un conjunto de concepciones sobre el derecho constitucional y que están inspiradas *lato sensu* en los ordenamientos modelados sobre las bases del MDC. Este último es un fenómeno constitucional con las características que ya conocemos. De esta manera, el neoconstitucionalismo, en un principio observa al MDC pero, dado que se trata de una aproximación teórica, también puede servir para analizar el NCL. De la misma manera tanto el MDC como el NCL pueden ser estudiados, por ejemplo, desde la perspectiva de la teoría garantista. Así las cosas, podemos sostener que, en cuanto teorías, el neoconstitucionalismo y el garantismo son comparables; e igualmente en tanto modelos constitucionales con expresión institucional en la realidad lo son el MDC y el NCL.

¹⁵ Martínez, R. y Viciano, R., “Aspectos generales...”, *cit.*, nota 9, p. 6.

¹⁶ *Id.*, “Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente constitucional sistematizada?”, ponencia presentada en el VIII Congreso Internacional de Derecho Constitucional, México, 2010, p. 5, www.juridicas.unam.mx

¹⁷ *Cfr.* Capítulo V de mi libro *Poder y derecho; derechos y garantías*, México, Fontamara (en prensa).

Lo que Viciano y Martínez Dalmau llaman “nuevo constitucionalismo” —sin referencia a la región latinoamericana— vendría a ser —supongo— una categoría conceptual propuesta por ellos para dar cuenta de un movimiento que incorpora premisas de la democracia radical a la teoría constitucional y que, en todo caso, como veremos más adelante, se asemeja al populismo constitucional de origen antifederalista estadounidense. También en este caso se trataría de un modelo teórico que tiene expresión —con modalidades distintas— en algunas realidades constitucionales. Así las cosas podemos comparar las teorías —neoconstitucionalismo, garantismo y nuevo constitucionalismo— y utilizarlas para estudiar fenómenos constitucionales —la Constitución “x”, “y” o “z”— pero, en principio, conviene distinguir las teorías de los fenómenos existentes. Estos últimos, a su vez, dependiendo de su diseño y contenido, responden o se asemejan a modelos o prototipos ideales como lo son el MDC o el NCL.

III. MODELO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL Y NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Para Viciano y Martínez el movimiento del NCL comenzó con el proceso constituyente de Colombia (1990-1991), maduró con el proceso constituyente ecuatoriano de 1998 pero sólo se perfeccionó cuando se aprobaron las primeras Constituciones mediante “referéndum de ratificación popular que resulta ser el aspecto nuclear de la legitimación de la Constitución”.¹⁸ Por lo mismo fue la Constitución venezolana de 1999 la primera que conjugó los elementos necesarios y suficientes para materializar el NCL: una *necesidad* constituyente producto de una crisis social y política, un referéndum activador del proceso constituyente, un referéndum de aprobación del texto constitucional y un producto constitucional que quedaría protegido contra eventuales reformas a cargo de los poderes constituidos. La Constitución del NCL —al margen de su contenido normativo— es, desde esta perspectiva,

¹⁸ Martínez, R. y Viciano, R., “Aspectos generales...”, *cit.*, nota 9, p. 11.

un documento político con una legitimidad fuertemente democrática y que sólo puede ser modificado de manera sustantiva por la asamblea popular constituyente.

La Constitución ecuatoriana de 2008 fue la segunda expresión de ese movimiento. Ese documento se distinguió por incorporar un catálogo muy amplio de derechos fundamentales redactados con fórmulas abiertas y abstractas. Poco después, la Constitución boliviana de 2009, de alguna manera perfeccionó al NCL porque, además de los elementos contenidos en las dos Constituciones anteriores, reconoció el carácter plurinacional y poscolonial del Estado y, como una reafirmación del énfasis popular del fenómeno, sancionó la elección democrática y popular de los miembros del Tribunal Constitucional Plurinacional. De esta manera quedaron definidos los rasgos formales fundamentales del NCL: legitimidad democrática de la Constitución (que es un elemento extra o pre constitucional), reconocimiento amplio de derechos (con la declarada intensión para combatir la desigualdad y la exclusión social) y predominio absoluto del poder constituyente sobre los poderes constituidos.

Las tres Constituciones del NCL —venezolana, ecuatoriana y boliviana— no son idénticas (como tampoco lo son las que corresponden al MDC) pero, según Viciano y Martínez, tienen un “denominador común” que sería la “necesidad de legitimar la voluntad social de cambio mediante un intachable proceso constituyente de hechura democrática”.¹⁹ Con ello —subrayan estos autores— se privilegia la dimensión política de la Constitución. Lo cual constituye un elemento externo y anterior al documento constitucional. Podemos decir, entonces, que uno de los rasgos que ofrece identidad al NCL se agota en la aprobación del documento y, por lo mismo, constituye un elemento que puede ser valorado con consideraciones de índole política o ideológica pero no mediante consideraciones de teoría constitucional. El poder constituyente es un elemento clave del constitucionalismo pero se ubica en la vertiente del poder antes que en la del derecho. Viciano

¹⁹ *Id.*, “Se puede hablar...”, *cit.*, nota 16, p. 13.

y Martínez identifican un momento político que, desde su perspectiva, está íntimamente asociado con el NCL pero que no forma parte de los documentos constitucionales sino que es anterior a los mismos. Algo distinto sucede con los rastros institucionales —por llamarlos de alguna manera— que ese movimiento político deja plasmados en las Constituciones, por ejemplo, mediante distintos mecanismos de participación ciudadana. Las disposiciones que contemplan esos mecanismos sí pueden ser objeto de una valoración —además de política— propiamente constitucional.

En síntesis —según estos autores— las Constituciones del NCL rompen políticamente con la tradición constitucional predominante en occidente y se distinguen por cuatro rasgos formales: su originalidad; su amplitud (tienen un articulado extenso); su complejidad (aunque tienen un lenguaje asequible y simbólico son técnicamente complejas); su pronunciada rigidez (para garantizar el predominio del poder constituyente soberano sobre los poderes constituidos). Más adelante regresaré sobre estas características del NCL pero con esta caracterización es posible sostener que el NCL es un fenómeno de reconstitucionalización, hasta ahora propio de tres países de América Latina, que experimentaron crisis políticas y sociales relevantes que provocaron lo que Viciano y Martínez llaman una “necesidad constituyente” que se tradujo en la aprobación de documentos constitucionales con características comunes entre sí y diferentes a las de otras Constituciones occidentales dentro de las que se cuentan diversas Constituciones latinoamericanas.

En efecto, las Constituciones del MDC no son producto —al menos no necesariamente— de procesos constituyentes de hecchura democrática, tampoco reservan a ese poder constituyente la potestad de custodiar el contenido de la Constitución porque se trata de una función que corresponde sobre todo a los tribunales o cortes constitucionales. Y, si pensamos en el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, tenemos que tanto las constituciones del MDC como las del NCL contemplan amplios catálogos de derechos de libertad, políticos y sociales pero éstas últimas —como veremos— incluyen otros derechos que tienen su origen

en tradiciones muy diversas. De hecho, las Constituciones del NCL, comparten una vocación social que se traduce en el reconocimiento de derechos orientados hacia el combate a la exclusión y la desigualdad y amplios capítulos económicos para garantizar la participación del Estado en las decisiones públicas “sobre los recursos naturales o la regulación de la actividad financiera”²⁰ que no necesariamente están presentes en las Constituciones del MDC. Asimismo, desde el punto de vista formal, las Constituciones del MDC suelen ser en forma significativa más breves que las Constituciones del NCL y menos abigarradas.

