

Primera parte - Comprendiendo la interculturalidad desde la
perspectiva jurídica
La comparación jurídica como instrumento epistemológico
para el estudio y la investigación en el ámbito de los derechos
de la naturaleza, la interculturalidad y los procesos de paz

Silvia Bagni
Giorgia Pavani

SciELO Books / SciELO Livros / SciELO Libros

BAGNI, S., and PAVANI, G. La comparación jurídica como instrumento epistemológico para el estudio y la investigación en el ámbito de los derechos de la naturaleza, la interculturalidad y los procesos de paz. In: RESTREPO MEDINA, M. A., ed. *Interculturalidad, protección de la naturaleza y construcción de paz* [online]. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2020, pp. 67-103. ISBN: 978-958-784-454-2. Available from: Available from: <https://books.scielo.org/id/nx7x4/pdf/restrepo-9789587844535-05.pdf>.
<https://doi.org/10.12804/tj9789587844535>.



All the contents of this work, except where otherwise noted, is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International license](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Todo o conteúdo deste trabalho, exceto quando houver ressalva, é publicado sob a licença [Creative Commons Atribuição 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Todo el contenido de esta obra, excepto donde se indique lo contrario, está bajo licencia de la licencia [Creative Commons Reconocimiento 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

La comparación jurídica como instrumento epistemológico para el estudio y la investigación en el ámbito de los derechos de la naturaleza, la interculturalidad y los procesos de paz*

Silvia Bagni**
Giorgia Pavani***

Introducción: la trayectoria del derecho comparado como ciencia y como método

El año 1900 ha sido elegido como fecha de nacimiento de la moderna ciencia de la comparación jurídica. En ese año, en París, los más destacados juristas comprometidos con el estudio de los ordenamientos vigentes en los varios países del mundo (Saleilles, Lambert, Lévi-Ullmann, Kohler, Pollock, Kahn, Esmein, entre otros) debatieron si el producto de sus investigaciones pudiese considerarse una ciencia autónoma o simplemente un método aplicable a las ciencias del derecho público o privado¹. La doctrina nos advierte que esa fecha solo es simbólica, en cuanto se pueden encontrar pródromos de comparación jurídica ya en la Antigüedad (pensamos en Aristóteles, con su estudio sobre

* Aún en el marco de un intento científico común, los apartados 1 y 2 pueden atribuirse a Silvia Bagni y el apartado 3 a Giorgia Pavani (los contenidos del apartado 3 han sido desarrollado en el libro *El gobierno local. De los antiguos modelos europeos al nuevo paradigma latinoamericano*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2019).

** Investigadora en Derecho Público Comparado, Departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad de Bolonia. silvia.bagni@unibo.it.

*** Profesora titular de Derecho Público Comparado, Departamento de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad de Bolonia. giorgia.pavani@unibo.it.

¹ AA.VV., *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900: procès-verbaux des séances et documents*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1905-07.

las “Constituciones” antiguas). En la Edad Moderna, los juristas siempre han utilizado la comparación como método para profundizar el conocimiento de las instituciones y de su propio derecho (es suficiente recordar el enfoque comparativo de las obras de Montesquieu y Tocqueville), mientras que las primeras cátedras de derecho comparado se remontan al siglo XIX en Inglaterra². Sin embargo, hay que reconocer que, como ciencia autónoma, es decir “conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales con capacidad predictiva y comprobables experimentalmente”³, el derecho comparado ha florecido en la academia occidental, entre Europa y América del Norte, a partir de 1900, a lo largo del siglo pasado. En cambio, con el fenómeno de la globalización, que ha afectado también el ámbito jurídico, sobretudo con la llamada constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos y el imperio de la *soft law* producido por organizaciones internacionales o por transnacionales privadas, algunos autores, a final de siglo, han preconizado la inutilidad del derecho comparado como ciencia autónoma y la victoria del nuevo proceso de colonización cultural derivado de la tendencia a la uniformización y a la concentración del poder económico a nivel global⁴.

América Latina no ha conocido la época de oro del derecho comparado, que raramente se encuentra aplicado como método científico en los artículos académicos, y aún menos se enseña como ciencia autónoma en el camino formativo universitario del jurista. Sin embargo, en esta fase del constitucionalismo latinoamericano, la contribución que la comparación jurídica puede aportar al proceso de descolonización del saber y a la construcción de la “nueva epistemología del Sur”⁵ es relevante. Vemos por lo menos dos ámbitos en los cuales el derecho comparado puede ser un precioso instrumento para fortalecer este camino de emancipación cultural: i) el enfoque intercultural;

² Pegoraro, Lucio, *Derecho constitucional comparado. La ciencia y el método*, Astrea, Buenos Aires, 2016, pp. 76-83.

³ Real Academia Española, en <https://www.rae.es>.

⁴ Siems, Mathias, “The End of Comparative Law”, *Journal of Comparative Law*, n.º 2 (2007), pp. 133-150.

⁵ De Sousa Santos, Boaventura, *Construyendo las epistemologías del Sur. Antología*, vols. I y II, Clacso, Buenos Aires, 2018.

ii) el tema medioambiental. En seguida, trataremos el tema de la gestión del territorio bajo un nuevo paradigma (andino).

1. El enfoque intercultural: la valorización de los aportes autóctonos para la construcción de nuevas clasificaciones

El objeto de estudio del derecho comparado son los distintos ordenamientos jurídicos vigentes en un lugar y en un tiempo determinados. De hecho, la comparación puede ser sincrónica o diacrónica, concentrándose tanto en el presente como en el pasado, incluyendo o no el propio ordenamiento del investigador. Al principio, la influencia de las doctrinas liberales y del positivismo jurídico limitaron el ámbito de investigación de los comparatistas al estudio de las legislaciones extranjeras del mundo occidental, en aplicación de un concepto limitado de “ordenamiento jurídico” y de “derecho”, que consideraba el Estado como principal productor de normas, con la excepción de los países islámicos. El cambio de perspectiva se produce hacia la mitad del siglo XX, por dos circunstancias distintas: la afirmación del bloque soviético, de un lado; y las innovaciones tecnológicas en los transportes y en las comunicaciones, por otro lado, que abren al jurista nuevas vías de conocimiento hacia lugares hasta la fecha considerados exóticos y poco accesibles. Fuera de Occidente, el concepto de “ordenamiento” aparece al jurista mucho menos monolítico y “ordenado”, así como el alcance mismo de lo que hay que entender como “derecho”, en culturas donde la costumbre, la religión, la espiritualidad y el honor siguen teniendo un rol de primer plano en la producción de vínculos entre individuos, y donde la trasmisión oral prevalece sobre la escritura. Es así que el derecho comparado se ha transformado en una ciencia “subversiva”⁶ respecto al enfoque jurídico “tradicional”: ha abandonado el concepto de “ordenamiento” o “sistema jurídico”, a favor de otros tales como “tradicición” o “narración”; ha introducido la idea de “formante”⁷, concepto más amplio

⁶ Muir-Watt, Horatia, “La fonction subversive du droit comparé”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, n.º 3 (2000), pp. 503-527; y Fletcher, George P., “Comparative Law as a Subversive Discipline”, *Am. J. Comp. L.*, n.º 46 (1998), pp. 683-700.

⁷ Según el destacado maestro comparatista Rodolfo Sacco, los formantes “indican los diferentes conjuntos de reglas y proposiciones que, dentro del ordenamiento, contribuyen a generar el orden jurídico de un grupo, en un determinado lugar y en un determinado tiempo”. Sacco, Rodolfo, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)”, *Am. J. Comp. L.*, n.º 39 (1991), pp. 1-34.

respecto a “fuente del derecho”, en cuanto incluye todo acto o hecho que *efectivamente* produce derecho, aun cuando no reconocido por el ordenamiento estatal, como por ejemplo la jurisprudencia en el *civil law*, o el derecho indígena; ha admitido la disociación entre formantes como carácter fisiológico, y no patológico, en situaciones de pluralismo jurídico; ha intentado elaborar otros marcos interpretativos, más allá de la pirámide kelseniana, aplicables a contextos tanto de Estado-nación como de pluralismo, como el triángulo de Masaji Chiba o la cometa de Menski⁸; ha aplicado a la ciencia jurídica metodologías, lógicas y paradigmas cognitivos afinados por otras ciencias, como la *fuzzy logic* o teoría de los conjuntos débiles. La sistémica, es decir, la rama del derecho comparado que se dedica a la clasificación de las familias jurídicas, describe muy bien este cambio en la evolución de las propuestas clasificatorias a partir de la Conferencia de París, pasando por David, Zweigert y Kötz, hasta la clasificación *fuzzy* de Mattei y Monateri o la famosa obra *Legal Traditions of the World* de Glenn⁹.

Solo aplicando el enfoque comparado se puede entender el sentido profundamente innovador con el cual algunos autores hablan de un “nuevo constitucionalismo latinoamericano”¹⁰, porque para matizarlo hay que tomar en cuenta el contexto político y sociocultural de los países del subcontinente y una serie de elementos extrajurídicos que están verdaderamente determinando su emancipación del constitucionalismo liberal-democrático del Norte. En primer lugar, la participación popular, tanto en la fase constituyente como en

⁸ Menski, Werner, “Globalisation and the new utopia of multicultural/intercultural and plurilegal states: Some methodological reminders”, en Bagni, Silvia (coord.), *Lo Stato interculturale: una nuova eutopia? The Intercultural State: a New Eutopia? El Estado intercultural: ¿una nueva eutopía?*, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Bologna, 2017, pp. 120-143. Enrico Buono, analizando el constitucionalismo boliviano, propone de utilizar una chakana para entender las conexiones entre los formantes del ordenamiento: Buono, Enrico, “Columbus’ Mistake, Bridging the Gap in the Global South: the Implementation of Institutional Multiculturalism between India and Las Indias”, *Rev. Gen. Der. Púb. Comp.*, n.º 26 (2019), pp. 1-32.

⁹ David, René, *Traité élémentaire de droit civil comparé: introduction à l’étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, R. Pichon, R. Durand-Auzias, París, 1950; Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *An Introduction to Comparative Law*, North Holland Pub., Ámsterdam-New-York, 1977; Mattei, Ugo y Monateri, Pier Giuseppe, *Introduzione breve al diritto comparato*, CEDAM, Padova, 1997; y Glenn, Patrick H., *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, OUP, Oxford, 2000.

¹⁰ Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en Viciano Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 36-44.

la gestión cotidiana del Estado; y, más específicamente, la emersión de grupos subalternos, como los indígenas, las mujeres, los discapacitados, como sujetos políticos y de derecho. Ellos reivindican un rol igualitario respecto a los otros componentes sociales, en el proceso de construcción de un nuevo pacto constituyente y de una nueva identidad común, respetuosa de las distintas tradiciones culturales. Se trata del concepto de interculturalidad, que ya se asoma en la Constitución colombiana de 1991, siendo formalmente implementado por la Corte constitucional como enfoque multicultural; y que viene propuesto expresamente como fundamento del proceso constituyente en Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

“Interculturalismo” significa diálogo entre culturas en nivel paritario, “para construir nuevas síntesis (interfecundación), lograr una comprensión plural de la realidad, canalizar los conflictos y construir un futuro equitativo e incluyente”¹¹. Ramón Valarezo afirma que la interculturalidad representa un significativo paso adelante respecto a los conceptos de “multiculturalismo” y “pluriculturalismo”, porque estos últimos son solamente descriptivos de una situación de hecho: requieren reconocimiento y tolerancia, pero no se interesan de las relaciones y de los conflictos entre culturas. En cambio, el interculturalismo se centra en la relación entre los “diversos”, impostando entre ellos un proceso de encuentro creativo y equitativo, de diálogo y negociación de valores, que tiene como finalidad la unión en la diferencia.

