

Diemer Lascarro-Castellar y Jorge Mejía Turizo✉

Nuevo constitucionalismo en Latinoamérica: Perspectivas epistemológicas

*New Constitutionalism in Latin America:
Epistemological Perspectives*

*Novo constitucionalismo na América Latina:
Perspectivas epistemológicas*

Resumen: *El presente escrito tiene como objetivo comparar dos modelos de estudio del derecho: el occidental y el latinoamericano, en torno a conceptos, de manera muy general y abstracta, como el Derecho y el Poder. Para ello el texto estará dividido en tres partes: (1) un esbozo general de la teoría de la interpretación jurídica, 1.1) pasando a la teoría de la constitución, (2) para luego plantear, de manera muy breve, los postulados generales –de lo que hemos llamado, por cuestiones teóricas– del “Constitucionalismo del Sur”, y al final, y (3) un análisis comparativo entre los dos esquemas mencionados, marcando las similitudes, pero sobre todo, intentando denotar y marcar las asimetrías y “rupturas epistémicas” con base en los conceptos de derecho y poder.*

Palabras clave: *Nuevo constitucionalismo latinoamericano, Constitucionalismo del Sur, interpretación constitucional, derecho y poder.*

✉ Diemer Lascarro-Castellar: Doctorando en Derecho, Ciencia política y Criminología por la Universitat de València (España), Magister en Derecho Universidad Nacional de Colombia, Abogado. Docente de Derecho Constitucional de la Universidad del Atlántico, (Barranquilla – Colombia) ORCID: 0000-0001-6449-8977

✉ diemer_21@hotmail.com

✉ Jorge Mejía Turizo: Doctorando en Derecho, Ciencia política y Criminología por la Universitat de València (España), Magister en Derecho administrativo, Diplomado en Gestión y Públicas de la Escuela Superior de administración Pública ESAP, Abogado, Docente de la Corporación Universitaria Rafael Núñez y de la Universidad del Atlántico (Barranquilla – Colombia). Ex becario del programa jóvenes investigadores e innovadores de Colciencias. ORCID: 0000-0002-7870-2905

✉ mejiaturizo@gmail.com

Revista de la Facultad de Derecho, (46), ene-jun, 2019, e20194606

DOI: 10.22187/rfd2019n46a6

ISSN 0797-8316 / eISSN 2301-0665

Creative Commons Reconocimiento 4.0 Internacional License Atribución CC BY

Abstract: *This papers has as aim to compare two models of study of the right: the western one and the Latin American, concerning(around) concepts like the State, the Law and the Power. For it the text will be divided in three parts(reports): (1) A general sketch of the theory of the juridical interpretation, 1.1) going on to the theory of the constitution, (2) then to raise, in a very brief way, the general postulates - of what we have called, for theoretical questions - of the “ Constitutionalism of the South “, and ultimately, and (3) a comparative analysis between(among) both mentioned schemes, marking the similarities, but especially, trying to denote and to mark the asymmetries and Theoretical detachments with base in the concepts of condition(state), right and power.*

Keywords: *New Latin American constitutionalism, Constitutionalism of the South, constitutional interpretation, law and power.*

Resumo: *O objetivo deste artigo é comparar dois modelos de estudo de direito: ocidentais e latino-americanos, em torno de conceitos, de maneira muito geral e abstrata, como o Direito e o Poder. Para este fim, o texto será dividido em três partes: (1) um esboço geral da teoria da interpretação legal, 1.1) passando para a teoria da constituição, (2) para então apresentar, muito brevemente, os postulados gerais - do que que chamamos, por razões teóricas - “Constitucionalismo do Sul”, e no final, e (3) uma análise comparativa entre os dois esquemas mencionados, marcando as semelhanças, mas acima de tudo, tentando denotar e marcar as assimetrias e “rupturas epistêmicas”. com base nos conceitos de lei e poder.*

Palavras-chave: *Novo constitucionalismo latino-americano, Constitucionalismo do Sul, interpretação constitucional, direito e poder.*

Recibido: 20180718

Aceptado: 20180825

Introito: de la teoría de la argumentación a la teoría (de la interpretación) de la constitución

Después de un “largo ostracismo” de más o menos trescientos años, la retórica, nos recordaba Luis Villar Borda, volvió a ocupar a filósofos y juristas en las décadas posteriores a la posguerra (Villar, 1995, 21) en este escenario, dicha disciplina hace de la argumentación un pivote básico del derecho y del mismo modo van demarcándose los contornos de la atmosfera de un nuevo paradigma. Si con Descartes y Bacon se abre paso a la modernidad (en la visión eurocéntrica) y se fractura el pensamiento escolástico, que arranca con Aristóteles y retomado en la edad media, especialmente por Tomás de Aquino, con Niel MacCormick y Herbert Hart, entre otros, se abre paso a la teoría jurídica moderna a su vez que se deja de lado, más no en el olvido, la filosofía del derecho de autores como Kant y Hegel.

