

Reflexiones Acerca de los Efectos del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

Diana Marcela Ramírez Guerrero

Universidad La Gran Colombia

Derecho

Bogotá

5 de junio de 2019

Reflexiones Acerca de los Efectos del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

Diana Marcela Ramírez Guerrero

Universidad La Gran Colombia

Derecho

Bogotá

5 de junio de 2019

Contenido

Introducción	1
Capítulo I	
1. Antecedentes del Constitucionalismo y su Llegada a América Latina	5
Capítulo II	
2. La Practica Constitucional Latinoamericana, Creación de un Nuevo Constitucionalismo .	15
Capítulo III	
3. El Desarrollo del Elemento Político en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano	28
Capítulo IV	
4. Las Grandes Contrariedades del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano	36
4.1. Hiperpresidencialismo.....	37
4.2. Problemas al Ejercicio Democrático por la Proliferación de Derechos	38
4.3. Multiplicidad de Vías de Protección Constitucional	40
4.4. Excesivo Garantismo Judicial e Inseguridad Jurídica.....	41
4.5. Descompensación de las Fuerzas Naturales del Estado	47
4.6. Mantenimiento de Instituciones de Antigua	48
5. Conclusiones	52
Bibliografía.	61

Resumen

Los inicios del constitucionalismo se remontan hasta la finalización de las revoluciones ilustradas, producto de la influencia que tuvo estos procesos que originaron un sistema que limitó el ejercicio del poder en el Estado en razón de garantizar los derechos del hombre. Con el pasar del tiempo, el constitucionalismo ha ido sufriendo una serie de transformaciones, producto de múltiples manifestaciones políticas y sociales que pedían actualizar las exigencias públicas, fenómeno que ocurrió con mayor fuerza para finales del siglo XX y la primera década del XXI, lo que posibilitó la creación de un nuevo constitucionalismo propio en Latinoamérica, debido al advenimiento de tendencias sociales progresivas que reclamaban una verdadera participación política de la sociedad con capacidad de intervenir en las decisiones importantes del Estado. Fue así como el constitucionalismo adquirió especial contraste en Latinoamérica, facilitando, dadas las circunstancias de violencia en la zona, un cambio en las constituciones, creando más prescripciones normativas con contenidos teleológicos y axiológicos que sustentan una prolífica lista de derechos de diversas categorías, superando el constitucionalismo clásico que era visto como la enunciación básica a ciertos derechos del hombre y a la regulación de algunas esferas del Estado. No obstante, a pesar del aparente ambiente garantista que posibilitaba el nuevo constitucionalismo, cobraron mayor protagonismo factores y procesos diversos que la constitución, lo que desató efectos adversos a los de un modelo progresivo y participativo, debido, por un lado, al mantenimiento de viejas instituciones que inhabilitaron el ejercicio de los nuevos derechos y la democracia, siendo este último, el elemento por el que se había legitimado el nuevo sistema constitucional.

En razón a lo expuesto, los capítulos que componen el presente trabajo de investigación abarcaran temas desde el primer capítulo como lo es la historia del constitucionalismo en el mundo hasta su transformación en Latinoamérica, en el segundo capítulo tratara las características y cambios más sobresalientes en el constitucionalismo latinoamericano, el tercer capítulo se remontara a la explicación del porque el factor político cobra mayor importancia en este nuevo constitucionalismo, y en el último capítulo se abordara los fenómenos que despliega el nuevo constitucionalismo, reconocidos por ser prácticas que merman la eficacia del sistema. Abordados los capítulos según el orden descrito, fundamentan las conclusiones encontradas en la parte final del trabajo que responden a la pregunta de investigación y corroboran la hipótesis inicialmente planteada.

Palabras claves: Constitucionalismo, neoconstitucionalismo, poder político, soberanía popular y democracia.

Abstract

The beginnings of constitutionalism go back to the end of the Enlightenment revolutions, product of the influence that had these processes that originated a system that limited the exercise of power in the State in order to guarantee the rights of man. With the passage of time, constitutionalism has undergone a series of transformations, the product of multiple political and social manifestations that demanded the updating of public demands, a phenomenon that occurred with greater force by the end of the 20th century and the first decade of the 21st, which It allowed the creation of a new constitutionalism of its own in Latin America, due to the advent of progressive social trends that demanded a true political participation of society with the capacity to intervene in the important decisions of the State. This is how constitutionalism acquired a special contrast in Latin America, facilitating, given the circumstances of violence in the area, a change in the constitutions, creating more normative prescriptions with teleological and axiological contents that sustain a prolific list of rights of various categories, surpassing the classical constitutionalism that was seen as the basic enunciation of certain human rights and the regulation of some spheres of the State. However, in spite of the apparent guarantee environment that made possible the new constitutionalism, factors and processes different from the constitution took on greater importance, which unleashed adverse effects to those of a progressive and participatory model, due, on the one hand, to the maintenance of old institutions that disqualified the exercise of new rights and democracy, the latter being the element through which the new constitutional system had been legitimized.

In view of the above, the chapters that make up this research work will cover issues from the first chapter such as the history of constitutionalism in the world to its transformation in Latin

America, in the second chapter will deal with the most outstanding characteristics and changes in the Latin American constitutionalism, the third chapter goes back to the explanation of why the political factor becomes more important in this new constitutionalism, and the last chapter will address the phenomena deployed by the new constitutionalism, recognized as being practices that undermine the effectiveness of the system. Once the chapters have been addressed according to the order described, they base the conclusions found in the final part of the work that answer the research question and corroborate the hypothesis initially proposed.

Key Words: Constitutionalism, neoconstitutionalism, political power, popular sovereignty and democracy.

Introducción

El origen del nuevo constitucionalismo radica en esencia por atender la cuestión social para posibilitar un verdadero ejercicio del poder por sus titulares originarios que en retrospectiva, quedaban relegados frente a los detentores en los procesos políticos; surge así el nuevo constitucionalismo como sistema que transforma al Estado y sus constituciones para convertirlas en instrumentos técnicamente complejos que abarcan derechos de diversas categorías y organiza institucionalmente al Estado, aunque en la realidad, los fenómenos desplegados por las constituciones del nuevo constitucionalismo en Latinoamérica resultan ser diversos ante la amplia variedad de asuntos inmersos dentro de las constituciones, debido que se proponen a regular sin escatimar esfuerzos, todos los ámbitos en que las personas puedan involucrarse en el Estado para así resguardarlos ante cualquier eventualidad que ponga en peligro o vulnere intereses protegidos, lo cual impone una obligación intrínseca a los Estados y es el posibilitar un ambiente adecuado para el ejercicio de los derechos para alcanzar unos mínimos de justicia material.

De tal modo, la importancia transmitida a los derechos que están en las constituciones se fortaleció a partir de la influencia que tuvo el neoconstitucionalismo que reforzó la esfera positiva de la constitución, posicionándola como instrumento de referencia ante las otras disposiciones normativas que componen el ordenamiento jurídico, robusteciendo su vinculatoriedad con la creación de jurisdicciones especiales para su interpretación y aplicación a través de operadores jurídicos facultados para que realicen ejercicios lógicos para aplicar los derechos de acuerdo a la interpretación que estos den al espíritu de la constitución, convirtiéndose esta práctica en la judicialización del constitucionalismo.

En este panorama, notoriamente privilegiado para la constitución, en razón de dar ejercicio a derechos mencionados hasta el siglo XXI, estos se introducen en una estructura antigua institucionalmente que no fue modificada, caracterizada por ser el fruto de pactos políticos que beneficiaban a ciertos sectores del Estado, manifestándose una problemática debido al enfrentamiento dentro de las constituciones, por un lado, entre el nuevo catálogo de derechos, contra instituciones arcaicas que no posibilitan las condiciones reales para su ejercicio dada su función partidocrática. Esta problemática estructural dentro de las constituciones quedó inadvertida ya que en una época de inestabilidad dentro de los Estados, era apremiante un cambio en el ejercicio del poder que era identificado por ser autoritario y excluyente, lo cual sectores políticos aprovecharon la situación con discursos revolucionarios, bajo la consigna de cambiar la manera en cómo se llevaban a cabo los procesos de poder dentro del Estado para otorgarle al pueblo el poder de legitimar cada uno de los procesos que determinan el rumbo del Estado.