IV. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONES BAJO EL PRISMA DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Si miramos los principios que recogen, el catálogo de derechos que contienen y las atribuciones que otorgan al Estado, las nuevas Constituciones latinoamericanas son complejas, intrincadas y contradictorias. Recogen las libertades negativas y los mecanismos judiciales de protección que maduraron en la tradición liberal occidental y los conjugan con otro catálogo amplísimo de derechos que provienen de las más diversas tradiciones (desde la democracia hasta el indigenismo pasando por el socialismo). Al mismo tiempo, otorgan al Estado poderes amplísimos para intervenir en la vida social, política y económica de la comunidad. Desde el punto de vista de sus génesis ideológica, se trata de Constituciones ambiguas. Este es un rasgo problemático porque conlleva aporías y contradicciones. Esta característica también está presente en las Constituciones del MDC de posguerra —que deben armonizar principios e instituciones liberales, sociales y democráticas— pero en menor intensidad. El NCL, además de conjugar textos constitucionales elementos de esas tres tradiciones, agrega principios y conceptos que provienen de las más diversas tradiciones, ideologías y cosmovisiones. Esto es patente desde la defini-

²⁰ *Ibidem*, p. 23.

ción constitucional de los Estados correspondientes. Veamos, por ejemplo, el texto del artículo 1o. de la Constitución de Ecuador:

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de República y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

Algo similar sucede con la definición contenida en el primer artículo de la Constitución boliviana que establece que Bolivia es un “Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías”. En el plano teórico es muy difícil encontrar unidad entre todos los conceptos y las tradiciones que los subyacen y, sin embargo, quedaron plasmados juntos en estos textos constitucionales. De hecho, entre algunos de esos conceptos existen fuertes tensiones que se traducen en aporías constitucionales. No sólo no resulta sencillo dotar de contenido a algunas de las definiciones constitucionales (por ejemplo a la idea de una “sociedad democrática y protagónica”) sino tampoco es fácil hacer armonizar las tradiciones liberal, social y democrática —ya de por sí en tensión constante— con los nuevos elementos que provienen de teorías comunitaristas o multiculturales (la sociedad multiétnica y pluricultural, el Estado plurinacional, etcétera) y con otras tradiciones autóctonas como el ecologismo vernáculo o el indigenismo.

Lo anterior no sólo constituye un desafío teórico para los intérpretes de estas Constituciones que se convierten en verdaderas “fábricas de aporías” sino que constituye un desafío para la teoría constitucional liberal porque confronta algunos de sus presupuestos fundamentales. Esto es evidente, por ejemplo, si pensamos en

la tendencia del NCL de ampliar la titularidad de los derechos no nada más a las personas sino también a un conjunto amplio de sujetos colectivos e incluso a entidades abstractas como “la naturaleza”. Veamos, para ilustrar el punto, el texto del artículo 10 de la Constitución ecuatoriana:

Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.

La última sentencia de esa disposición constituye un desafío a la teoría tradicional sobre los derechos subjetivos. Al otorgar derechos a la naturaleza, ese documento constitucional, no sólo abandona la tradición liberal sino que también deja atrás otras tradiciones que se proponían como alternativa a la misma como las teorías comunitaristas o multiculturalistas. Además rompe con el concepto de los derechos subjetivos como pretensiones o expectativas —positivas o negativas—, adscritas por una norma jurídica a un sujeto determinado. De esta manera, las Constituciones del NCL, amén de recoger en su texto a las instituciones y principios de dos tradiciones que son teóricamente incompatibles —liberalismo y comunitarismo—²¹ y de agregar a esa confusión elementos y tradiciones autóctonas, rompen con la teoría en materia de derechos subjetivos. Veamos el texto del artículo 71 de la misma Constitución de Ecuador:

La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los de-

²¹ Sobre la tensión teórica entre el liberalismo y el multiculturalismo existe una amplia literatura. Se trata de una tensión que, en términos constitucionales, también ha sido incorporada en otras Constituciones latinoamericanas adscritas al MDC como la mexicana o la colombiana.

rechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

¿En qué sentido puede decirse que la Pacha Mama tienen una expectativa a recibir una prestación o a que no le sea causada una lesión? ¿Cuál es el contenido de ese derecho? ¿Quién es el sujeto obligado al que le corresponde satisfacer la expectativa o que debe abstenerse de lesionar a la naturaleza? ¿Cómo puede ser garantizado de manera efectiva ese supuesto “derecho subjetivo”? Son algunas interrogantes que emergen de la lectura de esa y otras disposiciones que contienen los documentos constitucionales del NCL. El problema no reside en el ánimo ecologista que inspira a la disposición —y que debería ser ampliamente compartido por los habitantes del planeta en el siglo XXI— sino por la naturaleza jurídica de la disposición en la que está contenida. O, para decirlo con otras palabras, el problema es que se trata de una disposición constitucional que, por lo mismo, está orientada a tener efectos normativos y no de una proclama política sin pretensiones vinculantes. No es la ideología que la sustenta sino el carácter jurídico de la disposición la que despierta reservas fundadas. Un elemento básico de todo derecho subjetivo es la identificación del sujeto titular y la Pacha Mama no es un sujeto definido.

Si se piensa en la interpretación constitucional las contradicciones teóricas y las mezcolanzas conceptuales también resultan problemáticas. La teoría política y la teoría del derecho —pienso en las tradiciones maduradas sobre todo en el contexto del pensamiento occidental—, a lo largo de muchos años, sedimentaron categorías para referir y connotar tradiciones del pensamiento que, aun siendo diversas y alternativas, se encuentran aceptablemente definidas. La mayoría de esas tradiciones son complejas en sí mismas —piénsese, por ejemplo, en el liberalismo, el socialismo, la democracia, el comunitarismo, el multiculturalismo, el absolutismo, la autocracia, el totalitarismo, etcétera— y no siempre es

fácil trazar de manera categórica las fronteras que las delimitan o los engranajes que permiten conectarlas. Pero la teoría sirve para identificar tradiciones afines —por ejemplo el socialismo con el comunitarismo tiene una imbricación que no mantiene con el liberalismo— e incompatibilidades radicales —el liberalismo, por ejemplo, emerge como oposición al absolutismo—; así como para identificar las condiciones sobre las cuales es posible imaginar modelos complejos que reúnan elementos de diversas tradiciones (el MDC sería un caso típico).²² En cualquier caso esas teorías servían para clasificar y ordenar a la realidad mediante abstracciones y simplificaciones útiles si y sólo si conservaban un mínimo de coherencia.

La exigencia de coherencia cobra relevancia cuando se constitucionalizan esos proyectos o tradiciones. Se trata de una especie de prescripción metateórica que, por un lado, dota de sentido al quehacer teórico y, por otro, si pensamos en la dimensión operativa de los ordenamientos constitucionales; es una condición para el buen desempeño de los intérpretes y aplicadores del derecho. Es aquí en donde la ambigüedad y la contradicción ideológica y teórica que caracteriza al NCL se torna problemática. Al mezclar elementos de diversas tradiciones teóricas consolidadas con corrientes de pensamiento contemporáneas complejas (como el indigenismo y el ecologismo) y con otros movimientos o tradiciones autóctonos (como el culto a la Pacha Mama, los valores y tradiciones ancestrales, el *sumak kawsay*), el NCL confecciona documentos constitucionales heterodoxos que, por su lenguaje y contenido, están abiertos a las interpretaciones más diversas. Por lo mismo, al quedar en manos de los intérpretes, son documentos que no ofrecen certeza y seguridad jurídicas. Desde el punto de vista de la teoría constitucional esa es la principal falencia de

²² Lo mismo vale para la teoría jurídica: existen tradiciones bien definidas como el positivismo o el iusnaturalismo que, en principio, son incompatibles y otras teorías contemporáneas como el realismo o el pragmatismo que observan al fenómeno jurídico sin afanes prescriptivos. Un interesante compendio de textos sobre la teoría jurídica contemporánea puede consultarse en Zanetti, G., *Filosofía del diritto contemporanei*, Milán, Raffaello Cortina Editores, 1999.

estos documentos que ganan en originalidad lo que pierden en coherencia.

