

El constitucionalismo transformador, el caso de la consulta previa y la jurisdicción comunal

Transformative constitutionalism, the case of prior consultation and communal jurisdiction

 JOSÉ RAMÓN NARVÁEZ HERNÁNDEZ*

21

Resumen

Instituciones del derecho intercultural como la consulta previa y la jurisdicción comunal se presentan como nuevos planteamientos que prefiguran un constitucionalismo distinto al tradicional de corte occidental. El trabajo indaga sobre los elementos de este nuevo constitucionalismo y si le podríamos llamar transformador, como al parecer se le ha venido denominando en la región de América Latina.

Palabras clave

constitucionalismo transformador, consulta previa, jurisdicción comunal, derecho intercultural.

Abstract

Intercultural legal institutions such as prior consultation and communal jurisdiction are presented as new approaches that foreshadow a constitutionalism distinct from the traditional Western model. This work explores the elements

* Profesor investigador de la Universidad Nacional Autónoma de México y de la Escuela Judicial Electoral. Doctor en teoría e historia del derecho por la Universidad de Florencia. Director Académico de la Red Iberoamericana de Cine y Derecho. Presidente honorario del Instituto Latino Americano de Historia del Derecho. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0925-3958>. Correo electrónico: jnarvaezh@derecho.unam.mx

of this new constitutionalism and whether it can be called transformative, as it has apparently been termed in Latin America.

Keywords

transformative constitutionalism, prior consultation, communal jurisdiction, intercultural law.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR COMO MARCO TEÓRICO. III. LA CONSULTA PREVIA: PARTICIPACIÓN Y AUTODETERMINACIÓN. IV. JURISDICCIÓN COMUNAL: PLURALISMO JURÍDICO Y AUTONOMÍA. V. TENSIONES Y DESAFÍOS. VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El constitucionalismo transformador se presenta en nuestros días como un paradigma jurídico que va más allá de la mera limitación del poder estatal, y aspira a la transformación social y la corrección de injusticias históricas (Roa, 2021). Este objetivo no es nada sencillo de cumplir si se piensa en el crecimiento de las autocracias en el mundo entero.

En el contexto latinoamericano, este enfoque ha encontrado expresión particular en el reconocimiento de derechos colectivos, la consulta previa y el reconocimiento de la jurisdicción comunal como dos grandes ejemplos. Así, ha configurado un marco normativo que busca reconciliar la diversidad cultural con la unidad estatal, lo cual se suele reconocer como derecho intercultural. Sin embargo, la reforma constitucional como mecanismo actual no ha logrado generar los tan anhelados cambios, incluso ha servido para desincentivar, retrasar o erradicar algunas de las transformaciones más necesarias (Landau & Dixon, 2023).

Este enfrentamiento entre el constitucionalismo transformador y el denominado constitucionalismo abusivo representa una de las tensiones más significativas del derecho constitucional contemporáneo, especialmente en América Latina.

El constitucionalismo abusivo, como lo define David Landau (2020), se refiere al fenómeno donde

governantes, eleitos democraticamente, subverterem o processo democrático e buscam ceifar o pluralismo (utiliza)...métodos formais ou a própria Constituição como escopo para prática de atos antidemocráticos, que visam reduzir a equitatividade na concorrência da oposição e dos críticos ao governo (p. 20).

Esta es una confrontación fundamental no solo en el terreno teórico, sino, sobre todo, en la vida de millones de personas. Mientras que el constitucionalismo transformador busca ampliar derechos y democratizar el poder, el constitucionalismo abusivo utiliza las formas constitucionales para concentrar poder y debilitar la democracia, cerrando los caminos procesales y creando un «constitucionalismo utópico» (Landau & Dixon, 2023).

