

PROBLEMAS, NOVEDADES Y DESAFÍOS DEL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

José Ma. SERNA DE LA GARZA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La parlamentarización de la forma presidencial de gobierno*. III. *La persistencia del hiperpresidencialismo*. IV. *Preocupación por mejorar la calidad de la democracia*. V. *Constitucionalismo de los derechos como modelo*. VI. *Constitucionalismo multicultural*. VII. *El Nuevo Constitucionalismo*. VIII. *Conclusión*

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo consiste en identificar algunas tendencias que han caracterizado la evolución del constitucionalismo latinoamericano de las últimas tres décadas y que han sido objeto de debate en la región. Algunas de dichas tendencias se refieren a temas “viejos” y otras a temas “nuevos”. Al explorarlas, me propongo discutir algunos de los problemas y desafíos que las mismas plantean.

De esta forma, considero que es posible hablar de las siguientes tendencias:

1. La parlamentarización de la forma presidencial de gobierno
2. La persistencia del hiperpresidencialismo
3. La preocupación por mejorar la calidad de la democracia
4. El Constitucionalismo de los derechos como modelo
5. El Constitucionalismo multicultural
6. El “Nuevo Constitucionalismo” (también llamado “constitucionalismo crítico” o “emancipador”)

En lo que sigue, me referiré a cada una de estas tendencias.

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Profesor de la Facultad de Derecho de dicha universidad. Presidente de la sección mexicana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

II. LA PARLAMENTARIZACIÓN DE LA FORMA PRESIDENCIAL DE GOBIERNO

Identifico tres grandes preocupaciones del debate constitucional latinoamericano contemporáneo, a saber: la consolidación de la democracia, la eficacia del régimen político y el control del poder (en particular del Ejecutivo).

El tema de la consolidación de la democracia tiene mucho que ver con el ánimo de evitar el retorno de experiencias autoritarias que de manera recurrente han aparecido en la historia de nuestros países. Si con grandes esfuerzos se ha logrado implantar regímenes democráticos, hoy es prioritario tratar de encontrar alguna forma de asegurar la permanencia del arreglo constitucional democrático básico. En este sentido, la pregunta clave en la región ha sido la siguiente: ¿puede diseñarse algún tipo de sistema institucional que garantice la estabilidad del régimen democrático?

El debate entre parlamentarismo y presidencialismo que se ha dado en la región trató, precisamente, de dar respuestas a esta interrogante. El presupuesto básico de este debate consistió en considerar que la estabilidad depende de la capacidad de un determinado sistema institucional para resolver los conflictos entre los distintos poderes. Podríamos así distinguir entre sistemas cuyas reglas permiten canalizar institucionalmente y dar salida a los conflictos entre poderes; y sistemas en los cuales tales capacidades no existen o existen en menor número. Lamounier habló de estas capacidades en términos de “flexibilidad” y “rigidez”.¹ De esta manera, podríamos afirmar que muchos de los argumentos de los defensores de una y otra forma de gobierno, iban enfocados a identificar la “flexibilidad” de la forma de gobierno defendida, así como la “rigidez” de la forma de gobierno criticada.

Por otra parte, pensamos que el mismo dilema entre la “flexibilidad” y la “rigidez” como criterios para distinguir entre presidencialismo y parlamentarismo, también podría plantearse dentro del análisis de cada forma de gobierno, sea parlamentaria, presidencial o mixta. De hecho, el debate político-institucional en América Latina terminó por orientarse en este sentido, y así se ha tratado de encontrar los mecanismos institucionales que pudieran ayudar a “flexibilizar” al sistema presidencial, y contribuir de esta manera no sólo a la consolidación del régimen democrático, sino a resolver problemas de eficacia y de control del poder ejecutivo.

Se ha buscado entonces alcanzar estos objetivos tratando de idear salidas institucionales a los principales problemas que en dicha forma de go-

¹ Lamounier, Bolívar, *Parlamentarismo, sistema electoral e gobernabilidad*, IDESP, no. 39, Sao Paulo, 1991, pp. 6-9.

bierno se han percibido a lo largo de la experiencia histórica de nuestros países. Ahora bien, con toda la variedad que existe en cuanto al diseño del sistema presidencial en los países de la región, al parecer es posible identificar una tendencia general en este tema: la parlamentarización de los sistemas presidenciales, como bien ha explicado Diego Valadés.²

De esta manera, en algunos países (Argentina, Perú y Uruguay) se ha pensado que mecanismos de sistemas parlamentarios como el gobierno de gabinete y la confianza pueden contribuir a inducir la cooperación institucional con la pretensión de dar salidas institucionales adecuadas a los posibles conflictos que pueden presentarse bajo el esquema presidencial de gobierno.

¿Debilitan estos mecanismos al Ejecutivo en términos de eficacia? Considero que no, e incluso puede argumentarse que en su lógica institucional, tienden a fortalecer el poder gubernamental, en tanto que los programas y decisiones del gobierno cuentan con apoyo del Congreso.³

Por otro lado, se ha considerado en varios países que la introducción de figuras del sistema parlamentario en el esquema presidencial también puede contribuir a fortalecer los mecanismos de control del poder y de responsabilidad política, a través de instituciones como las preguntas parlamentarias, la interpelación y la censura en sus diversas modalidades (como ya existen en Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela).

Ahora bien, frente a esta tendencia, siempre es conveniente tener presente una nota de precaución: en su consideración como posibles complementos de un régimen presidencial, los mecanismos del sistema parlamentario no deben verse como buenos en sí mismos. Cada uno debe ponderarse en función de los efectos (positivos o negativos) que pueden generar una vez incorporados en el esquema general del sistema presidencial.