La anterior situación produjo la aprobación por parte del pueblo de nuevas constituciones, accediendo en el territorio por medio de mecanismos extrajurídicos para modificar todo el orden Estatal, exponiendo un nuevo orden constitucional que brindaba mayor seguridad con el aparente compromiso de involucrarse con la causa social a partir de los extensos textos rodeados de una axiología colectivizante, dejando indemne la sección orgánica de las constituciones, encargada de determinar la distribución de los poderes, fijación de competencias y funciones entre los órganos del Estado, lo que produjo unas mejores condiciones para el ejercicio y concentración del poder en manos de grupos políticos, que bajo el amparo de la constitución, posibilitó el viejo ejercicio del poder de pactos políticos que en la actualidad se disfrazan como voluntad popular, siendo realmente voluntad política.

En este punto, los grupos políticos juegan un papel fundamental en la consolidación del nuevo constitucionalismo Latinoamericano, utilizando discursos inclusivos y proteccionistas para el cambio hacia una nueva constitución, que en la realidad se ajustan más a una adecuación de un plan político normatizado en una constitución que regula situaciones importantes del Estado sin un verdadero desarrollo legislativo que atienda las problemáticas reales en el territorio, motivo por el cual se plantea el siguiente problema de investigación ; ¿Cuáles son los factores dentro de la práctica del nuevo constitucionalismo Latinoamericano que despliegan en la realidad de los Estados, efectos adversos a las disposiciones constitucionales, que no permiten que en la realidad se cumplan los fines planteados?.

Para llegar a una posible respuesta a la anterior problemática, se establece como primera medida el método científico por el que se orientara la investigación, el cual es de índole cualitativa, encaminada al desarrollo jurídico del concepto del nuevo constitucionalismo latinoamericano, empleando un sistema que en primer orden encauce el estudio a un objeto de estudio concreto y específico que describa los elementos relevantes y distintivos del nuevo constitucionalismo y sus consecuentes efectos, mediante la clasificación de información de carácter doctrinario que permita dar explicación al fenómeno constitucional, organizando dicha información a través de un procedimientos inductivo que facilita la categorización de la información en una secuencia lógica para poder construir conclusiones coherentes que guarden relación directa con la información recolectada, revelando si los postulados por los cuales surgió a la vida política y jurídica el nuevo constitucionalismo latinoamericano en los Estados corresponden en aplicación del texto constitucional, al contexto cotidiano de los países que lo desarrollan.

Detallado el método por el cual se organizó la investigación, se plantea en este escenario la hipótesis ante el planteamiento del problema relacionado a los eventuales efectos del nuevo constitucionalismo, analizado como un vano esfuerzo de salir de una etiqueta de vía de desarrollo de los países Latinoamericanos a partir de constituciones avanzadas técnicamente que impulsaran un ambiente de desarrollo y prosperidad para los Estados, pero que ante una sociedad en donde se desencadenen mayores índices de pobreza, exclusión y rechazo social, se apartó de un legítimo ejercicio del poder por el pueblo al evidenciarse prácticas hiperpresidencialistas para mantener el poder del partido político de turno, fortalecido en una constitución que ostenta un carácter privilegiado y excluyente en el sistema jurídico del Estado, armonizado en la sociedad con un lenguaje proclive de derechos, pero que deja sus cláusulas auto operativas, siendo ineficaces dado que no hay quien las ejecute, ya que las instituciones existentes en las constituciones se mantienen indemnes, conservando las elites políticas que son indiferentes a la cuestión social, así la constitución termina siendo instrumentalizada al positivizar desmesuradamente derechos que dan por sentado escenarios de la vida pública que no pueden ser debatidos al encontrarse inamovibles, alejándose aún más de la verdadera voluntad del pueblo por la rigidez de la constitución que dificultan el consenso y el debate público.

En este orden de ideas, la presente investigación plantea como objetivo general el describir los factores dentro de la práctica del nuevo constitucionalismo Latinoamericano que despliegan en los Estados, efectos adversos a las disposiciones constitucionales que no permiten que en la realidad se cumplan los fines planteados, observado como objetivos específicos, (i) referir los procesos del constitucionalismo universal hasta su transformación en Latinoamérica, (ii) describir las características más relevantes del nuevo constitucionalismo latinoamericano en su esfera positiva y democrática, (iii) interpretar el elemento político como el factor que tiene mayor

importancia en el nuevo constitucionalismo y iv) reconocer las principales problemáticas que se gestaron en el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

En suma de lo anterior, la presente investigación se justifica en razón de comprender el impacto que ha tenido el nuevo sistema constitucional desarrollado en Latinoamérica, continente donde los países que lo han implementado se caracterizan por semejanzas de antecedentes de conflictos partidistas, la transición hacia la creación de textos constitucionales con tipologías proteccionistas e inclusivas, el fuerte posicionamiento de los poderes políticos que defienden este tipo de constituciones y el incremento de los índices de pobreza e inequidad social en países en donde las constituciones tenían por objeto eliminar problemáticas de índole social, pero que debido del apoderamiento de la política de los escenarios del Estado, que en teoría tenía vedados, ganan legitimidad en la constitución a partir de la instrumentalización de la democracia .

Antecedentes del Constitucionalismo y su Llegada a América Latina

El constitucionalismo ha tenido una incidencia gradual en la composición de los Estados, ya que fue desarrollándose como sistema político que con el pasar del tiempo genero transformaciones profundas y visibles en la manera como se ejercía el poder, rebatiendo paradigmas respecto a su titularidad por delegación divina y hasta la manera en cómo se llevaba a cabo su ejercicio, modificando sustancialmente la estructura de los Estados que antes de la llegada del constitucionalismo moderno, eran reconocidos por ser absolutistas. Producto de la arbitraria concentración del poder que excluía a la mayoría de la población que vivía en condiciones de pobreza, surge las primeras manifestaciones del constitucionalismo, esta etapa denominada proto-constitucionalista, extendida desde el siglo XIII hasta el año 1775 en la

Europa medieval, se caracterizó por delimitar el poder público en leyes fundamentales dentro de un derecho oral consuetudinario sin codificarse en constituciones formales, estableció una organización horizontal e institucionalizada de los poderes sin distinguir su funcionalidad, viabilizó el derecho de grupos y comunidades, priorizó la figura espiritualizada y religiosa; y determinó como fuente de la legitimidad a Dios y el monarca (Marquardt, 2011, pág. 25).

Sin embargo, para el año de 1776 ocurre un gran cambio que produjo un proceso de transición del antiguo régimen agro civilizatorio por una nueva cultura post-agraria, clima de aceleradas transformaciones e innovaciones que devino en la paulatina llegada del constitucionalismo que cambió las dinámicas sociales y económicas dentro del Estado. De este modo, el constitucionalismo moderno se ubica entre los periodos de 1776 a 1916, sustentando su base ideológica en las tres revoluciones ilustradas, caracterizado por constituir en su núcleo jurídico el auto vínculo normativo del poder Estatal en una constitución formal, organizándose en forma de república, notoriamente diferente a las organizaciones monárquicas dominantes de la época, innovando en aspectos como la limitación a la máxima autoridad del Estado por medio de las leyes y determinando el tiempo de su mandato, a su vez que organizó el sistema de separación horizontal de poderes como mecanismo de control y balance, evitando concentraciones del poder en una sola rama e impidiendo su prolongación indeterminada en el tiempo (Marquardt, 2011, pág. 25).