Pasando del plano sociológico al jurídico, ¿cuáles son las consecuencias prácticas del enfoque intercultural?¹² En América Latina, uno de los elementos distintivos del *nuevo constitucionalismo* es que casi todos los países han intentado disciplinar la relación entre Estado y pueblos indígenas, empezando por la modificación del paradigma de asimilación, utilizado durante siglos por la cultura colonizadora dominante. Solo no se enfrentan con el tema Chile, Costa Rica, Surinam y Uruguay. Pero es con las Constituciones de Ecuador y Bolivia que la interculturalidad se declina en distintos niveles: plurinacionalidad e interculturalidad son principios constitutivos de la forma de Estado, definida en el art. 1.º de ambas constituciones; la interculturalidad se impone

¹¹ Ramón Valarezo, Galo, *Plurinacionalidad o interculturalidad en la Constitución?*, en <http://www.cebem.org/cmsfiles/archivos/plurinacionalidad-19.pdf> (consultado el 5 de septiembre de 2019).

¹² Más detalles en Bagni, Silvia, “Estudio introductorio sobre el deslinde conceptual del Estado intercultural”, en Bagni, Silvia (coord.), *Lo Stato interculturale: una nuova eutopia?*, cit., pp. 5-13.

como criterio interpretativo de los derechos individuales y colectivos; y finalmente, el debate intercultural en las Asambleas Constituyentes ha producido la recepción en Constitución de valores e instituciones propias de los grupos subalternos, como el buen vivir, que ahora se vuelven comunes a todos los ecuatorianos y bolivianos, bajo un concepto de plurinación que se fundamenta sobre una única ciudadanía pero distintas nacionalidades.

Colombia es un caso particular porque, a pesar del hecho de que la Constitución apenas menciona el pluralismo jurídico, la Corte constitucional ha producido una jurisprudencia expansiva, que del simple reconocimiento de los derechos identitarios colectivos de los pueblos indígenas ha llegado, en ámbitos específicos como por ejemplo el medioambiental, a la creación de nuevas relaciones jurídicas bajo la cosmovisión indígena (v. *infra*, § 2.1).

A pesar de la constitucionalización del principio intercultural en América Latina, muchos juristas siguen siendo críticos hacia su dimensión normativa, su valor prescriptivo y sus fronteras con el multiculturalismo. El verdadero problema que se esconde detrás de este escepticismo es que aceptar el enfoque intercultural en el derecho, y específicamente en el ámbito constitucional, implica un replanteamiento de las bases teóricas de muchas categorías jurídicas fundamentales, a partir de la teoría del Estado y del concepto mismo de “derecho fundamental” (¿qué significa reconsiderar la igualdad y la dignidad con enfoque intercultural?)¹³.

El jurista que no maneja los instrumentos de la comparación, y no comparte sus fundamentos teóricos, encuentra muchas dificultades en esta operación, que implica aceptar el pluralismo jurídico y las contradicciones y aporías que introduce en el ordenamiento. El comparatista, en cambio, parte de la idea de que el derecho es multiforme; que su evolución no es lineal; que no hay valores absolutos; que el contexto extrajurídico determina el modo de entender y aplicar el mismo derecho entre comunidades que viven en lugares, tiempos y condiciones diferentes; que la precomprensión del investigador puede influir sobre su capacidad de entender un derecho ajeno. El comparatista está acostumbrado a la diversidad, mientras que el jurista interno venera la homogeneidad. Consciente del peligro representado por el etnocentrismo,

¹³ Bagni, Silvia, “Does Interculturalism matter in legal studies?”, *DPCE Online*, n.º 2 (2019), pp. 1279-1283, en <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/731> (consulta del 5 de septiembre de 2019).

el comparatista se acerca al derecho extranjero con espíritu abierto y humilde, bien sabiendo que el *tertium comparationis* que está al fondo de cualquier comparación es la común naturaleza humana, tanto del sujeto que estudia un derecho “extranjero” como del sujeto que está sometido a aquel sistema jurídico objeto de estudio. Siente que solo por esta vía es posible realizar en concreto el sueño de una sociedad y de un derecho justos, un “pluriverso”, “un mundo donde quepan muchos mundos”¹⁴, contrarrestando la ola de odio e intolerancia frente a lo diverso, que caracteriza este preciso momento histórico.

Por este motivo, el comparatista se acerca a su objeto de investigación con “compasión” (literalmente, “compartir las penas del otro”), o, tomando la expresión de Legrand, con “empatía”¹⁵, o siendo “simpatético” (de la palabra griega “sympathie”, συμπάθεια, que significa “de sentimientos afines” o “armonía de estados de ánimo con los del otro”). Esta postura epistemológica, difusa en las ciencias sociales, no representa en el ámbito jurídico “una de las buenas intenciones que pavimentan la vía del infierno”. Al contrario, ya ha encontrado aplicación por la jurisprudencia que se ha enfrentado con casos difíciles de pluralismo cultural: el juez se vuelve antropólogo, pero también necesariamente comparatista¹⁶.

Por supuesto, todo esto no significa que hay una negación de los valores propios del Estado constitucional de derecho ni que la transformación hacia una nueva forma de Estado¹⁷ está cumplida. De hecho, el argumento de que la interculturalidad representa solo una proclamación en el papel, y que falta cumplimiento en la realidad, es sin duda el más utilizado por los críticos frente a la existencia de una verdadera y nueva epistemología del Sur. Pero, si este tipo de crítica golpea duro desde la perspectiva de las ciencias

¹⁴ Exergo del volumen Kothari, Ashish, Salleh, Ariel, Escobar Arturo et al. (ed.), *Pluriverse: A Post-Development Dictionary*, Tulika Books, New Dehli, 2019; Escobar, Arturo, “Sentipensar con la Tierra: las luchas territoriales y la dimensión ontológica de las epistemologías del Sur”, *AIBR, Revista de Antropología Iberoamericana*, vol. 11, n.º 1 (2016), p. 13.

¹⁵ Legrand, Pierre, “European legal systems are not converging”, *International and Comparative Law Quarterly*, n.º 45 (1996), p. 77.

¹⁶ Bagni, Silvia, “Comparative law and... love: contro la globalizzazione del diritto, per la globalizzazione del giurista”, *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi 2017*, n.º VIII (2017), pp. 47-66. Sobre el juez antropólogo, véase Ruggiu, Ilenia, *Culture and the Judiciary. The Anthropologist Judge*, Routledge, London-Nueva York, 2018.

¹⁷ He hablado del Estado del cuidado (*Caring State*) en Bagni, Silvia, “Del *Welfare State* al *Caring State*”, en AA. VV., *Annuario italo-iberoamericano di diritto costituzionale*, ESI, Napoli, 2014, pp. 325-345.

políticas y sociales, tiene menos fuerza en la dimensión de una ciencia del deber ser. Muchas de las disposiciones constitucionales de los países europeos continúan siendo en el papel, pero no por eso se niega su valor prescriptivo. La perspectiva intercultural ha producido un efecto en el modo de pensar, entender, aplicar e incluso de enseñar el derecho en la mayoría de los países de América Latina, aunque raramente haya correspondido a esta nueva visión un real cambio de paradigma político o económico. Más allá, se pueden incluso extender estas consideraciones a otros países del *Global South*, detectando una tendencia hacia la valorización de los elementos autóctonos, que influyen de manera substancial en la interpretación de los conceptos jurídicos clásicos y en la construcción de nuevos paradigmas, como en el caso del tema ambiental, que se aborda a continuación.

2. El tema medioambiental: de la imitación de los modelos occidentales a la creación de nuevos paradigmas jurídicos

A pesar de la independencia de las potencias coloniales, en materia jurídica América Latina ha seguido imitando desde entonces los modelos producidos por Occidente, tanto en ámbito público, a partir de los textos y del contenido de las Constituciones, de la forma del Estado y de gobierno (democracias liberales en su mayoría presidenciales) y de la organización territorial (con la opción entre Estado unitario o federal, v. *infra*, § 3), como en el ámbito privado, con la recepción de los códigos civiles francés y alemán.

A partir de la ola constitucional de finales del siglo XX, hemos visto que los ordenamientos jurídicos latinoamericanos han tenido transformaciones profundas, fruto tanto de hibridaciones de modelos jurídicos occidentales (pensamos en la justicia constitucional, por ejemplo) como de la introducción de institutos y principios originales, a menudo debido a la valorización de la cultura ctonia, como el buen vivir.

Desde una perspectiva comparada, esto tiene dos implicaciones distintas. En primer lugar, en la actividad de clasificación de las familias jurídicas o de instituciones específicas, la postura típicamente etnocéntrica (incluso de algunos comparatistas) que limitaba el ámbito geográfico de los ordenamientos por tener en cuenta para finalidades científicas al área europea y norteamericana, resulta hoy día insostenible. Ejemplos evidentes de este asunto se encuentran en el reciente desarrollo de las propuestas clasificatorias en el tema de justicia

constitucional y de los instrumentos de democracia directa. En ambos temas, la doctrina latinoamericana ha producido en los últimos años investigaciones de alta calidad y propuestas clasificatorias innovadoras, trabajando sobre las experiencias de hibridación de los modelos clásicos implementadas en muchos países del continente¹⁸.

En segundo lugar, América Latina deja de ser importadora de modelos, para volverse exportadoras de ideas e institutos absolutamente novedosos, si no revolucionarios, gracias al soplo de aire fresco constituido por el pensamiento jurídico crítico desarrollado en varias universidades latinoamericanas por investigadores a menudo formados en el contexto cultural occidental, pero igualmente comprometidos con la valorización de los saberes ancestrales. Además, como venimos de decir en el párrafo anterior, el pensamiento subalterno ha entrado en la estructura del ordenamiento jurídico en varios modos, así que todos los operadores jurídicos (abogados, jueces, funcionarios públicos) se encuentran obligados a confrontarse con distintas perspectivas sobre las relaciones sociales y la resolución de conflictos. El comparatista está sumamente interesado en las ideas jurídicas innovadoras que encuentra en el continente latinoamericano. Pero el interés no está solo en la exotividad de la innovación, sino en el desafío de comparar los distintos sistemas y de verificar la posibilidad y el alcance de su exportabilidad en otros contextos.

2.1. Comparación jurídica y derechos de la naturaleza

En el tema de la relación entre hombre y naturaleza, América Latina es hoy en día pionera en proponer soluciones a la crisis ambiental, que representan verdaderas alternativas al desarrollo y que hunden sus raíces en las cosmovisiones de los pueblos originarios. De hecho, del concepto de *sumak kawsay* o *suma kamaña* nace la idea transformadora y revolucionaria de un cambio de paradigma jurídico y cultural, del antropocentrismo al biocentrismo y al ecocentrismo, que se ha traducido, en Bolivia, Colombia y Ecuador (pero también en algunos estados de México, en la Constitución de Nicaragua, en la jurisprudencia argentina), en el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho. Además, a razón de su origen en la particular relación que

¹⁸ En materia de justicia constitucional, algunas propuestas innovadoras se encuentran en Bagni, Silvia (dir.), *Justicia constitucional comparada*, Porrúa, México, 2014; en materia de democracia directa, remito a la amplia bibliografía latinoamericana citada en mi libro *Il popolo legislatore*, BUP, Bologna, 2017.

los pueblos originarios tienen con la naturaleza, el cambio hacia un modelo jurídico ecocéntrico es un elemento determinante para fundamentar la existencia de un *global south*, como concepto no geográfico sino geopolítico, con implicaciones económicas, sociales y jurídicas. De hecho, aunque teóricamente la propuesta de reconocer la naturaleza como sujeto de derecho fue promovida ya en 1972 en los Estados Unidos¹⁹, donde sin embargo encontró una Corte Suprema en mayoría contraria²⁰, el mismo camino ha sido emprendido también, con distintos logros, por India y Bangladés; igualmente, está promovido por la doctrina sudafricana; ha sido introducido por ley en Australia y Nueva Zelanda para la tutela del territorio sagrado de los aborígenes.