Con esto no queremos, por supuesto, sostener que se ha dado un olvido total de estos autores –basta con leer a teóricos tan notables como Kelsen, para ver la influencia en él de Kant o leer Alexy y ver a simple vista, como él mismo lo reconoce, la influencia también kantiana, su posición “básica kantiana” (Alexy, 1995, 66)–, lo que sostenemos es que temas y concepciones, por ejemplo sobre el Estado, como la de Hegel, el cual sostenía que el Estado es un ideal moral, la “moral realizada”, la *razón en sí y para sí* “la racionalidad más elevada que pueda esperarse de la vida social” donde la libertad alcanza su más alta expresión (Quintana, 2013) han pasado a otro plano: la argumentación.

Siguiendo al teórico español Manuel Atienza las grandes corrientes jurídicas del siglo XX no se interesaron por desarrollar (y de hecho no lo hicieron) una teoría de la argumentación jurídica, es decir, que prestaron escasa atención a ver “*el derecho como argumentación*”; agrega Atienza que el nacimiento de una teoría de la argumentación jurídica estuvo al mismo tiempo aparejada, por el nacimiento del Estado Constitucional. El derecho como argumentación marcó la brecha o el “déficit” de un conjunto de teorías, que el

profesor español sintetiza bastante bien, y que vale la pena reproducir su cita:

1) el formalismo ha adolecido de una “visión excesivamente simplificada” de la interpretación y del derecho, 2) el iusnaturalismo posee una tendencia a “desentenderse del derecho en cuanto fenómeno social e histórico”, o lo representa de forma “mistificada”, “ideológica”, 3) siguiendo a Holmes, el positivismo normativista ha considerado al derecho como una “realidad dada de ante mano”, 4) el positivismo sociológico tendió a centrar su atención en un discurso “predictivo, y no en uno “justificativo”, marcando así su “fuerte relativismo axiológico” y ver al derecho como un “mero instrumento” al servicio de fines externos, 5) las teorías críticas del derecho se han tropezado constantemente con la “imposibilidad de hacer compatible el escepticismo jurídico” con la asunción de un “punto de vista interno necesario” para dar cuenta de un discurso jurídico “justificativo” (Atienza, 2012). Estas y otras razones, entre ellas la especificidad de las normas constitucionales, la creación de tribunales constitucionales, la comprensión de los derechos como principios, la ponderación, entre otros, conllevaron a hablar de interpretación constitucional.

De cómo la Teoría Constitucional “se transforma” en teoría de la Interpretación Constitucional

De la mano con lo anterior, la argumentación jurídica al mismo tiempo que estuvo solidificada por el concepto de Estado Constitucional, tal como lo anotábamos, la teoría constitucional sufre, en este escenario, una metamorfosis o más exactamente una “captura” o “ensanchamiento” en cuanto a sus contenidos (Quintana, 2006, 2). Lo cual ha llevado a algunas narrativas celebratorias: en palabras de Rubio Llorente “la teoría de la interpretación es hoy el núcleo de la teoría de la constitución; De la Quadra lo expresa así “el problema de la interpretación constitucional es... el problema clave hoy de la ciencia del derecho y del estado” y Rodolfo Vigo plantea que la teoría de la interpretación constitucional “parece estar en el centro de la teoría jurídica” (Vigo, 2005, 1335).

Si bien es cierto debemos reconocer los grandes avances que implicaron, para la protección de los derechos fundamentales, la transición del paradigma “dogmático-legalista” (Vigo, 2005, 1333) al paradigma “neoconstitucional” y todas las transformaciones y avances teóricos, epistemológicos y prácticos

que esto conllevó; entre las más importantes podemos encontrar toda una serie (Carbonell, 2007) de 1) “criterios analíticos” para determinar, 2) el contenido de los derechos fundamentales, 3) comprendiendo a estos como normas con estructura de principios (Habermas, 2002, 279); (Quintana, 2005, 228), - carentes de arbitrariedad (Mejía, Medina y Carmona, 2017) - , 4) interpretados bajo la técnica de la ponderación, 5) el principio de proporcionalidad, 6) el *test* de razonabilidad y el activismo de las cortes constitucionales.

