

ANÁLISIS CRÍTICO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO*

CRITICAL ANALYSIS OF CONSTITUCIONAL LAW FROM THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM'S PERSPECTIVE

Entrevista a Rubén Martínez Dalmau**
Universidad de Valencia

What do the current Constitutions of Bolivia, Ecuador, Colombia and Venezuela have in common? These are all part of what is known as the new Latin American constitutionalism, a recent theory of Constitutional Law that offers a new approach to analyze the role of constitutionalism in the present times.

THĒMIS-Law Review had the opportunity to interview the main representative of this Latin American constitutionalism, with regard to what this new proposal is about, the solutions it presents, the challenges it faces, as well as the reading it offers about constitutional phenomena and Constitutional Law institutions.

KEY WORDS: *Constitutional Law; new Latin American constitutionalism; Constituent Power; Constituted Power; constitutional justice; indigenous jurisdiction; the right to good living; rights of nature.*

¿Qué tienen en común las Constituciones vigentes de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia? Todas ellas son parte de lo que se denomina el nuevo constitucionalismo latinoamericano, una corriente del Derecho Constitucional que propone un nuevo enfoque para analizar el rol del constitucionalismo en nuestros tiempos.

THĒMIS-Revista de Derecho tuvo la oportunidad de conversar con uno de los principales teóricos de este constitucionalismo latinoamericano, respecto de qué trata esta nueva propuesta, las soluciones que ella plantea, los retos que se le presentan, así como la lectura que ofrece respecto de los fenómenos constitucionales e instituciones del Derecho Constitucional.

PALABRAS CLAVE: *Derecho Constitucional; nuevo constitucionalismo latinoamericano, Poder Constituyente; Poder Constituido; justicia constitucional; jurisdicción indígena; derecho al buen vivir; derechos de la naturaleza.*

* La presente entrevista fue realizada por Gonzalo J. Monge Morales, Editor General de THĒMIS-Revista de Derecho, y por Regina Odar Chang, miembro del Consejo Editorial de THĒMIS-Revista de Derecho, el día 28 de marzo de 2015. Las preguntas fueron elaboradas por el Consejo Editorial de THĒMIS-Revista de Derecho, con el apoyo académico de Juan Manuel Sosa Saco, asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional y Coordinador General de Constitucionalismo Crítico.

** Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia. Estudios de Posdoctorado en la Universidad Federico II de Nápoles. Diploma en Derecho Constitucional por la Academia Internacional de Derecho Constitucional y Diploma de Estudios Avanzados en Ciencias Políticas por la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Fue asesor de la Asamblea Nacional Constituyente de Venezuela (1999), de la Asamblea Constituyente de Bolivia (2006-2007) y de la Asamblea Constituyente del Ecuador (2008). Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia. Director del Diploma en Observación y Asistencia Electoral y Observación Electoral Internacional de la Universidad de Valencia. Miembro de la Asociación Española de Derecho Constitucional, la Asociación de Constitucionalistas de España y de la Asociación Latinoamericana de Ciencia Política. Miembro fundador de Podemos. Contacto: ruben.martinez@uv.es.

1. Si bien según la teoría clásica del Derecho Constitucional el Poder Constituyente no tiene límites al momento de elaborar una Constitución, ¿no debería tener un parámetro o margen de accionar dentro del cual llevar a cabo su labor?

Primero debemos considerar que el Poder Constituyente es un poder político y, como tal, no puede tener límites extrínsecos, es decir, límites fuera del propio poder. Si tuviese límites extrínsecos, vale decir, que no estuvieran referidos a factores ajenos al propio concepto de “pueblo”, no se podría contar con una legitimidad democrática plena; ese Poder Constituyente no podría ser democrático porque esa democracia estaría limitada por factores y elementos extrínsecos.

Los límites que sí tiene el Poder Constituyente son intrínsecos, propios de su naturaleza y que forman parte de la ontología del Poder Constituyente. Éste no puede determinar aspectos fuera del potencial fáctico, como afirmar que todos vamos a vivir eternamente; esas cosas no se pueden cumplir.

Entonces, queda claro que el Poder Constituyente sí tiene límites, pero son los límites propios de su naturaleza, intrínsecos, propios de la facticidad coyuntural en que se tiene lugar. Lo que no puede tener son límites externos porque estaríamos negando el carácter democrático del Poder Constituyente y su carácter emancipador.

2. ¿La llamada Constitución histórica, es decir, aquellas cláusulas constitucionales que formarían parte de la esencia de la sociedad misma, no serían un límite válido al Poder Constituyente? ¿Los tratados internacionales sobre Derechos Humanos no constituirían también un límite importante en la labor del Poder Constituyente?

La Constitución histórica forma parte de lo que se conoce como la “dinámica constituyente”: (i) sus cimientos, por un lado, en la activación directa del Poder Constituyente para el avance de las sociedades; y, por otro, (ii) en la necesidad de romper con sistemas anteriores propios del constitucionalismo débil.

Desde ese punto de vista, es evidente que los cimientos —es decir, la Constitución histórica— se toman en consideración por el Poder Constituyente, pero eso no significa que éste no pueda cambiar las cosas. El Poder Constituyente se enfrenta al Poder Constituido e intenta avanzar hacia uno nuevo, mejorándolo, lo cual va creando, con el paso del tiempo, un tronco común en el constitucionalismo, pero no tiene por qué ser así por siempre; no es inmodificable. Si lo entendemos de esa manera, el

concepto de Constitución histórica es un concepto sumamente conservador y contrario al concepto emancipador o progresista de Poder Constituyente.

Hoy en día, por ejemplo, todas las nuevas constituciones han avanzado hacia formas que no existían antes: (i) derechos de los pueblos indígenas; (ii) emancipación de las mujeres; e (iii) incluso cambios estructurales como unicameralismo frente a bicameralismo o incorporación de elementos parlamentarios frente a elementos presidencialistas. Todo eso va transformando lo que se suele conocer como Constitución histórica. ¿Eso quiere decir que no existe la Constitución histórica? No, pues sí podemos reconocer una construcción histórica o un tronco común; pero esa Constitución histórica está expresada desde la voluntad constituyente en un Estado democrático.

Respecto al tema de los tratados internacionales, el problema es que el Derecho Internacional solo cuenta con legitimidad interna cuando es Derecho nacional, es decir, cuando el Estado lo incorpora como Derecho interno a través de la ratificación de tratados internacionales o a través, por ejemplo, del bloque de constitucionalidad o del Derecho comunitario. Por tanto, el Derecho Internacional tiene que adecuarse al Derecho interno, cuya norma suprema en cualquier Estado democrático es la Constitución.

¿Eso qué significa? Que no puede haber contradicción entre tratados internacionales y Constitución. Si la hubiera, primaría lógicamente la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico. Si no, derrumbamos todo el edificio de legitimidad democrática del sistema jurídico. No obstante, un tratado internacional puede ir en contra de la Constitución en su aplicación cuando la propia Constitución así lo ha previsto. Por ejemplo, la Constitución boliviana del 2009 establece que se aplicarán con preferencia los tratados internacionales de Derechos Humanos a la Constitución, siempre y cuando sean más favorables. ¿Por qué se aplican con preferencia a la propia Constitución? Porque la Constitución dice que es así; la Constitución lo autoriza.

Por tanto, hay una autorización de que se apliquen los tratados internacionales en el marco del Poder Constituido. No ocurre lo mismo con el Poder Constituyente; éste sólo aplica aquellos tratados internacionales que acepta como tales. Habitualmente son todos, pero no tienen por qué serlo. Cuando hay una nueva Constitución, la mayor parte de las veces surge una contradicción entre ésta y tratados internacionales anteriores; es en ese momento cuando rige la supremacía de la Constitución democrática.

3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó a Chile cambiar su Constitución pues ésta era anti-convencional, esto es, no iba acorde con la Convención Americana de Derechos Humanos¹. En ese caso, por ejemplo, la Constitución no estaría por encima de los tratados.