El constitucionalismo abusivo manipula los procesos de reforma constitucional para perpetuar el poder. En contraste, el constitucionalismo transformador utiliza las reformas para expandir derechos y fortalecer la participación democrática, como se vio en las constituciones de Colombia (1991), Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

El constitucionalismo abusivo subvierte instituciones, emplea la gramática del constitucionalismo clásico, manipula el lenguaje y limita los derechos incluso diciendo que los amplía; es la exacerbación de la modernidad jurídica y su doble discurso (Martín-Barbero, 2004).

Mientras el constitucionalismo transformador desarrolla interpretaciones expansivas de derechos para grupos históricamente excluidos (Martínez, 2017), el constitucionalismo abusivo restringe estos derechos o los subordina a consideraciones de «orden público» o de la «voluntad popular».

Decimos constitucionalismo transformador por colocarle un nombre a un fenómeno bastante heterogéneo y que se nutre de distintas perspectivas teóricas; pero que, en general, podemos ubicar por sus formulaciones hermenéutico-políticas, tales como cortes constitucionales independientes, órganos de control autónomos, participación ciudadana efectiva, búsqueda de «cláusulas pétreas» o límites al poder reformador, aplicación de la doctrina de la «sustitución constitucional», propuestas que incluyan principios de rigidez constitucional, mantenimiento activo del recurso a sistemas regionales de derechos humanos, aplicación del llamado *ius constitutionale commune*, y mecanismos de presión internacional y diplomática (Von Bogdandy, 2015).

El enfrentamiento también ocurre a nivel metodológico como el caso de un tipo de interpretación evolutiva y expansiva, consideraciones desde el principialismo, atención particular a un diálogo intercultural, y un enfoque argumentativo que considera la dignidad humana. Del lado del constitucionalismo abusivo, vemos un formalismo selectivo, una interpretación restrictiva cuando conviene, una instrumentalización del derecho y la subordinación de derechos al poder (Bernal, 2016).

El constitucionalismo del futuro requeriría, entonces, herramientas más eficientes para la identificación temprana de posibles reformas ilegítimas e intentos

de manipulación abusiva. No se trata de consideraciones meramente analíticas desde el derecho, sino que implica un tipo de saber práctico multidisciplinario para realizar este tipo de detecciones con ayuda de la ciudadanía. Además, se necesitará desarrollar mecanismos efectivos de defensa constitucional e incorporar herramientas que permitan una mayor legitimidad democrática a través del equilibrio en la protección constitucional y la voluntad mayoritaria, y, en cualquier caso, se requerirá un mayor trabajo de colaboración a nivel latinoamericano (Martins, 2019).

Esta tensión revela que el constitucionalismo no es neutral, puede servir tanto para democratizar y transformar sociedades como para concentrar poder y debilitar la democracia. La experiencia latinoamericana muestra que la vigilancia constante y el fortalecimiento institucional son esenciales para que prevalezca el potencial transformador del constitucionalismo sobre sus usos abusivos.

II. EL CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR COMO MARCO TEÓRICO

El constitucionalismo transformador surge como respuesta a las limitaciones del constitucionalismo liberal clásico para abordar las desigualdades estructurales y la exclusión histórica. Este paradigma se caracteriza por su dimensión aspiracional, orientada no solo a preservar el *statu quo*, sino a generar cambios sociales profundos a través del derecho (Medici, 2017).

24

El carácter proyectivo y nominal de este constitucionalismo que quizá es muy propio de América Latina y tal vez surgió desde el siglo XIX ha generado un constitucionalismo de «expectativas» que, muchas veces, no fue capaz de resolver temas como la desigualdad, el autoritarismo o la corrupción, los tres males endémicos de la región. Distinguir en el constitucionalismo actual cuáles son los objetivos y cuál es la realidad de la que se parte resulta fundamental.

Sin embargo, en América Latina, han existido recientemente constituciones que han intentado un derrotero distinto, como en Colombia (1991), Ecuador (2008) y Bolivia (2009). Así, han creado un constitucionalismo en parte distinto «nuevo» le llamaron en su momento, incorporando elementos como el pluralismo jurídico, los derechos colectivos y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural como fundamentos del Estado (Gargarella, 2015). Este constitucionalismo asume la tensión entre universalidad y particularidad como un desafío constructivo antes que como una contradicción insuperable.