III. LA PERSISTENCIA DEL HIPERPRESIDENCIALISMO

A pesar de desarrollos institucionales recientes, la tendencia histórica al “hiperpresidencialismo” sigue presente en muchos países de la región. Una manifestación de esta tendencia se encuentra en el uso y abuso de los decretos-ley, es decir, los decretos del poder ejecutivo con fuerza de ley.

² Valadés, Diego, *La parlamentarización de los sistemas presidenciales*, UNAM, México, 2ª edición, 2008.

³ *Ibid.*, pp. 11 y 216.

El argumento que justifica la constitucionalización de esta práctica del ejercicio del poder en muchos países latinoamericanos es bien conocida. Así, se dice que pueden presentarse circunstancias de extrema gravedad o fuerza mayor, de grave peligro para el país, o de gran complejidad, a las que solamente se puede dar una respuesta mediante una intervención directa y rápida del poder ejecutivo. Por ello se concluye que no conviene desaparecerlos o prohibirlos, sino regularlos en la Constitución.

Esta actitud es lo que en Argentina se llegó a denominar, en el mejor de los casos, “realismo jurídico-político”⁴, y en el peor, “sociologismo constitucional”.⁵

En la realidad de la vida política de nuestros países, esta institución viene a contradecir de manera directa el objetivo explícito que muchas veces se escucha en la retórica de la reforma constitucional en la región, o sea, el atenuar los excesos del presidencialismo. En mi opinión, los decretos-ley significan un claro e indebido avance del Ejecutivo sobre el Congreso, y pervierten la idea de una comunidad política que se gobierna a sí misma, a través de leyes que son producto de deliberación pública y plural en la que participan los representantes del pueblo.

Asimismo, otra tendencia que en mi opinión apunta hacia el fortalecimiento del presidencialismo en la región, es el de las reformas que han tenido por objeto la reelección presidencial. Como sabemos, existen argumentos en pro y en contra de esta posibilidad. Entre los argumentos en favor de la reelección presidencial, se suele decir que no se justifica en sistemas de elección directa con mandatos relativamente reducidos. Se afirma que en un sistema de elección directa, al pueblo, como soberano, corresponde legítimamente decidir si conviene o no reelegir al presidente en turno por un período más. Además, se suele afirmar que la prohibición de la reelección presidencial puede privar a la nación de un estadista que ya ha mostrado su capacidad para gobernar bien.

Por mi parte, me quedo con un argumento que considero “fuerte”, contrario a la reelección presidencial (sobre todo la inmediata): en perspec-

⁴ Mejor que la reforma encarara el tema de los decretos de necesidad y urgencia para limitarlos, con el mayor rigor posible, “en un perímetro de excepcionalidad verdadera y de dificultades de trámite, en vez de rechazarla rotundamente.” Bidart, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo VI, La Reforma Constitucional de 1994, EDIAR, Buenos Aires, 1995, p. 429

⁵ “La pretensión de legitimar, o mejor dicho, de “legalizar” muchas circunstancias del ejercicio práctico del poder en la Argentina de los últimos años, nos está llevando por el camino del “sociologismo constitucional”, es decir, la Constitución vista como reflejo de los factores reales de poder.” Asociación Argentina de Derecho Constitucional, *La Reforma Constitucional Argentina*, 1994, A.A.D.C., Buenos Aires, 1994, Comentario de Alberto Ricardo Dalla Vía, p. 98

tiva histórica y regional, la no-reelección presidencial ha sido uno de los pocos mecanismos de control sobre el hiperpresidencialismo latinoamericano. Como en su momento apuntó Carlos Nino en una región en cuyos países se ha demostrado la ausencia de controles institucionales efectivos sobre la actividad del poder ejecutivo, la no-reelección presidencial (absoluta o relativa) ha venido a significar la única posibilidad de atenuar el “hiperpresidencialismo”. El cambio obligado-señaló Nino- dificulta el crecimiento y la extensión de los vicios ligados a la perpetuación autocrática en el poder, fenómeno por demás característico del historial político de América Latina.⁶

IV. PREOCUPACIÓN POR MEJORAR LA CALIDAD DE LA DEMOCRACIA

Lograr elecciones libres, auténticas y competitivas ha sido un gran reto para la mayoría de los países de la región. Mucho se ha logrado en gran parte de los países al contar con órganos autónomos para organizar los procesos electorales. Sin embargo, elecciones libres no son suficientes para conformar democracias representativas consolidadas.

Sin que el tema electoral se encuentre plenamente ‘resuelto’, se percibe en la región un giro, sobre todo en los medios académicos, que sugiere buscar nuevos enfoques para hacer la crítica de la democracia en América Latina, que permitan re-orientar la observación e identificar opciones de avance a efecto de consolidar y profundizar nuestras democracias.

Este enfoque implica centrar la atención en la calidad de la representación, y propone que las elecciones no sean el único momento relevante de contacto entre representantes y representados; que el acto electoral no sea concebido como delegación ciega de poder de electores a elegidos; que el ejercicio de la representación democrática se vincule a la noción de rendición de cuentas a los ciudadanos. Esto implica construir prácticas participativas diversas que contribuyan a establecer un denso campo de estructuras de intermediación entre sociedad y Estado.⁷ En otras palabras, se trata de ir “más allá de las elecciones” (y de las definiciones operaciona-

⁶ Nino, Carlos, S., Conferencia del 19 de agosto de 1993, en García Lema, Alberto, Héctor Masnatta *et al.*, *Reforma de la Constitución Nacional*, Fundación Omega Seguros, Colección Temas Jurídicos, Argentina, 1993, p. 56.