Todo el mundo está mirando con gran atención a las soluciones implementadas en estos países: algunos con sincera esperanza, deseando éxito a las varias iniciativas; otros con gran preocupación, en cuanto las soluciones jurídicas que otorgan subjetividad a la naturaleza, unida con resultados concretos en términos ecológicos, representarían una prueba irrefutable del origen antropocéntrico del desastre ambiental y de la posibilidad concreta de solucionar la crisis desde una perspectiva ecológica, reconociendo una posición de liderazgo a los pueblos indígenas como guardianes de la naturaleza y de la estabilidad del clima.

De lo que venimos de decir, resulta evidente que el tema debe ser necesariamente abordado desde una perspectiva comparada, en cuanto el gran desafío de los juristas que tratan los temas ambientales es relacionar entre sí las diferentes propuestas normativas, para que se alimenten recíprocamente y se pueda llegar a la creación de un nuevo paradigma ecológico común. Para lograr este resultado es necesario que el jurista abandone la idea de ser el chamán de una ciencia tan especializada que no admite interacción con las otras. El tema ambiental es un verdadero asunto global, no solo por su dimensión, sino en cuanto, para solucionar la crisis en la que vivimos, se debe adoptar un enfoque multidisciplinario. Nuevamente, entre los juristas el comparatista es el más acostumbrado a manejar datos y métodos de otras ciencias, en cuanto entre los “formantes” de los distintos ordenamientos jurídicos a menudo se

¹⁹ Stone, Christopher D., “Should trees have standing? Towards Legal Rights for Natural Objects”, *Southern California Law Review*, n.º 45 (1972), pp. 450-501.

²⁰ *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972).

encuentran elementos extrajurídicos (la religión, la moral, la política, la tradición, los reportajes científicos, etc.).

Por ejemplo, hay que evaluar el rol de la Iglesia católica y de los pronunciamientos del papa sobre los temas ambientales, según han sido citados directa o indirectamente en algunos fallos: ¿fuente, formante, argumento *quoad auctoritatem* sin valor jurídico vinculante; *ratio* u *obiter dictum*? La respuesta puede cambiar según el ordenamiento, el lugar y el contexto en el cual se dicta la sentencia.

En la Biblia, el hombre es reconocido el *dominus* de la creación, al cual Dios le atribuye el poder de dominar todas las criaturas del Edén. Por lo menos, esta es la interpretación más difundida del Génesis, donde la superioridad del hombre está simbolizada por el poder de atribuir un nombre a todas las cosas. Sin embargo, los últimos tres papas han dedicado varios discursos y encíclicas al tema ambiental, promoviendo una interpretación diferente de la relación entre el hombre y la naturaleza²¹. El papa Francisco ha elegido su nombre, inspirado por san Francisco de Asís, un símbolo de pobreza, pero también uno de los primeros ecologistas de la historia. En su famoso *Cántico de las criaturas*, escrito en 1226, san Francisco agradece a Dios por la creación. Todos los elementos naturales son llamados “hermanos”, así que el hombre no está puesto por arriba de la creación misma, sino en relación familiar con ella.

El documento más reciente con el cual la Iglesia católica ha intentado refundar la relación entre hombre y naturaleza, bajo un plano más igualitario y solidario, es la encíclica *Laudato si'*, sobre el cuidado de nuestra casa común. Es un discurso verdaderamente ecuménico, dirigido a cada hombre y mujer de la Tierra, sin importar su fe, en cuanto la crisis ecológica tiene un alcance global y afecta la humanidad en su conjunto. En el documento, el papa Francisco hace referencia a san Francisco de Asís, que era maestro, dice el papa, de una ecología integral (§ 11). En el § 23 de esta encíclica, el clima está considerado un bien común. La crisis ecológica está íntimamente

²¹ Carta encíclica *Caritas in veritate* del sumo pontífice Benedicto XVI, A los obispos a los presbíteros y diáconos a las personas consagradas. A todos los fieles laicos y a todos los hombres de buena voluntad sobre el desarrollo humano integral en la caridad y en la verdad, 29 de junio de 2009: “Ésta [la naturaleza del hombre], en cuanto se compone no sólo de materia, sino también de espíritu, y por tanto rica de significados y fines trascendentes, tiene un carácter normativo incluso para la cultura” (§ 48).

relacionada con la desigualdad económica²². De hecho, el cambio climático afecta en primer lugar, y sobre todo, las personas más pobres, que ya han sido obligadas a escapar de sus casas por efecto del clima²³. En el § 63, el papa Francisco dice:

Si tenemos en cuenta la complejidad de la crisis ecológica y sus múltiples causas, deberíamos reconocer que las soluciones no pueden llegar desde un único modo de interpretar y transformar la realidad. También es necesario acudir a las diversas riquezas culturales de los pueblos, al arte y a la poesía, a la vida interior y a la espiritualidad.

Las cosmovisiones de cada pueblo pueden ser útiles para entender mejor el problema y buscar soluciones. El papa Francisco sigue hablando de la armonía originaria que existía entre hombre y naturaleza, en el mismo sentido que viene utilizado por los pueblos indígenas al referirse a su relación con la Pacha Mama. El papa invita los fieles a interpretar el libro del Génesis en un sentido más correcto: el libro no puede ser entendido como un mandato en blanco para el dominio de la Tierra, sino una responsabilidad de cura y cuidado (§ 67-68). Los seres humanos no son superiores a los otros seres vivientes; cualquier vida tiene un valor intrínseco. El papa subraya también “que todo está relacionado, y que el auténtico cuidado de nuestra propia vida y de nuestras relaciones con la naturaleza es inseparable de la fraternidad, la justicia y la fidelidad a los demás” (§ 70). Todas las creaturas forman una familia universal (§ 89). A pesar de que la encíclica no llega al punto de subvertir el paradigma antropocéntrico, en cuanto que es claro que el hombre tiene un valor especial para Dios, que lo ha puesto al centro de la creación, lo que el papa subraya es que el hombre tiene una enorme responsabilidad frente al resto de la creación.

²² Este asunto ha sido recién confirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva OC-23/17, del 15 de noviembre de 2017, § 67: “Además, la Corte toma en cuenta que la afectación a estos derechos puede darse con mayor intensidad en determinados grupos en situación de vulnerabilidad. Se ha reconocido que los daños ambientales ‘se dejarán sentir con más fuerza en los sectores de la población que ya se encuentran en situaciones vulnerables’”.

²³ § 49: “[...] Pero hoy no podemos dejar de reconocer que un verdadero planteo ecológico se convierte siempre en un planteo social, que debe integrar la justicia en las discusiones sobre el ambiente, para escuchar tanto el clamor de la tierra como el clamor de los pobres”.

Este tipo de análisis de los documentos eclesiales es necesario al jurista que se acerca al estudio del tema de los derechos de la naturaleza. Igualmente, las sentencias indias sobre los ríos Ganges y Yamuna y sus glaciares utilizan ampliamente argumentaciones basadas en el hinduismo, el jainismo y el significado que los árboles y los ríos sagrados tienen en estas culturas. Así que el formante religioso se relaciona estrechamente con el jurisprudencial.

Otro formante que a menudo se encuentra en el derecho del medioambiente son los datos científicos incluidos en los informes periódicos o en las decisiones de organismos supranacionales, que no tienen fuerza vinculante, por lo menos frente a los individuos, como por ejemplo los *Reports* del IPCC o las decisiones tomadas durante las COP del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático²⁴. En el marco del derecho interno e internacional, estos documentos son considerados como “hechos” o *soft law*; pero, desde una perspectiva comparada y ecológica, pueden asumir también distinta fuerza normativa, que el jurista no puede pasar por alto solo por razones formales o, aún peor, dogmáticas.

2.2. El enfoque comparado para la construcción de un derecho ecológico común

Hemos visto en el párrafo anterior en qué modo la ciencia del derecho comparado es útil para fundamentar y fortalecer el nuevo paradigma jurídico de los derechos de la naturaleza. Si bien a la fecha esta solución ha sido aplicada exclusivamente en algunos países y no siempre de manera sistemática, siendo a veces únicamente de origen jurisprudencial (Argentina, Bangladés, Colombia, India), a veces aplicada solo por leyes sectoriales (Australia, Nueva Zelandia) o en algunas partes del territorio nacional (México), el alcance del problema que aborda implica su aspiración a convertirse en un paradigma general a nivel nacional, como en Bolivia y Ecuador, e incluso a representar una opción válida a nivel internacional.

La crisis climática y ambiental ya no es solo un problema político, sino de sobrevivencia de la especie humana. El actual derecho ambiental internacional, que determina los diferentes derechos nacionales, se fundamenta en un paradigma jurídico antropocéntrico, del cual se ha generado la “narración”

²⁴ Morvillo, Marta, “*Climate change litigation e separazione dei poteri: riflessioni a partire dal caso Urgenda*”, *Forum di Quaderni costituzionali*, 28 de mayo de 2019, p. 9.

del desarrollo económico social y ambientalmente sostenible. Sin embargo, en términos ecológicos, es decir aplicando el conocimiento sobre las reglas y las relaciones que garantizan la sobrevivencia armónica de todos los seres en nuestra casa común, la Tierra, un planeta con extensión y recursos limitados no puede soportar un sistema de desarrollo económico basado en el crecimiento y la extracción de recursos ilimitados²⁵. Este sencillo razonamiento explica por qué, aun aplicando todos los principios del derecho ambiental elaborados a nivel internacional (precaución; quien contamina paga; diligencia; aplicación de los más altos estándares tecnológicos; evaluación de impacto ambiental), la situación de crisis ecológica no ha mejorado, sino que está siempre empeorando y el tiempo de que disponemos para dar solución a esta problemática es cada vez menor.

Necesitamos de un cambio de paradigma jurídico, del antropocéntrico al ecocéntrico. Pero, antes que nada, de un cambio radical en nuestros estilos de vida y en la manera de entender nuestro rol como especie dentro de la biosfera.

Como juristas, hay que diseñar una alternativa concreta al actual sistema de normas ambientales, un derecho ecológico no tanto uniforme en sí (en cuanto, de un lado, los distintos ecosistemas del planeta, los diferentes ciclos de los elementos vitales, las varias zonas climáticas, pueden necesitar de acciones diferenciadas; y, de otro lado, como nos enseña el derecho comparado, no se puede hacer abstracción de las distintas maneras de entender y aplicar el derecho por las diferentes comunidades humanas), sino percibido en sí como bien común²⁶. A pesar de que no hay una definición universalmente compartida de “bien común”, se puede coincidir sobre sus características esenciales: pueden ser bienes materiales (como el agua o el clima mismo) o inmateriales (como la educación o, en nuestro caso, un paradigma jurídico); escapan de la lógica propietaria y extractiva; requieren la participación de todos los que van a aprovechar del bien para su gestión, la cual debe asegurar la misma posibilidad

²⁵ Véase, entre muchos autores, Cunningham, William P., Cunningham, Mary Ann y Saigo, Barbara W., *Fondamenti di ecologia*, McGraw-Hill, Milano, 2004; y Boero, Ferdinando, “Nature and the governance of human affairs”, en Bagni, Silvia (dir.), *Come governare l'ecosistema? How to govern the ecosystem? ¿Como gobernar el ecosistema?*, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Bologna, Bologna, 2018, pp. 47-60.