Por decirlo en términos *decoloniales*, este sería el lado moderno del constitucionalismo; pero hay que ver “*la otra cara de la moneda*”, el lado donde la colonialidad del poder se expresa, el escenario donde esos criterios analíticos se “sobredeterminan”, por un lado, y donde se reducen *las lecturas de la constitución* a la *lectura neoconstitucional de la constitución*, (Lascarro, 2013) por el otro ¿No es esto la manifestación de un proceso de hegemonía del derecho? Donde el derecho, entendido como un *universal*, es encarnado por un *particular*: el constitucionalismo occidental (neoconstitucionalismo), que determina su contenido, su forma de aplicación y comprensión. Al respecto, el filósofo esloveno Slavoj Žižek (Žižek, 2001). Žižek, Slavoj (2001), nos recuerda que este *gesto* es un gesto político *par excellen*, que excluye, necesariamente, los demás particulares o las demás formas de comprender el derecho.

Sin pretensiones eurocéntricas, pero al mismo tiempo sin dejar en la mazmorra o en el desprecio o satanización nociones elaboradas del Norte (por autores como Žižek y otros), sino más intentando un “diálogo crítico-solidario” (con la izquierda) (Grosfoguel, 2007, 22), de lo que se trata es de mirar los límites de la teoría eurocéntrica, incluyendo el constitucionalismo, y cómo ésta (la teoría constitucional), en nuestro caso particular en estudio, se ha autolimitado o estrechado a un conjunto de nociones, fabricadas, entre otras cosas, desde una matriz –nos sentimos tentados a decir una *Matriz* –que determina desde sus propios conceptos lo que es y lo que no es el derecho.

Es decir que el constitucionalismo, bajo el *timón* de la teoría de la interpretación constitucional, establece las reglas (“principios”, por seguir la fuerte influencia alexiana de este concepto), los cánones no solo de lectura sino de aplicación del derecho. Ahora, si esto es la teoría de la constitución, cuales son los temas validos –y la pregunta parece responderse por sí sola– del constitucionalismo.

De nuestro “Padre Kelsen” a nuestro “Padre Alexy”

Si Kelsen fue uno de los grandes teóricos del derecho –para algunos Kelsen representó (y representa) para el derecho lo que Kant representa para la filosofía– a tal punto que su doctrina parece constituirse, al menos en los contextos latinoamericanos de los años 70’ al 90’, como una *teoría implica del derecho* que operó en nuestras latitudes y que llevaba a los estudiosos de la ciencia jurídica a moverse, al mismo tiempo que la reducían la filosofía del derecho, al debate entre el positivismo y el iusnaturalismo (López, 1999, 9-12).

Las constituciones de posguerra de la Europa del norte y su influencia fuerte (por no decir imperialista) en el resto de los países del mundo y especialmente en América Latina, particularmente en Colombia (aunque no exclusivamente), con la constitución de 1991, a la par que se 1) “rediseñan los fundamentos teóricos” (López, 199, 15) del derecho, 2) se supone el tránsito de un “Estado liberal”, “gendarme” o de “policía”, a un “Estado social” (Upegui, 2009, 15) y las *dificultades conceptuales* (Motta, 1995, 209) que esto supone, en el que se fraguan una serie de elementos, entre ellos la creación de una Corte Constitucional y un marco constitucional que tempranamente se desarrollaría en la jurisprudencia de este tribunal.

En esta atmosfera estaban elaboradas las condiciones para la llegada de una serie de autores y postulados a espacios como los latinoamericanos, caracterizados desde sus orígenes, por el autoritarismo, la ineficacia instrumental del derecho y la pluralidad (Rodríguez, Cesar y García Villegas) y en los que unas constituciones con amplios catálogos de derechos fundamentales, sumado a tribunales constitucionales y el activismo de estos (Mejía y Pérez, 2015), y debemos agregar la confianza (y esperanza) otorgada a ellos, se consumaron como una mezcla perfecta de estos elementos, que desde la escuela Genovesa algunos llamaron *neoconstitucionalismo*, con el propósito de designar una “categoría conceptual inventada por la Escuela Genovesa para ofrecer una dominación común a un conjunto de concepciones que tienen presupuestos y propuestas tan próximas” (Salazar, 2012, 34).