⁷ Ver Peruzzotti, Enrique, “El Otro Déficit de la Democracia Delegativa. Retomando el Debate Acerca de la Rendición de Cuentas en las Democracias Contemporáneas de América Latina”, *Journal of Democracy en Español*, vol. 2, julio 2010, pp. 48-55.

les mínimas que han sido de gran utilidad en el estudio de las transiciones democráticas) y de las visiones concentradas en los procesos de acceso al poder.⁸

En específico, considero que gran parte del problema se encuentra en las endeble estructuras de intermediación entre la sociedad y el Estado en América Latina, lo cual nos lleva al tema de los partidos políticos. En relación con éstos, y desde la perspectiva del diseño normativo-institucional, me permito apuntar dos temas a observar y discutir: el sistema de financiación de la política-electoral y la democracia interna de los partidos políticos.

El elevado costo de la política-electoral, la falta de transparencia, el uso y abuso de la publicidad comercial y la falta de sanciones sobre las prácticas de financiación ilícita son fenómenos que pervierten la competencia político-electoral, así como la relación entre el electorado y los partidos políticos. Por ello es que reformas normativas, constitucionales y/o legales, que tiendan a reducir el gasto político pueden contribuir a recuperar el sentido democrático y de construcción de la representación. Y aquí me refiero a medidas como el acortamiento de los períodos de las campañas; la regulación del mercado publicitario y especialmente de las tarifas durante los períodos pre-electorales y electorales; la promoción de una mayor utilización de medios de comunicación públicos; el incremento en la proporción de la financiación pública frente a la privada; el fortalecimiento de las instancias reguladoras y fiscalizadoras y el establecimiento de sanciones efectivas.⁹

El otro gran tema es el de la democracia interna de los partidos políticos.¹⁰ Los procesos de selección de autoridades internas y de candidatos, capturados por las burocracias partidistas en beneficio de incondicionales

⁸ Castaños, Fernando y Caso, Alvaro, “La Deliberación: Condición y Horizonte de la Democracia”, en Castaños, F., Labastida, J., López Leyva, M.A. (coordinadores), *El Estado actual de la Democracia en México. Retos, avances y retrocesos*, Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, México, 2007, p. 179.

⁹ Alcántara Sáez, Manuel, *Partidos Políticos en América Latina: Precisiones conceptuales, estado actual y retos futuros*, Documentos CIDOB, No. 3, Serie América Latina, Barcelona, 2004, pp. 45-47.

¹⁰ Como afirma Freidenberg, la “democracia interna” en un partido supone la adopción de los principios de este sistema político en el interior de la organización. A su vez, ello significa la inclusión del criterio de competencia, adopción de valores democráticos tales como la libertad de expresión y la libertad de elección para sus miembros y la utilización de mecanismos competitivos en el proceso de toma de decisiones, la participación del afiliado en la formación de la voluntad partidista y la existencia de canales que permitan el ejercicio efectivo del control político. Freidenberg, Flavia, “Democracia Interna: Reto Ineludible de los Partidos Políticos”, *Revista de Derecho Electoral*, Tribunal Supremo de Elecciones, No. 1, Primer Semestre, 2006, p. 3.

y familiares, contribuye a alejar a los ciudadanos de los partidos. Con ello se rompe uno de los eslabones clave de la democracia representativa como ideal político.

En este tema, considero importante tratar de trascender los ámbitos en los que ya ha habido algunas reformas o cambios en las prácticas de los partidos, como por ejemplo el establecimiento de cuotas de género en las listas de candidatos a cargos de elección popular;¹¹ y la introducción de elecciones internas para seleccionar candidatos en algunos países.¹² Estos esfuerzos son encomiables pero de alcance bastante limitado. Por ello, opino que bien podría valorarse la conveniencia de ampliarlos hacia otros temas, entre los cuales pueden encontrarse los siguientes: extender los procesos de elección interna o primaria para todos los cargos de elección; ampliar los mecanismos de acción afirmativa para incluir a jóvenes y a pueblos indígenas diversos; crear mecanismos de control interno para la defensa de los derechos de militantes y afiliados; establecer mecanismos de sanción de candidatos y autoridades partidistas que no cumplan con los estatutos de su partido; sancionar prácticas que atenten contra las elecciones competitivas para elegir autoridades partidistas; establecer reglas claras para la renovación periódica de los cargos de dirección y de control político por medio de procedimientos competitivos; establecer incentivos que reduzcan el patrimonialismo, a través de límites a la distribución discrecional de puestos (y candidaturas) a familiares de los dirigentes de mayor jerarquía; transparencia y acceso a la información del partido político.¹³

Todo esto podrá parecer como una ruta imposible de transitar, pues son los partidos políticos llamados a ser reformados, quienes tienen la llave para poner en marcha las reformas mencionadas (o para frenarlas). Pero los políticos deben entender (y en esto podemos ayudar los electores) que de no adoptar medidas como éstas u otras similares que tiendan a alcanzar los mismos objetivos, se corre el riesgo de ahondar la brecha entre la ciudadanía y la clase política, lo que puede llevar al punto del quebranto del sistema de partidos en su conjunto, y al rechazo absoluto de los partidos tradicionales por parte de amplios sectores del electorado, como ya ha ocurrido en varios países de la región.

¹¹ Así ha sucedido en Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica; Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela. *Ibid.*, p. 7.

¹² Como en Argentina, Chile, Ecuador, México, Paraguay y Uruguay, entre otros. *Ibid.*, p. 8.

¹³ *Ibid.*, pp. 9 y ss.