V. CARACTERÍSTICAS DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Viciano y Martínez sostienen que, además de la originalidad, a las Constituciones del NCL las caracteriza la amplitud y la complejidad. Ambas cosas son ciertas. La Constitución ecuatoriana tienen 444 artículos, la boliviana 411 y la venezolana 350. Ello sin contar las disposiciones transitorias. Muchos de esos artículos además son sumamente extensos y contienen una gran cantidad de incisos (el artículo 66 de la Constitución de Ecuador, perteneciente al capítulo de los derechos de libertad, por ejemplo, contiene 29 incisos algunos de ellos con sus propios subincisos). Según ambos autores, la extensión de los textos se debe a una decisión estratégica por parte de los poderes constituyentes: la de “expresar claramente su voluntad” e imponerla a los poderes constituidos.²³ En contrapartida —explican— se adoptó la decisión de utilizar un lenguaje simbólico con la finalidad de acercar el texto a sus destinatarios. Ese lenguaje serviría para aligerar la extensión constitucional y contrarrestar la complejidad técnica de los documentos (que reside sobre todo en su parte orgánica). La finalidad de esta estrategia sería coherente con un objetivo elemental de cualquier documento constitucional: resultar accesible a sus destinatarios o usuarios.

Dejaré de lado por ahora la dimensión política de la decisión de redactar documentos extensos para imponer la voluntad de los constituyentes sobre la voluntad de los poderes constituidos y me concentraré en la accesibilidad de los textos constituciones. Lo que me preguntaré es si las disposiciones del NCL son abiertas y claras como exige la teoría constitucional y como sugieren Viciano y Martínez. La pregunta es relevante porque de ello dependen la certeza y la seguridad jurídicas. Atributos íntimamente ligados

²³ Cfr. Martínez, R. y Viciano, R., “Aspectos generales...”, *cit.*, nota 9, p. 18.

con la dimensión operativa de toda Constitución que está diseñada para servir como instrumento eficaz en la regulación de la convivencia. Por eso es relevante preguntarnos si cualquier persona —digamos con un nivel medio de formación y cultura— puede entender el significado y alcances de las siguientes disposiciones de la Constitución boliviana (elijo cuatro artículos relevantes que versan sobre temas diversos):

Artículo 80. I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble).

II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, 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, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.

...

Artículo 78. I. La educación es unitaria, pública, universal, democrática, participativa, comunitaria, descolonizadora y de calidad.

II. La educación es intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo.

III. El sistema educativo se fundamenta en una educación abierta, humanista, científica, técnica y tecnológica, productiva, territorial, teórica y práctica, liberadora y revolucionaria, crítica y solidaria.

...

Artículo 270. Los principios que rigen la organización territorial y las entidades territoriales descentralizadas y autónomas son: la unidad, voluntariedad, solidaridad, equidad, bien común, autogobierno, igualdad, complementariedad, reciprocidad, equidad de género, subsidiariedad, gradualidad, coordinación y lealtad institucional, transparencia, participación y control social, provisión de recursos económicos y preexistencia de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, en los términos establecidos en esta Constitución.

Artículo 306. I. El modelo económico boliviano es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos.

...

III. La economía plural articula las diferentes formas de organización económica sobre los principios de complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, seguridad jurídica, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia. La economía social y comunitaria complementará el interés individual con el vivir bien colectivo.

Se trata de disposiciones jurídicas que son susceptibles de múltiples interpretaciones y, por lo mismo, son receptáculo de muchas normas que resulta muy difícil identificar. Sin importar por ahora quiénes son los interpretes autorizados de la Constitución (¿los ciudadanos? ¿los legisladores? ¿los juristas? ¿los jueces?) lo cierto es que estas disposiciones son susceptibles de interpretaciones diversas e incluso contradictorias. Podría organizarse seminarios de filosofía, antropología o derecho constitucional para discernir sus significados y probablemente los expertos no llegarían a posiciones concordantes. De nueva cuenta —como se advertía en el ejemplo ecuatoriano de la Pacha Mama como titular de derechos— el problema no reside necesariamente en las tradiciones de las que provienen todos esos conceptos y adjetivos sino en su complejidad, ambigüedad y contradicción. Estos atributos resultan particularmente delicados cuando se trata de disposiciones jurídicas que tienen un sentido prescriptivo y conllevan consecuencias coactivas. Desde el punto de vista de una teoría constitucional que valora la eficacia del derecho, esta clase de disposiciones —sin reparar en su significado y su utilidad políticas— son problemáticas porque adolecen de la claridad necesaria para generar certeza y seguridad jurídicas.

En la dimensión jurídica las disputas sobre el significado de esos artículos son relevantes y tendrán efectos en la vida de las personas. Por lo mismo, sin prejuzgar sobre el valor político de estas disposiciones, desde el punto de vista constitucional, resultan problemáticas. Basta con pensar en las dificultades que con-

lleva determinar su significado con miras a traducirlas en políticas públicas y en decisiones jurisdiccionales. Como sostiene Lawrence Sager, “es más fácil comprometerse con principios morales correctos en un plano relativamente abstracto que cumplir esos compromisos en nuestras vidas diarias, cuando tenemos que sufrir los costes asociados a esos compromisos”.²⁴ El acuerdo político que condujo a la constitucionalización de esas disposiciones quizá fue la solución pragmática a un desacuerdo profundo —superado con la estrategia de recoger en el texto constitucional las aspiraciones de todos los actores interesados— pero sentó las bases para desacuerdos jurídicos futuros. Así que, en una paradoja relevante, el acuerdo político es el origen de los desacuerdos jurídicos que se materializarán en el seno de la comunidad que adopta esa Constitución. De esta manera, el derecho constitucional no sirve como herramienta social para superar los conflictos sociales sino que se convierte en una de las causas de los mismos porque la disputa política anterior a la Constitución se ha trasladado al seno de la misma.

Como advierte Víctor Ferreres, “todos los sistemas jurídicos deben tratar de satisfacer, en cierta medida, el valor de la seguridad jurídica”.²⁵ De alguna manera de ello depende el sentido del derecho como una herramienta ideada para regular y ordenar la convivencia. Por eso es importante evitar las contradicciones y las formulaciones constitucionales sumamente vagas o ambiguas. El lenguaje constitucional debe ser un lenguaje accesible a todos los usuarios del derecho para que éste sirva como instrumento eficaz en la superación de los conflictos sociales. No sólo importa que los ciudadanos —idealmente— pueden comprender el significado de las Constituciones sino que, sobre todo, resulta fundamental acotar el margen de decisión de los intérpretes, ejecutores y aplicadores del derecho. De lo contrario son éstos quienes se apropian

²⁴ Sager, L., *Justice in Plainclothes. A Theory of American Constitutional Practice*, New Haven, Yale University Press, 2004, pp. 54 y 55. Tomo la referencia y la cita del libro de Ferreres, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Barcelona, Marcial Pons, 2011, p. 69.

²⁵ Ferreres, Víctor, *ibidem*, p. 51.

del significado último de las disposiciones constitucionales y, en esa medida, se convierten en los dueños de la verdad jurídica. Si las personas no pueden prever cuál será el significado que las autoridades darán a las disposiciones constitucionales, entonces, están condenadas a la incerteza y la inseguridad jurídicas. Y, cuando esto sucede, el derecho pierde su valor instrumental.