Chile no cuenta aún con una Constitución democrática; por lo tanto, no es una Constitución legítima. Pero, por otro lado, se trata de una extralimitación de la Corte. Las cortes internacionales suelen confundir la internacionalidad con la supranacionalidad, que son dos cosas diferentes. Las sentencias de las cortes internacionales tienen efectos porque la propia Constitución ha incorporado esos tratados dentro del ordenamiento jurídico y ha autorizado la provisión de esas sentencias y su aplicación interna. No pueden obligar, como de hecho lo hicieron, a un Estado a cambiar su Constitución democrática, porque su competencia proviene de la Constitución. Si eso se hiciera, en vez de soberanía del pueblo tendríamos que hablar de la soberanía del Derecho Internacional, lo cual sería un desastre en el marco de la teoría de la Constitución democrática.

4. Usted plantea que una vez se ha elaborado la Constitución, el Poder Constituyente pasa a ser ciudadanía. Teniendo en cuenta esto, ¿cómo garantizar que en esta etapa el Poder Constituido no se corromperá ni se apartará de lo decidido o de lo acordado por el Poder Constituyente, de acuerdo a la Constitución?

Lo que yo planteo es que una vez aprobada la Constitución el pueblo sigue siendo pueblo en estado latente, pero es ciudadanía en sentido activo. Es decir, aunque se mantiene como pueblo, aparece una segunda dimensión, que llamamos ciudadanía, sociedad, etcétera. Pero hay una gran diferencia entre lo que los liberales norteamericanos de la teoría democrática llaman *people*, o *le peuple* en francés, y la ciudadanía, que ya está regida por la Constitución. La gran pregunta que mucha gente hace –que yo considero que es válida, pero está poco meditada– es cómo puede estar sometido a la Constitución el pueblo si tiene un Poder Constituyente absoluto. Lo que sucede

es que el pueblo no está sometido a la Constitución. Está sometido en su dimensión ciudadana, en su voluntad de someterse, que es la ciudadanía o la sociedad.

Eso no significa que el pueblo crea la Constitución y luego se desentienda de su aplicación. Uno de los grandes problemas que tenemos hoy en día es justamente la aplicación de la Constitución: (i) cómo la interpretamos; (ii) cómo la aplicamos; y, (iii) cuáles son sus mecanismos de garantía.

Lo que manda el pueblo a la ciudadanía a través de la Constitución es tener un control y una participación permanente en el marco del Poder Constituido. Una Constitución democrática implica siempre mayor relación directa entre ciudadanía y gobierno. Por tanto, cuando hay esa relación directa, cuando hay esa participación permanente en el control y en la toma de decisiones, incluso el Poder Constituyente se hace más laxo porque existe una mayor identificación entre voluntad del Poder Constituido y voluntad del Poder Constituyente. A través de esa relación de permanencia entre el gobierno y la participación ciudadana se evitan revoluciones violentas, acudir a las armas, asaltos a los Estados. Entonces, la obligación de la sociedad o de una ciudadanía activa tendría que ser proteger la Constitución a través de la participación y el control a los poderes constituidos.

5. Si eso es así, ¿qué mecanismos tiene la ciudadanía para exigir que se cumpla lo que está en la Constitución?

Existen varios. Por ejemplo, el hecho de que la Constitución solo pueda modificarse por el Poder Constituyente y no por el Poder Constituido es un mecanismo efectivísimo. La Constitución mexicana de 1917 –revolucionaria en su momento pues la creó el pueblo–, sufre centenares de reformas por parte del Poder Constituido y ninguna de ellas es avalada por el constituyente originario, es decir, por el pueblo. Entonces, cuando se protege la Constitución diciendo que solo el pueblo puede modificarla, como pasa en Irlanda o en Bolivia, ya se está obligando al Poder Constituido a adaptarse a la Constitución; y, cuando alguien proponga modificarla, solo se hará si así lo decide el pueblo.

¹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 05 de febrero de 2011. “Caso «La Última Tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros) v. Chile”.

“XII. PUNTOS RESOLUTIVOS

103. Por tanto, LA CORTE, por unanimidad, [...]

4. decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película «La Última Tentación de Cristo», y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto”.

Por otro lado, también contamos con la participación constitucional a través de los Parlamentos –lo que se suele llamar democracia representativa–, a través del mandato revocatorio, a través de asambleas de ciudadanos, a través de referéndums abrogatorios y aprobatorios de leyes... una ciudadanía activa está permanentemente construyendo ciudadanía. ¿Qué es lo contrario? Lo que ocurre en muchos de nuestros países: un aletargamiento de la ciudadanía.

6. En el caso peruano es distinto porque, según nuestra Constitución, el Congreso de la República, que es un Poder Constituido, puede reformarla en dos legislaturas con mayorías calificadas o en una sólo con posterior referéndum². ¿Cómo calificaría esta situación?

Legal, pero ilegítimo. Hay que tener en cuenta que la Constitución peruana no es una Constitución democrática, pues surge en el marco de una dictadura, con unos poderes fácticos terribles y sin garantías electorales para el referéndum. Eso no significa que no sea una norma fundamental, pues una cosa es la normatividad de la Constitución y otra su legitimidad democrática. Hay muchas constituciones no democráticas funcionando en el mundo, como el caso alemán. La Ley Fundamental de Bonn es una Constitución no democrática, pues se negoció entre los ganadores de la Segunda Guerra Mundial y los perdedores, que fueron los alemanes, a través de sus cámaras.

Finalmente, no importa quién cambie la Constitución no democrática porque, precisamente, no es democrática. Hay un problema de fondo que hay que solucionar mediante un proceso constituyente y una nueva Constitución. En cambio, las constituciones democráticas, avaladas popularmente pues se han creado ante una Asamblea Constituyente plural, han buscado mecanismos de participación del pueblo, por lo que tienen que ser protegidas del Poder Constituido.

7. Según el profesor español Pablo Lucas Verdú, citado por el profesor Samuel Abad, lo que más importa cuando se hace un proceso constituyente es el clima constituyente³, esto es, que el pueblo verdaderamente

sienta la necesidad de cambiar la Constitución, pues si no lo hay, probablemente no habrá buenos representantes del pueblo y el proceso termine siendo no muy democrático o se termine involucionando. Si ocurre algo así, probablemente el producto, por más que venga del pueblo, no será democrático.

Es lo que nosotros llamamos “necesidad constituyente”. Para activar el Poder Constituyente se necesitan dos tipos de condiciones: (i) objetivas; y, (ii) subjetivas-colectivas. Las condiciones objetivas son claras: tiene que haber un Estado moderno, pues el constitucionalismo nace para transformar el Estado. Sin Estado moderno o sin una estructura política en el marco del Estado moderno, sin ese tipo de conocimiento del control político, no puede haber un avance constituyente democrático. No se puede pedir que avancen hacia procesos constituyentes democráticos países como Afganistán o Libia, donde se perdió la centralización del poder político y, por tanto, no había capacidad de poder generar mecanismos de creación de una Constitución democrática.

Pero también hay condiciones subjetivas, que es a lo que se refiere la pregunta. Para que pueda haber un proceso constituyente tienen que haber dos elementos subjetivos colectivos. En primer lugar, una situación de necesidad constituyente, es decir, que la gente entienda que las cosas no se pueden cambiar por la vía del Poder Constituido y que hace falta una revolución democrática para avanzar.

En segundo lugar, tiene que haber una autoconcepción de que existe una capacidad popular para modificar la Constitución. Si se entiende que sería ideal tener un proceso constituyente, pero no se comprende que el pueblo es capaz de poder generar esa Constitución, nunca va a haber Constitución. Si se piensa que si no lo pide el Presidente o el Parlamento, no habrá Constitución democrática, entonces nunca la habrá. Eso está demostrado históricamente en decenas de ejemplos. Por tanto, no solo necesitas una situación de necesidad constituyente; necesitas la autoconciencia de que el pueblo es el legítimo soberano y que puede crear su Constitución. Sin eso, no hay Constitución.

² Constitución Política del Perú de 1993.

