

La nueva clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano

The new classification of the fundamental rights into the new Latin American constitutionalism

Aquiles Ricardo Sotillo Antezana*

Resumen

El reconocimiento de libertades y derechos es una de las características principales de la funcionalidad de una Constitución; en ese sentido, el constitucionalismo, a lo largo de su historia, ha ido diseñando y aportando nuevas fórmulas para que las personas ejerzan con plenitud sus derechos fundamentales. El presente artículo explica cómo el nuevo constitucionalismo latinoamericano propone una nueva clasificación de los derechos fundamentales, superando la clasificación generacional de los mismos por medio de la ampliación del concepto de dignidad humana, con el objetivo de generar un mayor y mejor reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales por las ciudadanas y los ciudadanos.

* Docente en la Universidad Católica Boliviana San Pablo, Universidad Pública de El Alto y Universidad Salesiana de Bolivia. Trabaja como consultor para el Gobierno Autónomo Municipal de La Paz; miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales y activista juvenil por los derechos humanos.

Contacto: ricardosotilloantezana@gmail.com

Abstract

The recognition of rights and freedoms is one of the main characteristics of the functionality of a Constitution; in that sense, the constitutionalism throughout its history has been designing and providing new ways to make people fully exercise their fundamental rights. So, this article will explain how the new Latin American constitutionalism proposes a new classification of fundamental rights, overcoming generational classification of them, aiming to create a greater and better recognition and exercise of the fundamental rights by citizens extending the concept of human dignity.

1. Concepto de constitucionalismo

Hacer referencia al constitucionalismo es referirse a la organización y a limitación del poder público mediante la existencia y vigencia de una Constitución. Ossorio (2003) establece que el constitucionalismo está referido a la existencia de una Constitución que se constituye en la norma más importante del ordenamiento jurídico, a la cual están subordinados el resto de normas y órganos de poder. De esa manera, el constitucionalismo es una forma de organización estatal a través de la existencia de una Constitución, donde tanto el pueblo como las y los gobernantes están sometidos a su normatividad. Es decir que, mediante el constitucionalismo, tanto el poder constituyente como el poder constituido están regidos a un texto constitucional que va organizar el poder, limitándolo y reconociendo los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El constitucionalismo es una respuesta teórica y filosófica a una pregunta que se hicieron tanto políticos como juristas, la cual radicaba en cuál debe ser la legitimidad del ejercicio del poder político. Por siglos se pensó que la legitimidad del poder provenía de lo divino, hasta que, a partir del Renacimiento, muchos doctrinarios, como Maquiavelo, Hobbes, Locke o Rousseau, comenzaron a plantear nuevas formas de legitimidad del poder. Así, el constitucionalismo es una forma de racionalizar el poder, de legitimarlo a través de su sometimiento a una norma jurídica superior, una Constitución, por la cual las y los gobernantes sólo puedan actuar bajo los preceptos que la norma les autoriza. El constitucionalismo tiene como finalidad dar legalidad al ejercicio del poder público, mediante la vigencia de un texto constitucional por el cual el poder deja de tener un fin en sí mismo, tal como sucedió en el absolutismo, para ser un garante de las libertades y los derechos fundamentales de las personas.

2. Etapas del constitucionalismo

La consolidación del constitucionalismo se produce por efecto de las revoluciones liberales del siglo XVIII, aunque cuenta con antecedentes que se remontan a la Antigüedad. A continuación se hará una breve explicación de los antecedentes históricos del constitucionalismo.

Según Valencia (1983), en todas las sociedades existen desigualdades inevitables, las cuales crean conflictos entre las personas, por lo que es necesario contar con un tipo de organización política. Esta organización es la que posteriormente se constituyó como el Estado moderno, con capacidad de crear y hacer cumplir un ordenamiento jurídico mediante el uso de la fuerza. Las normas que emanan de esa organización política son los primeros antecedentes de la Constitución moderna, debido a que contaban con una característica especial de fundamentalidad, por la cual se organizaba a la sociedad. Es decir que los antecedentes de la Constitución se encuentran desde las sociedades más primitivas.

La organización política de la Antigüedad, es decir, los también denominados Estados primitivos, se desarrollaron mediante el esclavismo. Las decisiones y leyes eran elaboradas por un círculo reducido de hombres libres, y el poder sólo estaba a disposición de este grupo de personas; el resto de las personas no eran consideradas seres humanos, por lo tanto, no se les reconocía derechos ni libertades. Valencia (1983:3) señala que estos Estados primitivos eran teocráticos, es decir que las normas se encontraban en textos religiosos, como el Código de Manú, en la India, el Código de Hammurabi, en Persia, y la Ley mosaica, en Israel. Siglos más tarde, en la Grecia clásica, las diferentes *polis* griegas ya consiguen un mayor desarrollo constitucional por medio de la codificación de normas constitucionales. Dos hitos al respecto son Pericles y Licurgo, este último con su codificación constitucional que establecía una oligarquía militar, y que duró alrededor de dos siglos, constituyéndose en un importante antecedente de la Constitución moderna. Posteriormente, en Roma, durante la época de la República, se inició la elaboración de normas positivas, sistematizándose así las diferentes normas que se encontraban no codificadas en cuerpos normativos. Con ello se produjo también la división entre Derecho público y Derecho privado; si bien en este último se encontraban las normas constitucionales, no existió en Roma propiamente una norma equivalente a una Constitución, tal como sí existió en la Grecia clásica.