Es verdad que todos los ordenamientos constitucionales adolecen de “ambigüedades, lagunas y contradicciones”²⁶ y, precisamente por eso, es necesario contar con jueces que lo interpreten y con “un tribunal supremo que unifique su interpretación y aplicación”.²⁷ Pero si no queremos que esos juzgadores se conviertan en los dueños del (significado del) derecho debemos acotar su margen de interpretación apostando por la coherencia y la precisión en el lenguaje constitucional. En esto fallan muchas Constituciones que han adoptado el MDC pero, sobre todo, como se ha intentado ilustrar, es un vicio del que adolecen las tres Constituciones del NCL.

VII. LOS SENTIDOS DE LAS CONSTITUCIONES DEL NCL

Además de un sentido jurídico, las Constituciones tienen también un valor político. Esa es la dimensión que Roberto Gargarella rescata del NCL. Pero lo hace subrayando aspectos distintos de los que valoran Viciano y Martínez. Para Gargarella, no es la dimensión democrática radical la que merece llamar la atención sino la vocación incluyente del proyecto materializado por el NCL. Según su lectura de este proceso, mientras las Constituciones latinoamericanas del siglo XIX miraban hacia la Constitución, elitista y liberal, de los Estados Unidos y las reformas a las mismas en los años ochenta del XX, tuvieron como una de sus finalidades “combatir o morigerar el hiper-presidencialismo que se identificaba como causa fundamental de la inestabilidad política de las

²⁶ *Ibidem*, p. 54.

²⁷ *Idem*.

jóvenes democracias regionales”,²⁸ ahora, con el NCL, se busca dotar a las Constituciones de un significado social que sirva para combatir la “marginación político-social de los grupos”²⁹ más débiles. Esto —subraya el propio Gargarella— es particularmente notable en el caso de los indígenas bolivianos. En efecto, el artículo 5o. de la Constitución de Bolivia es una muestra de la apertura al indigenismo en una de las materias más sentidas para los defensores del multiculturalismo:

Son idiomas oficiales del Estado el castellano y todos los idiomas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que son el aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu’we, guarayu, itonama, leco, machajuyai-kallawaya, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré y zamuco”.

Es así como el NCL, en particular las Constituciones de Ecuador y Bolivia, explica Gargarella, rechaza las “tradiciones constitucionales de raíces individualistas/elitistas”³⁰ y se conecta con una “nueva filosofía”³¹ que tiene raíces en tradiciones y valores propios (la Pacha Mama, las culturas milenarias, etcétera). Por eso, a pesar de los problemas que pueda implicar la “inflación de derechos” que las caracteriza, según este autor, existe margen para defender lo que algunos llaman las “cláusulas dormidas” o las expresiones “poéticas” de dichas Constituciones. Para Gargarella, de hecho, “en buena medida gracias al *status* constitucional que se le ha asignado a algunos reclamos, muchas personas de carne y hueso resultaron reivindicadas en sus demandas por derechos”. Es el caso, por ejemplo, de los grupos de indígenas y de

28 Gargarella, Roberto, “El constitucionalismo latinoamericano de ayer a hoy: promesas e interrogantes”, *mimio*.

29 *Idem*.

30 *Idem*.

31 *Idem*.

los colectivos homosexuales. Estas tesis nos reconducen hacia la dimensión política del NCL que, aunque no es el objeto de este capítulo, que merecen un comentario desde el punto de vista de la teoría constitucional. Según esta interpretación, las Constituciones del NCL, son documentos que son producto de crisis políticas severas³² pero, además, sus normas recogen reivindicaciones históricas de grupos marginados que, una vez constitucionalizadas, sientan las bases para emprender nuevas luchas sociales. Aunque ahora esos colectivos pueden hacerlo con el texto de la Constitución en la mano.

Desde este mirador las objeciones a la ambigüedad teórica y a la imprecisión conceptual y semántica que han sido desarrolladas en el apartado precedente —con sus consecuencias en términos de seguridad y certeza jurídicas—, en cierta medida, quedarían compensadas en la dimensión política del NCL. El Constituyente —para retomar la idea que quedó en el aire de Viciano y Martínez— habría impuesto su voluntad soberana sobre los órganos del poder constituido con la finalidad de que muchas reivindicaciones históricamente desatendidas quedaran contenidas en la Constitución y, sobre esa base normativa, debieran ser atendidas. Con palabras de Gargarella:

El nuevo constitucionalismo —con claras raíces en el siglo XIX— se mostraba ansioso por ir más allá de la función negativa que se le

³² Ecuador, por ejemplo, como recuerda César Astudillo, “de 1979 a 2007 ha estado gobernado por 12 presidente, de los cuales ocho fueron electos para ese cargo directamente por sufragio popular, tres accedieron al poder a través de mecanismos de sustitución presidencial establecidos por la Constitución y uno más, Alarcón, fue designado presidente interino, aunque dicha figura no estaba contemplada en la Constitución de 1978... Cada uno de los presidentes ha durado un promedio de 2.3 años en el cargo”. Astudillo, C., “Algunas reflexiones sobre el proceso constituyente de América Latina con especial referencia a Ecuador”, en Serna de la Garza, J. M., *Procesos constituyentes...*, cit., nota 13, p. 291. Sobre el caso venezolano, cfr. Brewer Carías, A., *Reforma constitucional y fraude constitucional. Venezuela 1999-2009*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Fundación Juan Germán Roscio, 2009.

asignaba de modo habitual, y pretendía ponerse al servicio de la construcción de nuevas realidades sociales, más igualitarias.³³

En su dimensión política (y, en cierto sentido, extraconstitucional), entonces, el NCL sería expresión de una tradición teórica coherente: aquella que contra el constitucionalismo conservador (elitista en política, perfeccionista en moral) y guardando sus distancias del constitucionalismo liberal (antiestatista en política, defensor de frenos y contrapesos y neutral en materia), se reconecta con el constitucionalismo radical (mayorista en política, populista en términos de moralidad). La tesis nos obliga a mirar al NCL, por decirlo de alguna manera, “desde fuera de los textos constitucionales” para observar los procesos políticos a través los cuales se crearon. Las ambigüedades y contradicciones plasmadas en la parte dogmática de los textos constitucionales y la complejidad que caracteriza a su dimensión orgánica tendrían justificación en la vocación política de los constituyentes que se mantiene vigente a través de algunas instituciones democráticas: plebiscitos, referéndums, iniciativa popular, revocación de mandato, cortes legitimadas popularmente. De esta forma, las disputas que pudieran suscitarse por la oscuridad y contradicción de las disposiciones constitucionales quedarán en manos de instancias democráticas.

El verdadero rasgo distintivo del NCL sería, entonces, como lo advertían las tesis de Viciano y Martínez, la legitimidad democrática de la Constitución que lo conecta con la tradición jacobina y que se expresa mediante instituciones de participación constitucionalizadas. Si la génesis del constitucionalismo liberal se encuentra en la obra de John Locke y la del constitucionalismo conservador en la obra de Edmund Burke o de Jeremy Bentham, el padre intelectual del constitucionalismo popular sería Jean Jacques Rousseau. La idea de que la Constitución sólo es legítima cuando proviene de un Poder Constituyente popular y opera —más allá de los poderes e instituciones tradicionales propias del constitucionalismo liberal— mediante figuras que acti-

³³ Gargarella, Roberto, “El constitucionalismo...”, *cit.*, nota 28.

van la participación ciudadana directa sería el eje que estructura a este modelo constitucional. Un rasgo que desplaza a los rigores de la teoría constitucional por las bondades de la participación democrática. De hecho, las tres Constituciones del NCL adjetivan su versión de la democracia mediante el elemento de la participación: las Constituciones de Bolivia y Venezuela hablan de “democracia participativa” y la de Ecuador de “participación en democracia”.