Artículo 206.- “Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República. [...]”.

³ Visto en: ABAD YUPANQUI, Samuel B. “Constitución y procesos constitucionales. Estudio introductorio, legislación, jurisprudencia e índices”. Cuarta edición. Lima: Palestra Editores. 2010. p. 20.

8. ¿Y qué hacer con el peligro de que el pueblo tenga expresiones no democráticas?

Es una contradicción en los términos. El pueblo no puede tener expresiones no democráticas, porque la democracia es la voluntad popular. Ahora, ¿qué pasaría si el pueblo restringiera derechos? Eso, desde mi punto de vista, no puede ocurrir, porque el Poder Constituyente, si es democrático, siempre es emancipador.

Ninguna sociedad activa su Poder Constituyente para vivir peor de lo que vivía. Las sociedades son inteligentes. Cuando los pueblos activan su Poder Constituyente es para mejorar las condiciones de vida que tenían, y en ese marco de la evolución, siempre amplían derechos, siempre introducen garantías, siempre avanzan hacia la transparencia y hacia la pluralidad, hasta que se desgaste ese nuevo Poder Constituido, lo cual ocurrirá eventualmente, pues forma parte de la dinámica constituyente que el nuevo Poder Constituido se desgasta. Cuando ello ocurra, el pueblo deberá volver a su origen, es decir, deberá volver a acabar con el Poder Constituido y crear un nuevo Poder Constituyente.

9. Efectivamente, sería una contradicción que el mismo pueblo pida recortar derechos, pero puede ocurrir.

Podría ocurrir teóricamente porque el poder del pueblo es ilimitado, pero que podría ocurrir no significa que puede ocurrir. Podría ocurrir teóricamente, pero en la práctica nunca va a poder ocurrir por el concepto de evolución, el *dialektische Aufhebung* que llamaba Hegel. Éste no es otra cosa que la necesidad de ir avanzando a través de las contradicciones, y lo que hace el Poder Constituyente es avanzar de acuerdo con las contradicciones. Por eso, no puede, desde mi punto de vista, ocurrir que haya un paso hacia atrás en el terreno de la facticidad cuando el proceso constituyente es democrático.

De hecho, nunca en la historia de la humanidad, una Asamblea Constituyente democrática ha sido más restrictiva que la Asamblea Constituyente anterior. Eso sólo ha ocurrido cuando ha habido golpes de Estado o cuando la Asamblea ha sido muy conservadora (no democrática).

10. En esta entrevista, usted ha señalado que el Poder Constituido no puede o no debería poder cambiar la Constitución. Sin embargo, ¿cuál es la diferencia entre la representatividad de un parlamentario constituido y la de un parlamentario constituyente? Finalmente, ambos son elegidos por el pue-

blo, solo que en momentos distintos y con expectativas distintas: uno para hacer una Constitución, otro para legislar.

Sólo el constituyente es elegido por el pueblo. El parlamentario constituido es elegido por la ciudadanía, y está en el marco de la Constitución. Por tanto, tiene competencias y condiciones limitadas por la propia Constitución. Cuando se activa un Poder Constituyente, en cambio, todo está en cuestionamiento. Por tanto, ese nuevo Poder Constituyente no está sometido a la Constitución, y el constituyente –mejor no llamarlo parlamentario, para no confundirlo– no es un Poder Constituido; cuenta con la legitimidad popular.

Es el pueblo, que crea un mecanismo de decantación a través de una Asamblea Constituyente democrática, plural, participativa, soberana, transparente, y en ese marco, es una ebullición donde todo está en cuestionamiento, en la que se decide qué cosas quedan, qué cosas se desechan y qué cosas se innovan. Eso no lo puede hacer un parlamentario en el marco de un Poder Constituido. Éste tiene que limitarse a lo que dice la Constitución y a legislar en el marco de la misma. Por eso, son conceptualmente diferentes un parlamentario en el marco de un Parlamento –que es un Poder Constituido– y un constituyente, que se sitúa en el marco de un Poder Constituyente.

Ambos se pueden elegir democráticamente, pero no todo lo que se hace democráticamente es Poder Constituyente. Si uno vota por un Presidente de la República o un Parlamentario, no es Poder Constituyente, es Poder Constituido. Si en el marco de la Constitución se revoca a un alcalde, eso es Poder Constituido, no Poder Constituyente. Por tanto, es muy importante diferenciar cuándo se actúa como Poder Constituyente –colocando todo en cuestionamiento– y cuándo se actúa en el marco de un Poder Constituido. En el primer caso, quien vota forma parte de un pueblo y, por lo tanto, es constituyente. En el segundo caso, quien vota se está obligando a normas que el pueblo mismo se ha dado –o ha dado a su ciudadanía– y por tanto está restringido en ese ámbito. Aunque el mecanismo es el mismo, el valor es diferente.

11. Cambiando de tema, ¿en qué consiste el nuevo constitucionalismo latinoamericano? ¿Qué le falta para llegar a mayor plenitud como nueva corriente?

El nuevo constitucionalismo latinoamericano es un cambio de paradigma. En realidad, todo el nuevo constitucionalismo es un cambio de paradigma, solo que éste empieza por América Latina. Hoy en día ya estamos viendo que se va a desbordar o se está des-

bordando, como el caso (inacabado) de Islandia o de Bután. Pero hablemos de América Latina.

¿Por qué es un cambio de paradigma? En primer lugar, porque, por primera vez, ha habido —después de las Constituciones de la Segunda Guerra Mundial— una recuperación de la teoría del Poder Constituyente para subsanar problemas que no tienen otra forma de solución. Es decir, los pueblos han activado su Poder Constituyente para, por ejemplo: (i) integrar a los pueblos indígenas; (ii) integrar a las minorías marginadas; (iii) buscar una mejor distribución de la riqueza; (iv) conseguir una mayor participación; (v) acabar con la partidocracia; (vi) terminar con los monopolios elitistas, entre otros. Eso que en América Latina nunca pudieron hacer las revoluciones armadas ni las guerrillas ni las reformas desde los propios gobiernos, ocasionó que al final los pueblos se levantaran y plantearan como solución extrema que se vayan todos. Es decir, la necesidad de regenerar el país a través de una Asamblea Constituyente.

Esta posibilidad se la debemos históricamente a los colombianos. En 1990, es en Colombia donde aparece esta posibilidad de romper con la Constitución decimonónica anterior entendiendo que si el pueblo es el soberano, puede activar su Poder Constituyente y crear una nueva Constitución. La Constitución colombiana de 1991 es el paradigma del nuevo constitucionalismo, y ha creado una serie de condiciones impresionantes en el país. Es cierto que las Constituciones no son varitas mágicas, es decir, no cambian todo de repente. Lo que hacen es iniciar procesos; en esto deben ser criticadas, al tiempo que valoradas.

Respecto a la segunda pregunta, creo que el nuevo constitucionalismo ya es una corriente doctrinaria importante, que además ha aparecido al calor de las revoluciones democráticas. Es decir, no es una teoría previa a la práctica sino que es una teoría sobre la práctica, que desde mi punto de vista es la mejor teoría que puede haber. Además, está siendo reconocida en todo el mundo con los centenares de núcleos de investigación sobre el nuevo constitucionalismo que existen en varios continentes. Entonces, yo ya hablaría de una corriente, si no consolidada, sí por lo menos muy avanzada en su consolidación.

12. ¿En qué se diferencia el nuevo constitucionalismo latinoamericano del neoconstitucionalismo y qué recoge de esta corriente?

El neoconstitucionalismo nace como una corriente de aplicación del Derecho. Es una teoría del Derecho, que busca entender qué mecanismos hay de aplicación de la Constitución en el marco del De-

recho para que ésta sea efectiva en la constitucionalización del ordenamiento jurídico. El neoconstitucionalismo surge de ideas europeas: nace en Italia, se reproduce en Francia, y ya luego llega a América Latina (México, Colombia, Perú). Es una teoría sobre el papel de la Constitución en el marco del Derecho, y el papel del juez en la otorgación de justicia en el caso concreto.