Ahora bien, si el nuevo constitucionalismo tiene como principal objetivo disminuir el autoritarismo, presenta una fuerte vocación democrática, y no cual-

quier democracia, sino aquella directa que favorecería una mayor participación (Armengol, 2010). Sin embargo, hay un problema, la gran desigualdad que existe en la región genera que la mayoría de la sociedad vea como prioritarias otras necesidades básicas, y postergue el ejercicio de sus derechos políticos o, peor aún, delegue esas atribuciones a la clase política y a los gobiernos, que cada día encuentran más maneras de hacerle creer que realmente hay una preocupación por ella. A la infraestructura delegacional le llaman democracia participativa e institucional, con ella la sociedad no se debe preocupar por la toma de decisiones; curiosamente el constitucionalismo ilustrado que tanto daño hizo en nuestra historia.

Así que el binomio constitución-democracia ahora tiene otro cariz.

III. LA CONSULTA PREVIA: PARTICIPACIÓN Y AUTODETERMINACIÓN

La consulta previa representa uno de los instrumentos más significativos del constitucionalismo transformador en materia de derechos colectivos. Fundamentada en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y desarrollada por la jurisprudencia constitucional, constituye un mecanismo de participación que reconoce la autonomía de los pueblos indígenas y comunidades tradicionales en las decisiones que les afecten (Hillón, 2014).

25

La consulta previa trasciende la mera información o socialización de proyectos, y se configura como un derecho fundamental de carácter colectivo que implica la participación efectiva en la toma de decisiones. Su implementación requiere que sea previa, libre, informada, culturalmente adecuada y de buena fe. Busca alcanzar acuerdos o, en su defecto, el consentimiento de las comunidades afectadas (Sanborn *et al.*, 2016).

Este mecanismo refleja la tensión entre el modelo de desarrollo extractivista y los derechos territoriales de las comunidades. Así, evidencia cómo el constitucionalismo transformador debe navegar entre diferentes concepciones del progreso y el bienestar, por lo que debe primar el diálogo y eso requiere herramientas tanto institucionales como sociales que se deben incorporar al ejercicio público.

Muchas veces, las consultas se simulan, la visión occidental lleva a pensar que es suficiente con «llenar los requisitos» y es ahí donde el buen espíritu del derecho internacional público de los derechos humanos y el constitucionalismo se topa con el muro del doble discurso. El acercamiento a una cultura distinta a aquella a la que pertenece la mayoría de funcionarios relacionados con el Estado supondría una actitud de respeto y apertura que no necesariamente se presenta en

estos eventos. Algunas herramientas ligadas a mediación serían necesarias, incluso hay quien habla de mediación cultural, la cual pasa primero por una correcta interpretación de la cultura y del idioma del pueblo, comunidad o nación con la que se lleva a cabo la consulta.

El nuevo constitucionalismo no solo debe abandonar su zona de confort, también tiene que asumir los retos impuestos por los nuevos tiempos relacionados con el cambio en las prácticas de interlocución con la población a la que se consulta. No se trata de una labor de salvamento o civilizatoria, sino, por el contrario, de compartición y aprendizajes mutuos. El constitucionalismo, entonces, se encuentra con la necesidad de desarrollar instrumentos de comunicación, diálogo, interpretación y argumentación de normas no necesariamente escritas en el idioma franco y oficial de aquel Estado. Estos distintos «sistemas normativos» se han configurado de diverso modo y requieren toda la cautela posible para saberlos leer. Deberían rechazarse de forma contundente actitudes de subsunción o sometimiento de un sistema sobre otro, justo por eso se consulta para saber si existe una manera distinta de entender tal o cual institución o práctica del derecho (Narváez, 2025).