Lo primero que conviene advertir es que, desde esta perspectiva, a pesar de lo que pretendían sus autores y los estudiosos que lo reconstruyen, en realidad, el NCL no es del todo original. No sólo porque sus raíces pueden rastrearse en la obra de Rousseau y del constitucionalismo jacobino sino porque también existe una tradición en el mundo anglosajón que lo anticipa. Se trata del constitucionalismo popular o populista que maduró en los Estados Unidos en la agenda de los antifederalistas. Esta tradición ha sido estudiada con rigor por el propio Gargarella y permite sostener que, al igual que todas las tradiciones constitucionales relevantes en occidente, también el NCL resulta depositario de ideas maduras en Europa y en los Estados Unidos de América. Veamos la cita de Thomas Young que es recuperada por Gargarella y que podría haber sido sostenida por un promotor del NCL: “Tan pronto como (el manejo de los asuntos públicos) se aleja del poder constituyente se establece, en algún grado, una tiranía”.³⁴

Las tesis de ese movimiento popular —que se materializó ejemplarmente en la Constitución de Pennsylvania de 1776—, están hermanadas y anticipan a las preocupaciones de los promotores del NCL: debe procurarse el autogobierno popular y, por tanto, debe prevalecer la voluntad popular sobre la voluntad de los órganos representativos, lo que invita a evadir en la medida

³⁴ Retomo la cita de la introducción de Roberto Gargarella al libro (coordinado por él mismo). Gargarella, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, t. I, p. 13. Gargarella nos dice que la cita de Young se encuentra en Sherman, M., *A more Perfect Union: Vermont becomes a State 1777-1816*, Vermont, Vermont Historical Society, 1991, p. 190.

de lo posible los controles contramayoritarios. Desde esta perspectiva, el NCL —al menos en esta dimensión política— no es tan “nuevo” como podría parecer. Y tampoco está aislado teóricamente. En su artículo sobre el “nacimiento del constitucionalismo popular”,³⁵ el propio Gargarella nos recuerda un elenco de teóricos que defienden estas tesis medulares en el contexto del debate académico estadounidense actual: Larry Kramer,³⁶ Akhil Amar, Jack Balkin, Sanford Levinson, Richard Parker, Mark Tushnet. A la lista se pueden agregar otros autores más o menos afines a la causa del constitucionalismo popular sin contrapesos contramayoritarios como Jeremy Waldron o incluso Bruce Ackerman. Sería aventurado sostener que estos autores promueven de alguna manera el fenómeno que llamamos NCL pero lo que me interesa advertir es que existe una tradición teórica —no autóctona de América Latina— que coincide con las preocupaciones que los constituyentes de Venezuela, Ecuador y Bolivia encararon.

Uno de los aspectos que cohesionan a los promotores del constitucionalismo popular es el rechazo al elitismo (del que acusan al constitucionalismo liberal) y la apuesta por la recuperación de los valores propios de la “cultura popular”.³⁷ Desde esta perspectiva dichos autores promueven lo mismo que el NCL pretende: por un lado, una mayor participación popular en la adopción de las decisiones políticas y económicas relevantes y, por el otro, dotar a los textos constitucionales de contenidos impregnados de valores culturales. Son esas tradiciones de las llamadas culturas originales lo que singulariza al NCL. Pero la originalidad reside en los contenidos de las tradiciones constitucionalizadas y no en la decisión de incorporarlos a la Constitución. Lo cual no deja de ser interesante porque, por un lado, nos previene de que la tradición cultural y popular es más amplia que lo que suponen algunos

³⁵ Cfr. Gargarella, Roberto, “El nacimiento del constitucionalismo popular”, en Gargarella, R. (coord.), *Teoría y crítica...*, cit., pp. 250-262.

³⁶ Según Gargarella, el texto clave para comprender este movimiento es, precisamente, el libro de Kramer, L., *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

³⁷ Cfr. Gargarella, Roberto, “El nacimiento...”, cit., nota 24, p. 253.

promotores del NCL aunque, por el otro, nos permite identificar el elemento verdaderamente original de este fenómeno que reside en las tradiciones culturales de cada uno de los países que adoptan a dicho modelo constitucional. La originalidad, entonces, reside en cada Constitución en lo individual y no tanto en el movimiento del NCL que está en sintonía con una tradición que lo precede.

Esta dimensión política del NCL merece algunas reflexiones desde la perspectiva de la teoría constitucional. La primera tiene que ver con la decisión de incluir una gran cantidad de derechos para procurar realidades más igualitarias. Se trata de una decisión loable que, como bien señala Gargarella, sienta las bases para que muchos actores tradicionalmente excluidos puedan articular sus demandas con una base de legitimidad renovada. De hecho se trata de una tendencia que, si bien de manera más moderada, ha llegado a diversas Constituciones articuladas sobre las bases del MDC. La interrogante que emerge desde la perspectiva de una teoría constitucional tradicional es si no se trata de una suerte de “Constituciones imposibles” que han constitucionalizado pretensiones y expectativas diversas y contradictorias que no podrán ser garantizadas. Se trataría de una paradoja —que requiere de verificación empírica— en la que un mayor reconocimiento de derechos conduciría a una menor capacidad del Estado para dotar de eficacia a las Constituciones. No sólo porque resulta más difícil proteger y garantizar a un mayor número de derechos —recogidos, además, en disposiciones complejas, ambiguas y contradictorias— sino también porque se han multiplicado los titulares de esos derechos, las vías para enderezar reclamos y los sistemas normativos destinados a la impartición de justicia (pluralismo jurídico inspirado en la teorías comunitaristas y multiculturales). De ser cierta esta hipótesis, las Constituciones del NCL habrían sacrificado su valor instrumental por su dimensión simbólica y política con lo que se abonaría en una tendencia hacia la irrelevancia del derecho constitucional como herramienta regulativa.

El resto de las inquietudes tiene que ver con algunas características de las Constituciones del NCL cuyo origen se ubica en la dimensión política del fenómeno pero que impactan en la parte

orgánica de las mismas. A ese aspecto está dedicado el siguiente apartado.

VIII. PODER CONSTITUYENTE Y PODERES CONSTITUIDOS EN EL NCL

La decisión de imponer la voluntad del Poder Constituyente sobre los poderes constituidos se manifiesta en cinco elementos: a) la extensión de las Constituciones; b) la supremacía del documento; c) las restricciones democráticas al control de constitucionalidad; d) los mecanismos de democracia participativa o directa; e) la rigidez constitucional.

a) La decisión —a la que ya nos hemos referido— de redactar textos extensos en los que se plasmaron las múltiples aspiraciones, ideas, proyectos, etcétera, de los actores involucrados en el proceso constituyente es un elemento característico de los documentos constitucionales del NCL. Este es un rasgo que los distingue de la mayoría de las Constituciones que adoptaron el MDC de posguerra.³⁸ Se trata de una estrategia que permite al Poder Constituyente recoger muchas de las aspiraciones de los participantes en el proceso de aprobación constitucional —y probablemente ampliar la base del consenso en torno al documento— pero que, desde el punto de vista de la técnica constitucional, resulta problemático. La extensión y la complejidad de las disposiciones constitucionales y del conjunto de las mismas pueden mermar la eficacia de las Constituciones y afectar la seguridad y la certeza jurídicas de los gobernados. Ello porque se desatiende la premisa teórica de que el imperio de la ley depende en buena medida de contar con textos jurídicos claros y accesibles.³⁹

³⁸ Si bien es cierto que algunas de esas Constituciones (incluso en América Latina) han incorporado normas y principios similares. Por ejemplo, la Constitución mexicana fue reformada en el año 2000 para incluir un apartado sobre “derecho indígena”. También se trata de una tendencia que se ha venido imponiendo en el derecho internacional.