Durante la Edad Media, la mayoría de las instituciones jurídicas romanas mutaron o desaparecieron, retomándose los criterios religiosos o teológicos para explicar al mundo y sus instituciones. Ese pensamiento religioso influyó en gran medida el entendimiento del Estado absolutista de la época. Las normas que eran elaboradas tenían una finalidad religiosa, sirviendo de guía moral para que las personas alcancen el paraíso o la “ciudad de Dios”. Es decir que el Estado y el Derecho estaban sometidos a la religión, y gobernantes y gobernados estaban sometidos a la autoridad del Papa. Si bien en la Edad Media no existe un gran avance del constitucionalismo, sí puede resaltarse la otorgación de la Carta Magna, en Inglaterra, el año 1215. Esa Carta Magna puede señalarse como la primera ley fundamental en la que un rey, Juan Sin Tierra, reconoció ciertos derechos a sus súbditos. Siglos más tarde, durante el reinado de Enrique VIII, fue denominada la *Fundamental law*, y su existencia permitió generar un balance entre el poder del rey y el del Parlamento, el cual representaba al clero, a la nobleza y al pueblo.

Posteriormente, bajo la dinastía de los Tudor, se instauró el sistema jurídico anglosajón, denominado *common law*, por el cual ya no existía una sola norma fundamental sino varias que organizaban al Estado. Finalmente se consolidó el reconocimiento de los derechos y libertades por medio de *The petition rights*, de 1629, y *The bill of rights*, de 1689. Esta última ley fundamental es un hito de suma importancia para el constitucionalismo, ya que se constituye en la primera de declaración moderna de derechos y libertades en favor de las y los súbditos del reinado inglés. A este proceso se lo denominó la “Revolución gloriosa”, y por medio de ella Inglaterra se constituyó en un Estado monárquico constitucional.

En Francia, durante el Renacimiento, se consolidó la monarquía absoluta, que tuvo al rey Luis XIV como su gran exponente. Luego del reinado del denominado “Rey sol”, la monarquía francesa entró en una fase de decadencia y excesos que provocó una gran indignación en el pueblo, hecho que fue el inicio del movimiento revolucionario francés. Este movimiento revolucionario tuvo un gran impulso de diferentes teóricos, que plantearon de diversas maneras la necesidad de un cambio de régimen. Así, mediante el racionalismo se produjo el desarrollo del constitucionalismo, destacándose la teoría de varios autores racionalistas y liberales, como Montesquieu, quien señalaba que el despotismo era un hecho inevitable cuando el poder político era ejercido por una sola persona, por lo cual era necesario dividir el ejercicio de poder en diferentes órganos. O Sieyés, quien teorizó que el pueblo era el sujeto principal de todo Estado, por lo cual éste debía ser regido por un sistema de normas fundamentales

que aseguren el ejercicio de los derechos del pueblo. O, finalmente, Rousseau, que planteó la necesidad de que toda sociedad cuente con un contrato social mediante una Constitución, la cual establezca una organización del Estado y un gobierno democrático.

Por su parte, en Estados Unidos el constitucionalismo inició su desarrollo cuando aún eran parte de las colonias británicas, y por lo tanto regían las leyes fundamentales de la Colonia. Sin embargo, también tenían vigencia unas cartas acordadas que contenían los derechos y deberes de los colonizadores con el rey. Así ocurrió con *The Mayflower Compact*, de 1620, *The Fundamental Orders of Connecticut*, de 1639, y *The Newport Declaration*, de 1641. Estas normativas fundamentales fueron los cimientos para que décadas más tarde se redactaran las constituciones de Carolina del Norte, en 1669, Nueva Jersey, en 1676, y Pennsylvania, en 1683.

Al igual que en Francia, el constitucionalismo norteamericano se desarrolló gracias a tratadistas que desarrollaron teorías por las cuales se debatió el trato que daba la Corona inglesa a sus 13 colonias en América. De esa manera, pensadores como Thomas Payne, Thomas Jefferson, Alexander Hamilton y James Madison, entre otros, permitieron, gracias a su aporte teórico, el establecimiento de un Estado federal republicano que derivó en la elaboración de la Constitución de 1788.

Las revoluciones liberales del siglo XVIII permitieron el nacimiento del constitucionalismo, ya que muchos Estados advirtieron la necesidad e importancia de contar con una Constitución. El constitucionalismo inició su formación brindando un sustento teórico doctrinal a los cambios sociales que se vivían en esa época, aportando conocimiento y explicación de los institutos y las formas de interpretación del texto constitucional. El absolutismo se había desarrollado de forma simple, ya que el poder era concentrado y ejercido únicamente por la figura del rey; pero una vez que las revoluciones liberales depusieron al absolutismo, la organización del Estado se complejizó en gran medida respecto al establecimiento y funcionamiento de sus órganos, constituyéndose en un sistema racionalizado y con contenidos normativos jurídicos concentrados en



Alice Bailly

la Constitución. Este hecho permitió un rápido desarrollo del constitucionalismo, como una rama del Derecho que tiene por finalidad hacer un estudio de la Constitución.

3. Crisis del constitucionalismo liberal y surgimiento del constitucionalismo social

De esa manera, tanto la normatividad de la Constitución como el constitucionalismo iniciaron sus caminos con muchas expectativas y grandes retos. Así, Kelsen (1982) estableció que el Estado de Derecho podía considerarse el tipo de organización política más avanzada de la historia de la humanidad. Esta afirmación tuvo amplia validez en su época, pero tiempo más tarde iba a enfrentar cuestionamientos desde la sociedad. Asimismo, también se pensó, e incluso algunos piensan todavía, que el constitucionalismo liberal es sinónimo de perfección e inmutabilidad, no admitiendo que el apogeo de este constitucionalismo se dio a la par del sistema capitalista, que generó el nacimiento de un gran sector social (las y los trabajadores) que quedaba fuera de la protección, tanto del Estado como de la Constitución liberal. Por el contrario, la decadencia del constitucionalismo liberal fue fruto de su imposibilidad de garantizar la libertad e igualdad que habían pregonado las revoluciones liberales. Esto provocó que ya desde mediados del siglo XIX se comenzara a hablar de una nueva etapa del constitucionalismo: el constitucionalismo social.