El nuevo constitucionalismo, en cambio, es una teoría de la Constitución. Se pregunta de dónde tiene que provenir esa Constitución para que sea democrática, qué mecanismos debe contener para serlo, cuáles son los efectos que debe tener la Constitución sobre el Poder Constituido para que sea democrática. El nuevo constitucionalismo engloba muchas de las tesis del neoconstitucionalismo —aplicación de la Constitución—, pero es mucho más amplio porque se pregunta también sobre legitimidad, poder y soberanía; temas que el neoconstitucionalismo no estudia porque es una teoría del Derecho.

13. El nuevo constitucionalismo latinoamericano pone especial énfasis en el poder del pueblo, los derechos de las personas y la incorporación de las minorías. Propiamente, ¿qué es como doctrina?

En primer lugar, es un tema de legitimidad. El nuevo constitucionalismo plantea que la legitimidad proviene de la voluntad democrática, es decir, de los pueblos. Desde el punto de vista de la legitimidad, el pueblo en su afán emancipador tiene la capacidad de cambiar la Constitución cuando lo considera necesario para organizar al Poder Constituido. Es fundamental que entendamos esto: no hay nuevo constitucionalismo si no hay Constitución democrática. Por eso, Perú no está dentro del nuevo constitucionalismo.

En segundo lugar, es un constitucionalismo que busca romper con muchas de las dinámicas opresoras del pasado latinoamericano: donde había partidocracia, buscó crear un sistema plural de partidos y mejorar la participación a través de asambleas de ciudadanos; donde había falta de derechos, buscó aumentarlos hasta límites impensables anteriormente; donde había nominalismo, es decir, donde la Constitución no se aplicaba, buscó garantizar la aplicación de la misma a través de Tribunales Constitucionales y otros mecanismos de aplicación. Es decir, crea todo un desarrollo tanto dogmático como institucional para la aplicación de la Constitución que no siempre obtiene los mejores resultados, pero los busca.

En tercer lugar, es un constitucionalismo que recupera el carácter material de democracia, esto es,

la democracia entendida como el ámbito de no exclusión en una sociedad. Es un constitucionalismo incluyente, que incorpora a: (i) los pueblos indígenas; (ii) a los pobres; (iii) a los enfermos; y (iv) a las mujeres, entre otros grupos vulnerables, que han estado marginados históricamente en el constitucionalismo. Constituciones como la venezolana, la boliviana o la ecuatoriana ya incorporan, por ejemplo, la paridad en los puestos de elección, hablan de los derechos de las mujeres embarazadas o formalmente construyen un vocabulario sobre la base del género. Hablan de la presidenta y el presidente, de las ministras y los ministros, para que se pueda visualizar que también puede haber una presidenta o una ministra, y no simplemente obedecer a la dinámica de un vocabulario masculino.

Estas tres características son propias del nuevo constitucionalismo. No hay ninguna otra Constitución en el mundo que las tenga.

14. Usted ha afirmado que la vigente Constitución del Ecuador es la más avanzada del mundo⁴. ¿Considera que refleja todos los aspectos del nuevo constitucionalismo latinoamericano? ¿De qué manera y por qué?

Como decía antes, el constitucionalismo democrático es coyuntural. Cualquier Constitución es una en transición de una situación peor a una mejor, entendiendo peor y mejor desde las subjetividades colectivas. El pueblo decide cuándo se ha estado peor y cuándo se va a estar mejor.

La Constitución ecuatoriana del 2008 es la mejor Constitución posible en el marco de Ecuador en su momento. Seguramente tiene muchas fallas—el profesor Gargarella menciona por ejemplo el tema de la concentración de poderes—, pero es, sin ninguna duda, la Constitución más avanzada que existe en la actualidad, sea en derechos, en garantías, en avances democráticos, en participación ciudadana, etc. Con sombras, por supuesto. Por tanto, es la mejor Constitución posible en el marco de la coyuntura. Eso no significa que sea la Constitución definitivamente mejor; de hecho, no creo que exista esa Constitución definitivamente mejor. Estaríamos ante la Constitución definitiva, y eso atentaría contra el concepto del constitucionalismo en transición. Cada Constitución es coyuntural a su momento, a su tiempo, a su espacio.

15. La Constitución peruana señala que las comunidades campesinas y nativas pueden ejercer función jurisdiccional en el ámbito de sus competencias, siempre y cuando no atenten contra el Derecho consuetudinario ni afecten derechos fundamentales⁵. ¿Cómo conciliar la yuxtaposición de dos ordenamientos en una misma Constitución? Lo que la justicia ordinaria entiende como una afectación al derecho a la integridad física, por ejemplo, ellos lo entienden como una pena válida. ¿Cómo conciliar dos cosmovisiones amparadas bajo la misma Constitución?

Ese problema se ha tenido sobre todo en el caso boliviano, la primera Constitución del mundo que ha creado propiamente un Estado plurinacional con decenas de pueblos indígenas incorporados en la Constitución. Súbitamente, estas comunidades han visto que sus derechos como pueblos indígenas—sus lenguas, sus tradiciones, su Derecho—está protegido por la Constitución. La Constitución ha incorporado dos ámbitos complementarios dentro de la jurisdicción: (i) la justicia ordinaria; y, (ii) la justicia indígena originaria. El gran problema es cómo compaginar esas dos justicias.

Nos podemos hacer preguntas de fondo, que serían muy complicadas de responder ahora. Por ejemplo, hasta qué punto encarcelar a una persona en una prisión veinte años no es una tortura también. Habría un conflicto de derechos entre el derecho a la integridad física y la seguridad y la capacidad del Derecho de encerrar a una persona en la prisión. Por tanto, tampoco seamos tan rigurosos con los indígenas y pensemos que la justicia ordinaria lo soluciona todo. Basta entrar a una cárcel, ver cómo se compran a los jueces o ver a familias arruinadas luego de haber perdido juicios para ver que la justicia ordinaria tampoco es la mejor de las justicias.

Independientemente de ese elemento más filosófico, hay una cuestión formal. En el marco de una Constitución democrática que otorga jurisdicción indígena, esa jurisdicción está necesariamente sometida a la Constitución del Estado. La justicia indígena se va transformando dentro del ámbito de la Constitución democrática porque también los indígenas han participado en la creación de la misma. Por tanto, así como sería inconstitucional la pena de muerte sentenciada por un juez en la justicia

⁴ SOSA SACIO, Juan Manuel. “¿Qué es el nuevo constitucionalismo latinoamericano? Entrevista a Rubén Martínez Dalmau”. En: Gaceta Constitucional 52. 2012. p. 308.

⁵ Constitución Política del Perú de 1993.

Artículo 149.- “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. [...]”.

ordinaria cuando la Constitución la prohíbe, es inconstitucional también la sentencia a chicotazos sentenciada por un juez indígena cuando está en contra de la Constitución porque atenta contra el derecho a no recibir torturas o tratos inhumanos o degradantes. Yo no le veo mayor problema. En ese ámbito de la Constitución, la justicia indígena es autónoma, pero sólo en el marco de la supremacía constitucional.

16. ¿Considera usted que las Constituciones de Ecuador, Bolivia y Venezuela han tenido un efecto positivo en la realidad? ¿Cómo valora el efecto práctico de esas Constituciones en dichos países?

Como decía, las Constituciones son procesales, crean procesos. Yo he tenido la suerte de ser asesor en varios procesos constituyentes, y en todos he visto lo mismo: cierta ingenuidad respecto de lo que la Constitución puede y no puede hacer. Realmente, es mucho más lo que no puede que lo que puede hacer. Entonces, lo que tenemos que evitar es el ilusionismo, el misticismo del Poder Constituyente. Tenemos que entender que cada Constitución es fruto de su realidad y su capacidad transformadora está limitada por la facticidad.