Si bien es cierto este método, ideología o técnica (es decir, el neoconstitucionalismo) del derecho –siguiendo la distinción de Comanducci (Comanducci, 2003, 87-88), inspirada en Bobbio– tiene sus primeras manifestaciones en textos tan diversos de autores como Nino, Dworkin, Alexy y Ferrajoli, no

podemos negar que teóricos como H. L. A Hart, al plantear “posibles significados alternativos”, en oposición al “núcleo central de significado indiscutible”, de los textos legales, estaba dando la primera pincelada (¿o la primera puñalada?) para el debate con Dworkin, a su vez que dejaba en el corazón de la doctrina de la interpretación constitucional el problema no solo de los principios, (que en el *postscriptum The Concept of law* ya le reconocía a Dworkin la presencia de “principios de justicia” o “valores morales sustantivos” (Hart, 1997, 102). Hart (Hart, 1997) en las constituciones, sino de manera muy general en la interpretación, en la idea de que Iglesias adecuó a la interpretación constitucional, *conceptos esencialmente controvertibles* (Iglesia, 2000, 77-104).

Dworkin, por su parte, y continuando con el debate con Hart, va a marcar una serie de matices: en cuanto al 1) contenido de las normas, afirmando que en los textos legales no solamente encontramos reglas, como lo pensaba el teórico inglés Hart y al cual este respondió y acepto que los principios hacía parte de los sistemas jurídicos, tal como se mencionó anteriormente; 2) los principios poseen características que los diferencian de las reglas: poseen una dimensión de “peso”, en consecuencia de los principios se puede deducir la validez o invalidez de uno de ellos; de lo que se trata es de establecer cuál de los principios en colisión tiene más peso; 3) las reglas por el contrario funcionan mediante el “todo o “nada” o son válidas o inválidas, en ellas no existe una dimensión de peso (Rodríguez, 1997, 102-121), las normas jurídicas, sostiene Dworkin, se aplican de forma *disyuntiva*, sus condiciones de aplicación están determinados, los principios por el contrario, (por ejemplo “*nadie puede beneficiarse de su propio delito*”), “*no pretenden siquiera establecer las condiciones que hacen ensacar su aplicación. Más bien enuncia[n] una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión particular*” (Dworkin, 1984, 75-76).

Esta disputa es retomada por Robert Alexy. Lo que establece el profesor de Kiel es toda una concepción para interpretar los principios; el teórico alemán, en palabras de Kumm, ha diseñado una de las “presentaciones generales sobre los derechos constitucionales más penetrante, analíticamente refinadas e influyentes de estos días (Kuhn, 2011, 81), en su *Theorie der Grundrechte* (1985) [*Teoría de los Derechos Fundamentales*], en la que plantea los derechos fundamentales como principios y estos a su vez como “mandatos de optimización” (Alexy, 1993, 93).

Alexy coloca sobre el tapete una teoría amplia y “analíticamente refinada” en la que se determinan un conjunto de reglas, que teniendo siempre presente a los derechos fundamentales como principios (el paso de los principios como normas con una dimensión de peso –Dworkin– a los principios como derechos fundamentales –Alexy– o viceversa), se puede determinar la precedencia de un principio sobre otro, en un caso de colisión, mediante criterios o reglas como: la 1) “ley de la colisión”, 2) la “ley de la ponderación” y 3) la “fórmula del peso”.

La colisión entre principios constituye, regida por la “ley de la colisión”, el punto de partida de la ponderación, sin ésta es imposible su uso; Alexy sugiere tres criterios que han de tenerse en cuenta en su aplicación: el “peso abstracto”, la “intensidad de la restricción” de cada uno de los principios, y la “seguridad de las premisas empíricas”, entre otros (Sieckmann, 2011, 194). Estas formas de razonamiento, sumadas a otras descritas por Guastini como “condiciones de constitucionalización” del ordenamiento jurídico: a) rigidez constitucional, b) la garantía jurisdiccional de la constitución, c) su fuerza vinculante, d) la sobre-interpretación de la constitución, e) la aplicación directa de las normas constitucionales, f) la influencia de la constitución sobre las relaciones políticas y g) la interpretación conforme a la constitución de la leyes (Guastini, 2003, 50-57), constituyen parte del canon (obligatorio) de estudio, comprensión y aplicación del derecho; son parte del contenido de la *Teoría Transnacional del derecho*, es decir, “discursos abstractos de alcance global (...) que cruzan fronteras nacionales fácilmente” (López, 2004, 16-17), sus autores terminan convirtiéndose en “Tótemes intelectuales”, internacionalizándose de esta forma los “campos jurídicos” norteamericano y europeo, sobre todo por la ubicación de la “autoridad legal” que estos representan (Trubek y Desalay, 1994, 117-127-128).