V. CONSTITUCIONALISMO DE LOS DERECHOS COMO MODELO¹⁴

Una visión panorámica del desarrollo constitucional de la región, nos habla de la extensión y consolidación de un modelo de constitucionalismo basado en amplios catálogos de derechos fundamentales previstos en las constituciones nacionales, reforzados por la apertura al derecho internacional de los derechos humanos. A su vez, se han establecido y desarrollado sistemas de justicia constitucional “fuertes” (sean concentrados, difusos o mixtos), que admiten una amplia variedad de vías de acceso, a través de acciones abstractas y concretas.¹⁵

Es posible identificar distintas razones de este desarrollo. En mi opinión, está vinculado a los procesos de transición a la democracia, a experiencias de “justicia transicional” y estrategias de re-legitimación del Estado que se han vivido e implementado en la región. Tiene que ver también con presiones y demandas de la sociedad civil, a la actuación de ONGs nacionales vinculadas con internacionales que forman parte de verdaderas redes transnacionales de defensa de derechos. Además, hay que mencionar la influencia de ciertos impulsos externos (programas de asistencia técnica) que combinados con los impulsos domésticos, han promovido reformas institucionales de los sistemas judiciales, lo cual ha contribuido al fortalecimiento de los tribunales en la región.

¿Estamos “sobre-cargando” a las Constituciones con derechos que no debían estar en ellas? En este sentido, se preguntan algunos ¿para qué ponerlos en la constitución si no se van a cumplir? En mi opinión, la pregunta así planteada esconde un enfoque profundamente conservador y engañoso. Debemos estar conscientes del contexto en el que este fenómeno se ha producido: se trata de un reflejo de siglos sin derechos, desigualdades abismales, discriminación, jerarquías sociales rígidas heredadas de la colonia y profundizadas en la etapa independiente.

¹⁴ Prieto Sanchís caracteriza a este concepto como la aparición de constituciones notablemente rígidas y dotadas de un amplio catálogo de derechos fundamentales, que se pretenden además rigurosamente normativos y judicialmente garantizados. Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo de los Derechos, Ensayos de Filosofía Jurídica*, Trotta, España, 2013.

¹⁵ Ríos Figueroa nota que el sistema de justicia en la región se ha transformado en las últimas 3 décadas, en particular los jueces constitucionales se han hecho más independientes de las otras ramas de gobierno y pueden participar más en la creación y modificación de las políticas públicas y la modificación del derecho. Ríos-Figueroa, Julio, “Constitutional Change and the Judicial Protection of Due Process Rights”, en Barrera, A., Nolte, D. y Schilling-Vacaflor, A., “New Constitutionalism in Latin America from a Comparative Perspective: A Step Towards Good Governance?”, Conference Proceedings, German Institute of Global and Area Studies (GIGA, Hamburg), 25-26 November, 2010, p. 33.

El reconocimiento constitucional de amplios catálogos de derechos de diversas “generaciones” marca el inicio de una lucha por conquistarlos en la realidad. Verlos en la constitución permite a individuos y grupos activarlos en algún momento, y reduce el espacio de quienes se oponen al legítimo ideal de transformación de la realidad social por la vía institucional.

Lo que queda claro es que la “promesa” constitucional de una sociedad de respeto a los derechos es hoy una condición *sine qua non* del contrato social que fundamenta al Estado en América Latina. Esa promesa abre una ruta constitucional (y no revolucionaria) a las aspiraciones de transformación social que no debiera ser desatendida.

Lo anterior nos lleva a un fenómeno asociado, que es el fortalecimiento de jueces o para decirlo en términos que van cobrando popularidad en los ámbitos académicos, la “judicialización de la política”.¹⁶

En este sentido, diversos autores han observado como una tendencia general en la región, mayores niveles de activismo judicial en los tribunales; un aumento en la actividad litigiosa en torno a los derechos de la ciudadanía, así como nuevas formas de apropiación del derecho por actores sociales y políticos que antes no habían recurrido a los discursos jurídicos en sus luchas.¹⁷

Parece que se empieza a producir una mayor presencia de la actividad judicial en la vida política y social, en la resolución de conflictos entre el Estado y la sociedad o entre actores sociales. Cada vez más grupos que ven con ventaja recurrir a los tribunales con el fin de proteger o promover sus intereses, lo cual tiende a ampliar el poder de los jueces.¹⁸

En este mismo sentido, Sagüés ha notado la ampliación de las cuestiones justiciables en la región;¹⁹ como ha identificado también la paulatina erosión de la doctrina distintiva entre reglas constitucionales “programáticas” y las “operativas” en orden a definir a todas como de este último tipo, con el consiguiente despliegue de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión.²⁰

Vinculado con este tema debemos mencionar otra manifestación del creciente poder de los jueces, que no es general en la región, pero sí muy

¹⁶ Ver Couso, Javier, Huneeus, Alexandra y Sieder, Rachel, *Cultures of Legality, Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge University Press, 2010.

¹⁷ Domingo, Pilar, “Ciudadanía, derechos y justicia en América Latina”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 85-86, pp. 33 y 34.

¹⁸ *Ibid.*, p. 37.

¹⁹ Si bien el límite con las no justiciables es impreciso, poco claro, inconstante, si no es que incoherente y variable de país a país. Sagüés, Néstor Pedro, “Desafíos de la Jurisdicción Constitucional en América Latina”, *Foro constitucional iberoamericano*, N°. 8, 2004, p. 6.