Dicho esto, la transformación de la sociedad colombiana desde 1991 ha sido profunda. Antes de 1991 nadie hablaba de constitucionalismo, de constitucionalización, de tutela, y no había un debate público sobre qué significaba. Eso no quiere decir que hoy en día la sociedad colombiana sea una sociedad perfecta; eso no existe, pues somos humanos. Pero, desde luego, está en mucho mejor condición que antes de la Constitución de 1991; recordemos la narcodemocracia, el auge de las guerrillas y los paramilitares. Solo hay que ver, por ejemplo, la evolución de los índices de desarrollo humano para darse cuenta de ello.

El caso venezolano es más complicado. Personalmente, creo que la cosa no está yendo bien ni está avanzando por un buen derrotero, y creo que en gran parte es porque la Constitución no ha sido suficientemente fuerte como para constitucionalizar el ordenamiento jurídico; eso en buena medida es por culpa de no haber incorporado un sistema de control concentrado pleno, un Tribunal Constitucional político pero independiente y diferente del resto de los poderes políticos, y de no haber creado muchas garantías de aplicación de la Constitución. Entonces, creo que en Venezuela hará falta otro proceso constituyente democrático para poder avanzar.

En los casos ecuatoriano y boliviano, la Constitución está creando condiciones de vida que nadie

imaginaba antes. Estamos hablando de gente que tiene acceso a cultura, a medicamentos, a una sociedad en paz que no existía anteriormente. Claro, con algunas sombras que existen, pero nadie puede pensar que no ha habido una transformación en Ecuador y Bolivia desde el año 2008 y 2009 hasta ahora. Se está intentando construir un nuevo tipo de Estado. Es indudable que la Constitución ha funcionado. Ahora, que haya funcionado no significa que no hará falta revisar esas Constituciones; pero, cuando se haga, tendrá que ser de manera democrática, plural y participativa.

17. Al momento de contestar la pregunta 9 de esta entrevista, usted señaló que el Poder Constituyente no suele ir para atrás en el otorgamiento de derechos. Sin embargo, la Constitución ecuatoriana, por ejemplo, señala que el matrimonio es la unión entre varón y mujer. ¿Eso no es retroceder y negar derechos de minorías?

No tenemos que entender que cualquier elemento subjetivo colectivo de minorías es un derecho. No es que la Constitución sea restrictiva, si no que hay una serie de determinaciones sobre qué son derechos y, democráticamente, se tiene que decidir cuáles son esos derechos. Pero, por ejemplo, la Constitución ecuatoriana es la primera en el mundo en hablar del VIH y en obligar a que no se pueda discriminar a nadie por padecer SIDA. O es de las primeras en el mundo en hablar de la no discriminación por identidad de género. Es decir, cuenta con una serie de derechos sexuales y reproductivos amplísimos.

Es verdad que a veces se restringe; en el caso boliviano, por ejemplo, también se habla de matrimonio entre hombre y mujer. Pero que la Constitución reconozca derechos no significa que esté prohibiendo otros derechos. Ni la Constitución ecuatoriana ni la boliviana prohíben a dos hombres o a dos mujeres casarse. Lo que están diciendo es que hay un derecho constitucional de una pareja heterosexual a casarse, y después —si la ley quiere o no aprobar otro tipo de derechos para parejas homosexuales— lo va a poder hacer porque no se está prohibiendo, y está de acuerdo con los principios constitucionales. Esto fue lo que pasó con la Constitución española con la reforma del Código Civil, que amplía la posibilidad del matrimonio igualitario a parejas del mismo sexo.

Ahora bien; es verdad que la Constitución democrática no prevé en estos momentos que dos hombres o dos mujeres puedan casarse; pero algún día lo hará porque, en el marco del nuevo constitucionalismo, la tendencia es a la extensión de derechos. El nuevo constitucionalismo seguramente

irá ampliando ese tipo de derechos, como ha pasado con los ancianos, con los pueblos indígenas no contactados y con tantos grupos minoritarios que han visto por fin ejercer sus derechos en el marco del nuevo constitucionalismo.

El viejo constitucionalismo no prevía ni tan siquiera la no discriminación por razón de orientación sexual, lo cual ya está determinado en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Por lo tanto, es innegable que hay un avance. No es que hayamos pasado de una Constitución donde se preveía que se podían casar dos hombres a una Constitución donde se prohíbe ello. Eso no ha ocurrido. De una Constitución donde se preveía el matrimonio heterosexual pero, además, no se prohibía la discriminación por razón de identidad de género, se ha pasado a una Constitución que considera un derecho el matrimonio heterosexual, sin prohibir el homosexual, pero, al mismo tiempo, también prohíbe la discriminación por orientación sexual e identidad de género. Claramente, ha habido una evolución.

18. El plebiscitarismo o el pasar continuamente por varios procesos constituyentes, ¿no atenta acaso contra la seguridad jurídica? ¿Ayuda a mantener viva la Constitución y su legitimidad? Konrad Hesse decía que la Constitución es un texto inacabado, pero precisamente el texto puede quedar y vía interpretación se puede ir actualizando y manteniéndose viva. Veamos a Estados Unidos que, con algunas enmiendas, ha mantenido su Constitución desde el momento de su fundación.

Ningún pueblo va a modificar su Constitución todos los días y todos los años por procesos constituyentes. Solo se van a modificar aquellas partes que interese modificar porque no han funcionado bien y porque se cree que pueden mejorar a través del referéndum. Previamente habrá una argumentación colectiva democrática, y el referéndum dirá cuándo se puede avanzar hacia determinados aspectos mejorables en comparación con la Constitución anterior. Creo que hay que abrir la Constitución a lo que decida el pueblo. Lo que no se puede es abrir la Constitución a lo que decida el Parlamento. La diferencia está en que si lo decide el pueblo no hay ninguna duda sobre la legitimidad de la reforma, pero si lo decide el Parlamento sí.

En Colombia, por ejemplo, el Presidente puede proponer quitar la tutela de derechos –lo que en Perú se conoce como proceso constitucional de amparo–, porque el Poder Constituido siempre busca su interés y su reproducción. El Poder Constituyente, en cambio, es un poder de regenera-

ción. Un Poder constituyente democrático nunca eliminaría una garantía de los derechos.

Es la voluntad del pueblo la que crea ciudadanía y argumentación. Cuando hay un proceso constituyente, todo el mundo participa: (i) los jóvenes; (ii) los adultos; (iii) los grupos minoritarios; (iv) los grupos religiosos, etc. Todos pueden reivindicar sus derechos de forma democrática. Es muy importante que haya una votación que decida si el pueblo quiere o no avanzar en la reforma.

Eso no significa que se cambie la Constitución cada dos meses. La seguridad jurídica no puede ser un bloque de hielo. ¿Qué seguridad jurídica hay cuando se cambia una ley o se deroga la ley anterior? Por supuesto que hay seguridad jurídica, porque es un procedimiento legal de reforma de la ley. En el marco de la Constitución pasa igual: cambiar la Constitución o un artículo de la misma, lo que hace es simplemente determinar la voluntad del pueblo, y eso no atenta contra la seguridad jurídica. Al contrario: otorga seguridad jurídica. Menos seguridad jurídica concede la capacidad del Parlamento de modificar a su antojo y según sus intereses la Constitución.

El gran problema que tienen los norteamericanos es que tienen un Poder Constituyente de facto que nadie ha elegido, que es el Tribunal Supremo. Su Constitución, que data de 1787, se ha enmendado varias veces y hoy en día es imposible de reformar, pues se necesita la mayoría de los 50 Estados. El Tribunal Supremo son nueve señores, a los que nadie elige, que están de por vida en su puesto; son los que dicen cuándo la pena de muerte es inconstitucional y cuándo no, cuándo en Guantánamo se tienen que vigilar los derechos y cuando no, qué significa la privacidad en Facebook y qué deja de significar.

No los eligen ni siquiera las cámaras del Parlamento, sino el Presidente de la República con el consentimiento del Senado, que es la cámara conservadora; por lo tanto, no hay elección democrática directa ni legitimidad. Desde ese punto de vista, no es que en Estados Unidos no haya habido cambio constitucional; ha habido algo que es peor: mutación constitucional, cuando la misma Constitución ha sido, por la vía de la interpretación, cambiada todos los años.