Un punto que no debemos olvidar en estos autores es que desde Hart y su *regla de reconocimiento*, parten que el derecho encuentra su origen o al menos los criterios o pautas para decir qué es derecho son dados por los jueces o el derecho válido (Quintana, 2004, 4), pasando por Dworkin y su Juez Hércules, que es el indicado para identificar los principios que mejor se adecuen al derecho, hasta Alexy y su método de ponderación, y de manera general los autores pertenecientes la neoconstitucionalismo; ese es su punto de partida y de llegada: el juez.

Un esbozo general sobre el “Constitucionalismo del Sur”

¿Cómo pensar el reciente discurso constitucional latinoamericano derivado de las prácticas de Bolivia y Ecuador y al mismo tiempo plantear una *ruptura epistémica* respecto de la tradición constitucional occidental? ¿Existe un desprendimiento epistémico? ¿Constituye el concepto de poder del *Constitucionalismo del Sur*, inspirado en los “estudios decoloniales”, la cuestión que *da en el clavo* para mostrar esta ruptura? ¿O simplemente estamos, en Latinoamérica, hablando de “otra cosa” distinta al constitucionalismo hegemónico? Estas preguntas (y otras) conforman la principal preocupación de esta investigación, las breves reflexiones que siguen son un esfuerzo, más que por dar respuestas, por problematizar estos asuntos.

Marco teórico del Constitucionalismo del Sur: la emergencia del constitucionalismo de “inspiración” decolonial: Bolivia y Ecuador

Es difícil sin duda intentar pensar un constitucionalismo que no esté determinado por categorías “prefabricadas” desde occidente; es tan complicado como pensar el *fin del capitalismo* o *pensar un constitucionalismo sin corte constitucional* o *sin Robert Alexy*. El problema que arroja tal situación es la de ser capaces de concebir ideas, puntos, problemas, nociones, que no estén ya inmersos en los modelos elaborados desde epistemes del *Norte Global*; en otras palabras, se trata de abrir posibilidades hacia la elaboración de conceptos que no se subordinen a la matriz desde la cual el sistema elabora sus propias necesidades y terminen convirtiéndose, estas “rupturas”, en meras capas o moldes de acoplamiento del mismo sistema, es decir, *que la solución sea parte del problema, que la resistencia sea parte de la dominación*.

Bajo este marco, el constitucionalismo del sur, tiene, al menos la intención teórica, de romper con esa matriz que ha direccionado los procesos constitucionales latinoamericanos, que han sido sometidos a los planes de *constituciones globales*, que en últimas son *locales*. *El punto neurálgico de todo esto está tomarse en serio el poder y el saber que produce –y desde donde lo produce – una constitución*. La colonialidad del poder no se reduce a metáforas –modernidad y colonialidad son *dos caras* de la misma moneda (Grosfoguel), o son una *hidra de tres cabezas* (Castro-Gómez)– sino que constituye un referente analítico y estratégico para re-pensar la serie de fenómenos que se han presentado en las recientes cartas constitucionales de Bolivia y Ecuador.

Estas constituciones han marcado la historia de América Latina por varias razones: a) han posicionado a los “pueblos indígenas” local, regional y transnacionalmente como actores sociales y políticos (Walsh, 2008, 48) b) han invertido la lógica que, desde el “descubrimiento” de América convirtió al indígena en “indio” (Yrigoyen, 1999) y en ese sentido, se ha asumido al indígena como sujeto; c) hemos pasado de luchas para conservar el orden a luchas y debates “anticolonialistas”, “antiimperialistas” y “antineoliberales” (Boaventura de Sousa); d) se nos pone ante el rostro el paso de un constitucionalismo de resistencias, anclado en la tradición europea, esto es, <tomarse en serio> la ley fundamental [existente], respetándola plenamente y haciéndola cumplir, esto fija su sentido y límite (Vitale, 2012, 13) a “luchas muy avanzadas” y “ofensivas” (Santos, 2010, 55) en las que se han asumido iniciativas que “pasan de la resistencia a la insurgencia, es decir, de la posición defensiva a procesos de carácter ofensiva que pretenden insurgir y re-construir” (Walsh, 2007, 150) en el que han existido y existen un cuestionamiento de las relaciones de poder/saber/ser, en otras palabras, los constitucionalistas latinoamericanos, no todos, por supuesto, han intentado al teorizar estas prácticas, *tomar relativamente en serio la cuestión del poder*.