²⁶ Capra, Fritjof y Mattei, Ugo, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca, Sansepolcro, 2017, p. 201; y Mattei, Ugo y Quarta, Alessandra, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, Aboca, Sansepolcro, 2018.

de gozar del bien a todos²⁷. Considerar el derecho ecológico como bien común significa que tanto la comunidad internacional como las diferentes sociedades nacionales se comprometen a adoptar medidas normativas que siempre se inspiran en los principios ecológicos de armonía y equilibrio entre los diversos componentes del ecosistema terrestre.

En esta empresa, los derechos de la naturaleza son una entre las posibles manifestaciones del derecho ecológico común, que necesariamente se va a alimentar con otras propuestas, que a lo mejor pueden ser diseñadas bajo otras premisas jurídicas, pero siempre coherentes con su fundamento ecológico y de bien común. Por ejemplo, un camino alternativo que se está siguiendo, sobre todo en los países del norte global, es el del reconocimiento de un derecho humano a un clima estable. Hay varios litigios pendientes en distintas partes del mundo, donde los recurrentes están apoyando este tipo de razonamiento jurídico, adaptando tanto cláusulas del derecho internacional de los derechos humanos (el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por ejemplo), como disposiciones constitucionales. Las más prometedoras son *Urgenda v. Holanda*, recién decidida por la Corte Suprema de La Haya, y *Juliana v. USA*, que se encuentra en fase de decisión por parte de la Corte Federal de Apelación del Noveno Circuito, la cual debe decidir si el caso puede seguir frente a la Corte Federal de Distrito del estado de Oregon²⁸.

En el primer caso, los jueces han reconocido el Estado holandés responsable de no haber adoptado políticas públicas que garanticen un suficiente compromiso del Estado en la reducción de las emisiones de gases invernaderos a la atmósfera. En consecuencia, las cortes han ordenado al Estado tomar todas las acciones necesarias para reducir del 25% las emisiones del país.

En el segundo caso, aún así no tengamos todavía una sentencia definitiva, el juez federal distrital ya se ha pronunciado dos veces, reconociendo que los demandantes tienen el derecho a vivir en un clima estable, que garantice la posibilidad de desarrollar sus expectativas de vida en el futuro. El juez ha derivado este derecho de la Quinta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, caracterizando la acción como de naturaleza constitucional.

²⁷ Mattei, Ugo, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2011, pp. 60 y s.

²⁸ El video de la audiencia del 4 de junio de 2019 se encuentra en este enlace: https://www.ca9.uscourts.gov/media/view_video.php?pk_vid=0000015795 (consultado el 5 de septiembre de 2019).

La ciencia de la comparación jurídica ofrece instrumentos válidos para que la construcción de un derecho ecológico tramite una metodología que permita: comparar las distintas soluciones; evaluar su exportabilidad a otros contextos; entender las condiciones necesarias para el funcionamiento del nuevo paradigma a nivel interno y a nivel global; buscar diferencias donde parece que se sigue un mismo modelo, y, al contrario, similitudes o tendencias comunes, donde se ha optado por soluciones distintas; armonizar las disciplinas sobre un mismo derecho o instrumento procesal, o, en cambio, adaptarlas para que puedan integrarse en el ordenamiento vigente. Por ejemplo, a pesar de que venimos de presentar los dos litigios climáticos arriba descritos como expresión de una misma tendencia a aplicar la dogmática de los derechos humanos al clima, un análisis comparado de los dos casos muestra diferencias en la perspectiva procesal constitucional, en razón de la distinta familia jurídica a la cual pertenecen los dos ordenamientos y del diverso sistema de justicia constitucional vigente.

3. El territorio como lugar de intersección de los elementos innovadores del constitucionalismo latinoamericano en perspectiva comparada

3.1. Premisa

El gobierno local es uno de los ámbitos de estudio de las ciencias sociales (inclusive del derecho comparado) en el que se encuentran más casos de circulación de modelos, de imitaciones de un sistema de un país a otro. Claramente, casi nunca hay “transplantes” (imitaciones totales), reproducciones idénticas del modelo en el país imitador; generalmente los modelos circulan por imitación²⁹.

Por estas razones, también el estudio de los ordenamientos territoriales se presta tanto para un análisis macrocomparativo como para uno microcomparativo, y la investigación puede ser tanto por analogía como por diferencia.

Una primera gran diferencia macrocomparativa sería, justamente, confrontar inicialmente los sistemas jurídicos donde tal forma organizativa territorial existe, con los demás donde esta no existiese.

²⁹ Sobre la circulación de los modelos de derecho comparado, véase Graziadei, Michele, “Comparative law as the study of transplants and receptions”, en Reimann, Mathias y Zimmermann, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, OUP, Oxford, 2006, pp. 441 y ss.

Los resultados de dos investigaciones comparadas conducidas a nivel mundial³⁰ confirman que lo que sí existe, en la mayoría de los ordenamientos estatales y a pesar de la familia jurídica de pertenencia, es una

unidad primordial que se organiza en un territorio mínimo (más allá de la familia, de todas maneras configurada). Esto sucede en la Europa continental, en los ordenamientos de *common law* (tanto europeos como extraeuropeos), en América Latina, en África, en Asia (sobre todo por influencia de los colonialismos), independientemente de su pertenencia a la forma de un Estado liberal-democrático, autoritario o socialista³¹.

Entonces, se puede afirmar que una “célula” básica de la organización territorial existe prácticamente en cada parte del mundo. Pero para justificar un análisis por modelos es fundamental aclarar desde el principio el contexto macro en el cual se quiere operar, es decir, individualizar las categorías de análisis necesarias para crear una clasificación útil para un análisis macro-comparativo del gobierno local.

En este tema de investigación es evidente que, a pesar de la utilidad analítica de los modelos, la realidad empírica es mucho más compleja y matizada, inclusive al interior del mismo modelo pueden cohabitar tendencias opuestas, según los países analizados y, por supuesto, las diferentes épocas consideradas. Recuerda Goldsmith que “local government systems exhibit great diversity: indeed, each and every municipality is itself unique, given the complex mix of social, demographic, political and economic factors which go to make up the environment within which each has to operate”³².

³⁰ Hace unos años coordiné dos investigaciones internacionales comisionadas por la Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione Locale (SSPAL) italiana; los resultados se han concretado en dos obras colegiales: Pavani, Giorgia, Pegoraro, Lucio (a cura di), *Municipi d'occidente. Il governo locale in Europa e nelle Americhe*, Donzelli, Roma, 2006, trad. esp. *Municipios de Occidente. El gobierno local en Europa y en las Américas*, Universidad Libre, Bogotá, 2008; y Kudo, Hiroko, Ladu, Giampaolo y Pegoraro, Lucio (a cura di), *Municipi d'oriente. Il governo locale in Europa orientale, Asia e Australia*, Donzelli, Roma, 2008.

³¹ Pegoraro, Lucio, “Introduzione. Municipi d'Oriente. Una macrocomparazione per differenze”, en Kudo, Hiroko, Ladu, Giampaolo y Pegoraro, Lucio (eds.), *Municipi d'oriente*, cit., p. 7.

³² Goldsmith, Mike, “Local autonomy-theory and practice”, en King, Desmond S., Pierre, Jon (eds.), *Challenges to Local Government*, SAGE, London, 1990, p. 20.

Para los politólogos, sin embargo, el hecho fundamental es que, en ausencia de modelos teóricos que puedan enmarcar dicha complejidad actual, los puntos de referencia siguen siendo las tipologías formuladas durante la década —“dorada” de los años noventa— del gobierno local.

Efectivamente, la mayoría de las propuestas de clasificación se atribuyen a los politólogos y sociólogos ocupados de la administración pública, cuyos estudios empezaron en los años ochenta³³.

No obstante, respecto al aporte de varias disciplinas —con sus acercamientos metodológicos al tema—, se puede afirmar que los trabajos científicos comparativos que enfatizan los aspectos significativos entre los diferentes sistemas son pocos y están limitados a unos países (en particular, Francia y Reino Unido)³⁴; y dichos estudios, además, tienden a agrupar los sistemas de gobierno en un número reducido de grupos/familias³⁵.

Mientras que los países alimentados por la tradición francesa-napoleónica presentan una cierta homogeneidad de estructuras (por lo menos a nivel jurídico-formal, porque la praxis aplicativa presenta muchas diversidades, como demuestran los análisis de los sociólogos y a los estudiosos de la administración pública), los países extraños a esta tradición son variados.

3.2. El modelo francés-napoleónico y su circulación en América Latina

De los diversos intentos de clasificación de los sistemas de gobierno local se deriva una constante: el modelo francés-napoleónico³⁶ aparece como un punto

³³ Una primera tipología exitosa, remodelada y actualizada por los mismos autores durante los años sucesivos, propone una división entre modelo septentrional (*North European countries*) y modelo meridional (*South European countries*), división que ha afectado a las clasificaciones sucesivas y ha permitido reunir en una única familia (modelo francés-napoleónico) los sistemas de gobierno de la Europa Meridional. La primera elaboración se encuentra en Page, Edward C. (ed.), *Central and Local Government Relations. A Comparative Analysis of West European Unitary States*, SAGE, London, 1987. No se trata de un trabajo comparativo, sino de un libro dividido en capítulos correspondientes a los siete países europeos analizados: Gran Bretaña, Dinamarca, Noruega y Suecia (Norte); Francia, Italia y España (Sur).

³⁴ Bobbio, Luigi, *I governi locali nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 32.

³⁵ Bennet, Robert J., “European Local Government Systems”, en id. (ed.), *Local Government in the New Europe*, Belhaven Press, London, 1993, pp. 28 y ss.

³⁶ Una premisa histórica-terminológica se hace necesaria desde el principio: aunque este modelo haya circulado y haya sido conocido con el adjetivo napoleónico (porque a este periodo se remontan algunas de las características más emblemáticas), las raíces se encuentran en los decretos de 14 y 22 de diciembre de 1789 (mediante los cuales los *états généraux* dieron vida a la primera forma de administración moderna) y su complemento en la legislación de la monarquía orleanista.

de referencia y como modelo único, en comparación con los sistemas que no han sufrido su influencia o, por lo menos, que no han sido absorbidos o han rechazado los rasgos que lo caracterizan.

Como ya comentamos, el modelo francés fue utilizado como referencia para valorar (por yuxtaposición) el modelo de los países de Europa septentrional o para distinguir los países ajenos a la influencia francesa, en submodelos (anglosajón y norte-central europeo), solamente para mencionar los casos más destacados.

También este estudio considera que el modelo francés representa un punto de partida en perspectiva metodológica y histórico-jurídica. La descentralización francesa constituye un cambio fundamental en la organización de las relaciones entre centro y periferia, por tanto, implica una ruptura evidente con respecto al modelo de organización del poder conocido hasta aquel momento.

Este cambio lo testimonia el hecho de que en el pasado tal modelo fue más difundido y divulgado en el exterior³⁷. Además de algunos países del área mediterránea, a los que el modelo fue impuesto, como fruto de la conquista napoleónica (como en el caso del norte de África), en otros se ha asistido a una espontánea imitación, como en Grecia y Turquía. En algunos países, la influencia francesa ha causado el fin de experiencias de tipo federal autóctonas, a menudo más antiguas, como en Holanda.