³⁹ Laporta, Francisco, “Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 1, 1994, pp. 15 y 16.

b) Otra decisión orientada a colocar la voluntad constituyente por encima de las decisiones políticas ordinarias se sancionó con la supremacía de las mismas. Esa decisión quedó plasmada en los artículos siguientes:

Artículo 410 de la Constitución de Bolivia:

I. Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución.

II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos y las normas de derecho comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:

1. Constitución Política del Estado.
2. Los tratados internacionales
3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena.
4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.

Artículo 424 de la Constitución de Ecuador:

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Artículo 7o. de la Constitución de Venezuela:

La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución.

Son normas similares a las de otras Constituciones escritas porque la supremacía del texto constitucional es una característica del constitucionalismo moderno. De hecho es un rasgo propio también de las Constituciones que reproducen el MDC. Desde esta perspectiva, el NCL y el MDC, se asemejan. Quizá lo único que merece un comentario es que, al igual que muchas otras Constituciones latinoamericanas, el NCL, adopta una fuerte apertura al derecho internacional de los derechos humanos. También es el caso de las Constituciones argentina, colombiana o mexicana que aluden de manera directa o indirecta a lo que se conoce como “bloque de constitucionalidad”. El concepto que fue acuñado en los años setenta del siglo XX por el jurista Louis Favoreu para referirse a la determinación del Consejo Constitucional de Francia en el sentido de que la norma suprema de ese país contendría a la Constitución de 1958, a su preámbulo y a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En el caso del NCL y de otras Constituciones latinoamericanas, se utiliza para denominar la decisión de otorgar a los tratados internacionales un rango constitucional. El mejor ejemplo es la Constitución de Bolivia que se refiere expresamente al concepto. Pero también la Constitución ecuatoriana otorga prioridad normativa a los tratados que reconocen derechos más favorables a las personas. En el caso de Venezuela existe una disposición dedicada a la Defensoría del Pueblo (artículo 280) que señala que ésta “tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos”.

Estas normas desafían las teorías tradicionales sobre la supremacía constitucional inspiradas típicamente en la obra de Hans Kelsen. Es conocida la imagen kelseniana de los ordenamientos con estructura piramidal jerárquicamente organizada por grados o niveles de validez en cuya cúspide se encuentra la Constitu-

ción. Según esta acreditada teoría —como condición para su validez— todas las normas jurídicas inferiores a la Constitución deben ajustar su contenido al texto de la misma. Además, deben ser creadas observando un procedimiento de creación constitucionalmente autorizado. Estas premisas entran en crisis en los textos constitucionales que incorporan la idea del “bloque de constitucionalidad” en clave latinoamericana porque, dejando a salvo el requisito formal relativo al procedimiento de creación, en la dimensión sustantiva o material, lo que ahora cuenta para sancionar la validez de las normas ya no es la jerarquía piramidal “a grados” sino una especie de “jerarquía por contenidos”. Ese es el sentido de lo que se conoce como principio “pro persona” y que está implícito en las disposiciones antes reproducidas: la norma que debe prevalecer es la que ofrece mayor protección aunque se encuentre contenida en una disposición que, en principio, se ubica por debajo de la Constitución (por ejemplo, en un tratado internacional).⁴⁰

Es necesario distinguir entre el problema de la validez y el problema de las aporías o contradicciones normativas. En el primer caso lo que importa es que las normas secundarias se creen con apego a los procedimientos establecidos y que su contenido respete los límites que impone la norma jerárquicamente superior (ya sea por rango o por contenido). En los hechos, muchas disposiciones y normas jurídicas se crean sobre la base de una presunción de validez que les alcanza para surtir efectos jurídicos. En este ámbito, el tema del “bloque de constitucionalidad” no resulta especialmente problemático porque, en principio, la Constitución puede seguirse considerando el parámetro último de validez normativa. Pero las cosas cambian cuando se enfrentan casos de aporías normativas. En esos supuestos existen algunos principios que sirven para superar las contradicciones (por ejemplo, típicamente “ley posterior prevalece sobre la ley anterior”). Hasta ahora, uno de esos principios ha sido, precisamente, el principio de jerar-

⁴⁰ Esta apertura al derecho internacional de muchas Constituciones contemporáneas exige abandonar la clasificación de los derechos por generaciones porque en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos se ha impuesto la tesis de la interdependencia y la complementariedad de los derechos.

quía por rango que indica que la ley superior prevalece sobre la de rango inferior. En la teoría piramidal kelseniana ese principio permitía identificar a la Constitución como parámetro último de descarte. Pero las cosas no son tan fáciles en los ordenamientos fundados en el “bloque de constitucionalidad” y el principio “pro persona”. En esos contextos, los intérpretes y/o aplicadores jurídicos deben privilegiar las disposiciones o normas que, más allá de su ubicación en la estructura del ordenamiento, en virtud de su contenido, brinden mayor protección a los derechos humanos o fundamentales. Dichas disposiciones no necesariamente se encontrarán en el texto constitucional.

c) Uno de los temas más complejos en el constitucionalismo contemporáneo es el de la justicia constitucional. En el ámbito del NCL, de hecho, es particularmente problemático porque los rasgos elitistas del control de constitucionalidad sobre leyes entran en fuerte tensión con los presupuestos populistas del fenómeno constitucional que nos ocupa. Sin embargo, paradójicamente, la amplitud de los catálogos de derechos y de principios abstractos que contienen las extensas Constituciones del NCL (con la complejidad que las caracteriza y que ya hemos mencionado) más la supremacía del documento constitucional adicionado con apertura hacia el Sistema Internacional de los Derechos Humanos (SIDH) coloca, potencialmente, a los jueces responsables de velar por la vigencia de esas Constituciones en una posición privilegiada desde la perspectiva jurídica y también desde el punto de vista político. Esa es una paradoja que ya había sido identificada por Carlos Nino en el caso del MDC pero que ahora, en el NCL, se potencia de manera significativa. Esto es así porque la vocación popular del NCL que se manifiesta en la aprobación de documentos extensos y con formulaciones simbólicas termina potenciando lo que la teoría constitucional ha llamado “la dificultad contramayoritaria”.⁴¹ Los jueces constitucionales podrían termi-

⁴¹ Sobre este tema la literatura es sumamente extensa. De los textos ya citados en este mismo artículo pueden consultarse el libro de Elster y Slagstad, el trabajo de Salazar, los textos de Gargarella, los libros sobre neoconstitucionalismo y en todos ellos se encontrarán referencias a este debate.

nar apoderándose del contenido constitucional e imponiendo su voluntad al resto de los poderes constituidos y, por lo mismo, a la comunidad política en su conjunto. Ello a pesar de que la Constitución tiene una génesis y una vocación declaradamente popular que se inspira en la teoría democrática radical.

Es interesante advertir que este peligro había sido vislumbrado por el propio Hans Kelsen hace mucho tiempo. Kelsen, pensando en modelos constitucionales mucho más sobrios que los del NCL, temía que los principios como la libertad, la igualdad, la justicia, la moralidad pudieran “jugar un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional”.⁴² Ello por la simple razón de que, al tratarse de disposiciones jurídicas, “las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a (estos principios)” podrían interpretarse “como directivas relativas al contenido de las leyes... y, en este caso, el poder del tribunal (constitucional) sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable”.⁴³ Por lo mismo, el propio Kelsen recomendaba algo que los autores de las nuevas Constituciones (tanto del MDC como, sobre todo, del NCL) han desoído: “abstenerse de todo este tipo de fraseología”⁴⁴ controvertida en las Constituciones. Sin embargo, la mayoría de las Constituciones contemporáneas pasaron por alto el prurito kelseniano y sobrecargaron con normas de principios su apartado dogmático. Y, como ahora sabemos, el NCL ha sido particularmente desprolijo al respecto. Por lo mismo, en principio, los jueces encargados de interpretar y custodiar la Constitución cuentan con un margen muy amplio para determinar mediante sus interpretaciones el contenido constitucional.