Hacia mediados del siglo XVIII, durante el pleno auge de la revolución industrial, se comenzó a advertir cambios en la sociedad, promovidos por el modelo de producción capitalista, que redefinió no sólo las formas de producción sino las relaciones sociales, principalmente entre las personas y el Estado. Los resultados y beneficios de las revoluciones liberales sólo habían llegado a beneficiar a las burguesías que las habían encabezado; así, las libertades, los derechos y la democracia se convirtieron en privilegios de unos pocos, olvidándose de la gran mayoría de obreros y trabajadores de la época. Por esa razón, el Estado liberal fue perdiendo los valores y principios por los cuales había sido creado, convirtiéndose más bien en un sistema de privilegios para un pequeño sector de la sociedad. Al igual que el Estado absolutista era la expresión del poder y abusos del rey, el Estado y la Constitución liberales fueron la expresión del poder de la burguesía, debido a lo cual grandes sectores sociales y nuevamente doctrinarios de distinto tipo plantearon sus cuestionamientos y propusieron las necesarias reformas en el modelo de Estado.

El nuevo constitucionalismo social se basó en los principios del constitucionalismo liberal, como la libertad, la igualdad y la fraternidad, pero reinterpretándolos; así, la libertad ya no podía reducirse a un ámbito de no interferencia y de ausencia de constricciones por parte del Estado, si no que éste debía procurar el ejercicio de la libertad, con el objetivo de alcanzar el bienestar económico y material de las personas; la igualdad no podía reducirse a un mero reconocimiento formal y legal de la igualdad de las personas ante la ley, sino que el Estado debía asegurar la igualdad en el ámbito económico y social; y finalmente la fraternidad debía ser entendida, no como una intención meramente retórica, sino como una verdadera solidaridad, mediante la cual los agentes económicos privados contribuían económicamente al desarrollo del Estado. Para el constitucionalismo social, la conjunción de esos tres factores (libertad, igualdad y fraternidad) es vivir en una verdadera democracia.

En definitiva y consiguientemente, la crisis del Estado liberal de fines del siglo XIX e inicios del siglo XX generó a su vez una crisis en el constitucionalismo de tipo liberal, provocando tres situaciones: el surgimiento del nacionalsocialismo, el establecimiento constitucional de Constituciones *sui generis* en los Estados socialistas, y la aparición del constitucionalismo social. Mediante éste, el concepto de Constitución se renueva y actualiza de acuerdo a las demandas de la sociedad, por lo cual las sociedades de la época mantienen su confianza en la Constitución, pero demandan de ella un involucramiento en los ámbitos sociales y económicos mediante el reconocimiento de derechos sociales (económicos y culturales) y una función estatal de intervención en la economía. El constitucionalismo social no niega la vigencia de los derechos individuales (civiles y políticos); más bien reconoce la naturaleza social del ser humano, según la cual no es posible que una persona individualmente pueda alcanzar bienestar económico y el ejercicio de su dignidad, sino que requiere de la solidaridad de sus pares y de prestaciones del Estado para lograr su desarrollo económico y social.

Tiempo más tarde, luego las dos guerras mundiales y el auge del nacionalsocialismo europeo, se advirtió que los postulados de las revoluciones liberales de siglos habían sido trastocados y su efectividad puesta en duda, a tal grado que en algunos Estados la Constitución fue suspendida, dejando atrás su validez en la realidad. En algunos casos incluso se manifestó que la Constitución era una herramienta carente de utilidad. Es por ello que, luego de estos sucesos históricos, se vio la necesidad de avanzar teórica y fácticamente, cuestionando la validez y vigencia del orden constitucional, para evitar que nuevamente regímenes totalitarios suspendan o eliminen la normativa legal.

4. El neoconstitucionalismo

Bajo esas circunstancias sociales e históricas fue formándose el tercer momento de este repaso histórico: el denominado neoconstitucionalismo, pasando mediados del siglo XX. El neoconstitucionalismo plantea un nuevo entendimiento del Estado de Derecho, rechazando la teoría de la supremacía constitucional sobre el resto de las normas jurídicas, y según la cual el Estado sólo debía encargarse del cumplimiento de la ley. Este razonamiento se basa en una fuerte crítica al Estado de Derecho y a sus teorías iuspositivistas, que redujeron las funciones del Estado a ser un mero vigilante del cumplimiento de la ley, vaciando de contenido el verdadero espíritu de la noción de Estado. Así, Ferrajoli (2010) señala que el denominado Estado de Derecho es en realidad solo un Estado legal de Derecho, porque sólo le importa la vigencia de la ley, hecho que permitió que el régimen nacional-socialista de Alemania y el fascista de Italia también fueran considerados Estado de Derecho. Por ello el neoconstitucionalismo se erige como una superación del concepto tradicional de Estado de Derecho.

De esa manera ya se puede ir identificando ciertas características del neoconstitucionalismo. Al tradicional concepto de Estado, por ejemplo, se le debe añadir el concepto de democracia, entendiendo que el Estado no puede restringir sus atribuciones a hacer cumplir la ley, sino que también debe desarrollar diversas funciones dirigidas a la construcción y consolidación de una sociedad democrática. Este elemento de reconocimiento y protección de la dignidad humana es central en este nuevo constitucionalismo. Radbruch señala que un Estado que no protege la dignidad humana y más bien permite su vulneración, es un Estado que no está sometido al Derecho, por lo cual carece de una utilidad democrática (citado en Zagrebelsky, 2002). Por esa razón, los Estados donde habían reinado los fascismos totalitarios durante décadas rápidamente aportaron esta nueva denominación del Estado: la Constitución italiana de 1947, la Ley fundamental de Bonn de 1949, la Constitución de Portugal de 1976 y la Constitución española de 1978.

Como la validez del derecho en el Estado de Derecho se reducía únicamente al cumplimiento de las fórmulas y procedimientos legislativos, no importaba si la norma era justa o injusta, sino que se la cumpliera; en cambio, en el Estado constitucional de derecho (denominación equivalente al Estado social y democrático de derecho) existe una Constitución rígida, por la cual el resto de normas infraconstitucionales están sometidas permanentemente a un control de constitucionalidad, cambiando la estructura y naturaleza de la ciencia jurí-

dica. De esta manera, el Estado en el ejercicio de su facultad legislativa tiene un marco obligatorio respecto al contenido de las normas jurídicas, las cuales no pueden en ningún momento vulnerar los derechos individuales o los derechos sociales; tanto el legislador como el juzgador deben hacer un constante estudio de la norma que van a elaborar o aplicar, teniendo la facultad de denunciar la inconstitucionalidad de la norma cuando ésta no sea coherente con el contenido constitucional.