Las constituciones de esta época se caracterizaron por acoplar criterios jurídico- filosóficos del derecho natural para el reconocimiento y garantía de los derechos individuales, dando especial desarrollo al derecho a la vida y al rechazo simultáneo de toda forma de esclavitud. No obstante, con la llegada del constitucionalismo moderno, generó grandes cambios dentro de los Estados tales como: (i) La transición del antiguo régimen monárquico a una organización

republicana, (ii) la implementación del sufragio universal como herramienta de participación ciudadana que permitía incluir a todo la población en los procesos políticos, (iii) separación horizontal de poderes que propendieran por un mayor equilibrio respecto a factores políticos inmersos en cada rama que podrían desbordar los poderes encomendados en la constitución, además de establecer en la separación vertical de poderes en un sistema federalista la posibilidad de aumentar las opciones de participación de la oposición, (iv) desarrollo constitucional en factores económicos, sociales y medioambientales con el propósito para la época de promover el progreso industrial, garantizando en un marco jurídico los riesgos que los cambios industriales pudieran provocar respecto de un impacto económico proclive al empobrecimiento social e impone límites a la actividad humana en protección al ecosistema (Marquardt, 2011, pág. 33).

Es tal el aporte que realizó el constitucionalismo moderno en materia de modernización de los derechos, que fortaleció las garantías esenciales de las personas en un instrumento jurídico superior respecto a todas las normas del sistema jurídico para que direccionara y delimitara toda la actividad dentro del Estado, y así resguardara intereses superiores, por este motivo deviene la importancia de referir las transformaciones que se produjeron en el constitucionalismo a lo largo del tiempo, describiendo los fenómenos que posibilitaron la actualización del constitucionalismo según cada época.

En ese orden de ideas, se da paso a la primera gran transformación del constitucionalismo, ocurrido en la periferia de la civilización agraria Europea, más exactamente en las trece de las diecisiete colonias de Gran Bretaña en Norteamérica en 1776; las grandes monarquías no ejercían mayor control y su presencia era poco frecuente, lo que posibilitó las protestas sociales, deviniendo en experimentos políticos que ocasionaron problemas respecto a la legitimidad del poder, aunque a su vez, como experimento, se presentó como propuesta que exponía un cambio

de los modelos dinásticos (Marquardt, 2011, pág. 41). En estos procesos políticos, la contribución de las revoluciones ilustradas fue indispensable, destacando la Revolución Francesa de 1789, en la medida que fue el parámetro para lograr la constitucionalización mundial a partir de la Carta Jacobina de 1793, aunque la misma no fue ratificada en Francia hasta un siglo después de la revolución debido que devinieron regímenes anticonstitucionalistas, el primero con el régimen de Robespierre y el segundo con el Imperio de Napoleón con la llamada restauración de 1812 con su Charte Constitutionelle, solo hasta la caída del emperador Napoleón III en 1870, pudo efectivizarse lo que hace un siglo La Revolución Francesa había luchado, desquebrajando el modelo monárquico hegemónico con la llegada del constitucionalismo republicano (Marquardt, 2011, p. 12).

En la avanzada del constitucionalismo, el surgimiento de facciones contrarias a la gran transformación fue más frecuente, reflejo de esto se evidencia en el gran golpe a la batalla transformadora con la victoria de la restauración de la Santa Alianza y el Congreso de Viena de 1815. La restauración tuvo un gran impacto debido que era un sistema monárquico que tomó los elementos revolucionarios de la des-segmentarización, reemplazando la autonomía que tenían los señores feudales en el antiguo régimen, por la unificación en una organización burocrática y homogénea capaz de adjuntar todo el poder disperso en los señores feudales en un solo poder, con capacidad de ordenar y dirigir los asuntos internos del Estado (Marquardt, 2011, p. 44).

Ya para los años comprendidos entre 1830 a 1848 se gestó la segunda etapa de transformación hacia el Estado constitucional republicano democrático, influenciado por las Revoluciones Europeas Liberales, tales como las acaecidas en 1847 conocida como La Guerra de las Alianzas Separada en Suiza, exitosa para los liberales ilustrados y la Revolución de María de Fonte en Portugal (Marquardt, 2011, pág. 4). Los efectos de las revoluciones en mención fueron

lograr la transición paulatina de varias monarquías Europeas hacia modelos moderados autocráticos, que posteriormente se transformaron en monarquías liberales, ejemplo de esto se resalta el Reino de Bélgica con su constitución de 1831 y el Reino Unido de Gran Bretaña 1832 (Marquardt, 2011, pág. 48). Del mismo modo, este cambio en los modelos de Estado repercutió en Hispanoamérica, transformando varias repúblicas tales como la Nueva Granada (1853) Argentina (1853) México (1857) y Venezuela (1858 y 1864), introduciendo cambios significativos en su orden interno tales como la incorporación y ejercicio del sufragio universal, el desarrollo al derecho a la vida, aboliendo la pena de muerte y la implementación de una justicia constitucional (Marquardt, 2011, pág. 49).

Para los inicios de la tercera transformación, comprendida entre los años de 1870 a 1911 el constitucionalismo democrático ya se había extendido por las monarquías tradicionales mediterráneas sur asiáticas, conocidas por ser sociedades agrarias, lo particular en el continente asiático fue que la adopción del nuevo sistema de Estado no se hizo por imposición de los países precursores de este modelo, sino que se adoptó autónomamente el modelo Europeo, ya que era visto como sinónimo de desarrollo y avance imprescindible para cualquier Estado, debido al impacto producido por el desequilibrio militar que la Revolución Industrial ocasiono respecto a las derrotas militares en serie, generando una consigna de superioridad y poderío (Marquardt, 2011, pág. 51). Sin lugar a duda, la tercera etapa de transformación del constitucionalismo se caracterizó por la expansión que tuvo el Estado Constitucional en otros continentes, pero si bien, la inserción del modelo no podía llevarse a cabo de manera intempestiva, lo que hacía necesario introducir mecanismos jurídicos transitorios en los países en proceso de cambio de modelo de Estado que facilitaran el tránsito a las transformaciones a realizar en las instituciones Estatales para que pudiesen compaginar con la nueva organización, es el ejemplo en países como Chile,

Colombia, los Estados Unidos y Suiza que desarrollaron políticas que redujeron el impacto a producir en el Estado en los distintos escenarios de relevancia social, política y económica; pero no en todos los países se llevaron procesos de transición, tal es el caso en Repúblicas como Bolivia, Portugal y Francia que se produjeron conmociones internas y desequilibrios políticos al no preverse mecanismos de transición entre el sistema preexistente con la nueva propuesta constitucional, lo que desató golpes de Estado y caídas de gobiernos como lo sucedido en la República de Portugal entre 1911 y 1926 (Marquardt, 2011, pág. 41).

Ya para la cuarta etapa un hecho histórico produjo una nueva transformación del constitucionalismo y fue la Primera Guerra Mundial de 1914-1918; los vencedores de esta Gran Guerra fueron Estados constitucionales republicano democráticos a saber, La República Francesa y Los Estados Unidos, así como una monarquía liberalizada, El Reino Unido de Gran Bretaña, siendo estos países los que reconstruyeron la Europa Imperial, estableciendo el modelo de Estado que respaldaba sus ideales político republicanos y democráticos por el mundo (Marquardt, 2011, pág. 53). Esta etapa además se caracterizó por su corta duración, comprendida entre los años de 1917 – 1921 dado al reavivamiento de movimiento antidemocráticos y anticonstitucionales, influenciados por tendencias precedentes como la “restauración” que pretendían el restablecimiento del anterior orden autocrático, lo que produjo el debilitamiento de los Estados Constitucionales que habían venido teniendo tendencias progresivas por su inclusión social y por la creación de sistemas participativos, los mismos que se sirvieron para que el pueblo eligiera a partidos políticos antidemocráticos, en algunos casos excesivamente nacionalistas (Marquardt, 2011, pág. 55).