Fuera de Europa, este modelo se ha difundido con otros nombres y con variantes y adaptaciones más o menos fieles al original. En América Latina, después de la Independencia y por todo el siglo XIX, se generó un ambiente hostil hacia la cultura iberoamericana y por todo lo que viniera de los países colonizadores. Portugal y, sobre todo, España fueron acusados de no haber traído al nuevo continente la cultura (y los productos) de la Revolución Industrial, las libertades individuales y los principios del constitucionalismo moderno. Por estas razones, la construcción de los Estados independientes se hizo bajo el pensamiento norteamericano y francés, a los cuales se miraba

³⁷ García de Enterría, Eduardo, *Revolution française et administration contemporaine*, Economica, París, 1986; Wunder, Bernd (dir.), *Les influences du modèle napoléonien d'administration sur l'organisation administrative des autres Pays*, International Institute of Administrative Sciences, Bruxelles, 1995.

para olvidar y abandonar la herencia española y portuguesa y romper con el pasado colonial³⁸.

Desde la perspectiva jurídica, esa ruptura con el pasado destaca, por un lado, en la frecuente imitación de la codificación europea y, por otro lado, en la adopción del modelo administrativo-burocrático napoleónico como forma de organización del aparato central y de su relación con las colectividades territoriales.

Principalmente en el caso del modelo burocrático-administrativo, el dato histórico de la ruptura con el pasado colonial se ha convertido en una justificación para reconocer el modelo francés como “padre” de la moderna organización del Estado, justificación que se ha transmitido de una generación de juristas a las siguientes.

Superados los procesos de colonización española, la mayoría de los Estados de América Latina acogieron el modelo territorial unitario caracterizado, en su fase napoleónica, por la: generalización, homogeneidad y uniformidad del régimen municipal o territorial; la creación de un municipio por cada núcleo de población; el carácter electivo de las administraciones locales; la bipartición de funciones asignadas a las colectividades territoriales, entre funciones “propias” y funciones estatales “delegadas”; el establecimiento del departamento o de un nivel intermedio de gobierno para efectos de control del Estado o de desconcentración; la instauración en dicho nivel de un prefecto, intendente, gobernador o representante del Estado en los territorios, dotado por lo demás de diversos poderes de dirección y control, y el sometimiento de tutela de los órganos y actos de la administración local³⁹.

Esta influencia del modelo francés en la organización del tipo de Estado se inserta en un razonamiento más amplio sobre el papel jugado por los que se podrían denominar “países de moda” en el constitucionalismo moderno

³⁸ La literatura es inmensa, pero quiero recordar el cambio de perspectiva en el debate académico sobre la independencia propuesto por François-Xavier Guerra, quien hizo hincapié en un desarrollo de la revolución interno a la monarquía, más que una revolución inspirada en el liberalismo europeo y anglosajón: Guerra, François-Xavier (coord.), *Revoluciones hispánicas: independencias americanas y liberalismo español*, Editorial Complutense, Madrid, 1995. En una visión parecida, véase Bellingeri, Marco, “Sistemas jurídicos y codificación en el primer liberalismo mexicano, 1824-1834”, en id. (coord.), *Dinámicas de Antiguo Régimen y orden constitucional: representación, justicia y administración en Iberoamérica, siglos XVIII-XIX*, OTTO, Torino, 2000, pp. 367 y ss.

³⁹ Vandelli, Luciano, *El poder local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, INAP, Madrid, 1991.

y en el nacimiento del derecho público; países que, según una doctrina, han llevado a la afirmación de un “bloqueador conceptual”⁴⁰ que ha afectado a los textos sobre historia constitucional tanto en América Latina como en Europa.

El modelo francés se ha adaptado al contexto latinoamericano y ha sido desarrollado e interpretado de forma diferente, como demostramos en una investigación anterior, en la cual generamos una clasificación inicial según el mayor o menor acercamiento a los rasgos básicos del modelo napoleónico y afirmamos que surgieron diversas variantes de Estados unitarios en América Latina: unos con un nivel casi inexistente de descentralización política (ej., Uruguay y Paraguay), unos con un proceso que se sitúa entre la descentralización y la desconcentración (ej., Chile, Colombia, Perú); otros más descentralizados e incluso, con desarrollo del principio de autonomía territorial de forma asimétrica (ej., Bolivia y Ecuador)⁴¹. Al final, comprobamos que el Estado unitario no es un monolito, como ha señalado Luciano Vandelli, en la presentación de los resultados de la investigación: “Se podría decir que, si cada Estado descentralizado es descentralizado a su modo, los Estados unitarios, por su parte, son unitarios todos a la misma manera. Esta —difusa— sensación es ahora refutada”⁴².

En general, y a pesar de las diferencias entre los varios países, además de la (casi) fiel imitación de entes (el departamento) o órganos (el prefecto) —o de la profunda inspiración en ellos— por parte de unos Constituyentes latinoamericanos, la huella del modelo francés permanece en muchos rasgos de las recientes reformas legislativas. Igualmente, sigue en pie la idea atractiva de las regiones (italianas, más que las Comunidades Autónomas españolas o la más “recomendables” regiones belgas, por lo menos en relación con el concepto general de asimetría); idea que se convierte únicamente en la presencia

⁴⁰ Habla de un bloqueador conceptual Bernd Marquardt en su análisis sobre los defectos cualitativos de los textos de historia constitucional: Marquardt, Bernd, *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010): historia constitucional comparada*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 11 y ss.; id., *Historia constitucional comparada de Iberoamérica. Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016.

⁴¹ Pavani, Giorgia y Estupiñán Achury, Liliana (coord.), “Las tendencias del Estado Unitario en América latina”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º 19 (2016), pp. 1-42.

⁴² Vandelli, Luciano, “Las múltiples caras del Estado unitario”, en Pavani, Giorgia y Estupiñán Achury, Liliana (coord.), *Plurinacionalismo y centralismo. Tensiones del Estado unitario en América Latina*, Universidad Libre, Bogotá, 2018, p. 27.

(en la Carta) de un nivel más de gobierno, debido a la imposibilidad de traer de Europa el sentido histórico-cultural del regionalismo y desarrollarlo en un contexto diferente. El mismo “esquema” conceptual se aplica al tentativo de imitación de las formas de cooperación entre entes y de gestión asociada de las funciones que algunos países andinos están intentando disciplinar, inspirándose en los países europeos (los cuales, a su vez, han sido casi obligados a adoptar estas soluciones para hacer frente a la crisis global).

3.3. La construcción de un nuevo paradigma andino

En las últimas décadas, la mayoría de los Estados de América Latina han realizado reformas constitucionales o han adoptado una nueva Constitución, reiterando al modelo territorial unitario, pero por supuesto, agregando o transformando de manera novedosa y conforme al contexto elementos originales y de mestizaje. Así las cosas, dentro de los temas tratados en estos movimientos de reforma constitucional, está el de la organización territorial y de la distribución del poder entre el Estado central y sus entes territoriales.

La doctrina latinoamericana concuerda bastante al afirmar que algunas de las nuevas Constituciones del entorno andino rompen con el modelo unitario adoptado después de la Independencia. La referencia es específicamente a las Constituciones de Bolivia, Ecuador y Colombia, sin embargo, las experiencias chilena y peruana también se insertan en la ola de descentralización que está caracterizando esta subárea del continente americano.

En relación con los Estados que han adoptado, en principio, el modelo unitario, muchos de ellos definen la forma de Estado con el carácter de unitario, sin embargo, tienen un mandato hacia la descentralización: Bolivia se autodefine como un Estado unitario/plurinacional comunitario; unitario/descentralizado y con autonomías (art. 1, Const. 2009); Ecuador se autocalifica un Estado independiente/unitario/intercultural, plurinacional, se organiza en forma de República y se gobierna de manera descentralizada (art. 1, Const. 2008). Colombia también utiliza conjuntamente las palabras unitario/descentralizado.

En este panorama, junto a la circulación de los contenidos, es relevante hacer hincapié también en el discurso sobre los “recipientes” (las Constituciones). Una comparación basada en el enfoque de análisis del discurso (*Discourse Analysis Approach* – DAA), así como un análisis de antecedentes históricos en un diálogo interdisciplinario entre el derecho público comparado y la ciencia

política han proporcionado unos resultados interesantes para la construcción de un paradigma andino⁴³. Esta investigación ha comparado algunas palabras presentes en las cuatro Constituciones de la región Andina, en países que han adoptado el tipo de Estado unitario y el modelo de organización territorial francés, desde entonces y hasta ahora, desarrollando procesos diferentes de descentralización. Esta comparación sintetiza los hallazgos de una revisión de las Constituciones de Bolivia (2009), Ecuador (2008), Perú (1994) y Colombia (1991), donde las palabras plurinacional, multicultural, comunitario, autónomo, autonomía, unitario e indivisible fueron analizadas desde su significado y significante en relación con los procesos de descentralización de cada país y su impacto sobre la circulación del modelo francés.

A través del enfoque de análisis del discurso (DAA) se compara cómo el significado de las palabras mencionadas ha influido en la descentralización⁴⁴.

El significado de descentralización evoca la democracia y la relación autoridad-sociedad⁴⁵. Históricamente, los procesos de descentralización se basaron en la exclusión de las culturas, fuera del modelo colonial, pero los nuevos significados de estas Constituciones conectan las palabras seleccionadas (como descentralizado, plurinacional, multicultural, comunitario, autónomo, autonomía, unitario, indivisible) a nuevas tendencias, como es el caso de los modelos estatales interculturales y plurinacionales de Ecuador y Bolivia, donde se evidencian la complejidad del poder territorial y la importancia del derecho positivo como elementos clave para comprender los procesos de descentralización⁴⁶. La implementación de tendencias centrífugas

⁴³ Ver González Piñeros, Nidia Catherine y Pavani, Giorgia, "Decentralization processes in the Constitutions of Bolivia, Colombia, Ecuador and Peru. A Comparison beyond a semantic approach", *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º 21 (2018), pp. 1-25.

⁴⁴ Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo, *Derecho constitucional comparado, II, Sistemas constitucionales comparados*, Astrea, Buenos Aires, 2018, cap. 7; Heller, Patrick, "Moving the state: the politics of democratic decentralization in Kerala, South Africa, and Porto Alegre", *Politics & Society*, vol. 29, n.º 1 (2001), pp. 131-163; Falleti, Tulia, "A sequential theory of decentralization: Latin American cases in comparative perspective", *American Political Science Review*, vol. 99, n.º 3 (2005), pp. 327 y ss.; y Mouffe, Chantal, *Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism?*, Institute for Advanced Studies, Wien, 1999.

⁴⁵ Oxhorn, Philip, Tulchin, Joseph S. y Selee, Andrew, *Decentralization, democratic governance, and civil society in comparative perspective: Africa, Asia and Latin America*, Woodrow Wilson Center Press with Johns Hopkins University Press, Washington D.C., 2004.

⁴⁶ González Piñeros, Nidia Catherine y Pavani, Giorgia, *Decentralization processes in the Constitutions of Bolivia, Colombia, Ecuador and Peru. A Comparison beyond a semantic approach*, cit.

de descentralización está relacionada con la capacidad de las instituciones legislativas y judiciales para transformar sus mecanismos, dando más espacio a los nuevos sistemas territoriales. Así, la descentralización y todas las expresiones mencionadas se convierten en dispositivos de poder que pueden transformar los sistemas territoriales y, de hecho, las relaciones políticas hacia mecanismos más equitativos⁴⁷.

En mi opinión, hay tres elementos —plurinación/interculturalidad, derechos de la naturaleza y construcción de la paz territorial— que representan las palabras clave del nuevo paradigma andino de las relaciones entre Estado, pueblos y territorios.