Por su parte, para Carbonell y García (2010), el neoconstitucionalismo puede distinguirse por tres rasgos principales: los textos constitucionales, las prácticas jurisprudenciales y los desarrollos teóricos. Sobre los primeros, se puede afirmar que el neoconstitucionalismo se inicia con la redacción de nuevas constituciones en Europa, pasada la Segunda Guerra Mundial, las mismas que contienen normas de carácter sustantivo que establecen los fines del Estado más allá de la división del poder público y sus alcances. En cuanto a las prácticas jurisprudenciales, el neoconstitucionalismo ha representado un cambio respecto del anterior modelo, debido a que los órganos judiciales han integrado a sus prácticas la aplicación de principios, valores, métodos de ponderación, proporcionalidad, razonabilidad, efectividad horizontal de los derechos o también denominado *Drittwirkung*, etc. Y, en referencia al tercer rasgo, se ha comenzado con la teorización de nuevos institutos jurídicos constitucionales como la plurinacionalidad, vivir, bien, descolonización, interculturalidad, entre otros.

En definitiva, el neoconstitucionalismo, como tercer momento histórico, ha revolucionado la forma de entender, no sólo a la Constitución sino al Derecho en su conjunto, aportando nuevas teorías y visiones que pretenden que ambos ámbitos sean eficaces y tengan vigencia efectiva en las sociedades actuales, dejando de lado las críticas que se vertían sobre la tradicional ciencia jurídica. El neoconstitucionalismo actualmente sigue vigente, y ha sido capaz de sentar las bases para el cuarto momento del constitucionalismo, que es el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

5. El nuevo constitucionalismo latinoamericano

Una de las varias consecuencias que trajo el desarrollo de la Segunda Guerra Mundial fue poner a la luz que existen varios pueblos y varios Estados atrasados que carecían de la riqueza y desarrollo de los Estados desarrollados, pero que ansiaban alcanzar el bienestar de su población mediante un desarrollo industrial caracterizado por la participación de los grandes sectores de la

sociedad. Estos Estados, que principalmente se encuentran geográficamente situados en el hemisferio sur del mundo, siempre estuvieron en una desventaja económica y social con los países desarrollados, padeciendo, desde su nacimiento, de agudos niveles de pobreza y exclusión. Pero no fue sino hacia el final de la Segunda Guerra Mundial que adquirieron conciencia de su realidad.

Casi la totalidad de los países latinoamericanos entraban dentro de esta categoría de “países subdesarrollados” o “en vías de desarrollo”, pues históricamente sufrieron un gran atraso económico, social, jurídico y cultural, entre otros factores. Esto generó que los países desarrollados vieran como un hecho natural la necesidad de ejercer un alto grado de influencia y control sobre aquellos Estados; es decir que se convirtió en algo casi natural que los países subdesarrollados debían acatar las órdenes de los países desarrollados, para así lograr su desarrollo, en una suerte de colonialismo de facto en pleno siglo XX. Esa influencia, que, como queda dicho, al final del día no es más que una injerencia de característica colonial, se manifestó en todos los ámbitos de la vida social, desde la economía hasta la cultura, y el Derecho y el constitucionalismo no fueron la excepción. Así, fueron los diferentes gobernantes de turno de estos Estados los que no sólo acataron sino que fomentaron de manera cómplice la injerencia y las órdenes extranjeras a todo nivel. Por ello fue que la sociedad, organizada en movimientos sociales, inició la exigencia de que las leyes y la Constitución dejen de ser impuestas por las potencias extranjeras y comiencen a elaborarse conforme a la cultura y la coyuntura nacional de cada país.

Es en estos países subdesarrollados en los que la Constitución sólo se dedicó a promover el ejercicio de algunas libertades y espacios de participación, dejando de lado el desarrollo y bienestar de grandes sectores de la sociedad. Por esa razón, en estos países se veía a la Constitución como una parte integrante de aquella estructura o *establishment* que permitía el ejercicio de poder a una oligarquía fomentada por los grandes grupos económicos multinacionales. Debido a esa situación de atraso, pobreza y exclusión, que las constituciones adaptadas no habían sido capaces de revertir, sino, en muchos casos, ahondar, se formaron movimientos sociales que comenzaron a teorizar y proponer cambios, especialmente en los países latinoamericanos, no sólo en el contenido de la Constitución sino en su función dentro de la sociedad. Este nuevo momento de necesidad constituyente nació también como consecuencia de las grandes vulneraciones de derechos realizadas por las dictaduras militares en América Latina. Así, la sociedad latinoamericana comenzó a plantear la necesidad de un nuevo constitucionalismo que responda y plantee soluciones a los grandes problemas estructurales de sus sociedades, mediante una mitigación del

gran individualismo normativo, no sólo reconociendo, sino haciendo verdaderamente efectivos a los derechos sociales, mediante una recuperación de los recursos naturales en favor del Estado y la distribución equitativa de la riqueza.

De esa manera, el nuevo constitucionalismo latinoamericano se manifiesta a través de los procesos constituyentes que se han producido en América Latina a fines del siglo XX e inicios del siglo XXI, los cuales tienen como objetivo producir un cambio social, cambiando las estructuras sociales, económicas y jurídicas que no fueron capaces de resolver problemas estructurales de la sociedad latinoamericana, como la pobreza y la exclusión de grandes sectores de la sociedad. El sistema neoliberal imperante de la región, reinante desde la recuperación de la democracia, no había sido capaz de asegurar las condiciones de igualdad entre los diferentes grupos de la sociedad, y más bien fomentó, en muchos casos desde la institucionalidad estatal, que pequeñas élites se adueñen del Estado por décadas, incluso desde el final de colonización española. Evidentemente, cada Estado y cada sociedad en Latinoamérica ha contado con diferentes situaciones sociales que han conducido a momentos propios de necesidad constituyente, pero se puede identificar que la pobreza y la exclusión fueron temas que fueron construyendo la idea de activar procesos constituyentes, para que esos temas fueran atendidos desde la normatividad constitucional, temas que habían estado presentes ya en la Colonia, pero que el modelo republicano no había desmontado.