19. ¿Esto quiere decir que interpretación jurídica estaría vetada en el nuevo constitucionalismo latinoamericano? El Tribunal Constitucional peruano, por ejemplo, recurrir mucho a la interpretación jurídica para darle un nuevo sentido a las cláusulas constitucionales.

Por supuesto que no. La interpretación jurídica es fundamental porque, como dice el profesor Guastini, no se puede aplicar ningún tipo de norma sin interpretarla. Tenemos dos tipos de interpretación: (i) la abstracta; y, (ii) la concreta. Primero se realiza una interpretación general y a continuación una particular, pero siempre se está interpretando. Por mucho que escribamos la Constitución muy claramente, ella no es telepática si no que está formada por vocablos, que son productos humanos. Al estar conformada por palabras, siempre habrá una textura abierta y, por lo tanto, la Constitución siempre tendrá diferentes significados. Debemos interpretarla, pero en el marco de la propia Constitución, no contra la Constitución.

No se puede realizar una interpretación *contra legem*, contraria a la voluntad de la Constitución. Por eso, artículos tan interesantes como el 196.II de la Constitución boliviana⁶ dicen que la interpretación de la Constitución se realizará según el tenor literal del texto. Donde pone una cosa, no puede poner otra. Si dice que la pena de muerte está prohibida, no se puede decir que lo está en algunos casos y en otros no. Simplemente está prohibida.

Y se tiene que interpretar de acuerdo a la voluntad del Constituyente. ¿Qué quiso decir el Constituyente cuando esto ocurrió? ¿El constituyente quiso o no quiso proteger a los ancianos o a las mujeres embarazadas? No se puede interpretar en contra de lo que quiso el constituyente, y eso garantiza una relación entre Poder Constituyente y Poder Constituido porque, cuando se quiera modificar el texto, el Poder Constituyente puede plantear un referéndum, y no hará falta que la modificación la hagan nueve señores que nadie ha elegido; se va a hacer plural y democráticamente.

20. ¿El hecho de regular con mayor detalle las cláusulas constitucionales favorece el conocimiento del ciudadano sobre la efectividad de las mismas? Porque finalmente una Constitución muy extensa puede terminar siendo reglamentarista o, como señala el profesor Carlos Hakansson, el regular con mayor amplitud un gran número de derechos puede terminar siendo un “catálogo de ilusiones” que puede llevar a tener una

percepción equivocada de las propias capacidades de una Carta Magna⁸.

Una de las grandes diferencias entre el viejo y el nuevo constitucionalismo es que el primero es un constitucionalismo para abogados, para técnicos, para élites que estudiaban fuera. Le dabas a leer a alguien que no conoce del ámbito del Derecho cualquier artículo del viejo constitucionalismo y no sabía lo que ponía. El nuevo constitucionalismo busca la forma en que su mandato sea más comprensible: (i) evitando palabras muy técnicas; (ii) cambiando los sinónimos por palabras más sencillas; y, (iii) evitando los latinismos.

En el caso boliviano, ya no se habla de *habeas corpus*, se habla de “acción de protección de libertad”, y así se entiende mejor. También se incorporan idiomas propios, como en el artículo 8 de la Constitución boliviana, que cuando habla de los fundamentos y valores superiores de la Constitución introduce palabras en quechua, en aymara y en guaraní, y a continuación incorpora entre paréntesis su traducción al castellano: menciona el *qhapaj ñan*, también el *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa*. Es muy difícil que alguien que no conozca el concepto *ivi maraei* o “camino sin mal” lo capte, pero el pueblo sabe a qué se refiere. Hay que facilitar la comprensión de la Constitución, porque si ella es producto del pueblo, la ciudadanía tiene que saber qué dice.

Una cosa es que la Constitución esté escrita sencillamente, y otra cosa diferente es la extensión. La Constitución tiene que ser extensa porque el Poder Constituyente ha aprendido que lo que ordena brevemente se cumple con más dificultades por el Poder Constituido. Por ejemplo, el principio de honestidad en la Administración Pública está en las Constituciones bolivianas desde antiguo. Pero, ¿es igual el principio de honestidad que la regla que dice que los delitos por corrupción no prescribirán nunca? No es lo mismo. Una cosa es que se hable del principio de honestidad en la Administración Pública y otra cosa es que se coloque que los delitos por corrupción no prescribirán nunca, o que el agua es un derecho y nunca se va a privatizar. Si no se explicita, el Poder Constituido, como tiene sus propios intereses, va a desnaturalizar el man-

⁶ Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009. Artículo 196.- “[...]”

II. En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”.

⁷ HAKANSSON NIETO, Carlos. “Curso de Derecho Constitucional”. Segunda edición. Lima: Palestra Editores. 2012. p. 471.

⁸ Ibid. p. 47.

dato. Por eso es tan importante el hecho de que las Constituciones sean extensas.

Una Constitución es el reflejo de todos. Todos se tienen que ver en ella: (i) los jóvenes; (ii) los ancianos; (iii) las mujeres; (iv) los hombres; (v) los niños, etcétera. Cada uno en su rol, por ejemplo: (i) como estudiante; (ii) como ciclista –la Constitución ecuatoriana establece la obligación de que las ciudades tengan ciclovías–; (iii) como trabajador; (iv) como empresario, etcétera. Y eso significa crear Constituciones largas. Cuanto más larga sea la Constitución, menos papel tendrá la ley y, por lo tanto, habrá una relación más directa entre voluntad del Poder Constituyente y voluntad del Poder Constituido. Es decir, mayor será la constitucionalización del ordenamiento jurídico.

El profesor Carlos Hakansson se refiere a un tema distinto. Él se pregunta: ¿qué pasa si de tan largas las Constituciones estamos creando ilusiones? Ahí yo me retrotraigo a la primera pregunta que me han formulado: el Poder Constituyente está limitado por sus condiciones en el momento. Por lo tanto, en el momento en que cree derechos que no se pueden aplicar, eso será una ilusión constitucional y por tanto será una Constitución nominal. Yo estoy de acuerdo con el profesor Hakansson: no se pueden incorporar derechos que no se pueden aplicar. Pero eso no significa que la Constitución no tenga que ser clara y larga, como son las Constituciones del nuevo constitucionalismo.

Tampoco es que estemos ante códigos ilegibles. La Constitución ecuatoriana tiene 444 artículos, la boliviana 411; cualquier Código Mercantil o Código Civil tiene tres veces más. ¿Por qué un Código que hace un Parlamento tiene que tener mil artículos y la Constitución, que es la norma suprema del ordenamiento jurídico y que es la norma que legitima al resto del ordenamiento, tiene que tener veinte? Eso es un planteamiento ideológico muy conservador: “mejor que el pueblo no decida, vamos a dejarlo en manos de los representantes, que son el Parlamento”. En el fondo late esa idea: la desconfianza en el pueblo y la confianza hacia los representantes. Es decir, de nuevo la democracia elitista, corporativa o restringida.

21. Siguiendo al profesor Schmitt, ¿qué pasa cuando lo que se incorpora a la Constitución no tiene una “cualidad constitucional” por sí misma y sólo se elevó a ese rango para otorgarle la protección que da el estar recogida en la Constitución, es decir, que no sea fácil de cambiar?⁹ ¿No cree que hemos

pasado de otorgarle rigidez a lo importante a, simplemente, otorgarle rigidez a aquello que no es tan fundamental o no merece esta protección especial que da la Constitución?

El concepto importante o no importante, o el concepto de lo que debe ser reglamentario y lo que no, son puramente subjetivos. Es decir, para la mayor parte de los autores, el que se prohíba que prescriban los delitos de corrupción es reglamentario, pero para el constituyente boliviano era muy importante, porque la Constitución nace de una lucha firme contra la corrupción. Para uno puede ser muy poco importante el número de diputados de una cámara, pero para el constituyente puede ser sumamente importante que esté claro que son quinientos diputados y que no puede haber mil o doscientos. Esto forma parte de la argumentación y del debate político.