²⁰ *Idem.*

visible, incluso a nivel global, y es observada por todos con gran atención. Me refiero al control constitucional de políticas públicas, en especial en relación con derechos sociales, tal y como se ha desarrollado en Colombia. Se trata de casos denominados de “litigio estructural” o “casos estructurales” caracterizados por: 1) afectar un número amplio de personas que alegan la violación de sus derechos, ya sea directamente o a través de organizaciones que litigan su causa; 2) involucrar varias entidades estatales como demandadas por ser responsables de fallas sistemáticas de políticas públicas; e 3) implicar órdenes de ejecución compleja, mediante las cuales el juez de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada (no solamente los demandantes del caso concreto).²¹

La justificación que se ha dado en Colombia a este tipo de “activismo judicial” consiste en señalar que existen casos frecuentes en los que las burocracias y los sistemas políticos de las democracias contemporáneas entran en situaciones de estancamiento estructural que frustran la realización de los derechos constitucionales. En esas circunstancias de “bloqueo” institucional (que derivan en profundas deficiencias o, incluso, en la inexistencia de políticas públicas para atender problemas sociales urgentes), se ha dicho que los tribunales son la instancia adecuada para desestancar el funcionamiento del Estado y promover la protección de los derechos. Asimismo, se ha sostenido que desde una concepción de la democracia que enfatiza la importancia de la deliberación pública y el control horizontal entre los órganos del poder público, ese tipo de intervenciones judiciales profundiza la democracia.²²

¿Gobierno de los jueces?; ¿indebido ejercicio de atribuciones por parte de servidores no elegidos democráticamente, en detrimento de los órganos que sí son elegidos y son responsables de elaboración de políticas públicas?; ¿una forma indebida que desdibuja el tradicional principio de separación de poderes?

Sin duda esta tendencia se enfrenta a concepciones tradicionales del constitucionalismo. Pero qué está mal ¿las prácticas mencionadas o las concepciones tradicionales? Considero que aquí hay un campo en el que debemos profundizar, analizando experiencias de otros países como Sudáfrica e India, cuyos tribunales constitucionales también han venido participando en esta tendencia surgida del “Sur”, para atender problemas típicos del “Sur”.

²¹ Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Cortes y cambio social Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, 2010, pp. 13-21.

²² *Idem*.

No creo que este fenómeno, sea producto del mero voluntarismo de los jueces, sino de una combinación de factores que inducen tal desarrollo. Esos factores tienen que ver con el contexto de profundas desigualdades y graves problemas estructurales; así como la existencia de una sociedad civil más informada, el fortalecimiento de la justicia constitucional y la sensibilidad de los jueces constitucionales para atender solicitudes de justicia ante fallas y omisiones de los órganos políticos. Considero importante no perder de vista que estamos ante una forma institucional de canalizar conflictos sociales (muchos de ellos explosivos), con la cual se contribuye además a legitimar al Estado (lo cual no es un asunto menor en América Latina).

Por otro lado, creo conveniente no cerrar la puerta a la pregunta sobre cuáles son los límites de esta función que han asumido ciertos tribunales constitucionales. ¿Hasta dónde se puede llegar en esta ruta, sin que los órganos políticos reaccionen y protesten enérgicamente por considerar que se ha producido una invasión ilegítima en su ámbito de acción? No creo que se pueda dar una respuesta general a esta pregunta, sino que habrá distintas contestaciones dependiendo de la historia, el contexto, las características y necesidades de cada país.

VI. CONSTITUCIONALISMO MULTICULTURAL

Con este concepto, me refiero al creciente reconocimiento constitucional de pueblos indígenas tradicionalmente excluidos en América Latina, lo cual ha tenido el objetivo de superar diversos niveles de injusticia contra ellos, como víctimas trans-generacionales de la colonización; como grupos privados de derechos efectivos; y sin reconocimiento oficial de sus culturas. Frente a esto, hoy día un buen número de constituciones de los países de la región declaran ser “multiétnicas”, o en el caso de Bolivia y Ecuador, “plurinacionales”. A su vez, esto ha provocado un creciente interés por el concepto de “pluralismo jurídico” en el debate político y académico reciente, mismo que surge como una alternativa frente al monismo jurídico que desde la independencia ha imperado en nuestros países.²³

En efecto, la concepción del monismo jurídico postula que debe haber un Estado para todos y una y la misma ley para todos. Pero en respuesta, el pluralismo jurídico postula la diversidad normativa y de jurisdicciones,

²³ Kuppe, René, “New Constitutions, Indigenous Peoples and Potentials for Conflict”, en Barrera, A., Nolte, D. y Schilling-Vacaflor, A., *New Constitutionalism in Latin America from a Comparative Perspective: A Step Towards Good Governance?*, Conference Proceedings, German Institute of Global and Area Studies (GIGA, Hamburg), 25-26 November, 2010, p. 44.

así como la idea de una “ciudadanía diferenciada”.²⁴ Así, en la región se ha dado lo que Yrigoyen ha denominado constitucionalismo multicultural (reconocimiento de la diversidad cultural y lingüística derivada de la existencia de pueblos indígenas cuya diferencia se disolvía en la visión del Estado monista); constitucionalismo pluricultural (que a lo anterior añade listas de más amplios derechos indígenas, así como el reconocimiento de autoridades, normas jurídicas y sistemas de justicia propios que rompen con el monismo jurídico); y constitucionalismo plurinacional (que reconoce a los pueblos indígenas como naciones originarias con autodeterminación, con derecho a definir su destino dentro de una nueva concepción de “Estado plurinacional, como en Ecuador y Bolivia”).²⁵ A esta última noción regresaré más adelante, pues es un componente de lo que podríamos llamar el “constitucionalismo emancipatorio” como otra tendencia visible en varios países de América Latina.