En este sentido, los derechos de la naturaleza dejan de ser considerados “patrimonio” del solo país que les entrega protección constitucional y se convierten en elementos de un “patrimonio común” entre unos países del área andina. La cosmovisión traspuesta en la Constitución de Ecuador, por medio del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho y del buen vivir como principio guía, lleva a una “postura biocéntrica basada en una perspectiva ética alternativa, al aceptar valores intrínsecos en el entorno. Todos los seres, aunque no sean idénticos, tienen un valor ontológico aun cuando no sean de utilidad para los humanos”⁴⁸. En este contexto, la doctrina hace hincapié también en la modificación del concepto de ciudadanía, que deja de ser “simplemente” individual/liberal y se convierte (al plural) en colectiva y comunitaria: en unas “meta-ciudadanías ecológicas”⁴⁹.

La apuesta está exactamente en la capacidad de combinar estos nuevos conceptos y desarrollarlos a nivel territorial, puesto que el modelo territorial heredado por el pasado ha sido construido bajo el antiguo concepto de Estado y de ciudadanía y en una visión de la transferencia de competencias desde arriba hacia abajo.

⁴⁷ Keating, Michael, “Regional autonomy in the changing state order: a framework of analysis”, *Regional & Federal Studies*, vol. 2, n.º 3 (1992), pp. 45-61.

⁴⁸ Acosta, Alberto, “Los buenos convivires. Filosofías sin filósofos, prácticas sin teorías”, *Estudios Críticos del Desarrollo*, vol. 7, n.º 12 (2017), p. 175; y Gudynas, Eduardo y Acosta, Alberto, “La renovación de la crítica al desarrollo y el buen vivir como alternativa”, *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 16, n.º 53 (2011), pp. 71-83.

⁴⁹ Gudynas, Eduardo, *El mandato ecológico. Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*, Abya Yala, Quito, 2009.

Relativamente al cambio de perspectiva de las categorías tradicionales del derecho al medio ambiente, la Constitución de Ecuador es la más representativa de este cambio, porque pasa desde una visión antropocéntrica a una nueva visión ecocéntrica y de una nueva dogmática de los derechos que incluye no solamente los seres humanos, sino también sujetos animados e inanimados⁵⁰. No obstante ese claro reconocimiento constitucional, la implementación de los derechos de la naturaleza no ha sido fácil ni inmediata, ni tampoco apoyada por la jurisprudencia ordinaria y constitucional⁵¹, como ha sido aclarado en el § 2.

En los países vecinos, como en Bolivia, los derechos de la naturaleza no están presentes en la Constitución, sino que han sido afirmados por el legislador en dos leyes sobre la Madre Tierra⁵².

Un extraordinario ejercicio de hermenéutica ha sido cumplido por la jurisprudencia colombiana: en ausencia de una norma constitucional explícita, la Corte Constitucional⁵³ y la Suprema Corte de Justicia⁵⁴ han interpretado el derecho al ambiente en una perspectiva ecocéntrica y la Corte Constitucional ha vislumbrado en el texto de 1991 tanto una Constitución ecológica, como una Constitución cultural⁵⁵. La importancia de las sentencias colombianas no se limita a la afirmación en vía jurisprudencial de una situación subjetiva (los derechos de la naturaleza) no reconocida en la Constitución, sino que se extiende a la tutela de los derechos de las comunidades étnicas. Gracias a la flexibilización de las condiciones de procedibilidad, la Corte ha permitido

⁵⁰ Por una exhaustiva reflexión, véase Carducci, Michele, "Natura (diritti della)", *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. VII, (2017), pp. 486 y ss.

⁵¹ La primera aplicación jurisprudencial del art. 71 de la Constitución sobre los derechos de la naturaleza (caso *Loja v. Río Vilcabamba* del 30 de marzo de 2011) ha sido parcialmente actuada y ha llegado a la Corte Constitucional por incumplimiento, pero la Corte no ha sancionado la inactividad de las autoridades públicas para recuperar el río (Corte Constitucional, Sentencia n.º 012-18-SIS-CC, del 28 marzo de 2018).

⁵² Ley 71/2010 (Ley de Derechos de la Madre Tierra) y Ley 300/2012 (Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien).

⁵³ Sentencia T-622 del 10 de noviembre de 2016, de la Sala sexta de revisión de la Corte Constitucional, nota como el caso *Río Atrato*, M. P. Jorge Iván Palacio.

⁵⁴ STC 4360/2018 del 5 de abril, M. P. Luis Armando Tolosa Villabona, nota como el caso *Derechos de la Amazonía*.

⁵⁵ Punto 5.22 ss. de la sentencia, donde se confirma la jurisprudencia anterior (de la Sentencia T-411 de 1992 en adelante).

“el acceso a la justicia de poblaciones tradicionalmente alejadas del aparato judicial por razones de aislamiento geográfico, postración económica o por su diversidad cultural”, implementando una visión del Estado “comprensivo de la diversidad étnica y de las especificidades que caracterizan a aquellos grupos que se identifican como culturalmente distintos de la sociedad dominante”. La protección de la *pacha mama* es “un efecto del objetivo primario de garantizar los derechos a la cultura y a la identidad de las comunidades étnicas”⁵⁶.

Este enlace entre la defensa de la Naturaleza y los derechos de los pueblos indígenas es muy importante para realizar la construcción de un nuevo paradigma andino, que destaca no solamente a nivel estatal (con un cambio de forma de Estado), sino también a nivel local.

Entre los elementos más significativos de los procesos de descentralización que están interesando aparte de los Estados (originariamente) unitarios de América Latina, señalamos el rol jugado por las comunidades originarias, a las cuales se aplica, con varios matices, un derecho particular. La presencia de estas comunidades se ha transformado en un elemento clave de contraposición al paradigma de la soberanía clásica de huella occidental-liberal, basado en un concepto de pluralismo/multiculturalismo de “asimilación” y no de integración⁵⁷. Este paradigma ha sido trasladado en los Estados latinoamericanos también por medio de la adopción de la forma unitaria del Estado y ha permitido un control de la población indígena por parte de la mayoría de cultura diferente.

La nueva ola de constitucionalismo, con el reconocimiento en los textos constitucionales de los derechos de las poblaciones indígenas y de sus territorios propicia una ruptura con este paradigma y genera una crisis en las categorías clásicas de la organización del Estado, según las reglas de las relaciones entre centro y periferias y Estado-ciudadanos, de derivación europea-occidental⁵⁸. En particular, los procesos constituyentes de Ecuador y Bolivia

⁵⁶ Bagni, Silvia, “Le voci (non del tutto inascoltate) della Natura nella recente giurisprudenza colombiana e indiana”, *DPCE online*, n.º 4 (2018), p. 1000.

⁵⁷ La bibliografía es inmensa y abarca varias disciplinas. Para un acercamiento terminológico y metodológico, véase: Taylor, Charles, “Interculturalism or multiculturalism?”, *Philosophy and Social Criticism*, vol. 38, n.º 4-5 (2012), p. 416; y Meer, Nasar y Modood, Tariq, “How does Interculturalism Contrast with Multiculturalism?”, *Journal of Intercultural Studies*, vol. 33, n.º 2 (2012), pp. 175-196.

⁵⁸ Un interesante trabajo todavía no editado como libro es Buono, Enrico, *Lo Stato plurinazionale. Percorsi di ingegneria costituzionale interculturale*, tesis de doctorado en Derecho Público Comparado, Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”, 2017/2018.

se basaron en un proyecto de sociedad plural y las nuevas Constituciones aprobadas en los años 2008 y 2009 demuestran cómo este es un principio que tendrá que guiar todos los procesos políticos, incluido el de descentralización⁵⁹.

Las Cartas constitucionales superan los modelos estatales precedentes y el pasaje de un Estado asimilacionista a un Estado multicultural/intercultural, en el cual el concepto de nación es diferente al de huella liberal basado en la homogeneidad cultural.

Por eso, en los dos países se observa que no se planteó construir el nuevo Estado bajo la forma federal de base étnica, sino un Estado (autoproclamado unitario) acogedor de todas las diferencias étnicas (reconocida por medio de una organización territorial descentralizada).

El territorio, entonces, representa el elemento de un Estado que vira hacia la plurinación, permite el desarrollo de los derechos de la naturaleza y —con especial referencia al caso colombiano— la construcción de un proceso de paz. Efectivamente, en Colombia, parte de la comunidad en general y de la doctrina jurídica han reconocido en un acto político —el Acuerdo de Paz suscrito entre el Gobierno y el grupo FARC— la posibilidad de un cambio de postura en las relaciones entre Estado-centro y entes territoriales. “Todo lleva a pensar que el tema territorial debe barajarse de nuevo y que los acuerdos de La Habana [...], sin duda, constituyen el mejor pretexto para reflexionar nuevamente sobre un punto de gran calado y filigrana política: la distribución del poder en el territorio”, entonces una “lectura del Acuerdo en clave territorial se debe hacer de forma implícita o explícita”⁶⁰.

⁵⁹ En Bolivia, los compromisos político-culturales que emergieron en la Asamblea Constituyente son evidentes: el peso del Movimiento al Socialismo (MAS) en el contenido de la Constitución y de la posterior Ley Marco de Autonomías y Descentralización (Ley 031 de 2010) no deja lugar a incertidumbre en los dos primeros artículos que reconocen al mismo tiempo la unidad del territorio nacional y el principio de autonomía, con especial énfasis en la autonomía indígena. En la Constitución de Ecuador, el Estado, si bien unitario, se proclama de carácter intercultural y plurinacional, lo que ha sido interpretado como el reconocimiento a las catorce nacionalidades de los pueblos indígenas del Ecuador que habían luchado por su condición de *distintos*. Véase Sánchez Botero, Esther, “Los derechos indígenas en las Constituciones de Colombia y Ecuador”, en González Galván, Jorge Alberto (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n.º 92 (2002), pp. 69-88.

⁶⁰ Estupiñán Achury, Liliana, “Construcción del estado en los Territorios del abandono. Aportes a partir del Acuerdo de Paz”, en id. (ed.), *Constitucionalismo transicional en Colombia: el derecho a la paz como un deber de construcción dialógica*, Universidad Libre, Bogotá, 2018, pp. 152-153.

La idea de que la paz se pueda construir en los territorios se remonta al momento de las negociaciones, cuando se había ideado el concepto de “paz territorial”⁶¹. Sin embargo, ese concepto no ha sido aclarado sucesivamente y podría ser interpretado tanto en un sentido restrictivo-centralista como en un sentido más favorable la participación de las autoridades territoriales a la reconstrucción del territorio, no solamente en términos geográficos, sino políticos, económicos y jurídicos⁶². “En este sentido cobra importancia ‘la territorialización’ no sólo la organización o división administrativa del territorio, sino la relación entre comunidades y la construcción de sociedad en lo local”⁶³.

No se trata, entonces, de un movimiento en favor de la descentralización o de un debate sobre la mejor forma de ordenamiento territorial o de reforma agraria; se trata de interpretar conjuntamente la cuestión territorial con el tema del desarrollo del proceso de paz, porque la lectura del texto de los Acuerdos está “más ligada a una lógica de enfoque territorial que de descentralización y de autonomía (estas últimas se tendrán que construir en fase de implementación)”⁶⁴. Por supuesto, esta relación implica un modo de ser respecto de los territorios, que identifica a las comunidades que lo habitan⁶⁵ (territorio, paz y comunidad originarias, en el razonamiento de la Corte Constitucional).