⁴² Kelsen, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001. Cito de la edición contenida en *Escritos sobre democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, p. 142.

⁴³ *Ibidem*, pp. 142 y 143.

⁴⁴ *Idem*.

El dilema aqueja también a todos los Estados que han adoptado el MDC pero, por las razones ideológicas y de diseño constitucional es particularmente gravoso en el caso NCL. El carácter popular de ese fenómeno constitucional empuja en la dirección contraria de la que mueve hacia a la justicia constitucional. De hecho, la desconfianza al Poder Judicial (y en particular a los jueces constitucionales) es una de las premisas centrales del constitucionalismo popular en sede teórica. El carácter elitista y contramayoritario de los tribunales o cortes constitucionales —que son rasgos más o menos acentuado en los diferentes modelos de justicia pero que no pueden superarse del todo— colisiona frontalmente con las tesis que promueven una mayor participación popular en la adopción de las decisiones colectivas y una apropiación de la interpretación constitucional por parte de la ciudadanía. La interrogante —que en realidad es un lugar común en la materia— emerge ineludible: ¿por qué aceptar la existencia de un cuerpo judicial que tiene la poderosa potestad de tomar decisiones definitivas e inapelables⁴⁵ que tendrán fundamento en la interpretación de normas constitucionales abstractas y ambiguas? O, en contrapartida, si pensamos específicamente en el NCL, ¿cómo hacer compatible esta institución con las premisas del constitucionalismo popular?

Son dilemas importantes que debe afrontar el NCL y ante los cuales se han intentado algunas salidas originales pero insatisfactorias. El caso más interesante es el de la Constitución de Bolivia que en su artículo 203 señala lo siguiente:

⁴⁵ *Supra* (artículo 203 de la Constitución boliviana). En el mismo sentido, el artículo 335 de la Constitución venezolana establece: “El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”. Por su parte, el artículo 440 de la Constitución ecuatoriana señala: “Las sentencias y los autos de la Corte Constitucional tendrán el carácter de definitivos e inapelables”.

Las decisiones y sentencias (de los tribunales o cortes constitucionales) son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno...

Pero, en otra parte de su texto —que de hecho que precede a la disposición anterior—, contempla las siguientes disposiciones en materia de justicia constitucional:

Artículo 196.

I. El Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautelata el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales.

...

Artículo 197.

I. El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por magistradas y magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino.

...

Artículo 198.

Las magistradas y los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia.⁴⁶

Artículo 199.

I. Para optar a la magistratura del Tribunal Constitucional Plurinacional se requerirá, además de los requisitos generales para el acceso al servicio público, haber cumplido treinta y cinco años y tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de derecho constitucional, administrativo o derechos humanos. Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia.

II. Las candidatas y los candidatos al Tribunal Constitucional Plurinacional podrán ser propuestas y propuestos por organizaciones de

⁴⁶ Al respecto, el artículo 182 de la propia Constitución señala que “Las magistradas y los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal.

la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

La elección popular de los miembros del Tribunal Constitucional emerge entonces como la solución del NCL a la tensión entre la ideología popular/populista y la institución del control judicial de constitucionalidad.⁴⁷ De esta manera, según algunos de sus promotores, es posible mantener la vigencia simultánea de esta institución de origen liberal —y, para muchos, conservador— con otras que son prototípicas del movimiento que inspira al NCL. Sin embargo, la decisión es errada porque la elección popular de los jueces constitucionales no evita la objeción contramayoritaria: por más que cuenten con una legitimidad democrática directa, los jueces de una Corte Constitucional, al ser quienes determinan los significados constitucionales mediante sus interpretaciones, siguen ejerciendo su poder contra las mayorías políticas. De otra manera no podrían desempeñar su función como custodios de la Constitución y garantes de los derechos que, como enseña Luigi Ferrajoli,⁴⁸ siempre son patrimonio de las minorías. Tomarse los derechos en serio —para parafrasear a Ronald Dworkin—⁴⁹ implica necesariamente ejercer el poder de los jueces contra algunas decisiones de los órganos políticos. Ese es un dato que el MDC acepta abiertamente y constituye una tendencia que caracterizó al constitucionalismo latinoamericano de la segunda mitad del siglo XX. De ahí la contradicción que encara el NCL.

Dada la estructura y contenido de las Constituciones del NCL, aunque los jueces sean electos democráticamente, persiste el riesgo de que “los jueces (obren) sobre la base de un razonamiento moral abierto, que les hace sentir, sin embargo, como si estuvie-

⁴⁷ Ese es un eje de división/tensión ideológica —populismo vs. elitismo— que es muy relevante en el ámbito de la democracia y del constitucionalismo contemporáneo (no sólo en el latinoamericano).

⁴⁸ Cfr. Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001; *id.*, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2004.

⁴⁹ Cfr. Dworkin, R., *Thaking Rigts Seriously*, Cambridge, Massachusetts (EUA), Harvard University Press, 1978.

ran aplicando el derecho”.⁵⁰ La elección democrática de los jueces constitucionales, entonces, parece ser una mala solución para un problema verdadero. La única solución coherente con las premisas del constitucionalismo popular parecería ser la flexibilización de las Constituciones y la desaparición del control de constitucionalidad como han propuesto algunos autores como Jeremy Waldron. Lo interesante es que, de manera coherente con esa propuesta, estos defensores de la democracia radical, también objetan la existencia de un *Bill of Rights*. Desde esta perspectiva pareciera que el NCL incurrió en el error de copiar el esquema institucional del MDC —Constituciones rígidas en sentido fuerte con un muy amplio catálogo de derechos— sobre la base de una ideología (la democracia radical o el constitucionalismo populista) que es incompatible con el mismo.

Quienes defendemos al MDC y pensamos que la justicia constitucional es una institución valiosa, la propuesta de Waldron es equivocada pero, si pensamos en las premisas del NCL, parecería ser la solución consecuente con un proyecto constitucional que —al menos en el discurso— privilegia la participación popular sobre los controles institucionales.

d) La participación popular es un elemento toral en la ideología que inspira al NCL y tiene expresión en diferentes disposiciones constitucionales. A continuación reproduzco los artículos más relevantes en esta materia de las tres Constituciones:

Artículo 11 de la Constitución de Bolivia.

⁵⁰ Laporta, Francisco, “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, *El Cronista*, Madrid, núm. 0, octubre de 2008, *op. cit.*, nota 40, p. 49. Francisco Laporta va todavía más lejos y advierte que los jueces no están preparados para esta tarea porque “su razonamiento moral no pasa de ser vulgar”. Laporta está pensando en Constituciones menos abigarradas que las del NCL porque tiene en mente a los documentos del MDC y, aún así, lanza esa advertencia lapidaria. *Cfr. Idem*. Tal vez consciente de ello, Ronald Dworkin se pregunta si los jueces deben o pueden ser filósofos (a lo que adelanta una respuesta positiva). *Cfr.* Dworkin, R., “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, *Isonomía*, núm. 32, abril de 2010, pp. 7-29.

I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres.

II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley:

1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa... Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a ley.

2. Representativa, por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, conforme a ley.

3. Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a ley.

Artículo 70 de la Constitución de Venezuela.

Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.

La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo.

Artículo 61 de la Constitución de Ecuador.

Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos:

1. Elegir y ser elegidos.
2. Participar en los asuntos de interés público.
3. Presentar proyectos de iniciativa popular normativa.
4. Ser consultados.

5. Fiscalizar los actos del poder público.
6. Revocar el mandato que hayan conferido a las autoridades de elección popular.
7. Desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de equidad y paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional.
8. Conformar partidos y movimientos políticos, afiliarse o desafiarse libremente de ellos y participar en todas las decisiones que éstos adopten. Las personas extranjeras gozarán de estos derechos en lo que les sea aplicable.