En este escenario de reconocimiento del pluralismo jurídico, algunos países de la región ya han empezado a ajustar sus sistemas jurídicos, a través de la introducción de reglas y principios como los que se encuentran en el artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial de Ecuador, el cual define lo que denomina como “principios de la justicia intercultural”: diversidad, igualdad, *non bis in idem*, pro jurisdicción indígena e interpretación intercultural.²⁶

²⁴ El concepto de “Ciudadanía diferenciada” se refiere a la titularidad de derechos de los pueblos indígenas como grupos y el reconocimiento de sus propias culturas, identidades y derecho a la auto-determinación, Ver Kymlicka, Hill, “El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en la teoría de la ciudadanía”, *Agora*, No. 7, invierno de 1997, p. 27.

²⁵ Yrigoyen Fajardo, Raquel, “El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización”, en Rodríguez Garavito, *op. cit.*, pp. 139-154.

²⁶ Código Orgánico de la Función Judicial de Ecuador (publicado el 9 de marzo de 2009): “Art. 344.- PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL.- La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes principios:

a) Diversidad.- Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural;

b) Igualdad.- La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena.

c) Non bis in idem.- Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad adminis-

Como afirma Anna Barrera, la efectividad de de estos principios y de los derechos de los pueblos indígenas dependerá de la voluntad de invocarlos ante los tribunales, y la creatividad de las autoridades en encontrar formas constructivas de coordinación y acción conjunta y de la habilidad de los jueces para percibir las distintas realidades entre y dentro de los colectivos, a la luz de garantizar la dignidad de todas las personas involucradas.²⁷

Pero por otro lado, hay que reconocer que algunos derechos indígenas entran en conflicto con principios del constitucionalismo de estirpe liberal: la igualdad de los ciudadanos, la concepción del estado como responsable del bien común de todos; la ficción jurídica de un grupo homogéneo de ciudadanos individuales como integrantes del estado; y la idea del Estado como productor exclusivo de derecho (pues se reconocen las jurisdicciones indígenas autónomas, y poderes de auto-gobierno.)²⁸ Estas son algunas de las tensiones con las que los sistemas jurídicos que den el paso hacia el constitucionalismo multicultural deberán aprender a vivir y tendrán que resolver de alguna forma.

VII. EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO

Con este concepto me refiero al “constitucionalismo experimental”, también llamado “constitucionalismo crítico” o “constitucionalismo emancipatorio”, en el cual identifiqué varios componentes:

trativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional;

d) Pro jurisdicción indígena.- En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible; y,

e) Interpretación intercultural.- En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales.”

²⁷ Barrera, Anna, “How to Deal with a Plurality of Conflicting jurisdictions? On the Recent Attempt to Coordinate State and Non-State legal Institutions in Bolivia and Ecuador”, en Barrera, A., Nolte, D. y Schilling-Vacaflo, A., *New Constitutionalism in Latin America from a Comparative Perspective: A Step Towards Good Governance?*, Conference Proceedings, German Institute of Global and Area Studies (GIGA, Hamburg), 25-26 November, 2010, p. 47-49.

²⁸ Kuppe, René, “New Constitutions, Indigenous Peoples and Potentials for Conflict”, en Barrera, A., Nolte, D. y Schilling-Vacaflo, A., *New Constitutionalism in Latin America from a Comparative Perspective: A Step Towards Good Governance?*, Conference Proceedings, German Institute of Global and Area Studies (GIGA, Hamburg), 25-26 November, 2010, p. 44.

1. Mayor énfasis en derechos sociales, económicos y culturales, que en los derechos civiles y políticos.
2. Énfasis en la “democracia participativa”, frente a la concepción de la “democracia representativa” (“Poder ciudadano” en Venezuela; Función de Transparencia y Control Social en Ecuador; mecanismos de participación y control social en Bolivia).
3. Reconocimiento de los sujetos colectivos como actores políticos, con sus derechos de participación en la política del estado, con nuevos poderes como el electoral y el popular (Venezuela y Ecuador).²⁹
4. Intención de transformar las condiciones materiales de la sociedad, y de reconstruir los marcos ideológicos del constitucionalismo de estirpe liberal.³⁰
5. Reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas, y rediseño de las instituciones del Estado para garantizarlos, pasando más allá del multi-culturalismo y creando, como es el caso de Bolivia y Ecuador, la noción de “Estado plurinacional”.

De estos elementos, en el presente ensayo me limitaré a exponer algunas ideas sobre el énfasis en la democracia participativa y sobre la noción del Estado plurinacional.

En cuanto al primer elemento, quisiera recordar que Nohlen ha observado en el debate actual sobre la democracia en América Latina dos tendencias: una, a ampliar los sistemas representativos por la vía de introducir mecanismos de democracia directa; y otra a sustituir la democracia representativa por la democracia directa. Sin ambages, dicho autor nos dice lo siguiente: la primera ruta lleva a la profundización y fortalecimiento de la democracia; la segunda, a regímenes autoritarios.³¹

No dudamos que los mecanismos de rendición de cuentas verticales, que dan una voz en la toma de decisiones al electorado, tales como el referéndum, la iniciativa legislativa ciudadana, el plebiscito, presupuestos participativos, entre otros, pueden contribuir a completar y profundizar la democracia representativa.

Pero la apuesta por la democracia directa tiene sus riesgos: “cuando los ciudadanos son manipulados por medios o discursos políticos sesgados a un

²⁹ Noguera, Albert “What Do We mean When We Talk About “Critical Constitutionalism”? Reflections on the New Latin American Constitutions”, Barrera, A., Nolte, D. y Schilling-Vacaflo, A., *New Constitutionalism in Latin America from a Comparative Perspective: A Step Towards Good Governance?*, Conference Proceedings, German Institute of Global and Area Studies (GIGA, Hamburg), 25-26 November, 2010, pp. 15-16.