En este modelo, a diferencia del neoconstitucionalismo –y con esto pretendemos marcar las asimetrías entre Occidente y Latinoamérica, en términos constitucionales– existe la presencia de las *voces frente al poder*. Esto es, el poder, en esta perspectiva, ha optado por ser concebido como “colonialidad del poder”, lo cual nos convoca a percibir la relación e influencia que se está gestando entre el constitucionalismo andino y los estudios decoloniales.

Hacemos referencia a los escritos de autores como 1) (primera vertiente) Ramiro Ávila en Ecuador, Alejandro Médici en Argentina, Ricardo Sanín en Colombia, y otros, 2) (segunda vertiente) aunque con una concepción de la colonialidad distinta, se pueden enmarcar en esta misma empresa, como Raquel Yrigoyen en Perú y Boaventura de Sousa Santos y 3) (tercera vertiente) los trabajos de Roberto Viciano y Rubén Martínez Dalmau, Rodrigo Uprimny, Cesar Rodríguez y otros.

Por supuesto que existen una serie innumerable de autores que han trabajado el constitucionalismo derivado de estos países, pero en esta ocasión se ha concentrado la atención en estos estudios, pues nuestro interés es mostrar, y pienso que la decolonialidad y todas las consecuencias que de ella se des-

prenden, permiten hacerlo, esto es, poner de presente las rupturas entre el constitucionalismo occidental y el constitucionalismo latinoamericano.

¿Rupturas?

Uno de los principales problemas fundamentales de la teoría neoconstitucional es su incapacidad para comprender el poder constituyente en los términos de los movimientos populares latinoamericanos. Según Boaventura de Sousa Santos asistimos a la *refundación del Estado* (Santos, 2010) en el subcontinente, lo cual nos lleva a repensar las maneras en las que comprendemos las subjetividades, las instituciones e incluso el constitucionalismo. Santos sostiene, mediante lo que él llama *sociología de las emergencias*, que las subjetividades o los *subalternos*, como los denominan los estudios decoloniales (Restrepo y Rojas, 2010) que han sido relegadas, vilipendiadas y oprimidas por la modernidad, están elaborando (nuevos y emergentes) saberes que se distancian de la tradición eurocéntrica, y de ahí la necesidad de analizarlas desde “otros” saberes (Walsh, 2017, 102-113) para comprender su lógica y su actuar. Es de resaltar que el constitucionalismo que se deriva de los textos fundamentales de Bolivia y Ecuador, no puede subsumirse ni en el neoconstitucionalismo ni mucho menos en lo que Viciano y Martínez etiquetaron como “*nuevo constitucionalismo latinoamericano*”.

El constitucionalismo de estas constituciones es un gran esfuerzo por tomar distancia del canon moderno, occidental, es una alternativa al neoconstitucionalismo; pero al sostener esta afirmación, es decir, la ruptura entre “*constitucionalismo andino*” y neoconstitucionalismo, nos vemos de frente a ante la dificultad de hallar las asimetrías entre ambos modelos, ya que algunos autores sostienen, como los mencionados, que el “nuevo constitucionalismo latinoamericano” “asume las posiciones sobre la necesaria impregnación del ordenamiento jurídico” y sería una *continuación* del neoconstitucionalismo (Walsh, 2008, 134); (Viciano y Martínez, 2010, 18) más no una *ruptura*.

El problema de esta afirmación es que no permite ver cómo el nuevo constitucionalismo parece estar más de frente y ser más consciente de las relaciones de poder que penetran el constitucionalismo (y por tanto, la forma en que son incorporadas en los cánones de la teoría constitucional). En este momento de la reflexión surge, como una especie de dardo, el ca-

mino que tenemos que seguir para lograr esclarecer las rupturas entre ambos constitucionalismos.