El conjunto de estos tres elementos plurinación/interculturalidad, derechos de la naturaleza y construcción de la paz territorial permiten abarcar un

⁶¹ Tanto así que parte de la doctrina se ha preguntado sí “¿será ésta conveniente para un desarrollo interno más equilibrado y un escenario propicio para un acuerdo de paz con base en una distribución territorial del poder, o por el contrario, el camino más expedito para abandonar cada territorio a su suerte en la competencia mundial y romper la unidad territorial del Estado colombiano?”. Restrepo, Darío, “De la descentralización a la regionalización. Nuevo escenario de la guerra y oportunidad para la paz”, *Revista Eure*, vol. 29, n.º 89 (2004), pp. 81-96.

⁶² El “mínimo” desarrollo del tema de la paz territorial por parte del Estado todavía no permite expresar una opinión en sentido centralista o autonomista: los 16 programas de desarrollo con enfoque territorial (PDET), creados mediante Decreto 893 del 2017, los cuales aspiran a ser “los instrumentos de planificación y de gestión de programas sectoriales en el marco de una reforma rural integral”, se revelan insuficientes para resolver un tema tan complejo.

⁶³ Sueli Cock, Vanessa, “La autonomía local en el posconflicto, una propuesta de paz territorial”, en Criado de Diego, Marcos (coord.), *La paz en el territorio: poder local y posconflicto en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pp. 271 y ss.

⁶⁴ Estupiñán Achury, Liliana, “Construcción del estado en los Territorios del abandono. Aportes a partir del Acuerdo de Paz”, cit., p. 161.

⁶⁵ Delaney, David, *Territory: a short introduction*, Wiley-Blackwell, Hoboken, 2005, p. 10.

análisis diferente del proceso de “transformación o reacomodamiento” del Estado unitario, que ya no puede ser interpretado bajo las taxonomías clásicas (formadas por criterios exclusivamente jurídicos) que giran en torno a la contraposición “Estado unitario-Estado compuesto”, pues está cambiando el paradigma de las relaciones centro-periferias, demostrando que el modelo de organización territorial rígido, basado en la uniformidad, en la jerarquía y en la separación de competencias, ya no funciona.

Para entender este nuevo paradigma es necesario proceder por medio de una lectura conjunta e integrada del rol jugado por los formantes en cada uno de los países considerados. Según mi visión de comparatista, la categoría de los derechos de la naturaleza se construye por medio del aporte de la doctrina, de la jurisprudencia, y de la ley (en sentido ancho), es decir, por medio de los tres formantes⁶⁶.

Si analizáramos los formantes por separado en cada país, es decir, el rol del legislador en la actuación de los principios constitucionales, de la jurisprudencia en la interpretación de los nuevos derechos, así como de la doctrina en su misión de soporte de los dos formantes, tendríamos aún una visión incompleta de este paradigma andino. En otras palabras —y explicado en términos de teoría de la comparación—, no aparecería un paradigma, sino que se verificaría una disociación entre formantes.

El significado de cada uno de los elementos del nuevo constitucionalismo andino que se encuentran en las Constituciones recientes de Bolivia y Ecuador se ha afirmado por medio de la interpretación de la jurisprudencia y de la doctrina más innovadora⁶⁷, también en Colombia, donde la Constitución de 1991 no los incluye explícitamente en el texto. Sin embargo, los tres

⁶⁶ Según Sacco, generaciones de juristas aprendieron que, en razón del principio de “unicidad de la regla del derecho”, la regla legal, la regla doctrinal y la regla jurisprudencial tienen el mismo contenido y que son, por eso mismo, intercambiables. Esto no es cierto en las investigaciones de derecho comparado, ya que al interior de cada sistema los formantes se comportan de manera distinta. Sacco, Rodolfo, cit., Sacco, Rodolfo, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)”, *American Journal of Comparative Law*, n.º 39 (1991), pp. 1-34.

⁶⁷ En América Latina, el tránsito de un Estado multicultural hacia un Estado intercultural es el resultado de un largo trabajo hermenéutico de la doctrina, el cual hizo hincapié en la exigencia de un diálogo paritario entre las diferentes culturas: Talavera Fernández, Pedro, “Diálogo intercultural y universalidad de los derechos humanos”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n.º 28 (2011), p. 20. Habla de una utopía andina Ávila Santamaría, Ramiro, *La utopía del oprimido. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*, Akal, Madrid, 2019.

formantes (normativo, jurisprudencial y doctrinario/cultural) no siempre han funcionado en armonía.

El análisis comparado permite trazar un vínculo entre los formantes: exactamente como sucede en una melodía cuando los instrumentos tocan conjuntamente para crear una composición musical completa e independiente, así lo es para proporcionar una lectura amplia del nuevo paradigma; es necesario examinar conjuntamente el funcionamiento de todos los formantes.

Siguiendo adelante con la metáfora musical, en relación con el ordenamiento territorial, esta melodía tiene que ser transcrita en un nuevo pentagrama, porque el actual no es apropiado para acoger el nuevo paradigma.

Esta es la clave de lectura para el paso de un acercamiento descriptivo a las reformas constitucionales y legislativas aprobadas en la última década en esa área del continente, a la construcción de un modelo prescriptivo que no se identifique con la experiencia jurídica de un solo país —no sería un modelo en sentido estricto—, sino en un prototipo válido para los Estados que se identifiquen (y que se identificarán) en este nuevo paradigma.

La doctrina comparatista ya ha confirmado las condiciones de comparabilidad entre dos de los tres países analizados (Bolivia y Ecuador) en relación con la construcción de una nueva categoría de forma de Estado (el Estado intercultural), basada en el diálogo entre culturas, que va más allá de la categoría del Estado multicultural, este último basado en la coexistencia de varias culturas⁶⁸ (el enfoque intercultural ha sido analizado en el § 2).

La plurinación/interculturalidad y la defensa de los derechos de la naturaleza pertenecen a los elementos comunes bajo los cuales se está construyendo la categoría del Estado intercultural, como nuevo modelo de relaciones entre “autoridad y libertad”, Estado y ciudadanos.

La propuesta de una lectura por formantes del nuevo paradigma andino añade a estos elementos el componente del territorio: el territorio es considerado un elemento característico de este paradigma en el cual se desarrollan las garantías de los pueblos *tout court* y se construye la tesis para la defensa de la naturaleza y la construcción de la paz territorial.

⁶⁸ Bagni, Silvia, “Lo Stato interculturale: primi tentativi di costruzione prescrittiva della categoria”, en Bagni, Silvia, Pavani, Giorgia y Figueroa Mejía, Giovanni A. (coords.), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, Tirant Lo Blanch, México, 2017, tomo 1, pp. 111 y ss. En relación con la categoría del Estado multicultural, véase la obra de Amirante, Domenico, *Lo Stato Multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell’Unione indiana*, BUP, Bologna, 2014.

Por tanto, razonando en términos prescriptivos, los (nuevos) elementos del paradigma andino implican diferencias en relación con la estructura del ordenamiento local, pues como una nueva melodía no puede transcribirse en el antiguo pentagrama, igualmente el diálogo intercultural, la defensa de la naturaleza y la construcción de la paz territorial no pueden desarrollarse en un espacio uniforme, homologado, controlado por el centro por medio de órganos que actuaban coherentemente en otra forma (y con visión) de Estado.

Si fuera así, o si siquiera siendo así, existiría el riesgo de la “deconstitucionalización”, es decir, de falta de actuación de la Constitución o de un vaciamiento de los nuevos principios constitucionales⁶⁹, mientras, en cambio, la propuesta epistemológica contenida en las Constituciones “busca revalorizar los conocimientos ancestrales y mestizos para proponer alternativas al desarrollo hegemónico, en una suerte de ruptura del sistema geopolítico dominante”⁷⁰.

En este escenario, es fundamental abrir un diálogo al interior de la doctrina latinoamericana (en particular, del área andina) y entre esa y la doctrina europea, con un aporte relativo al “cómo” alimentar —desde la perspectiva jurídica— este diálogo, para que sea fructífero para los demás formantes (en particular, el legislador).

Lo que he identificado como “paradigma andino”, con su carácter prescriptivo y su elemento principal de la asimetría (en todos los perfiles: funcional, estructural e identitario/cultural) puede ser leído también en términos interculturales e interdisciplinarios, como una respuesta —jurídica— a la petición de superar la “autoestima relativamente baja” y el “victimismo” del “latinoamericano escéptico [el cual] típicamente subestima el papel del constitucionalismo en sus países”⁷¹.

Al contrario, con una “inyección de autoestima”, el estudioso latinoamericano puede convertir el área latinoamericana —que tanto ha adquirido de los

⁶⁹ De Sousa Santos, Boaventura, “Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”, en id., Grijalva Jiménez, Agustín (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Abya Yala, Quito, 2012, p. 14.

⁷⁰ Navas Alvear, Marcos y Barahona Nejér, Alexander, “La Constitución como proceso de transformación y espacio de disputa: reflexiones sobre los sentidos del modelo de desarrollo en la Constitución de Montecristi”, en Le Quang, Matthieu (ed.), *La revolución ciudadana en escala de grises. Avances, continuidades y dilemas*, IAEN, Quito, p. 136.

⁷¹ Marquardt, Bernd, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica. Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, cit., p. 54.

derechos extranjeros— en un ejemplo de estudio en virtud de todos los casos de mutaciones del gobierno local que están afectando a muchos países europeos, valorizando las fuerzas centrífugas que caracterizan las experiencias latinoamericanas analizadas en el presente libro, identificadas por procesos de descentralización asimétrica, basados también en factores extrajurídicos, nuevas formas de participación ciudadana y de relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Estas nuevas tendencias de la descentralización representan un laboratorio experimental que se expande en América Latina y pueden ser estudiadas en un contexto más amplio de circulación de los modelos de descentralización y permite al comparatista convertir lo aprendido de las experiencias latinoamericanas en algunas propuestas útiles para superar el momento de crisis europea, que ha llegado a una dimensión no solo económico-financiera, sino además institucional.

Bibliografía

- AA.VV., *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900: procès-verbaux des séances et documents*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1905-07.
- Acosta, Alberto, “Los buenos convivires. Filosofías sin filósofos, prácticas sin teorías”, *Estudios Críticos del Desarrollo*, vol. 7, n.º 12, (2017), pp. 153 y ss.
- Amirante, Domenico, *Lo Stato Multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell’Unione indiana*, BUP, Bologna, 2014.
- Ávila Santamaría, Ramiro, *La utopía del oprimido. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*, Akal, Madrid, 2019.
- Bagni, Silvia (dir.), *Justicia constitucional comparada*, Editorial Porrúa, México, 2014.
- Bagni, Silvia, “Del Welfare State al Caring State?”, en AA.VV., *Annuario italo-iberoamericano di diritto costituzionale*, ESI, Napoli, 2014, pp. 325-345.
- Bagni, Silvia, “Comparative law and... love: contro la globalizzazione del diritto, per la globalizzazione del giurista”, *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi 2017*, vol. VIII (2017), pp. 47-66.
- Bagni, Silvia, “Estudio introductorio sobre el deslinde conceptual del Estado intercultural”, en *Lo Stato interculturale: una nuova eutopia? The Intercultural State: a New Eutopia? El Estado intercultural: ¿una nueva eutopia?*, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Bologna, 2017, pp. 5-13.
- Bagni, Silvia, *Il popolo legislatore*, BUP, Bologna, 2017.