³⁰ *Idem.*

³¹ Nohlen, *op. cit.*, p. 153.

solo lado; cuando ciertos actores instrumentalizan la democracia directa para obtener poder o cuando tendencias anti-democráticas son fortalecidas a través de procesos participativos.³²

En este sentido, Breuer ha explicado cómo la democracia directa en América Latina en los 90s ha sido un asunto de arriba-abajo inducido por conflictos entre Ejecutivo-Legislativo y ha hecho poco por fortalecer la rendición de cuentas.³³ Mientras que Shilling ha advertido sobre riesgo de que procesos con el potencial de democratizar la democracia tales como el empoderamiento de grupos tradicionalmente marginados están siendo restringidos y distorsionados en la práctica por tendencias opuestas tales como rasgos autoritarios de los partidos en el gobierno, asimetrías de poder históricas, fuerzas de oposición conservadoras y nuevas exclusiones de actores sociales (lo cual al parecer está sucediendo en Bolivia).³⁴

Las instituciones de la democracia directa no son positivas *per se*. Su funcionamiento real en la práctica debe ser evaluado en cada contexto específico para así poder medir su efectivo potencial democratizador.³⁵ Debemos evitar la “democracia plebiscitaria” que reduce el principio representativo al vínculo entre el líder y el pueblo, excluyendo a la institución parlamentaria³⁶ y a las prácticas participativas que contribuyen a formar estructuras más densas de intermediación entre la sociedad y el Estado.³⁷ Además, recordemos -como ha afirmado Allan Brewer Carías- que movilización popular no es igual a participación ciudadana.³⁸

¿Y qué podemos decir del concepto de “Estado Plurinacional”, como se ha desarrollado en Bolivia y Ecuador? En mi opinión, dicho concepto surge ante la incapacidad del modelo de Estado “Criollo” de dar respuesta a

³² Shilling-Vacaflor, Almut, “Bolivia’s New Constitution: Towards participatory and Political Pluralism?”, *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, 90, April 2011, p. 4

³³ Breuer, Anita, “The Problematic Relation between Direct Democracy and Accountability in Latin America: Evidence from the Bolivian Case”, *Bulletin of Latin American Research*, Vol. 27, No. 1, pp. 1-2.

³⁴ Shilling, *op. cit.*, p. 4.

³⁵ Ver Barrera, A., Nolte, D. y Schilling-Vacaflor, A., *New Constitutionalism in Latin America from a Comparative Perspective: A Step Towards Good Governance?*, Conference Proceedings, German Institute of Global and Area Studies (GIGA, Hamburg), 25-26 November, 2010, p. 28.

³⁶ Brewer, *op. cit.*, pp. 9-11.

³⁷ Ver Peruzzoti, Enrique, “El Otro Déficit de la Democracia Deliberativa. Retomando el Debate Acerca de la Rendición de Cuentas en las Democracias Contemporáneas de América Latina”, *Journal of Democracy en Español*, vol. 2, julio 2010, pp. 48-55.

³⁸ Brewer-Carías, Allan, *Los Retos de la Reforma Constitucional*, Texto preparado para el Seminario Internacional sobre Reforma Constitucional, Visión y análisis comparativo de reformas constitucionales en Hispanoamérica, organizado por el Senado de la República Dominicana, Santo Domingo, 15-18 de junio de 2005, p. 11.

problemáticas estructurales que tienen raíces muy profundas. En esencia, el “Estado Plurinacional” propone un proyecto emancipatorio de los pueblos indígenas, en una suerte de proceso de descolonización interna. Toma en cuenta la diversidad étnica y cultural y conforme a ella estructura las instituciones políticas nacionales. Además, reconoce importantes espacios de autogobierno a los diversos grupos, y establece la interculturalidad como principio básico para la construcción de un nuevo orden, de un nuevo contrato social.

Respecto de este modelo de Estado, solamente expresaré tres ideas: primera, debemos entender las causas que lo han generado y valorarlo, no en función de un supuesto modelo ideal de Estado, sino de su capacidad para cumplir con las funciones básicas de todo Estado constitucional, como son las de garantizar la paz y el orden social en un marco de respeto a los derechos humanos. Segunda, como constitucionalistas, debemos estar atentos a la realidad del proceso político, para valorar su congruencia con el discurso emancipador y democratizador. Y esto es válido tanto para el “viejo” como para el “nuevo” constitucionalismo. No se nos olvide que antes, como también hoy, en América Latina hemos padecido el vicio del “constitucionalismo aparente”, es decir, la existencia de formas constitucionales sin eficacia real. Y una tercera idea (que tomo del profesor Inti Shubert): las identidades no son exclusivas ni estáticas, sino dinámicas, relacionales, situacionales y múltiples. Las identidades étnicas deben ser tomadas en cuenta en la elaboración de políticas, pero otros aspectos de identidad (género, clase, religión, edad) no deben ser olvidadas. La compleja interacción entre diversos aspectos de la identidad y formas de pertenencia pueden abrir nuevos espacios para alianzas intergrupales e impedir la polarización en líneas étnicas.³⁹

VIII. CONCLUSIÓN

En vista del pasado autoritario y de dictaduras militares en la región, hoy día hay razones para ser optimista. Como discurso legitimador del Estado, no hay en la actualidad otra opción en América Latina que la del Estado constitucional y democrático de derecho. Se ha venido consolidando además un sistema regional de protección de los derechos humanos, que ha abierto una alternativa de integración por una vía inesperada e imprevista por el tradicional discurso de integración regional: la vía de un *ius commune* latinoamericano