Podríamos decir, para intentar diferenciarlos, que en 1) el neoconstitucionalismo encontramos un *silencio de los constitucionalistas* (Lascarro, 2012) frente al poder; mientras que en el nuevo constitucionalismo encontramos una *voz* que advierte sobre el poder: la *voz de la colonialidad* (Lascarro, 2012, 58-69). En otro sentido, 2) el neoconstitucionalismo, en medio de su retórica y particular forma de articular el discurso de los derechos, posee una *fuerza de retención* (retener en el sentido de no cambiar, no transformar) el sistema, ofreciendo a su vez más de mil razones para acudir a las cortes.

El nuevo constitucionalismo intenta arrancar con vocación transformadora, respecto del sistema (neoliberal), aunque no de manera radical, abriendo la posibilidad de pensar otras formas de economía, configurándose, en las constituciones de Ecuador y Bolivia, por ejemplo, una especie de “hibridación económica”: tendencias sociales, socialistas, neo-socialistas, indigenistas, cooperativistas, colectivistas y hasta ambientalistas - en esta última tendencia Colombia ha tenido una normativa pionera (Lastra Mier, 2015, 62) -, así pues, se van estableciendo otras formas de concebir la naturaleza: la *pachamama*, el *sumak kawsay*, con lo cual se va gestando, además un “giro biocéntrico” (Gudynas, 2009, 34-47) de la vida.

3) Pensamos que seguir hablando de “nuevo constitucionalismo latinoamericano” es un “estafa”, es seguir anclados en la dinámica de la colonialidad, que no tiene la intención de cuestionar el poder. Desprendernos u oponer ante este “nuevo constitucionalismo latinoamericano” el “*constitucionalismo andino*” o el “*constitucionalismo decolonial*” o el “*constitucionalismo pluralista*” constituye abrir el horizonte de la *opción decolonial*, que si bien parecen no asumir, estos últimos, la radicalidad que implica emplear la descolonización, si se enmarcan en el difícil reto repensar el constitucionalismo desde una *geopolítica: Sur Global y Norte Global* en la que se toma en consideración el lugar subalterno de Latinoamérica y su ubicación dentro del “sistema mundo/moderno colonial”.

Conclusiones

Lo que intentamos exponer y resaltar, de forma muy breve y general, es la presencia de narrativas que asumen la existencia de la colonialidad del poder: nuevo(s) constitucionalismo(s): “*constitucionalismo andino*”, el “*constitucionalismo decolonial*” o el “*constitucionalismo pluralista*” que se enmarcan en otras rutas distintas de las del neoconstitucionalismo. Y para tales propósitos, tal y como intentamos precisar, es necesario que la explicación de las cartas constitucionales fracture su amarre con el *nuevo constitucionalismo latinoamericano*, debido a que de esta manera es posible presenciar sus diferencias. El “*constitucionalismo decolonial*” elabora una *consciencia crítica* (Medici, 2012, 94-124) respecto de las relaciones coloniales de poder, ausentes en el modelo neoconstitucional y en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, en él surge la pregunta sobre cómo estas relaciones son naturalizadas e invisibilizadas por el modelo moderno, mostrándose así sus principales problemas desde una visión política y decolonial, donde el poder constituyente, expresado por los movimientos populares tiene la capacidad de articular sus prácticas en epistemes, es decir, estamos ante la posibilidad de reconocer los saberes, por ejemplo, indígenas, campesinos, como *epistemes*, conocimientos y no simplemente como *doxa*.

El *constitucionalismo andino*, como lo denomina Ramiro Ávila –el constitucionalismo producto de las constituciones recientes de Ecuador y Bolivia– intenta gestar un *salto paradigmático* de un estado tradicional y neoliberal a un estado del buen vivir; este salto paradigmático se puede observar en “originalidades” de las constituciones, como la *Pacha Mama*, la *Plurinacionalidad*, la Democracia comunitaria, la justicia indígena y la *interculturalidad*, que exigen un distanciamiento de la tradición occidental, ya que tales invenciones *se aprenden con los indígenas, no con los juristas*, ya que no existe un autor canónico que represente y explique dichas invenciones (Ávila, 2012, 6-7).