En ese sentido, el nuevo constitucionalismo latinoamericano se erige como un cuarto momento dentro de la evolución histórica del constitucionalismo, por lo que muchas de sus características e institutos, los cuales se han detallado previamente, han servido de inspiración para este último momento de la ciencia constitucional.

Conforme a lo señalado por Martínez Dalmau (2008), al igual que otros momentos históricos producidos en otras partes del mundo, el nuevo constitucionalismo latinoamericano es un proceso necesario, tanto para los países que ya lo están desarrollando como para los que pronto lo harán, para transformar, no sólo a las instituciones estatales sino a la sociedad en su conjunto, respondiendo así con las demandas históricas del pueblo latinoamericano. Ese momento de crisis del Estado de Derecho y del constitucionalismo liberal descrito por Ferrajoli encuentra nuevos bríos en la activación popular del poder constituyente en las experiencias de Colombia, en 1991, Venezuela, en 1999, Ecuador, en 2008, y Bolivia, en 2009, constituyéndose estas experiencias en la actual vanguardia del constitucionalismo. De esa manera, los objetivos

del nuevo constitucionalismo latinoamericano son la generación de riqueza y bienestar económico y la inclusión de las mayorías excluidas del ejercicio del poder público.

En ese sentido, uno de los rasgos significativos y característicos del desarrollo del nuevo constitucionalismo latinoamericano es la activación del poder constituyente con la participación y protagonismo del pueblo. Esta activación se ha caracterizado por movilizaciones sociales de protesta, generalmente espontáneas y sin un orden orgánico, contra el modelo institucional y económico vigente. Al no encontrarse soluciones en la institucionalidad vigente, la sociedad se rebela contra la misma, proponiendo la realización de procesos constituyentes. Así, Martínez Dalmau identifica tres momentos históricos como los antecedentes del nuevo constitucionalismo latinoamericano: la propuesta de la papeleta adicional en el referendo colombiano de 1991, el “Caracazo” de 1989 en Venezuela y las guerras del agua y del gas en Bolivia, a inicios del siglo XXI.

Con esos procesos de protestas históricas de los diferentes movimientos sociales, los procesos constituyentes se erigen como una respuesta a esas demandas pero desde una vía institucional y democrática que tiene como mandato ser un espacio de debate y reflexión de todos los actores de la sociedad, donde se ponga en discusión no solo las demandas sociales sino la forma de llevar adelante, desde un texto constitucional democrático, una respuesta institucional a esas demandas.



Alice Bailly

Para Martínez Dalmau (2008:11), se pueden identificar 10 características del nuevo constitucionalismo latinoamericano, 4 materiales y 6 formales. Estas últimas son su naturaleza transitoria, la recuperación de la soberanía popular, la consolidación de la democracia participativa, el carácter social integrador, el establecimiento del papel estatal en la economía y las nuevas formas de integración de nivel regional; mientras que las primeras son su originalidad, la amplitud de su articulado y la complejidad y rigidez constitucional.

En definitiva, el nuevo constitucionalismo latinoamericano es un nuevo momento en la historia del constitucionalismo porque realiza un aporte que supera conceptualmente a los institutos clásicos de la ciencia constitucional. Además, si bien se

está desarrollando en América Latina, su estudio e influencia está recorriendo todo el mundo. La retoma vigorosa de la soberanía popular y la introducción de mecanismos constitucionales para el ejercicio pleno de los derechos fundamentales son los temas centrales que denotan la importancia de este nuevo constitucionalismo. Por su reciente aparición y desarrollo, es importante su estudio y discusión, ya que el mismo permite que la Constitución mantenga su vigencia y su carácter vivo dentro de las sociedades.

6. Derechos fundamentales

Los derechos fundamentales deben ser entendidos como un sistema jurídico único a nivel interno e internacional mediante el cual se realiza una protección amplia y efectiva de la dignidad humana, y de los derechos a la libertad, la justicia y la paz de los cuales es titular todo ser humano por el sólo hecho de ser persona. Al respecto, Noguera (2010) afirma que los derechos fundamentales están compuestos por un elemento moral y otro de derecho positivo; la conjunción e integración de ambos elementos es imprescindible para la plena vigencia y ejercicio de los derechos fundamentales.

La moral es entendida como el fundamento subjetivo de los derechos fundamentales, pues contiene el carácter axiológico de éstos al responder a la pregunta de por qué tienen que existir. La respuesta a esta interrogante, que ha sido meditada y discutida desde la Grecia clásica y retomada por la Escolástica durante la Edad Media, permite construir la justificación moral de la existencia de los derechos fundamentales. Concretamente, se refiere la necesidad de garantizar los principios de la dignidad humana como la condición necesaria para el desarrollo de todo ser humano. En otras palabras, la vigencia de los derechos fundamentales se constituye en una pretensión de justicia a partir de los conceptos modernos de dignidad humana desarrollados durante el Renacimiento, los cuales dieron el fundamento teórico a las revoluciones liberales de los siglos XVII y XVIII.

Por otro lado, el componente de derecho positivo de los derechos fundamentales hace referencia al sentido teleológico de los mismos, es decir, a su ámbito objetivo. Se encarga de responder a la pregunta de para qué existen los derechos fundamentales. Existe evidentemente la necesidad de la vigencia de un sistema jurídico positivo, tanto a nivel interno como internacional, que permita que los derechos fundamentales sean exigibles; de lo contrario no tendrían eficacia como protección jurídica, convirtiéndose en meros postulados o un listado de

buenas intenciones que ni los particulares y mucho menos el Estado cumplirían. Bajo este componente, el Estado no solo debe reconocer jurídicamente a los derechos fundamentales sino que debe establecer un sistema sancionatorio a las personas que vulneren ese nuevo orden jurídico de la dignidad humana. Se puede sintetizar claramente el fundamento argumentativo de los derechos fundamentales al señalar que los mismos son justicia más fuerza.