IV. JURISDICCIÓN COMUNAL: PLURALISMO JURÍDICO Y AUTONOMÍA

La jurisdicción comunal representa la materialización y aterrizaje del pluralismo jurídico que es finalmente reconocido, en este caso por el constitucionalismo transformador. A través de ella, se reconoce la capacidad de las comunidades indígenas y tradicionales para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su territorio, aplicando sus propias normas y procedimientos en la resolución de conflictos (Ruiz, 2009).

Este reconocimiento implica una transformación profunda de la concepción monista del derecho. Así, se acepta la coexistencia de múltiples sistemas normativos dentro del mismo territorio estatal, lo que comúnmente se llama pluralismo jurídico (Fajardo, 2004). La jurisdicción comunal opera según principios como la territorialidad, la pertenencia étnica y la competencia material. De esta manera, configura un espacio de autonomía jurídica que se debe coordinar con el sistema judicial ordinario, cuestión que no ha sido sencilla (Paz, 1998).

Los límites de la jurisdicción comunal se encuentran en los derechos fundamentales y los principios constitucionales, generando un diálogo intercultural entre diferentes tradiciones jurídicas. Esta tensión productiva requiere mecanismos de coordinación y armonización que respeten tanto la diversidad cultural como los estándares universales de los derechos humanos (La Rosa, 2008).

El constitucionalismo transformador incorpora una concepción ampliada de derechos que trasciende el individualismo liberal clásico, de modo que reconoce derechos colectivos como el territorio, la autonomía, la identidad cultural y la participación política diferenciada. Estos derechos no constituyen una simple agregación de derechos individuales, sino que poseen una dimensión colectiva irreductible que brinda otro tipo de irradiación al derecho.

El derecho al territorio ilustra esta diferencia cualitativa: no se trata meramente de propiedad individual sobre la tierra, sino de una relación integral entre comunidad, territorio y cultura que incluye dimensiones espirituales, productivas y organizativas (Llano & Velasco, 2023). Esta concepción integral del territorio como espacio de vida y reproducción cultural desafía las categorías jurídicas occidentales tradicionales y nos llama a redefinir el derecho constitucional, así como toda la ciencia jurídica (Escobar, 2015).

La identidad cultural, por su parte, se configura como un derecho dinámico o, mejor aún, como un derecho abanico que incorpora muchos otros derechos, cuya principal misión consiste en la preservación de las tradiciones, así como la capacidad de transformación y adaptación cultural (Ruiz, 2007). Esto implica el reconocimiento de que las culturas no son entidades estáticas, sino procesos vivos que requieren condiciones para su desarrollo y evolución.

Podríamos agregar que, particularmente, el derecho a la autonomía enarbola esta jurisdicción propia, forma parte del derecho a la identidad cultural y representa uno de los pilares fundamentales de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y de las minorías culturales. Este derecho reconoce que la preservación y el desarrollo de una identidad cultural específica requiere cierto grado de autodeterminación y control sobre los asuntos que afectan directamente a esa comunidad (De Jinete & Padilla, 2014).

La autonomía cultural se basa en el principio por el cual las comunidades tienen el derecho inherente a mantener, desarrollar y transmitir su cultura, sus tradiciones, su lengua y sus formas de organización social. No se trata simplemente de preservar elementos folclóricos, sino de garantizar que las comunidades puedan tomar decisiones sobre su propio desarrollo cultural y social, de manera que sea coherente con sus valores y su cosmovisión. Lo anterior supone una autonomía normativa que incluye el derecho a mantener y aplicar sistemas normativos propios, siempre que sean compatibles con los derechos humanos fundamentales. Esto abarca sistemas de justicia tradicional, formas de resolución de conflictos y mecanismos de regulación social internos.

Además, está la autonomía territorial a la que ya nos referimos, la cual reconoce la relación especial que muchas comunidades mantienen con sus territorios ancestrales, no solo como espacio físico, sino como elemento constitutivo de su identidad cultural. Incluye derechos sobre el uso y la gestión de recursos naturales.