En una Constitución, desde el preámbulo hasta la última cláusula derogatoria o final, todo es voluntad del Poder Constituyente, como decía el profesor Rudolf Smend. Todo es importante. Si partimos de la base de que la Constitución es la voluntad del Poder Constituyente y que sólo puede ser modificada por la voluntad del Poder Constituyente –porque si no, deja de ser su voluntad–, no hay ningún problema. Cuando se quiera cambiar la Constitución, que se someta a la voluntad popular y se decida colectivamente al respecto.

22. Nuestra Constitución, por ejemplo, señala que toda persona tiene derecho a no ser privada de su pasaporte, en atención a la experiencia vivida en dictaduras. Entiendo que a los ojos de un profesor extranjero podrá parecer sumamente extraño, pero para el constituyente peruano era muy importante.

En efecto, la experiencia de un pueblo se plasma en la Constitución: es lo que se denomina la Constitución histórica, tema del cual ya hablamos. Un europeo se preguntará cómo van a estar las decenas de lenguas indígenas específicamente incorporadas en la Constitución boliviana, cuando con una cláusula general bastaría. Pero es muy importante porque durante doscientos años se ha prohibido y se ha marginado y menospreciado el uso de las lenguas indígenas. Para los bolivianos era vital que esas lenguas constaran expresamente en la Constitución. La Constitución es hija de cada tiempo, cada momento, y cada pueblo. No va a existir nunca una Constitución perfecta –por suerte–, pues ello significaría que somos todos iguales y hemos perdido totalmente la humanidad.

⁹ SCHMITT, Carl. “Teoría de la Constitución”. Madrid: Alianza Editorial. 2011. p. 53.

23. El profesor argentino Roberto Gargarella ha criticado el nuevo constitucionalismo latinoamericano, señalando que si bien se reconocen mayor cantidad de derechos, esta nueva corriente no se ha enfocado en lo que él llama la sala de máquinas de la Constitución, vale decir, el área donde se define cómo va a ser el proceso democrático de toma de decisiones¹⁰. ¿Qué nos puede decir al respecto? ¿Es cierto que el nuevo constitucionalismo latinoamericano ha olvidado la sala de máquinas?

Roberto tiene una visión crítica, y ello me parece muy bien porque es una crítica constructiva. Él dice que al fin y al cabo las cosas tampoco han cambiado tanto, y que en el fondo estamos ante Constituciones que tienen algunos elementos innovadores pero muchos otros que son iguales a los que habían anteriormente. Yo no estoy de acuerdo con todo lo que dice Roberto porque él lo entiende desde una comparación dicotómica: aquí hay una Constitución del siglo XIX, por este lado hay una Constitución del siglo XXI, ¿qué ha cambiado? Y él dice que la sala de máquinas, el Parlamento, el Presidente, no han cambiado tanto.

Pero si lo vemos desde una posición no dicotómica si no evolutiva, es decir, qué pasó durante todo el siglo XIX, todo el siglo XX y todo el siglo XXI, se ve la transformación en otros ámbitos importantísimos: (i) en derechos; (ii) en garantías; (iii) en normatividad; (iv) en aplicación democrática; (v) en protección de las minorías; etc. Ahí sí se ve claramente que hay una gran diferencia evolutiva en cuanto a cómo se va transformando el constitucionalismo democrático.

Por tanto, es verdad que la Constitución tiene algunos elementos que todavía no se han transformado, pero quizá es porque los pueblos han decidido no transformarlos. A lo mejor han decidido tener un Parlamento, porque a lo mejor sin un Parlamento no se podría hablar de Constitución, ya que al fin y al cabo el constitucionalismo democrático es representación, Parlamento, límite al poder. Si nos olvidamos de ese tipo de elementos, seguramente estaríamos trascendiendo del propio concepto de Constitución y yendo hacia otra cosa. Es verdad que el presidencialismo no ha cambiado, pero ¿quién puede afirmar taxativamente que el parlamentarismo sea mejor que el presidencialismo?.

Yo creo que el profesor Gargarella quizá no tiene en cuenta una gran parte de factores que él pue-

de entender como adjetivos o menos sustantivos, pero desde un punto de vista evolutivo no hay ninguna duda que hay muchas más cosas diferentes entre una Constitución del siglo XIX y una Constitución del nuevo constitucionalismo, que cosas iguales, incluidas las salas de máquinas.

24. Pasando a otro tema, ¿qué es y cómo entender el derecho al buen vivir, y cómo conciliarlo con los derechos y libertades económicas?

El derecho al buen vivir –el *suma qamaña* que llaman en aymara los bolivianos o el *sumak kawsay* que llaman en quechua los ecuatorianos– es una forma de entender la parte dogmática de la Constitución. En Europa, como la parte dogmática de la Constitución se crea desde el punto de vista de los derechos individuales –vida, libertad, honor–, no hay un nexo común en ella, salvo a veces la dignidad. En el caso del buen vivir, estamos construyendo la parte dogmática en torno a una razón. ¿Para qué se quiere un derecho a la vida, al honor, a la alimentación, al agua? Para vivir bien, darle un objetivo a la vida, que es ese planteamiento axiológico de tranquilidad, de bienestar. Cabe señalar que en la Constitución ecuatoriana del 2008 incluso se discutió el derecho al placer; al final no se incorporó, pero se discutió; fue muy interesante.

Esa tranquilidad no se entiende por completo en castellano –buen vivir o vivir bien–, pero los quechuas o aymaras con *suma qamaña* o *sumak kawsay* lo entienden en términos propios. Significa vivir con la gente que quieres, conformándote como quieres ser, teniendo oportunidad de hacer las cosas que uno desea, y no vivir en un mundo puramente particular donde cada uno está sometido al designio de su propia individualidad. Es una forma más colectiva y placentera de entender la vida.

No tiene ninguna incompatibilidad con las libertades económicas, pues ninguna construcción del nuevo constitucionalismo habla del socialismo ni de crear comunismo ni de que habrá limitación a la libertad de empresa. Eso no se va a ver en ninguna Constitución del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Ahora, el gobierno económico, la economía privada y las condiciones de trabajo de un país tienen que ir enfocadas a que la persona esté protegida y pueda vivir con tranquilidad y construir su propia vida, es decir, darle ese elemento axiológico a los derechos sociales. Eso es lo que buscan las nuevas Constituciones, y para eso limitan competencias económicas: limitan el horario de traba-

¹⁰ GARGARELLA, Roberto. “El constitucionalismo latinoamericano y la “sala de máquinas” de la Constitución (1980-2010)”. En: Gaceta Constitucional 48. 2011. p. 303.

jo, prohíben que los niños puedan trabajar o protegen a las mujeres embarazadas, porque ello forma parte del buen vivir. Las libertades económicas no pueden ser absolutas, porque estaríamos en un liberalismo decimonónico que nos llevó al desastre. Estamos hablando de una concepción diferente de vida que incorpora elementos más filosóficos.

25. La Constitución ecuatoriana habla de los derechos de la naturaleza, y muchos no entienden cómo la naturaleza puede tener derechos si no tiene subjetividad jurídica. ¿Cómo se ejecutan? ¿Quién la representa? En una entrevista, usted sostiene que una clase de Derecho Constitucional del siglo XXI es muy similar a una del Siglo XIX¹¹. ¿Cómo entender los derechos de la naturaleza en este contexto?

Está habiendo una transformación del concepto de Derecho y del concepto de democracia. Entre los constitucionalistas, hay gente que se ha quedado atrás y considera que todo lo que sea avanzar hacia otros paradigmas es algo que no va a tener éxito. No es que no quieran entenderlo, es que no pueden entenderlo. No entienden cómo puede haber reglas en una Constitución, cómo puede hablarse en quechua en una Constitución, cómo puede hablarse de las cicloviás en una Constitución, cómo puede hablarse del SIDA en una Constitución. Hay gente que se morirá sin haberlo entendido. Otros, en cambio, han avanzado y están en un paradigma diferente, han saltado el *gap* y han subido el escalón. Lo peor es la gente que puede dar el paso y no lo da; pero eso responde a una visión ideológica muy conservadora.