Resumiendo, el concepto de dignidad humana comprende el reconocimiento de las libertades individuales, las prestaciones y servicios sociales por parte del Estado, la participación en la toma de decisiones públicas y el reconocimiento de las identidades. De esta manera, la dignidad es el goce y ejercicio de los cuatro elementos de forma simultánea e integral; por ende, todos los derechos del ser humano son derechos fundamentales. Bajo estas categorías de la dignidad humana, que hacen al concepto de justicia, se ha construido el concepto de derechos fundamentales.

En definitiva, cuando se hace el estudio de los derechos fundamentales debemos entenderlos desde los dos ámbitos, objetivo y subjetivo, ya mencionados; el primero como un sistema normativo de protección de la dignidad humana y el segundo como ese conjunto de facultades y atribuciones que tiene toda persona para desarrollarse plenamente. Los derechos fundamentales son la conjunción de la justicia con la fuerza, la primera entendida como el reconocimiento de la dignidad y libertad humanas, y la segunda como la coercibilidad asumida para garantizar su cumplimiento tanto para los particulares como para el Estado.

Antes de hacer referencia a la calificación de los derechos fundamentales, es necesario señalar que todavía existen teorías que hacen referencia a la limitación y restricción del concepto de dignidad humana. De esta manera, la comprensión de la dignidad humana como un todo, como una unidad jurídica, ha sido producto de una evolución histórica; así, en la década de los sesenta del siglo XX, cuando se inició el proceso con la construcción de los pactos internacionales que efectivizarían la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sancionados en 1948, existía una visión fragmentada del concepto de dignidad humana. En ese momento histórico pervivía la idea de que existen derechos fundamentales, por un lado, y derechos comunes o no fundamentales, por otro. Ello por razones ideológicas determinadas por la Guerra Fría, merced a lo cual se establecía una interpretación liberal y otra socialista de los derechos humanos.

Para la visión liberal, los derechos fundamentales son los derechos civiles y políticos, ya que éstos tienen como finalidad preservar que el Estado pueda restringir la libertad de las personas, mientras que los derechos sociales no pueden ser fundamentales en tanto siempre dependen de la voluntad política y de los recursos financieros que tienen los Estados. Por su parte, para la visión socialista, los derechos fundamentales sólo serán los derechos económicos y sociales, ya que son los centrales para desarrollar una sociedad justa en la cual todas las personas tengan el mismo acceso a los bienes materiales, especialmente los bienes de consumo, dejando en un segundo plano a las libertades individuales, que solo determinan la felicidad individual de las personas. Estos dos modelos de comprensión de los derechos fundamentales se enfrentan en la aprobación del Pacto de Derechos Humanos, el año 1966, provocando la existencia de dos pactos internacionales para efectivizar la Declaración Universal de los Derechos Humanos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

Esta división entre derechos fundamentales y derechos comunes o no fundamentales generó un problema en la clasificación de los derechos humanos. Así, por ejemplo, el jurista checo-francés Karl Vasak presentó su clasificación de los derechos fundamentales por generaciones; esta clasificación fue pensada para explicarlos en un forma lúdica y sencilla; sin embargo, el planteamiento de Vasak fue malentendido por la comunidad internacional, pues se creyó que al plantear generaciones de derechos se establecía una jerarquía de los mismos, estableciendo derechos más importantes que otros. Así, los derechos fundamentales fueron clasificados en derechos de primera generación (civiles y políticos), de segunda generación (económicos, sociales y culturales) y de tercera generación (colectivos y de medio ambiente).

Esta clasificación de los derechos fundamentales afianzó la idea de que existen derechos fundamentales y derechos no fundamentales, lo que provocó que las garantías para el ejercicio solo se aplicaran en ciertos ámbitos. Es decir que la clasificación clásica de los derechos fundamentales generó que los derechos civiles y políticos sean los únicos que cuenten con garantías jurisdiccionales para su protección; generando una desprotección en el ámbito del resto de derechos, la vigencia y ejercicio de los cuales quedó librado a la suerte y voluntad de los poderes constituidos. Actualmente, tal situación ha sido superada por el nuevo constitucionalismo latinoamericano con el aporte de conceptos como la aplicación directa de los derechos fundamentales, con iguales garantías para su protección y ausencia de jerarquía entre ellos. Así se ha generado una nueva

clasificación de los derechos fundamentales, la misma que será explicada a continuación.

7. Clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano

Como se mencionó anteriormente, una de las principales características del nuevo constitucionalismo latinoamericano es que propone una nueva clasificación de los derechos fundamentales, superando la tradicional clasificación generacional de los mismos y proponiendo un nuevo modelo de Estado en el cual todos los derechos reconocidos en el texto constitucional tienen directa aplicación y justiciabilidad. Desde esa perspectiva, todos los derechos reconocidos en el texto constitucional son derechos fundamentales.

De esa manera, las constituciones de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia incorporan a su parte dogmática el principio de igualdad jerárquica de los derechos fundamentales, superando la división generacional de los mismos e innovando una nueva clasificación, que en el caso boliviano es reforzado por los principios del pluralismo, la interculturalidad y la descolonización. Es mediante esa nueva clasificación que se advierte el espíritu garantista del nuevo constitucionalismo latinoamericano, pues dichos textos constitucionales buscan la eficacia máxima de los derechos fundamentales, conteniendo un amplio catálogo constitucional de derechos y, principalmente, otorgando garantías jurisdiccionales para su ejercicio.