Es este escenario donde el constitucionalista ecuatoriano marca su –por llamarla de algún modo regional– *inspiración decolonial* y toma distancia del pensamiento eurocéntrico, postulando saberes constitucionales primarios y vital importancia a los cuales se suman los trabajos de Raquel Yrigoyen y Alejandro Mé dici.

Referencias

- Alexy, R. (2002). Epílogo de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (66), 13-64.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos fundamentales* (2° ed.). Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Alexy, R. (1995). *Teoría del discurso y los derechos humanos* (Trad. Villar Borda). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Atienza, M. (2003). Argumentación Jurídica y Estado Constitucional. *Estudios jurídicos, Anales de Jurisprudencia*, (3). Disponible en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/261/pr/pr9.pdf>
- Ávila, R. (2012). En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos. *Repositorio Institucional del Organismo Académico de la Comunidad Andina, CAN*. Disponible en <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2922/1/%C3%81vila,%20R-CON-004-En%20defensa.pdf>
- Carbonell, M. (2007). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta.
- Grosfoguel, R. (2007). Hacia un diálogo crítico-solidario con la izquierda europea. *Revista Nómadas*, Universidad Central de Colombia, (26), 22-26.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- Lascarro, C. (2012). De la hegemonía (neo)constitucional a la estrategia del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista Jurídica de la Universidad de Caldas*, 9(2).

- Lascarro, D. (2013). Poder y constitucionalismo. El sonido de las “voces decoloniales”. Memorias del “IV Congreso Internacional y VII Nacional de Filosofía del Derecho y Ética y Política”. 22, 23 y 24 de abril, 2013, Universidad Libre de Bogotá.
- Lastra Mier, R. (2015). Degradación medioambiental como consecuencia del conflicto armado en Colombia. *Revista Legem*, 3(1), 59-70.
- López Medina, D. E. (1999). *Presentación. Dunkan Kennedy, Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Universidad Javeriana.
- López Medina, D. E. (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica en América Latina*. Bogotá: Legis-Universidad Nacional de Colombia-Universidad de los Andes.
- Medicci, A. (2012). *Constitución Horizontal. Teoría Constitucional y Giro Decolonial*. Chiapas: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, Universidad Autónoma de San Luis Potosí.
- Mejía Quintana, O. (2006). Elementos para una reconstrucción del estatuto epistemológico de la filosofía del derecho. *Humanitas*, (33).
- Mejía Quintana, O. (2006). La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas postpositivistas de superación. En N. Gil (Comp) *Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Memorias del Tercer Congreso*. Bogotá: Grupo Ibañez.
- Mejía Quintana, O. (2005). *Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*. Bogotá: Temis.
- Mejía Turizo, J. y Pérez Caballero, R. (2015). Activismo judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes. *Justicia*, (27), 30-41. Disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n27/n27a03.pdf>

- Mejía Turizo, J., Medina Solano, S. y Carmona Vergara, H. (2014). Arbitrariedad en las decisiones judiciales y administrativas. *Erg@omnes*. 6(1), 150-164. Disponible en <https://doi.org/https://doi.org/10.22519/22157379.460>
- Restrepo, E. y Rojas, A. (2010). *Inflexión decolonial: fuentes, conceptos y cuestionamientos*. Bogotá: Universidad del Cauca-Instituto Pensar.
- Santos, Boaventura De Sousa (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. La Paz-Bolivia: Plural Editores- IIDS.
- Upegui Mejía, J. C. (2009). *Doce tesis en torno al concepto de Estado Social de Derecho. Discurso jurisprudencia. Elementos. Usos*. Bogotá: Centro de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita-Universidad Externado de Colombia.
- Vigo, R. (2005). Directivas de la interpretación constitucional. En E. Ferrer Mac-Gregor (Coord.). *Interpretación constitucional*. Tomo II. México: Porrúa.
- Vitale, H. (2012). *La resistencia constitucional. Defenderse del poder*. Madrid: Trotta.
- Walsh, C. (2008). Interculturalidad, Plurinacionalidad y Decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado. *Tabula Rasa*, (9), 131-152.
- Walsh, C. (2007). ¿Son posibles unas ciencias sociales/ culturales otras? Reflexiones en torno a las epistemologías decoloniales. *Revista Nómadas*, (26), 102-113.
- Yrigoyen Fajardo, R. (1999). *Criterios y Pautas para la Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack.
- Žižek, S. (2001). *El espinoso sujeto. El centro ausente de la ontología política*. Buenos Aires: Paidós.