Eventualmente ante las nuevas manifestaciones autocráticas legitimadas por los mecanismo constitucionales, se debía surtir una nueva transformación ante esta crisis , motivo por el cual

entre las épocas de 1945 a 1966, la quinta renovación se caracterizó por adherir el concepto de la dignidad humana, comprendido como derecho y principio de interpretación para todo el ordenamiento jurídico del Estado (Marquardt, 2011, pág. 57), limitando las actuaciones de las instituciones del Estado en razón a la protección especial que da como principio de interpretación la dignidad humana a los derechos humanos, siendo categóricos en todo momento, además de ser custodiados por organismos especiales como las cortes especializadas. Al mismo tiempo, uno de los fenómenos que ayudó a la estabilización del sistema constitucional social democrático fue la revolución fósil, toda vez que a través del empleo de la más fuerte y novedosa energía conocida como el petróleo en la década de 1950, generó una total revolución social a partir de la energía como sistema de consumo, accesible para todas las clases sociales a través de numerosos aparatos electrónicos que producen mayor bienestar en la calidad de vida, posibilitando en este ambiente económico y social la estabilización del sistema constitucional visto como bienestar comunitario (Marquardt, 2011, pág. 58).

Eventualmente en América Latina este proceso tardó un poco más, debido que para 1950 nuevamente tendencias autócratas ostentaban el poder, producto del fracaso de propuestas de transición neoliberales posteriores a la finalización de regímenes dictatoriales que produjeron serias crisis sociales por el aumento de los índices de pobreza que propiciaba inequidad social, lo que desató la insistencia de concentrar el poder en manos de una rama del Estado que organizara el caos producido por la ausencia de una autoridad visible, (Gargarella R. , 2018, pág. 118) deviniendo en el retroceso de los procesos democráticos, volviendo a sistemas de poder autocráticos que ponían en inminente peligro la soberanía popular, además de ralentizar la transición de pasar a ser sociedades agrarias a modelos de sociedades industrializadas.

Ya para la última etapa de transformación para mediados de 1990 se re-democratizan las repúblicas tradicionales en América Latina debido a que cobro mayor fuerza la tradición de más de un siglo y medio del republicanismo democrático, frente a las fuerzas autocráticas (Marquardt, 2011, pág. 63), acompañado con la fuerza de los medios de comunicación que propagaban imágenes del turismo masivo de los países democráticos del norte, haciendo más atractivo la democratización Europea para la comunidad por llegar a aquel estado de bienestar, además de facilitar el acceso a las clases obreras ante las comodidades ofrecidas por la posibilidades económicas de la modernidad, convirtiéndose en la sociedad multiopcional tal como lo señala el sociólogo Peter Gross (Marquardt, 2011, pág. 64).

Los anteriores procesos constitucionales en mención no se llevaron a cabo al mismo tiempo en los continentes, de hecho, en referencia a la sexta transformación del constitucionalismo a nivel universal, en América Latina el constitucionalismo toma un nuevo sentido, debido que es la zona en donde se puede evidenciar en la actualidad mayor número de constituciones que responde a un desarrollo en cuanto a un prolífico contenido de derechos y mecanismos jurídicos de protección, siendo aparentemente un instrumento de avanzada propio del siglo XXI. Para llegar a esta transformación y aparente evolución de las constituciones de la zona, América Latina surte su propio proceso constitucional, evidentemente influenciado por las dinámicas constitucionales universales, distinguiéndose por la preponderancia que tomará los procesos políticos que alteraron la concepción del Estado constitucional.

De este modo, el nuevo constitucionalismo Latinoamericano surte su propio proceso en la zona, por lo cual es menester señalar las etapas históricas del constitucionalismo regional, ubicando su primera etapa a mediados del siglo XIX en un ambiente social y político agitado con sesgos bastante marcados por las diversas coaliciones políticas del momento, producidas por

diversas diferencias ideológicas, ejemplo de esto lo fue la confesionalidad religiosa de un Estado, dado que una facción política advertía aquella confesionalidad publica de un Estado hacia una religión en específico, contrario al otro movimiento político que promovía la apertura de la libre confesionalidad Estatal (Gargarella R. , 2018, p. 112), diferencias que resultaban no tener punto de inflexión para lograr un consenso debido a lo evidentemente opuestas que en esencia son.

El turbulento clima partidistas fue el que propicio el nacimiento de grupos sociales con demandas opuestas a los de los partidos tradicionales, los cuales iban cobrando mayor fuerza en la comunidad, siendo una amenaza para los intereses de los partidos políticos, dado el mayor involucramiento de la sociedad en los procesos políticos, esfera que era exclusiva de las decisiones de las elites, lo que trajo como resultado constituciones contra mayoritarias, caracterizadas por desahuciar derechos políticos para las masas y establecer trabas frente a los mecanismos de participación (Gargarella, 2010, pág. 34), fortaleciendo los poderes de las instituciones estatales capaces de ostentar mayor discrecionalidad respecto a decisiones que no podían ser sujetas al control ciudadano, limitando aún más la participación política del pueblo para la dirección de las decisiones que lo comprometían (Gargarella, 2010, pág. 35). Fue tal el enfrentamiento de los movimiento políticos contra los grupos sociales, que las diferencias ideológicas entre los partidos tradicionales pasaron a un segundo plano, al consagrar en las constituciones fórmulas de acuerdos políticos poco significativas y coherentes para proteger sus intereses, tal fue el caso de la Constitución Mexicana de 1857, que opto por el silencio al pronunciarse específicamente en la materia religiosa, sucediendo lo mismo con los constituyentes Argentinos de 1853 al declarar un status especial a la religión católica, pero que

aun así habilitaba al mismo tiempo la práctica de diversos cultos religiosos en el mismo territorio (Gargarella R. , 2018, p. 112).

Era evidenciable que el constitucionalismo regional a mediados del siglo XIX favorecía los intereses de los grupos políticos, propiciando condiciones que facilitaron el mantenimiento de los intereses de un reducido sector que no permitía el ingreso de propuestas que renovaran ámbitos sociales y políticos debido que la estructura de la constitución manejaba márgenes estrechos de maleabilidad que alejaba todo aquel interés opuesto a los de los partidos entre liberales y conservadores (Gargarella R. , 2018, p. 112). El descontento a causa de la instrumentalización de la Constitución como pacto político no se hizo esperar, los movimientos de resistencia finalizando el siglo XIX tenían por objetivo materializar dentro de las constituciones la cuestión social, lo que produjo en esta época represiones y coerciones políticas, tal fue el caso de la resistencia ocurrida en la Convención Constituyente de México en 1857, la cual proclamaba la exigencia de la postergada y nunca atendida cuestión social, el producto de la crisis en México a través del éxito de los grupos revolucionarios, logro la reforma constitucional de 1917, considera como la primera constitución de este tipo (Gargarella R. , 2018, p. 113).

Del éxito alcanzado en México, los movimientos revolucionarios fueron cobrando mayor fuerza, propagándose con vertiginosidad en América Latina, liderados por movimientos de izquierda que proponían la extensión de derechos dentro de las constituciones, evidenciable en Hispanoamérica que el catálogo de derechos es ostensiblemente más extenso que el de los países más desarrollados, fenómeno además que contribuyó a los intereses de los partidos dominantes, ya que daba la impresión de comprometerse por la causa social a partir de la reafirmación de derechos, pero que en la realidad, los derechos quedaban a su suerte dentro de las constituciones debido a la falta de instituciones que posibilitaran un ambiente para su ejercicio (Gargarella,

2010, pág. 37). De tal suerte, las nuevas constituciones heredaron los rezagos de las imperfecciones del constitucionalismo fundacional y que el fenómeno de las revoluciones sociales que luchaban por la satisfacción de la olvidada cuestión social a partir de la enunciación de numerosos derechos de tipo económico, social y cultural, no tuvo mayor desarrollo legislativo, siendo inoperantes en la práctica, pero plasmadas en las constituciones daban la apariencia de ser instrumentos garantistas.