Esto se puede ver en los artículos 13, 86 y 89 de la Constitución colombiana; 19 y 27 de la venezolana; 6 y 11 de la ecuatoriana; y 9, 13 y 109 de la boliviana, que reconocen la igualdad jerárquica de los derechos fundamentales. En el siguiente cuadro se puede ver una clasificación de los derechos fundamentales contenidos en los textos constitucionales de Bolivia, Colombia, Venezuela y Ecuador:

Clasificación de los derechos fundamentales

Individuales	Pluriindividuales	Transindividuales
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Derechos civiles y políticos ▪ Interés directo y personal ▪ Requiere de una tutela subjetiva de derechos ▪ Justiciabilidad indivisible 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Derechos económicos y sociales ▪ Derechos individuales homogéneos ▪ Requiere una tutela objetiva de derechos ▪ Justiciabilidad divisible 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Derechos colectivos y difusos ▪ Tutela colectiva ▪ Justiciabilidad indivisible ▪ Legitimación extraordinaria

Fuente: Elaboración propia

Los derechos individuales son los también denominados derechos de libertad, mediante los cuales se reconoce a la persona diferentes libertades y el respeto a la vida y dignidad humanas. Estos derechos, que fueron la base de las revoluciones liberales de los siglos XVII y XVIII, se proponen que el poder político, el Estado, no intervenga en la libertad individual de las personas. Asimismo, aseguran que su titular es la persona individual, pues parten del supuesto de que existe un interés directo y personal en su ejercicio; por lo tanto, su vulneración requiere una tutela subjetiva.

Los derechos sociales y económicos son aquéllos que exigen al Estado la realización de diferentes actividades políticas mediante las cuales se asegure a la persona desarrollo integral y bienestar, actividades como la provisión de una fuente de trabajo, de servicios de salud y educación, y de prestaciones sociales, entre otros. Estos derechos fueron insertados en las constituciones hacia inicios del siglo XXI, mediante el desarrollo del constitucionalismo social. Han sido denominados por parte de la doctrina constitucional como derechos individuales homogéneos, debido a que su ejercicio, si bien es personal, está vinculado a los derechos de otras personas. Por lo tanto, su vulneración no sólo afecta al titular sino al resto de personas que están en la misma situación, y su tutela debe ser objetiva.

En cuanto a los llamados derechos transindividuales, se los entiende como colectivos y difusos; y son de reciente incorporación dentro del constitucionalismo; mediante ellos se reconoce que las colectividades tienen derechos inherentes a su naturaleza. Se refiere a los derechos de los pueblos indígenas, destacándose el derecho a la libre determinación de éstos, reconociendo sus propios procedimientos e instituciones; la vulneración de los derechos colectivos contraviene la libre determinación. Son difusos porque, si bien su naturaleza es colectiva, su legitimación no está específicamente determinada en un grupo

social en especial. Por ejemplo, el derecho al medio ambiente y todos aquellos aspectos relacionados a éste, cuya titularidad es de toda la sociedad. Tanto para los derechos colectivos como para los difusos existe una tutela colectiva, generando así una justiciabilidad indivisible de los mismos.

La clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano responde a la vigencia y ejercicio pleno de los derechos por parte de las ciudadanas y ciudadanos, sin destacar derechos de primera o segunda clase, sino estableciendo una sola jerarquía de los mismos, así como de su protección, ampliando el entendimiento de la dignidad humana como un concepto holístico e integral.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, mediante su sentencia 1474/2011-R, ha establecido claramente cómo se entiende actualmente la nueva clasificación de los derechos fundamentales, señalando que

En el contexto antes señalado y dentro de esa visión axiológica que asegura la “construcción colectiva del Estado”, debe establecerse también que art. 13.1 del texto constitucional asegura la inviolabilidad de los derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado; en ese orden, y reforzando esta regla constitucional, el art. 13.3 de este orden supremo, proclama que no existe jerarquía entre derechos, garantizando el Estado a las personas y colectividades, el libre y eficaz ejercicio de los derechos fundamentales, tal como reza el art. 14.3, aspectos, que a la luz de los modelos constitucionales conocidos en derecho comparado, constituye un eje de ruptura esencial, máxime cuando el art. 109.1 del texto constitucional, de forma expresa señala: “Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección”, aspecto que consolida al nuevo orden constitucional como un verdadero paradigma a la luz del derecho comparado, y que además refuerza esa “construcción colectiva del Estado”, superando una sesgada visión, en virtud a la cual –tal como se evidencia en modelos constitucionales contemporáneos– se jerarquizan derechos, garantizándose su justiciabilidad solamente para algunos –en particular los de primera generación–, descuidándose una efectiva protección para otros, verbigracia, el caso de los derechos colectivos, situación que enmarca a estos modelos en una visión proteccionista de derechos individuales, aislados de una visión colectiva y que constituye una esencial característica de diferenciación con el modelo constitucional boliviano.

8. Conclusiones

El constitucionalismo es una creación del ser humano por la cual se pretende legitimar el ejercicio del poder público; mediante la soberanía popular, el pueblo se somete voluntariamente al poder de la Constitución como norma fundamental del Estado que tiene principalmente dos objetivos: establecer límites

al poder público y las personas que lo detentan, y reconocer las libertades y derechos de las personas estableciendo los mecanismos para hacerlos efectivos en la materialidad. En ese sentido, la importancia de que toda sociedad cuente con una Constitución ha perdurado desde sus inicios, en las revoluciones liberales del siglo XVIII, pero se ha modificado conforme las exigencias de los momentos históricos así lo han requerido.

De esa manera, en la historia del constitucionalismo se pueden identificar tres momentos en su desarrollo, el constitucionalismo liberal, el social y el neoconstitucionalismo, los cuales han sido una respuesta desde la normatividad constitucional a los diferentes momentos históricos de la humanidad. El nacimiento de un tipo de constitucionalismo representó la decadencia del constitucionalismo precedente. Para cierta parte de la doctrina constitucional, en América Latina se está desarrollando actualmente el cuarto momento del constitucionalismo, denominado “nuevo constitucionalismo latinoamericano” y ejemplificado en la Constitución de Colombia, de 1991; Venezuela, de 1999; Ecuador, de 2008 y Bolivia, de 2009. Este nuevo constitucionalismo tiene como principales características la retoma del concepto de soberanía popular, porque el pueblo es quien activa y ejerce el poder constituyente a través de asambleas constituyentes, y el reconocimiento constitucional, no sólo de amplios catálogos de derechos fundamentales, sino de garantías jurisdiccionales de protección a esos derechos.