Se trata de disposiciones coherentes con la ideología popular y democrático radical del proyecto pero entran en contradicción con otros dos rasgos característicos de este fenómeno constitucional: a) la tendencia hacia un presidencialismo fuerte, b) la existencia de mecanismos de control de constitucionalidad a cargo de jueces constitucionales que acabamos de analizar.

Paradójicamente, en los hechos, los mecanismos de participación democrática han sido funcionales a una articulación de los poderes públicos en clave fuertemente presidencialista. Lo que sucede es que, desde su diseño orgánico, las Constituciones del NCL —en particular en el documento ecuatoriano— tienen rasgos fuertemente presidencialistas. Esto ha permitido que el titular del Poder Ejecutivo de los tres Estados que nos ocupan haya concentrado el poder político. Sin importar que exista formalmente la división de poderes —en Venezuela incluso pentapartita—, en los hechos, el presidente impone sus decisiones sobre el resto de los poderes del Estado.⁵¹ La situación es paradójica y contradice los presupuestos del proyecto constitucional porque, a la vez que se reconoce un amplio catálogo de derechos y se constitucio-

⁵¹ Escribo este texto en mayo de 2012 cuando existen dudas sobre su estado de salud, pero el presidente Chávez sigue postulado como candidato para una nueva reelección.

nalizan mecanismos de participación democrática, se concentra el poder en manos del titular del Poder Ejecutivo. Con ello, la democracia se decanta en clave populista y el constitucionalismo se desdibuja. Podemos decir que, de alguna manera, la dimensión orgánica de las Constituciones niega lo que promete la dimensión dogmática.

Los estudiosos del NCL suelen pasar por alto esa dimensión institucional y centrar sus reflexiones en los aspectos simbólicos y políticos de las Constituciones —incluyendo las cláusulas sobre democracia directa que acabamos de reproducir— con lo que incurren en un error que es propio de algunos teóricos del neoconstitucionalismo. Tal como advierte Paolo Comanducci: existe “una tendencia de la ideología neoconstitucionalista de poner ‘en un segundo plano’ la limitación del poder estatal —que era, por el contrario, absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX—”.⁵² Esto es particularmente cierto en el caso de los estudiosos y promotores del NCL que toman distancia de la teoría liberal porque, para ellos, “el poder estatal, en los ordenamientos constitucionales, no es más visto con temor y sospecha”.⁵³ Ello, en cierta medida, es un efecto de la concepción democrática radical que sostiene al NCL: el constitucionalismo populista envuelve al poder político con un halo de legitimidad que lo inmuniza contra los controles del constitucionalismo clásico. Lo paradójico es que, de esta manera, se sientan las bases para que el poder se concentre y, por esta vía, los derechos (comenzando por las libertades fundamentales), contrario a lo que la propia teoría promueve, se encuentran en una situación de vulnerabilidad porque tenemos que hacer cuentas con el debilitamiento de los mecanismos y de las instituciones orientados a la limitación del poder político.

⁵² Cfr. Comanducci, P., “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2006, p. 85.

⁵³ *Idem*. Creo que ese sería el caso de Viciano y Martínez aunque no el de Gargarella.

e) Finalmente, la decisión de colocar al Poder Constituyente por encima de los poderes constituidos manteniendo el elemento popular por encima de las instituciones representativas/elitistas se expresa en el procedimiento de reforma constitucional. Las Constituciones del NCL son especialmente rígidas y otorgan a los ciudadanos un papel relevante en el proceso de revisión constitucional.⁵⁴ Las tres Constituciones contemplan que las enmiendas o reformas constitucionales deban ser sometidas a referéndum o refrendo constitucional aprobatorio. Ello sin importar que se trate de modificaciones que no alteren elementos fundamentales del Estado, partes sustantivas de la Constitución o derechos fundamentales (artículos 441 y 442 de la Constitución de Ecuador; del 340 a 346 de la Constitución de Venezuela; párrafo II del artículo 411 de la Constitución de Bolivia). De esta manera, al menos formalmente, se garantiza la participación popular en el procedimiento de reforma.

En el caso extremo, cuando se trata de la aprobación de reformas sustantivas que implican materialmente la aprobación de una nueva Constitución, la fórmula que se adopta es la de la Asamblea Constituyente. Este rasgo, como advierten Viciano y Martínez, es una nota característica del NCL. Conviene citar los artículos correspondientes:

Artículo 444 de la Constitución de Ecuador.

La asamblea constituyente sólo podrá ser convocada a través de consulta popular. Esta consulta podrá ser solicitada por la presidenta o presidente de la República, por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, o por el doce por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. La consulta deberá incluir la forma de elección de las representantes y los representantes y las reglas del proceso electoral. La nueva Constitución, para su entrada en vigencia, requerirá ser aprobada mediante referéndum con la mitad más uno de los votos válidos.

⁵⁴ La rigidez, como es ampliamente conocido, consiste en la existencia de un procedimiento especial (y más gravoso) para llevar a cabo las reformas constitucionales que el existente para crear o modificar las leyes secundarias.

Artículo 347 de la Constitución de Venezuela.

El pueblo de Venezuela es el depositario del Poder Constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución.

Artículo 411, párrafo I de la Constitución de Bolivia.

La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la presidenta o el presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio.

De esta manera las tres Constituciones del NCL confirman la supremacía del poder constituyente popular sobre los poderes constituidos; incluida, por supuesto, la Corte Constitucional o el Tribunal Superior de Justicia según sea el caso. Se trata de una decisión congruente con los presupuestos del modelo salvo en un aspecto relevante: la pretensión de garantizar la permanencia en el tiempo del documento vigente en la actualidad —dificultando su reforma y renovación a las generaciones futuras— es una pretensión conservadora. De hecho es una pretensión propia del constitucionalismo liberal que ofrece sustento al MDC.

IX. CONCLUSIÓN

El NCL es un modelo abigarrado y complejo. Es un proyecto que incorpora a las instituciones que decretan la existencia de

una Constitución —los derechos y la división de los poderes— en clave contemporánea. Además, al igual que el MDC, combina instituciones de tradiciones diversas como el liberalismo, el socialismo y la democracia. Pero, a diferencia de los documentos constitucionales de posguerra que modulan al MDC, las Constituciones del NCL, se fundan en premisas populistas o populares en dos sentidos: fundan su legitimidad en procesos constituyentes populares y contienen normas expresamente orientadas a fomentar la inclusión de los grupos sociales vulnerables. Adicionalmente, los textos constitucionales incorporan principios, derechos y formulaciones que tienen su origen en tradiciones o corrientes autóctonas como el indigenismo o ciertas versiones vernáculas de ecologismo. En un cierto sentido, desde esta perspectiva, el NCL emerge como un constitucionalismo mestizo.

En el plano jurídico los textos constitucionales del NCL resultan problemáticos porque, como consecuencia de lo anterior, el contenido normativo de los mismos es incoherente y, por lo mismo, incierto. Las Constituciones del NCL contienen múltiples principios —algunos de ellos contradictorios—, formulaciones simbólicas y cláusulas abiertas a la interpretación. Este rasgo puede generar un déficit en materia de certeza y seguridad jurídicas que, además, aumenta el margen de discrecionalidad de los intérpretes constitucionales. Esto último plantea dificultades mayúsculas cuando se trata de la función de los jueces constitucionales porque su tarea entra en contradicción con las premisas populares que sostienen al NCL. Además, desde el punto de vista orgánico, el NCL combina mecanismos democráticos de participación popular con un diseño fuertemente presidencialista.

Por lo anterior, si buscamos un símil en el mundo de las especies animales, el NCL sería un ornitorrinco jurídico.