La Practica Constitucional Latinoamericana. Creación de un Nuevo Constitucionalismo

Las trasformaciones que ha venido sufriendo el constitucionalismo hasta llegar a su etapa democrática en el siglo XX, tuvo su asidero histórico entre los años setenta y ochenta, épocas marcadas por fuertes dictaduras militares, lo que desgasto a los partidos políticos tradicionales y deslegitimo la manera en cómo se venía haciendo política, considerado como oligárquico y excluyente. La transición de la finalización de esta época condujo a la implementación de políticas neoliberales que ahondaron aún más en las brechas socio económicas, lo que derivó en el surgimiento de movimientos de izquierda con nuevos líderes que sobresalían con efervescente sentimiento nacionalista y patriótico (Armengol, 2010, pág. 56), transformando el viejo constitucionalismo en el constitucionalismo democrático que pretendía ser un sistema inclusivo a todos los sectores sociales por medio de la participación a través de mecanismos tales como el sufragio, además que propendía por la concepción de nuevas categorías de derechos que comprendieran a la persona como ser que constantemente esta relacionándose como condición natural y que en esas relaciones se derivan condiciones mínimas para que su ejercicio pueda garantizarse y así pueda libremente determinarse. Pero para llegar a esa consigna de “garantías

intangibles”, el nuevo constitucionalismo toma elementos correspondientes a anteriores modelos de Estado del siglo XIX y sobre todo del siglo XX para que, a partir de sus consignas ideológicas, sustenten los principios y derechos que se propone el Estado constitucional democrático.

Por lo tanto, las constituciones del nuevo constitucionalismo se nutren de componentes, por un lado, del liberalismo, propio del Estado clásico del siglo XIX que se caracterizó en la primacía de las libertades personales en desarrollo a la autonomía individual, que para su ejercicio presupuestaban restricciones de acción por parte del Estado para que no interfiriese con aquella autonomía, mediante la distribución, limitación y separación de los poderes; a su vez, toma del Estado democrático el elemento de la soberanía popular, siendo el pueblo el principal actor del diseño del Estado en ejercicio de su voluntad política soberana, cambiando el enfoque de la libertad del liberalismo, hacia una libertad en ejercicio de los diversos mecanismos de participación por los cuales se dispone como medios expeditos para la toma de decisiones de orden político que afectan a toda la sociedad; por último, toma del Estado social el determinar cómo poder esencial los procesos de participación a los que concurre la ciudadanía, para que sus asociados obtengan unas mínimas garantías, es decir, su efecto es material al hacerse exigible al Estado prestaciones positivas para alcanzar una igualdad social (Jaramillo, Villegas, Rodríguez, & Uprimny, 2018, pág. 852). De este modo en el Estado constitucional se materializan las anteriores concepciones ideológicas en una constitución, que tiene por efecto el fijar y limitar las competencias de los poderes constituidos para evitar el desbordamiento de sus facultades, plasmado en un documento de accesibilidad, reconocimiento y ejercicio por todos; la constitución se consolida como instrumento fundamental en el Estado, así lo señala Beaud, (2003) al mencionar que la función de la constitución es “limitar el poder del Estado por medio

de “reglas intangibles”, denominadas “constitucionales”, que están fuera del alcance de los gobernantes. En concreto, el nacimiento de la constitución moderna muestra el esfuerzo dirigido a sustraer una parte del derecho positivo de la voluntad de los gobernantes, a favor de la defensa de los derechos de los ciudadanos” (Jaramillo, Villegas, Rodriguez, & Uprimny, 2018, pág. 846).

Alrededor de la función que cumple la constitución en el nuevo constitucionalismo, superando la mera imposición de límites al poder Estado, ya que identifica que para poder alcanzar un mayor grado de satisfacción de los intereses del pueblo, debe ser a través del ejercicio de la actividad estatal para lograr una justicia material y real mínima, siendo así que la constitución se presenta como una renovación de la visión positivista, tal como lo explica Carbonell (2007) “la ciencia jurídica no se limita a explicar un fenómeno jurídico sino que también lo crea, combinando una función contemplativa como una creativa” (Jaramillo, Villegas, Rodriguez, & Uprimny, 2018, pág. 853), de modo que el cambio fue tal que las constituciones pasan de ser a una descripción de los fenómenos del derecho como se dan en la sociedad, hasta la comprensión de categorías de derechos que contienen un deber ser de los Estados, plasmados en principios y derechos fundamentales, encaminado a lograr un ideal de justicia en la sociedad, justificándose la conexión entre el derecho y la moral.

No obstante, en el interior de las constituciones se presentan tensiones producto de la misma diversidad ideológica que aportaron los diversos enfoques de Estado a la construcción de los contenidos de las constituciones de esta nueva tendencia, toda vez que entran en colisión en la práctica dos principios inquebrantables, tal como lo señala Nino (1992) “el ideal de un proceso político participativo en el que toda la gente afectada por ese proceso tiene intervención en esa decisión y el ideal liberal de un gobierno liberado, según el cual aún la mayoría debe abstenerse frente a intereses protegidos” (Jaramillo, Villegas, Rodriguez, & Uprimny, 2018, pág. 848). Esto

quiere decir que, aunque en el Estado constitucional establezca en la democracia el mecanismo por medio del cual el pueblo puede participar en los procesos políticos través de los distintos mecanismos de participación para así poder visibilizar y hacer exigible su voluntad soberana, se ve limitado este ejercicio frente a intereses que no pueden ser debatidos al encontrarse consolidados en el ámbito constitucional.

Sobresale por lo anterior que uno de los elementos más destacables del nuevo constitucionalismo es el factor democrático, dado que por medio de este legitima el ejercicio de la constitución y orienta la actividad del Estado en general, al ser el componente que inequívocamente representa la voluntad popular. En este sentido, para que las constituciones de esta nueva tendencia puedan surgir y cobrar validez jurídica, necesariamente deben surtirse unas serie de etapas democráticas, las cuales Rubén Martínez Dalmau las describe de la siguiente manera: Como primera medida se deberá surtir una etapa de activación directa del poder constituyente a través de un referéndum, llevar a cabo elecciones democráticas de los miembros de la asamblea constituyente, redacción participativa, consultada y plural del proyecto de constitución, y por último, la celebración de un referéndum constitucional que sería la aprobación por el pueblo del nuevo texto constitucional (Dalmau, 2012, pág. 709). A partir de la consecución efectiva de las distintas etapas, se manifiesta la voluntad del constituyente en la medida en que se efectuaron espacios de participación y refrendación del texto constitucional dentro de un sistema democrático que representa la voluntad soberana.

Llevado a cabo el proceso antes descrito, se incorpora el nuevo texto constitucional en el territorio en donde se llevó a cabo los procesos democráticos, insertando cambios sustanciales en el modelo de Estado, debido que expande los efectos de la constitución a todo el sistema jurídico, posicionándola en el centro del ordenamiento, fundamento este arraigado a partir de la

implementación de teorías neoconstitucionalistas que fortalecen la constitución en el sistema jurídico del Estado, aunque este criterio teórico limita su análisis hasta la esfera positiva de las constituciones, toda vez que no comprende la legitimidad democrática de la constitución, indispensable en el nuevo constitucionalismo, ya que sin este criterio no podría validarse y existir la constitución por ser el poder constituyente quien valida su existencia a partir de los procesos democráticos (Dalmau R. P., 2012, pág. 161). Por lo tanto, el neoconstitucionalismo es visto como teoría del derecho y no como teoría constitucional, al analizar únicamente los elementos constitutivos de la esfera positiva de la constitución, a partir de factores objetivos que construyen una organización por categorías de normas materiales y sustantivas organizadas en Constituciones caracterizadas de la siguiente manera:

- i) La materialidad de la constitución: La composición de las constituciones revela diversas dimensiones y calibres jurídicos, sin variar su eficacia vinculante, lo que quiere decir que todas aquellas normas que componen una constitución, al estar redactadas con diversa textura literal, no varía su nivel de vinculatoriedad en el sistema jurídico, si no que se sirve como mandato de optimización hermenéutica (Armengol, 2010, pág. 51), para poder equiparar todo fenómeno social en las normas constitucionales de manera explícita, ya porque la norma lo consagra directamente, o de manera implícita por el alcance del tenor de la constitución que lleva a asociar un problema jurídico constitucionalizado subsumido interpretativamente en el texto (Armengol, 2010, pág. 52).
- ii) Afianzamiento de la garantía constitucional: Rompe con el anterior esquema de control negativo y mínimo del constitucionalismo anterior, ya que organiza una mayor actividad jurisprudencial, no limitada a una exegesis decisionista, posibilitando la existencia de un sistema de control y protección jurisdiccional efectivo a partir de criterios de optimización

de los mandatos constitucionales que amplían el sentido semántico de los textos constitucionales para que las constituciones tengan efectos en todos los espacios posibles que se puedan desenvolver problemas jurídicos que no se desarrollen explícitamente (Armengol, 2010, pág. 52).

iii) La ponderación como principio para la interpretación constitucional: Es el modelo argumentativo por medio del cual a través de una operación lógica busca equilibrar preceptos constitucionales que se encuentren en colisión, conjugando de la situación existente un prototipo de argumento flexible que optimice la mejor alternativa menos lesiva en relación con las demás normas constitucionales, el cual resulte ser suficiente, razonable e idóneo, sin ser un criterio jerarquizador entre normas que guardan el mismo carácter vinculante (Armengol, 2010, pág. 52). Vista como técnica de argumentación, Robert Alexy, en su método interpretativo de ponderación da los parámetros adecuados para desarrollar el principio de proporcionalidad, descompuesto en tres tipos de juicio que debe realizar el juez en la búsqueda de la solución justa de cualquier controversia, a saber: “el de necesidad, el de adecuación; y, el de proporcionalidad en sentido estricto.” (Cassagne, 2015, pág. 228). Por lo que se refiere al juicio de necesidad, en un primer momento se analiza la idoneidad de la afectación o disminución de un derecho o principio para lograr un fin legítimo, posterior a esto, se determina si la medida por la que se optó es necesaria con las consecuencias que acarrea, como es la afectación a otros derechos para la consecución del resultado en derecho, respecto a otras alternativas menos lesivas; y por último se lleva a cabo el examen de proporcionalidad en donde comporta un análisis entre el perjuicio producido por el beneficio a alcanzar y establecer una relación de adecuación

entre el perjuicio y la finalidad perseguida si resulta proporcionada (Aldunate Lizana, 2010, pág. 363).

Posturas positivistas precisan que la presencia de conceptos sustantivos o morales en las reglas de reconocimiento de una norma ya no depende de la validez del órgano facultado para promulgarlo , si no que su validez depende del significado conforme a los preceptos de justicia incorporados en derecho tenga inmerso (Prieto Sanchís, 2014, pág. 232), lo que quiere decir que derecho y moral se conjugan en las disposiciones constitucionales , siendo criterios materiales justiciables vistos como principios, teniendo efectos vinculantes al consagrarse dentro de la constitución y expandirse por todo el ordenamiento jurídico al ser considerada la constitución como un ordenamiento de referencia de todo el sistema jurídico, configuradora de todas las relaciones sociales por el efecto horizontal de los derechos fundamentales (Aldunate Lizana, 2010, pág. 364).

- iv) Constitucionalización del derecho, Los derechos fundamentales adquieren un rol objetivo en el sistema jurídico al organizar el contenido de todo el ordenamiento jurídico en elementos básicos que condicionan la actuación de los poderes Estatales (Estrada, 2007, pág. 137) fungiendo como parámetro de validez e interpretación. Un ángulo particular de ello lo constituye la expansión de los derechos al ordenamiento jurídico, la noción de eficacia directa de éstos (Carbonell, 2007, pág. 221), operando en todo momento lugar autónomamente de modo que logra constitucionalizar el ordenamiento jurídico a tal punto de condicionar la legislación y la jurisprudencia.
- v) Multiplicación de la dogmática constitucional, En desarrollo a nuevos derechos, se han creado nuevas dimensiones de protección que tienen por objeto proteger las diversas facetas en que el ser humano se desarrolla y la necesidad de controlar nuevas formas de

agresiones a los derechos existentes. Esto ha llevado a la creación de nuevos titulares de derechos, debido a que, por sus características particulares, sea de tipo cultural o por ser pertenecientes a colectividades sociales, apremian de una actual vigilancia y protección (Armengol, 2010, pág. 53). En esta pluralidad de derechos se identifican dos líneas nuevas, por un lado los relativos a derechos en situación que son aquellos que prevén una situación de desventaja temporal o definitiva de personas por pertenecer a un grupo social; y los derechos de las minorías que tienen por objeto la cohesión de las aspiraciones universales con prácticas multiculturales (Pisarello, 2007, pág. 117). De esta manera se materializa el derecho a la igualdad visto como igualdad en los derechos de libertad que garantizan el igual valor de todas las diferencias personales que hacen de cada persona un individuo diferente a todos los demás y de cada individuo una persona igual a todas las otras; y la igualdad es, en segundo lugar, igualdad en los derechos sociales que garantizan la reducción de las desigualdades económicas y sociales (Ferrajoli, 2006, pág. 75).

Es a partir de los elementos antes descritos que en los ordenamientos jurídicos en ciertos países Latinoamericanos se vieron modificados y reforzados en la esfera constitucional, pero vale aclarar que el nuevo constitucionalismo no se agota solo con el fortalecimiento de la constitución dentro del ordenamiento jurídico, si no que aún más importante que la esfera positiva de las constituciones, encarna en la legitimidad democrática el factor indispensable por medio del cual el pueblo, titular del poder originario, se sirve de un instrumento jurídico que delinea los parámetros por los cuales se debe organizar el Estado según sus intereses. Es por este motivo que las constituciones al contener la voluntad soberana tienen un carácter complejo, más que como instrumento que organiza a un Estado y sus instituciones, al recuperar el origen

radical-democrático del constitucionalismo jacobino, característico por poseer mecanismos de participación reflejo de un proceso político de la comunidad (Dalmau R. P., 2012, pág. 163).

Por consiguiente, los dos pilares del nuevo constitucionalismo dada su propia naturaleza son, por un lado, la fundamentación en la legitimación de la carta, entendida como la aprobación del pueblo mediante un mecanismo que solo puede ser extrajurídico, y el segundo elemento interesa a la efectividad de las disposiciones constitucionales, respecto a los parámetros de validez de las normas constitucionales de un sistema jurídico constitucionalizado, conjugado estos dos elementos se puede concluir que estas constituciones son el resultado democrático que proyecta la voluntad popular, se sirve como instrumento que limita los poderes del Estado y cuenta con mecanismos para efectivizar los derechos consagrados en la carta (Dalmau R. P., 2012, pág. 160), lo cual lo hace un tipo de constitución distintiva al poseer características propias las cuales son:

- i) Presencia de preceptos teleológicos y axiológicos: Los preámbulos se robustecen con un alto contenido espiritual, conectando con la historia del país en el texto a sus conceptos y principios que se consideran bases del pacto constitucional con una alta carga axiológica. Lo que se enuncia como valores superiores o principios ético-morales, hace alusión a valores tales como de inclusión; dignidad; libertad; solidaridad; reciprocidad; respeto; etc, con el objetivo de dar mayor significado a la literalidad de las normas, por lo que las constituciones dicen más de lo que los términos significan (Pulido, 2007, pág. 293).
- ii) Supremacía constitucional: Es la fuerza vinculante con que cuenta la constitución en el ordenamiento jurídico, haciéndose exigible para las personas naturales, jurídicas y los poderes públicos, y su eficacia directa (Armengol, 2010, pág. 58).