Por otro lado, se encuentra la autonomía educativa y lingüística que garantiza el derecho a la educación en la lengua materna y según los métodos pedagógicos culturalmente apropiados, así como el control sobre los contenidos educativos que se transmiten a las nuevas generaciones.

Finalmente, se halla la autonomía política y administrativa que comprende el derecho a elegir representantes según sus propias tradiciones y a participar en la toma de decisiones que los afecten, tanto a nivel interno como en su relación con el Estado.

En el sistema interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha desarrollado jurisprudencia significativa en la cual reconoce que la supervivencia cultural requiere cierto grado de autonomía, particularmente en casos relacionados con territorios ancestrales y recursos naturales (Chiriboga, 2006).

La autonomía cultural enfrenta tensiones constantes con la soberanía estatal y la aplicación uniforme del derecho nacional. Los Estados deben encontrar un equilibrio entre el respeto a la diversidad cultural y la garantía de derechos fundamentales universales. Esta tensión se manifiesta especialmente en áreas como prácticas tradicionales que pueden entrar en conflicto con derechos individuales, el conflicto en la gestión de recursos naturales en territorios ancestrales, problemas en la administración de justicia y la aplicación de sanciones, y un área de oportunidad tremenda en relación con la participación política y la representación.

La efectiva realización del derecho a la autonomía cultural requiere marcos institucionales que faciliten el diálogo intercultural y mecanismos de coordinación entre sistemas normativos diferentes. Esto incluye el desarrollo de protocolos de consulta, sistemas de jurisdicción especial y formas de participación política que respeten las tradiciones organizativas de cada comunidad.

La autonomía cultural no implica separatismo o aislamiento, sino reconocer que la diversidad cultural enriquece el tejido social y que las comunidades tienen el derecho fundamental a definir su propio camino de desarrollo dentro del marco más amplio del Estado de derecho y los derechos humanos universales.

V. TENSIONES Y DESAFÍOS

La implementación del constitucionalismo transformador enfrenta múltiples tensiones que reflejan la complejidad de construir un Estado plurinacional e intercultural. La tensión entre unidad y diversidad se manifiesta en la necesidad de articular múltiples sistemas normativos sin sacrificar la coherencia del ordenamiento jurídico.

La relación entre derechos colectivos e individuales genera debates sobre los límites de la autonomía comunal, especialmente en casos donde las tradiciones culturales pueden entrar en tensión con los derechos individuales. El constitucionalismo transformador debe desarrollar herramientas hermenéuticas que permitan resolver estas tensiones sin imponer una jerarquía rígida entre diferentes tipos de derechos.

El modelo de desarrollo económico constituye otro punto de tensión, donde los derechos territoriales y ambientales de las comunidades pueden colisionar con proyectos extractivos o de infraestructura considerados de interés nacional. La consulta previa emerge como un mecanismo central para mediar estas tensiones, aunque su efectividad depende de su implementación real y no meramente formal.

El constitucionalismo transformador en materia de consulta previa, jurisdicción comunal y derechos colectivos se encuentra en proceso de consolidación. Su desarrollo futuro dependerá de la capacidad de las instituciones para implementar efectivamente estos reconocimientos constitucionales, superando las brechas entre el derecho formal y el derecho viviente.

La educación intercultural, la formación de operadores jurídicos sensibles a la diversidad cultural y el fortalecimiento de las capacidades institucionales de las comunidades constituyen elementos clave para la consolidación de este paradigma. Asimismo, el desarrollo de metodologías adecuadas para la implementación de la consulta previa y la coordinación entre jurisdicciones representa un desafío técnico y político de primera importancia.

VI. CONCLUSIONES

El constitucionalismo transformador, a través del reconocimiento de la consulta previa, la jurisdicción comunal y los derechos colectivos, ofrece un marco normativo innovador para abordar la diversidad cultural en sociedades poscoloniales. Su implementación requiere no solo cambios normativos, sino transformaciones profundas en la cultura jurídica y política.