- Bagni, Silvia, “Does Interculturalism matter in legal studies?”, *DPCE Online*, n.º 2 (2019), pp. 1279-1283, en <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/731>.
- Bagni, Silvia, “Lo Stato interculturale: primi tentativi di costruzione prescrittiva della categoria”, en Bagni, Silvia, Pavani, Giorgia y Figueroa Mejía, Giovanni A. (coords.), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, Tomo II, Tirant Lo Blanch, México, 2017, pp. 111 y ss.
- Bagni, Silvia, “Le voci (non del tutto inascoltate) della Natura nella recente giurisprudenza colombiana e indiana”, *DPCE Online*, n.º 4 (2018), p. 1000.
- Bellingeri, Marco, *Sistemas jurídicos y codificación en el primer liberalismo mexicano, 1824-1834*, en id. (coord.), *Dinámicas de Antiguo Régimen y orden constitucional: representación, justicia y administración en Iberoamérica, siglos XVIII-XIX*, OTTO, Torino, 2000, pp. 367 y ss.
- Benedicto XVI, Carta encíclica *Caritas in veritate*, A los obispos a los presbíteros y diáconos a las personas consagradas. A todos los fieles laicos y a todos los hombres de buena voluntad sobre el desarrollo humano integral en la caridad y en la verdad, 29 de junio de 2009.
- Bennet, Robert J., “European Local Government Systems”, en id. (ed.), *Local Government in the New Europe*, Belhaven Press, London, 1993, pp. 28 y ss.
- Bobbio, Luigi, *I governi locali nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari.
- Boero, Ferdinando, “Nature and the governance of human affairs”, en Bagni, Silvia (dir.), *Come governare l'ecosistema? How to govern the ecosystem? ¿Cómo gobernar el ecosistema?*, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Bologna, Bologna, 2018, pp. 47-60.
- Buono, Enrico, “Columbus’ Mistake. Bridging the Gap in the Global South: the Implementation of Institutional Multiculturalism between India and Las Indias”, *Rev. Gen. Der. Púb. Comp.*, 26 (2019), pp. 1-20.
- Buono, Enrico, *Lo Stato plurinazionale. Percorsi di ingegneria costituzionale interculturale*, tesis de doctorado en Derecho Público Comparado, Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli”, 2017/2018.
- Capra, Fritjof y Mattei, Ugo, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca, Sansepolcro, 2017.
- Carducci, Michele, “Natura (diritti della)”, *Dig. Disc. Pubbl.*, VII (2017), pp. 486 y ss.
- Cunningham, William P., Cunningham, Mary Ann y Saigo, Barbara W., *Fondamenti di ecologia*, McGraw-Hill, Milano, 2004.

- David, René, *Traité élémentaire de droit civil comparé: introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, R. Pichon, R. Durand-Auzias, París, 1950.
- De Sousa Santos, Boaventura, *Construyendo las epistemologías del Sur. Antología*, vol. I y II, Clacso, Buenos Aires, 2018.
- De Sousa Santos, Boaventura y Grijalva Jiménez, Agustín (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Abya Yala, Quito, 2012.
- Delaney, David, *Territory: a short introduction*, Wiley-Blackwell, Hoboken, 2005.
- Escobar, Arturo, "Sentipensar con la Tierra: las luchas territoriales y la dimensión ontológica de las epistemologías del Sur". *AIBR Revista de Antropología Iberoamericana*, vol. 11, n.º 1 (2016), pp. 11-32.
- Estupiñán Achury, Liliana, "Construcción del estado en los territorios del abandono. Aportes a partir del Acuerdo de Paz", en id. (ed.), *Constitucionalismo transicional en Colombia: el derecho a la paz como un deber de construcción dialógica*, Universidad Libre, Bogotá, 2018, pp. 152-153.
- Falleti, Tulia, "A sequential theory of decentralization: Latin American cases in comparative perspective", *American Political Science Review*, vol. 99, n.º 3(2005), pp. 327 y ss.
- Fletcher, George P., "Comparative Law as a Subversive Discipline", *Am. J. Comp. L.* n.º 46 (1998), pp. 683-700.
- García de Enterría, Eduardo, *Revolution française et administration contemporaine*, Economica, París, 1986.
- Glenn, Patrick H., *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, OUP, Oxford, 2000.
- Goldsmith, Mike, "Local autonomy-theory and practice", en King, Desmond S. y Pierre, Jon (eds), *Challenges to Local Government*, SAGE, Londres, 1990.
- González Piñeros, Nidia Catherine y Pavani, Giorgia, "Decentralization processes in the Constitutions of Bolivia, Colombia, Ecuador and Peru. A Comparison beyond a semantic approach", *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º 21 (2018), pp. 1-25.
- Graziadei, Michele, "Comparative law as the study of transplants and receptions", en Reimann, Mathias y Zimmermann, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, OUP, Oxford, 2006, pp. 441 y ss.
- Gudynas, Eduardo y Acosta, Alberto, "La renovación de la crítica al desarrollo y el buen vivir como alternativa", *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 16, n.º 53, (2011), pp. 71-83.

- Gudynas, Eduardo y Acosta, Alberto, *El mandato ecológico. Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*, Abya Yala, Quito, 2009.
- Gudynas, Eduardo, *El mandato ecológico. Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*, Abya Yala, Quito, 2009.
- Guerra, François-Xavier (coord.), *Revoluciones hispánicas: independencias americanas y liberalismo español*, Editorial Complutense, Madrid, 1995.
- Heller, Patrick, "Moving the state: the politics of democratic decentralization in Kerala, South Africa, and Porto Alegre", *Politics & Society*, vol. 29, n.º 1 (2001), pp. 131-163.
- Keating, Michael, "Regional autonomy in the changing state order: a framework of analysis", *Regional & Federal Studies*, vol. 2, n.º 3 (1992), pp. 45-61.
- Kothari, Ashish, Salleh, Ariel, Escobar Arturo et al. (ed.), *Pluriverse: A Post-Development Dictionary*, Tulika Books, New Dehli, 2019.
- Kudo, Hiroko, Ladu, Giampaolo y Pegoraro, Lucio (a cura di), *Municipi d'oriente. Il governo locale in Europa orientale, Asia e Australia*, Donzelli, Roma, 2008.
- Legrand, Pierre, "European legal systems are not converging", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45 (1996), pp. 52-81.
- Mattei, Ugo, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2011.
- Mattei, Ugo y Monateri, Pier Giuseppe, *Introduzione breve al diritto comparato*, CEDAM, Padova, 1997.
- Mattei, Ugo y Quarta, Alessandra, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, Aboca, Sansepolcro, 2018.
- Marquardt, Bernd, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica. Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016.
- Marquardt, Bernd, *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010), historia constitucional comparada*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2011.
- Meer, Nasar y Modood, Tariq. "How does Interculturalism Contrast with Multiculturalism?", *Journal of Intercultural Studies*, vol. 33, n.º 2 (2012), pp. 175-196.
- Menski, Werner, "Globalisation and the new utopia of multicultural/intercultural and plurilegal states: Some methodological reminders", en Bagni, Silvia (coord.), *Lo Stato interculturale: una nuova eutopia? The Intercultural State: a New Eutopia? El Estado intercultural: ¿una nueva eutopía?*, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Bologna, 2017, pp. 120-143.

- Morvillo, Marta, "Climate change litigation e separazione dei poteri: riflessioni a partire dal caso Urgenda", *Forum di Quaderni costituzionali*, 28 de mayo de 2019, pp. 1-12.
- Mouffe, Chantal, *Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism?*, Institute for Advanced Studies, Wien, 1999.
- Muir-Watt, Horatia, "La fonction subversive du droit comparé", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, n.º 3 (2000), pp. 503-527.
- Navas Alvear, Marcos y Barahona Nejer, Alexander, "La Constitución como proceso de transformación y espacio de disputa: reflexiones sobre los sentidos del modelo de desarrollo en la Constitución de Montecristi", en Le Quang, Matthieu (ed.), *La Revolución Ciudadana en escala de grises. Avances, continuidades y dilemas*, IAEN, Quito, pp. 135 y ss.
- Oxhorn, Philip, Tulchin, Joseph S. y Selee, Andrew, *Decentralization, democratic governance, and civil society in comparative perspective: Africa, Asia and Latin America*, Woodrow Wilson Center Press with Johns Hopkins University Press, Washington D.C., 2004.
- Page, Edward C. (ed.), *Central and Local Government Relations. A Comparative Analysis of West European Unitary States*, SAGE, London, 1987.
- Pavani, Giorgia y Estupiñán Achury, Liliana (coord.), "Las tendencias del Estado Unitario en América Latina", *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º 19 (2016), pp. 1-42.
- Pavani, Giorgia y Pegoraro, Lucio (a cura di), *Municipi d'occidente. Il governo locale in Europa e nelle Americhe*, Donzelli, Roma, 2006, trad. esp. *Municipios de Occidente. El gobierno local en Europa y en las Américas*, Universidad Libre, Bogotá, 2008.
- Pegoraro, Lucio, "Introduzione. Municipi d'Oriente. Una macrocomparazione per differenze", en Kudo, Hiroko, Ladu, Giampaolo y Pegoraro, Lucio (eds.), *Municipi d'oriente. Il governo locale in Europa orientale, Asia e Australia*, Donzelli, Roma, 2008.
- Pegoraro, Lucio, *Derecho constitucional comparado. La ciencia y el método*, Astrea, Buenos Aires, 2016.
- Pegoraro, Lucio, Rinella, Angelo, *Derecho constitucional comparado, II, Sistemas constitucionales comparados*, Astrea, Buenos Aires, 2018.
- Ramón Valarezo, Galo. "Plurinacionalidad o interculturalidad en la Constitución?", <http://www.cebem.org/cmsfiles/archivos/plurinacionalidad-19.pdf>.
- Restrepo, Darío, "De la descentralización a la regionalización. Nuevo escenario de la guerra y oportunidad para la paz", *Revista Eure*, vol. 29, n.º 89 (2004), pp. 81-96.

- Ruggiu, Ilenia, *Culture and the Judiciary. The Anthropologist Judge*, Routledge, London-New York, 2018.
- Sacco, Rodolfo, "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installation I of II)", *American Journal of Comparative Law*, n.º 39 (1991), pp. 1-34.
- Sánchez Botero, Esther, "Los derechos indígenas en las Constituciones de Colombia y Ecuador", en González Galván, Jorge Alberto (coord.), *Constitución y Derechos Indígenas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n.º 92 (2002), pp. 69-88.
- Siems, Mathias, "The End of Comparative Law", *Journal of Comparative Law*, n.º 92, (2007), pp. 133-150.
- Stone, Christopher D., "Should trees have standing? Towards Legal Rights for Natural Objects", *Southern California Law Review*, n.º 45 (1972), pp. 450-501.
- Suelt Cock, Vanessa, "La autonomía local en el posconflicto, una propuesta de paz territorial", en Criado de Diego, Marcos (coord.), *La paz en el territorio: poder local y posconflicto en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pp. 271 y ss.
- Talavera Fernández, Pedro, "Diálogo intercultural y universalidad de los derechos humanos", *Revista del Instituto de Ciencias jurídicas de Puebla*, n.º 28 (2011), p.20.
- Taylor, Charles, "Interculturalism or multiculturalism?", *Philosophy and Social Criticism*, vol. 38, n.º 4-5 (2012), pp. 413 y ss.
- Vandelli, Luciano, "Las múltiples caras del Estado unitario", en Pavani, Giorgia y Estupiñán Achury, Liliana (coord.), *Plurinacionalismo y centralismo. Tensiones del Estado unitario en América Latina*, Universidad Libre, Bogotá, 2018, pp. 21 y ss.
- Vandelli, Luciano, *El poder local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, INAP, Madrid, 1991.
- Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, "Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano", en Viciano Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 36-44.
- Wunder, Bernd (dir.), *Les influences du modèle napoléonien d'administration sur l'organisation administrative des autres Pays*, International Institute of Administrative Sciences, Bruxelles, 1995.
- Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *An Introduction to Comparative Law*, North Holland Pub., Ámsterdam-Nueva York, 1977.