- iii) Proyección social del Estado: Otorga a la propiedad privada y su convivencia con otros tipos de propiedad una función social y ambiental con la que se configura un régimen de economía mixta a partir de criterios otorgados a la propiedad individual, colectiva, pública, estatal, comunitaria, asociativa y mixta (Armengol, 2010, pág. 59).
- iv) Protección al medioambiente y la defensa de la diversidad natural y cultural: En los nuevos textos constitucionales se genera un cambio de concepción biométrico, pasando del Estado de bienestar social al Estado de derechos del buen-vivir en el que se integran diversas facetas necesarias para materializar la dignidad humana: El derecho a la alimentación, al agua, al ambiente sano, a la comunicación e información, el respeto a la identidad cultural, la educación, el hábitat adecuado y la vivienda segura, la salud, el trabajo, la seguridad social y se reconoce como sujeto de derechos a la naturaleza. Todos estos derechos surgen a razón que la persona deja de considerarse solo desde el plano personal y empieza a protegerse elementos con los cuales está en constante interacción, necesarios para efectivizar sus derechos integralmente. Además de lo anterior, reconoce la titularidad de derechos a personas colectivas, como comunidades, pueblos y nacionalidades y legitimación de novedosas figuras-derechos (Belloso Martín, 2015, pág. 43).
- v) Estado plurinacional e intercultural: El reconocimiento de culturas indígenas genera la necesaria protección de las minorías étnicas a través de la conservación de sus saberes ancestrales, empleando en este tipo de constituciones frases en lenguas originarias que develan la existencia de una cultura indígena para preservar y reconocer sus conocimientos, valores, espiritualidades y cosmovisiones.

La coexistencia de varios sistemas jurídicos en un mismo territorio es característico en un Estado constitucional, ya que en la existencia de diferentes actores sociales, el derecho Estatal no

regula a cabalidad toda la realidad que rebasa sus marcos normativos (Belloso Martín, 2015, pág. 29), siendo el derecho Estatal un derecho más en el sistema jurídico, que cohabita con el reconocimiento del autogobierno de estas comunidades; admite una justicia propia en la que se tengan en cuenta sus principios, su cultura, y la legitimación de una amplia cantidad de derechos: a la tierra; al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales ubicados en su hábitat; a mantener y promover sus propias prácticas económicas y actividades tradicionales (Armengol, 2010, pág. 59).

- vi) Constituciones garantistas: El garantismo se da en los caso en que un derecho fundamental no cuente con un desarrollo legislativo para su efectivización, podrá ser subsumido por la jurisprudencia que tendrá que darle desarrollo a los mecanismos para efectivizar el derecho fundamental (Aldunate Lizana, 2010, pág. 364), siendo el garantismo una práctica del derecho vivo, que se actualiza con sus operadores jurídicos para no dejar vacíos legislativos propensos a mermar las condiciones de una vida digna.
- vii) Amplio y novedoso catálogo de derechos: Este tipo de constituciones rompe con la tradicional forma de agrupación del constitucionalismo occidental (Armengol, 2010, pág. 59), caracterizado por contener una reducida lista de derechos personales que regulaban unos cuantos escenarios de las personas, denominado como “ derechos liberales clásicos que regulaban cuestiones civiles tales como los contratos, la propiedad y algunas libertades básicas “negativas” siendo una prohibición expresa por el Estado de no hacer “dentro de las relaciones entre los individuos (Gargarella R. , 2018, p. 114). No obstante, no se puede olvidar que, aunque el compromiso de materializar en las constituciones la cuestión social fue un compromiso adquirido con relativa ambigüedad, el nuevo constitucionalismo hizo visibles a sectores sociales que históricamente no habían sido reconocidos y que son

parte de un Estado, otorgándoles al mismo tiempo un reconocimiento a determinados grupos sociales tales como grupos indígenas, mujeres y personas de la tercera edad una categoría de sujetos de especial protección (Gargarella R. , 2018, p. 115), dado a sus características especiales y particulares que los condicionan y posicionan en una situación desventajoso frente a otros individuos.

viii) Extensión de sus texto: Es evidenciable en el nuevo constitucionalismo que el objeto de plasmar en su constitución en detalle numerosos derechos fue en razón para superar problemáticas derivadas de la ausencia Estatal, por este motivo se justifica la complejidad y extensión literal de las constituciones, debido que los problemas que han soportado los pueblos se producen en mayor medida por la ineficacia institucional , motivo por el cual se materializo en la constitución la formula a través de la cual se otorgar un equipamiento técnico sobre las funciones institucionales para poder maximizar la calidad de los servicios prestados a la sociedad.

ix) Mecanismos de protección a los derechos: Se crean mecanismos de protección en sede judicial para que los ciudadanos cuando consideren se encuentren amenazados o vulnerados sus derechos, requieran de la autoridad competente para que detenga la situación vulneradora de derechos y se de una consecuente reparación y estabilización de los mismos. Los procesos que se desarrollan en sede judicial ordinaria para la protección de los derechos son los siguientes: acción de defensa; acción de amparo constitucional; acción de protección de privacidad; acción de inconstitucionalidad; acción de cumplimiento; acción popular; acción de protección de privacidad; acción de amparo a la libertad y seguridad; acción de protección; hábeas corpus; acción de hábeas data; acción

por incumplimiento; acción extraordinaria de protección; defensoría del pueblo (Armengol, 2010, pág. 62).

x) Protagonismo del Estado en aspectos sociales y económicos: El Estado es el actor político principal que posibilita la materialización y el ambiente adecuado para que los derechos se cumplan en el territorio en una triple dimensión: desde el Estado, impulsando las diferentes políticas y creando las condiciones para su aplicación; en el Estado, vigilando su actuación y contrarrestando los abusos de poder, y más allá del Estado, induciendo el desarrollo de espacios democráticos en la sociedad civil (Armengol, 2010, pág. 54). Esta capacidad del Estado se ve delimitada en las constituciones dentro de los fines y funciones esenciales del Estado para garantizar ciertos derechos específicos, tales como el acceso a la educación, la salud, el trabajo y demás derechos que aporten a la construcción de una mejor sociedad justa y garante de posibilitar a todos condiciones iguales de bienestar y seguridad que solidifique la unidad en el país (Armengol, 2010, pág. 62).

xi) Procedimientos de reforma con la participación del constituyente originario: El procedimiento de reforma con la participación del pueblo se empieza con una iniciativa popular para que pueda introducirse alguna modificación al texto constitucional. Toda reforma debe ser congruente respecto a la estructura fundamental de la constitución, no alterando aquellos elementos constitutivos del Estado que delinean la esencia misma de las constituciones. Posterior a esto, en etapa de aprobación se requerirá de mayorías cualificadas para la aprobación y finalmente el cierre del proceso se da mediante referendo (Armengol, 2010, pág. 62).

Alrededor de las características antes descritas, eventualmente se concluye que el nuevo constitucionalismo supera la visión reduccionista del mero ámbito personal de la naturaleza

humana, propio del catálogo liberal de derechos que no tomaba en cuenta otros factores con los que cohabitaba las personas, indispensables para la realización de una vida digna, para desarrollar a través de sus disposiciones constitucionales, un esquema de derechos de diversas categorías con sus correspondientes mecanismos de protección que pretenden dar mayor cobertura a la población, haciéndose estas disposiciones efectivas a partir del fortalecimiento del instrumento en donde están contenidos que tiene por objeto priorizar la voluntad popular y dar solución a las problemáticas de una realidad social desprovista de justicia material por medio de normas que orientan el rumbo del Estado que ordena la prestaciones de acciones positivas, este es el este motivo por el cual la constitución esta revestida de una alta complejidad técnica al estar inmersos derechos, principios y reglas que requieren de una mayor actividad al servicio del intereses general, convirtiendo al derecho en algo viviente.