³⁹ Shubert, Inti, “Legal Aspects of the Plurinational State in Bolivia”, en Barrera, A., Nolte, D. y Schilling-Vacaflo, A., *New Constitutionalism in Latin America from a Comparative Perspective: A Step Towards Good Governance?*, Conference Proceedings, German Institute of Global and Area Studies (GIGA, Hamburg), 25-26 November, 2010, pp. 50-52.

en materia de derechos humanos.⁴⁰ En este tema trabajaba Jorge Carpizo, visionario, cuando inesperadamente fue sorprendido por su destino.⁴¹

Pero también hay motivos de preocupación: la tendencia al hiperpresidencialismo sigue muy presente en la región; algunos Estados emiten señales contrarias a la consolidación del sistema interamericano de derechos humanos; mientras que en otros las prácticas políticas no son congruentes con las formas y el discurso constitucional. Asimismo, en muchos de nuestros países la institucionalidad se ha debilitado, como lo manifiesta la expansión de la corrupción y de la violencia en la región.

Y en el trasfondo de estas señales se encuentran los extremos niveles de desigualdad, y de exclusión social y económica que hace del Estado de Derecho un “bien parcial” de acceso diferenciado en función del poder social y recursos económicos de los distintos grupos;⁴² y contribuye a perpetuar el déficit de ciudadanía y una pobre cultura política democrática.

Las reformas constitucionales de los últimos 30 años en América Latina presentan paradojas y contradicciones. Muchas han buscado fortalecer la ciudadanía y promover el ejercicio compartido y consensual del poder. Pero otras han buscado centralizar el poder, aumentar los poderes legislativos de los presidentes y facilitar la reelección presidencial.⁴³ Unas y otras comparten el presupuesto básico de que la reforma institucional tiene un efecto relevante sobre los comportamientos y las prácticas políticas.

Pues bien, frente a esto, quisiera concluir mi exposición recordando que en los debates constitucionales de muchos países latinoamericanos, siempre se han escuchado advertencias acerca de la inconveniencia de cifrar todas las expectativas sobre el cambio político en la reforma institucional. Las reflexiones sobre los “límites de la ingeniería institucional” que se dieron, por ejemplo, en Brasil,⁴⁴ y las críticas a la tradición “legalista” que se expresaron

⁴⁰ Ver Bogdandy, A., Ferrer, E. y Morales, M. (coords.), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, UNAM, México, 2010.

⁴¹ Ver Bogdandy, Armin von, “*Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea” y Serna de la Garza, José Ma., “Jorge Carpizo y el proyecto ‘Hacia un ius commune latinoamericano en derechos humanos’” ambos en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (coords.), *El Constitucionalismo Contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, UNAM, México, 2013, pp. 35-66.

⁴² Villena Vieira, Oscar, “Desigualdad estructural y Estado de derecho”, en Rodríguez Garavito, César, *El derecho en América Latina, Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, p. 25-29 y 41.

⁴³ Negretto, Gabriel L., “Paradojas de la Reforma Constitucional en América Latina”, *Journal of Democracy en Español*, vol. 1, no. 1, 2009, pp. 38-39.

⁴⁴ Ver Lamounier, B. y Nohlen, D. (eds.), *Presidencialismo ou Parlamentarismo, Perspectivas sobre A Reorganização Institucional Brasileira*, IDESP, Edições Loyola, Sao Paulo, Brasil, 1993.

en el proceso constituyente argentino de 1994,⁴⁵ son dos manifestaciones de las dudas que tanto políticos como analistas han tenido en relación con el alcance de las instituciones como factor de cambio en la política real.

Cabe señalar que la identificación de los límites del análisis estrictamente institucional ha criticado el “monocausalismo” de dicha visión. Y aquí suele aparecer el tema de la “cultura política” imperante en la región como una variable relevante. De esta forma, se ha afirmado que si la clase política y el electorado de nuestros países no modifican sus hábitos, prejuicios, tradiciones, formas de pensar y de relacionarse, el cambio institucional difícilmente tendrá el efecto esperado sobre el proceso político real.⁴⁶

Si estas críticas tienen algo, poco o mucho de razón, por lo menos nos alertan acerca de lo que legítimamente podemos esperar de las reformas normativas, y nos sugieren un campo más complejo y más profundo de posible intervención social para lograr una transformación positiva de nuestras sociedades.

⁴⁵ En este sentido se pronunciaba, por ejemplo, Facundo Suárez Lastra, dentro del seminario sobre la reforma constitucional organizada en la Universidad de Belgrano en 1996: “*Hemos tenido muchas veces la convicción de que la fuerza de nuestras instituciones está en lo que la norma diga, y no en lo que el consenso de nuestra sociedad ante la norma pueda expresar...*”; y “*...una de las cosas que nos ha interesado en este debate, decía, es visualizar la reforma más que como un remedio jurídico, como un hecho político...*” Por eso decimos que al margen de las consideraciones de tipo institucional de cuál es el diseño de gobierno, o diseño institucional que concebimos y formulamos a partir de la reforma de la Constitución también cuando nos abocamos al debate de la Constitución, de la reforma de la Constitución, estamos generando un hecho político, estamos procurando que el sistema democrático argentino se consolide sobre la base de un profundo acuerdo entre las diversas fuerzas políticas y sociales de nuestro país.” Ver la Participación de Facundo Suárez Lastra en Universidad de Belgrano, *Seminario Permanente sobre la Reforma Constitucional*, Buenos Aires, Argentina, 1996, pp. 22-24.

⁴⁶ Para una reseña de estas críticas a una visión estrictamente institucionalista, ver mi trabajo titulado, *La Reforma del Estado en América Latina: los casos de Brasil, Argentina y México*, UNAM, México, 1998, pp. 184-195.