En ese nuevo paradigma, hoy en día, la clase de Derecho Constitucional es en algunos aspectos similar a la que podía tener lugar hace un siglo y en otros aspectos absolutamente diferente. Ya no se puede hablar solo de Maquiavelo, Hobbes, Locke, Montesquieu, o refiriéndonos sólo a la parte orgánica y a la parte dogmática. Se tienen que tratar las nuevas transformaciones, las nuevas formas en que el constitucionalismo se aplica, así como qué está pasando con conceptos como los derechos de la naturaleza. Una clase básica de teoría de los derechos habla siempre del carácter personalísimo de los derechos: los hombres y las mujeres, en el mejor de los casos, tienen derechos, y cualquier tipo de derecho externo es un derecho aplicado al hombre. El árbol vive porque yo tengo derecho al medio ambiente, por ejemplo. Nadie entendía que

el árbol pudiera tener un derecho a vivir por él mismo porque forma parte de un concepto holístico, donde el hombre está inserto en la *pachamama*, en la tierra, en su entorno vital.

Se suele decir que, con esto, se rompe con el carácter personalísimo de los derechos, y se suele criticar diciendo que el árbol no puede ir ante el juez a pedir sus derechos. Por la misma razón, tendríamos que quitarle los derechos a un niño de dos meses, a una persona jurídica o a una persona en coma, lo que sería incomprensible. No estamos hablando de capacidad de acción, estamos hablando de ser sujeto de derechos. Y en el marco del nuevo constitucionalismo, el avance hacia los derechos de la naturaleza –que las montañas tengan derechos, que los ecosistemas tengan derechos– forma parte de entender que el hombre está inserto en un mundo que tiene que cuidar, que convive con él y que debe ser protegido por nosotros, la única especie que puede proteger derechos. Es una visión totalmente diferente y amplísima del concepto de “derecho”.

Eso no significa que no se puedan sacar piedras de la cantera o que no se pueda extraer mineral del subsuelo. Todos los derechos tienen sus límites, ningún derecho es absoluto. Pero se solucionará en el marco de la teoría general de los conflictos de derechos.

26. Regular una Constitución a detalle suele reducir los márgenes de interpretación. El profesor Hakansson comentaba que la Constitución no debería ser muy detallada, porque tiene que ser consensuada por el Poder Constituyente¹². ¿Cómo quedaría el papel de los jueces constitucionales? ¿Es posible tener decisiones vinculantes emitidas por jueces, o la última palabra siempre debe recaer en el Poder Constituyente?

Cuando el Poder Constituyente determina que una regla se incorpora a la Constitución, también ha consensuado esa regla. Por lo tanto, detrás de una norma amplia está el mismo consenso que detrás de una norma detallada. Sin embargo, el planteamiento es muy interesante. Hay que diferenciar entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria. La justicia ordinaria es la aplicación por parte del juez en el caso concreto de la Constitución y las leyes, y este mecanismo de aplicación de la Constitución tiene que continuar, porque sin ello no podríamos tener un Estado Constitucional. Allí no hay ningún problema.

¹¹ SOSA SACIO, Juan Manuel. “¿Qué es el nuevo constitucionalismo latinoamericano? Entrevista a Rubén Martínez Dalmau”. En: Gaceta Constitucional 52. 2012. p. 304.

¹² HAKANSSON NIETO, Carlos. Óp. cit. pp. 78-82.

En el caso de la justicia constitucional, la mayor parte de las Constituciones del nuevo constitucionalismo crean un sistema concentrado, o más concentrado, de justicia constitucional que las del viejo constitucionalismo, que apuntaban más hacia el control difuso o el sistema mixto o dual. ¿Por qué? Porque debe haber un órgano de cierre cuya competencia es la máxima interpretación de la Constitución, que es el Tribunal Constitucional. Éste tiene la obligación de proteger la Constitución; pero ello no significa exclusivamente proteger un texto que llamamos Constitución, si no proteger la voluntad del pueblo que está detrás de la Constitución. Por eso existe la obligación de acudir a qué quiso decir el pueblo, cuál fue su voluntad; lo que solemos llamar interpretación originaria.

En ese sentido, no se está actuando contra el papel de los jueces constitucionales. Se debe entender al juez constitucional como un juez de naturaleza jurídico-política, que va a tener que interpretar políticamente la Constitución como una tercera cámara, como lo llamaba Kelsen. El tribunal tiene un papel fundamental de protección de la Constitución, pero lo tiene que hacer en el marco de la voluntad constituyente. Es verdad que los ámbitos de interpretación se reducen, pero eso es mucho más tranquilizador para todos, porque las opciones que se ofrecen ante el Tribunal Constitucional cuando hay una cláusula en la Constitución mucho más amplia son menores; por tanto la incertidumbre es menor, y la seguridad jurídica es mayor. Pero lo más importante es que finalmente será una decisión apegada a la voluntad constituyente.

27. Cambiando de tema, ¿pueden ser los tribunales constitucionales órganos de cierre arbitrarios al momento de emitir sus sentencias? ¿Cómo abordar el tema de las sentencias materialmente injustas? ¿Qué propone el constitucionalismo latinoamericano al respecto?

Por supuesto que no. En el marco del constitucionalismo democrático, “justo” es lo que está democráticamente entendiéndose como justo. Los conceptos “justo” e “injusto”, salvo que nos vayamos a visiones más filosóficas, acaban siendo lo que la Constitución y las leyes democráticas entienden como tales. Desde ese punto de vista, la irrestricta aplicación de la Constitución y las leyes por parte del juez es fundamental: el juez no puede no aplicar la Constitución y las leyes, porque cuando las aplica está haciendo justicia.

Las sentencias materialmente injustas son sentencias que serían inconstitucionales y, por tanto, tendrían que activarse los mecanismos de protección de la Constitución para evitarlas. Como son sentencias del Tribunal Constitucional, entonces tiene que haber mecanismos de control de ese tribunal; por ejemplo, el mandato revocatorio. En el caso boliviano, el Tribunal Constitucional se elige democráticamente después de un debate abierto y plural, donde la gente expone su concepto de Constitución, y cuando no les gusta pueden revocarlo como cualquier otro cargo público. De eso se trata: de avanzar en los mecanismos democráticos de control del Tribunal Constitucional.

28. Pero, ¿qué pasa con la sentencia? Puedo sacar a la persona, pero la sentencia permanece.

Si son materialmente injustas, las sentencias se consideran írritas porque son contrarias a la propia Constitución y, por tanto, el propio constituyente puede decir que esas sentencias no tienen validez; incluso el propio Tribunal Constitucional que sucede a los revocados. Sería una sentencia nula por ser contraria a la decisión democrática planteada en la Constitución.

29. ¿Qué opinión le merecen las “cláusulas constitucionales inconstitucionales”? ¿Es posible hablar de ellas?

Es muy complicado hablar de normas constitucionales inconstitucionales. Bachof lo hizo para evitar que sucediera algo similar a como Hitler subió al poder a través de la Constitución de Weimar y acabó con la Constitución. La idea de Bachof es filosóficamente interesante, pero en la realidad tenemos que entender dos cosas. En primer lugar, la posibilidad de que hubieran normas constitucionales inconstitucionales nos llevaría a una permanente inseguridad jurídica, porque, al final, el Tribunal Constitucional podría declarar muchas reglas inconstitucionales o contrarias a principios y crear una incertidumbre permanente sobre las reglas constitucionales.

En segundo lugar, tanta voluntad del Poder Constituyente es la regla como el principio; por tanto, tanta voluntad del Poder Constituyente es una decisión como la otra. En el caso del constitucionalismo democrático, para modificar una regla no podría haber una capacidad de poder declararla inconstitucional, sino un referéndum para que esa regla fuera sometida a votación y que la gente decida si se mantiene o no. ¶