En ese sentido, para alcanzar la plena vigencia y ejercicio de los derechos fundamentales, el nuevo constitucionalismo latinoamericano propone la superación de la clasificación tradicional de los derechos fundamentales por una clasificación de derechos de carácter individual, pluriindividual y transiindividual. De este modo se pretenden que la dignidad humana sea entendida como un todo, reconociendo la misma jerarquía a todos los derechos, hecho que no sucede en el constitucionalismo tradicional, según el cual los derechos civiles y políticos están por encima de los derechos sociales, económicos, colectivos y difusos.

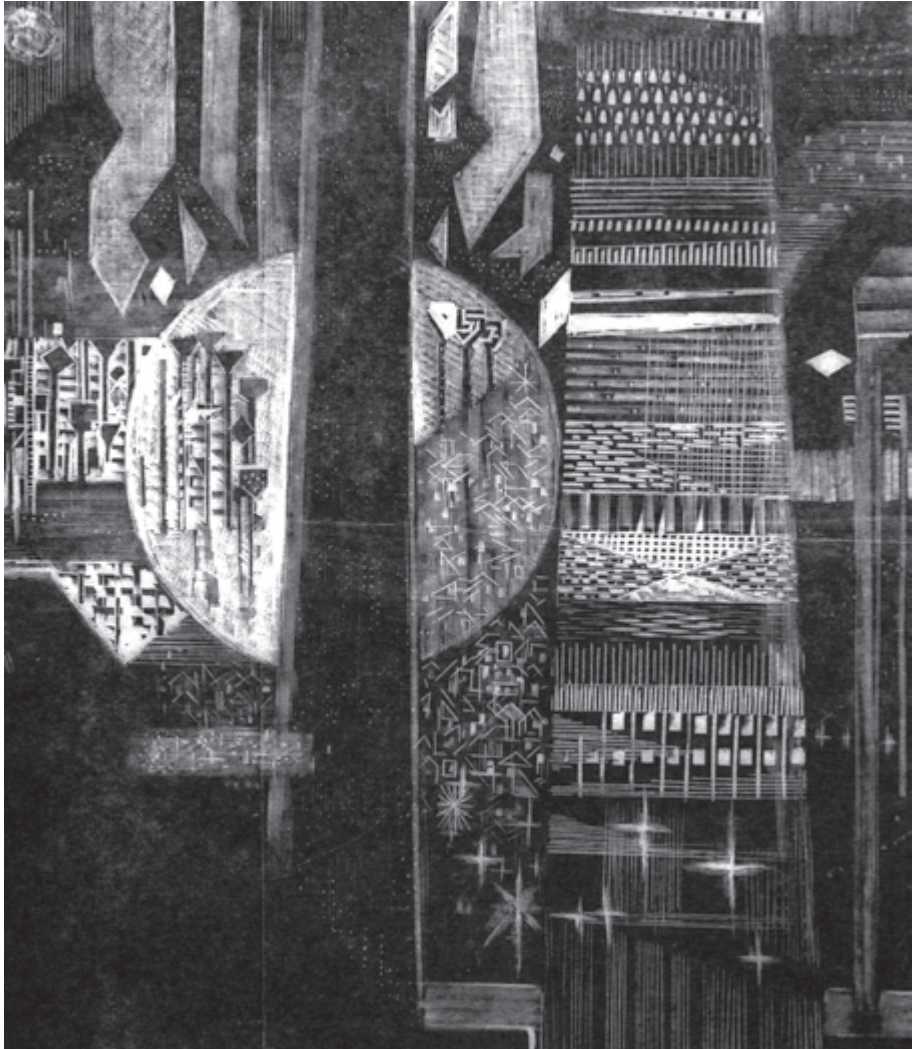


Alice Bailly

Este avance que aporta el nuevo constitucionalismo latinoamericano significa un progreso significativo y cualitativo hacia el reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales, ya que en este modelo constitucional todos los derechos tienen la misma jerarquía, todos cuentan con un mecanismo jurisdiccional para su defensa y todos tienen directa justiciabilidad. Este hecho permite que las y los ciudadanos cuenten con una protección constitucional de todos los ámbitos de su dignidad como seres humanos. El Estado debe ser el garante, a través de legislación y la elaboración de políticas públicas, del pleno goce y disfrute de los derechos de las personas para consolidar el establecimiento de un Estado constitucional.

Referencias

1. Carbonell Miguel y Leonardo García Jaramillo. *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2010.
2. Estado Plurinacional de Bolivia. Constitución Política del Estado, 2009
3. Ferrajoli. Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Barcelona: Editorial Ariel, 2010.
4. Kelsen Hans. *Teoría pura del Derecho* (versión digital). Universidad Nacional Autónoma de México, traducción de la segunda edición en alemán por Roberto J. Bernengo, México, 1982.
5. Martínez Dalmau, Rubén. *El proceso constituyente boliviano*. La Paz, Bolivia, Oxfam, Gran Bretaña, 2008.
6. Noguera, Albert. *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Valencia, España: Editorial Tirant lo Blanch, 2010.
7. Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, 2003.
8. República de Colombia. Constitución Política del Estado, 1991
9. República Bolivariana de Venezuela. Constitución Política del Estado, 1999
10. República de Ecuador. Constitución Política del Estado, 2008
11. Bolivia. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia 1474/2011-R
12. Valencia Vega, Alipio. *Manual de Derecho constitucional*. La Paz, Bolivia: Editorial Juventud, 1983.
13. Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. español de M. Gascón y epílogo de G. Peces-Barba. Madrid, España: Editorial Trotta, 2002.



Mario Alvima: Sin título (1954)