La experiencia latinoamericana demuestra que es posible construir marcos constitucionales que reconozcan y protejan la diversidad sin sacrificar la unidad estatal, aunque este proceso implica tensiones y desafíos constantes que necesitan soluciones creativas y contextualmente adecuadas.

El éxito del constitucionalismo transformador no se mide únicamente por su coherencia teórica, sino por su capacidad para generar cambios reales en las condiciones de vida de los pueblos históricamente excluidos, contribuyendo a la construcción de sociedades más justas, inclusivas y democráticas.

BIBLIOGRAFÍA

- Armengol, C. M. (2010). Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista Ius*, 4(25), 49-76.
- Bernal, J. M. (2016). Poder constituyente y constitucionalismo abusivo: el problema de las cláusulas constitucionales de reemplazo. *Vox Juris*, 31(1), 121-131.
- Chiriboga, O. (2006). El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*, 5, 42-69.
- De Jinete, N. & Padilla, G. H. (2014). La colisión cultural entre dos visiones: justicia indígena y derecho estatal. *Misión Jurídica*, 7(7), 309-324.
- Escobar, A. (2015). Territorios de diferencia: la ontología política de los derechos al territorio. *Cuadernos de Antropología Social*, (41), 25-38.
- Fajardo, R. (2004). Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. *El Otro Derecho*, (30), 171-195.
- Gargarella, R. (2015). El nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Estudios Sociales: Revista Universitaria Semestral*, 48(1), 169-174.
- Hillón, Y. T. (2014). La consulta previa en la solución de conflictos socioambientales. *Revista de Derecho*, (41), 83-111.
- La Rosa, J. (2008). La jurisdicción alternativa como mecanismo de acceso a la justicia. *Urvio, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, (3), 104-109.
- Landau, D. (2020). Constitucionalismo abusivo. *Revista Jurídica da Ufersa*, 4(7), 17-71.
- Landau, D. & Dixon, R. (2023). Sobre fracaso constitucional, constitucionalismo transformador y utopismo. On Constitutional Failure, Transformative Constitutionalism, and Utopianism. *International Journal of Constitutional Law*, 21(5), 1549-1558.

- Llano, J. V. & Velasco, N. (2023). El derecho al territorio indígena: protección internacional y reivindicaciones locales. *Novum Jus*, 17(3), 402-429.
- Martín-Barbero, J. (2004). Nuestra excéntrica y heterogénea modernidad. *Estudios Políticos*, (25), 115-134.
- Martínez, J. M. (2017). Constitución, globalización y voluntad popular en el siglo XXI. *Pensamiento al Margen: Revista Digital sobre las Ideas Políticas*, (7), 106-127.
- Medici, A. (2017). Ecológica de liberación: sobre el reconocimiento y la fundamentación de los derechos de la naturaleza en el nuevo constitucionalismo transformador. *Abya-Yala: Revista sobre acceso á justiça e direitos nas Américas*, 1(2), 123-129.
- Narváez, J. R. (2025). Justituyencias. Constituyendo la Justicia desde América Latina. Global, México.
- Paz, S. (1998). Los territorios indígenas como reivindicación y práctica discursiva. *Nueva Sociedad*, (153), 120-129.
- Roa, J. E. (2021). La ciudadanía dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo transformador latinoamericano. *Revista Derecho del Estado*, (49), 35-58.
- Ruiz, J. C. (2009). El fundamento constitucional de la justicia comunal. *Derecho PUCP*, (62), 143-166.
- Ruiz, O. (2007). El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 40(118), 193-239.
- Sanborn, C., Hurtado, V. & Ramírez, T. (2016). *La consulta previa en el Perú: avances y retos*. Universidad del Pacífico.
- Von Bogdandy, A. (2015). Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, (34), 3-50.

Recibido: 03-07-2025

Aprobado: 23-10-2025