El Desarrollo del Elemento Político en el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

En el transcurrir de las diversas etapas del constitucionalismo se ha evidenciado que las transformaciones corresponden a momentos históricos relevantes que por sus particulares circunstancias fueron actualizando la estructura y el contenido de las constituciones para dar respuesta y solución a problemáticas ocurridas en determinadas épocas, motivo que lleva a afirmar que no existe una teoría constitucional eternamente valida porque se convertiría en una teoría anacrónica que no correspondería a las circunstancias presentes, ya que las constituciones se crean en razón a un contexto específico que requiere de medidas particulares y que muy posiblemente no podrán compaginar con otro tipo de eventos para las cuales no fueron creadas, derivando en constituciones ineficaces. En esta sentido, el relativismo de Karl Loewenstein

(1891 – 1973) concreta conceptos en cómo deben ser interpretadas las constituciones de acuerdo al carácter que cada norma constitucional regule en el Estado, de modo tal que permitirá ubicar a partir de conceptos empíricos y normativos, la calidad y el objetivo que están llamados las constituciones a cumplir y que a su vez permitirá entender el origen y la eficacia de las mismas en razón a los fenómenos que experimentan los Estados, en especial detalle en los Estados Latinoamericanos.

En este orden de ideas, el primer criterio de interpretación de la constitución es el concepto empírico, la cual concibe a estos instrumentos como el reflejo de las relaciones y ordenaciones reales de poder; García Pelayo señala (2000) que en el “ejercicio de poder político que efectivamente existe en una sociedad, la constitución es entonces una realidad tangible, una forma de ser y no de deber ser, una inmanencia de las situaciones y estructuras sociales del presente” ... además destaca que se caracteriza al ser “acto fundacional o de establecimiento del gobierno con la cual es posible distinguir desde esta perspectiva un sentido estático de uno dinámico” (Jaramillo, Villegas, Rodriguez, & Uprimny, 2018, pág. 826), siendo desde la perspectiva dinámica el proceso por medio del cual se organiza el Estado y su forma de gobierno de acuerdo a una formación política de la sociedad, típico de líneas del pensamiento contractualista del siglo XVII que se alejaban de la concepción aristotélica de la formación natural del Estado como sociedad política, ya que establecía su organización como una ordenación artificial. Así, la perspectiva de la constitución para Loewenstein se determina a partir del análisis de la visión sistemática de las dinámicas del Estado conforme a un cuadro empírico que se consolida a partir de las dinámicas reales y la práctica constitucional de un Estado en su desarrollo histórico (Massieu, 1974, p. 75), en términos empíricos, la esencia de la constitución no se encuentra en sí misma, si no que se crea a partir de una realidad exterior que

fundamenta su organización de modo que “la realidad exterior permite existir, a la constitución en cuanto su existencia no es otra cosa que el resultado o producto de una relación dialéctica entre la normalidad y la normatividad” (Massieu, 1974, pág. 76), determinando la efectividad de las constituciones en la relación que debe existir en la descripción que deben hacer las normas de los fenómenos reales del Estado, siendo válidas si se adecuan a las condiciones materiales e históricas que se desenvuelven en las dinámicas del poder.

Con el pasar del tiempo el contenido de las constituciones se ha ido modificando, debido que desde el siglo XVIII, época de las revoluciones liberales, cambio el enfoque de las constituciones, ya que no estaban únicamente llamadas a regular y ordenar las funciones del Estado, sino que además, agrego normas con carácter finalístico, fundamentados en la protección de derechos humanos, lo que impacto en la percepción normatizadora de la constitución al cambiar su contenido del “ser” de un Estado, hacia una visión del “deber ser” que presupone un continuo perfeccionamiento del Estado sustentado en la protección continua de derechos fundamentales. Es aquí en donde aparece el segundo concepto de interpretación de la Constitución y es en su sentido normativo, que a su vez tiene una subdivisión, la racional-normativa y el histórico- tradicional (Jaramillo, Villegas, Rodriguez, & Uprimny, 2018, pág. 832) que en líneas generales abarca, además de la ordenación de las distintas instituciones y elementos del Estado, la concepción de ideal de Estado plasmados en principios y derechos.

El racionalismo, elemento del normativismo, se empezó a materializar posterior a la Revolución Francesa y durante el siglo XIX, caracterizado por formalizar el contenido de las constituciones en categorías abstractas a través de principios vistos como criterios de interpretación a diversas situaciones. La positivización de la constitución iba cobrando mayor fuerza ya que al estar consagrada las disposiciones por escrito, su contenido era de más fácil

acceso y su protección estaba resguardado contra modificaciones, ya que los titulares de los derechos no podían disponer de los contenidos debido a la racionalización del derecho el cual su margen de acción se encontraba delimitado en las previsiones constitucionales (Jaramillo, Villegas, Rodriguez, & Uprimny, 2018, pág. 852). El otro sub-elemento del normativismo es la concepción histórica-tradicional que opuestamente al racionalismo, no surge como elemento razonado del hombre que pretendía dar y crear un ideal organización del Estado, sino que nace como producto de transformaciones; Garcia Pelayo (2000) lo describe como “la Constitución de un pueblo no es un sistema producto de la razón, sino una estructura resultado de una lenta transformación histórica en que intervienen frecuentes motivos irracionales y fortuitos irreductibles a un esquema” (Jaramillo, Villegas, Rodriguez, & Uprimny, 2018, pág. 833), el elemento histórico es comprendido como una práctica al ejercicio político en desarrollo de una sociedad que ha ido avocando a criterios y a instituciones que se ajustan a su conveniencia demostrada en el acople que han tenido desde épocas atrás, el racionalismo ha sido relegado por la práctica política, producto de la confianza a las organizaciones de usanza que para ciertas circunstancias ha surtido efectos favorables. Se puede afirmar que el concepto histórico del normativismo y el empirismo son similares debido que se desarrollan por la práctica política, pero su diferencia estriba en que uno determina a la constitución como producto de la práctica política, mientras que el otro encuentra en la práctica política como la misma constitución.

Así pues, la diferencia entre el concepto empírico y el normativo de la constitución radica por la orientación y finalidad que regulan las disposiciones constitucionales, así lo señala Grimm (2006) al destacar que “el viejo concepto de constitución era un concepto del ámbito del ser”; por otro “ la constitución moderna fijaba un documento con forma jurídica, con pretensión sistemática y exhaustiva, la exigencia de cómo debía organizarse y ejercerse el poder estatal; de

este modo, la Constitución se hizo con una ley que regulaba la organización y el ejercicio del poder del Estado” (Jaramillo, Villegas, Rodriguez, & Uprimny, 2018, pág. 836). En la actualidad, la mayoría de Constituciones dado a su contenido se ubican en la esfera normativa, al superar la mera enunciación de las relaciones de poder existentes en el Estado, por una declaración de principios y derechos que sustentan unos fines en primacía del interés general, enfocados hacia un deber ser del Estado, pero si bien, a pesar de las características de una constitución normativa, si los efectos de la constitución resultan ser contrarios a los previstos o simplemente son inocuas y no proyectan los fines esperados, las constituciones a pesar de su contenido, serán evaluadas en retrospectiva a las circunstancias que verdaderamente surgen en el territorio, asimilable con el concepto empírico.

En el contexto Latinoamericano confluyen las dos concepciones, al encontrarse en su cuerpo normativo la organización de la estructura del Estado con la afirmación de objetivos generales a través de fines y principios, convergiendo a su vez con mecanismo de reforma que prevén la adecuación de las prescripciones normativas a las dinámicas de los procesos del Estado, para que continuamente se mantenga en constante actualización con la voluntad del pueblo, convirtiendo sus disposiciones en textos vivos que se ajustan a las nuevas dinámicas, lo cual reafirma el avivamiento de los procesos del poder desde las facciones sociales reformistas que apremiaban una mejor calidad de vida para las clases desfavorecidas social y económicamente a partir de la exigencia al Estado de realizar acciones positivas para acceder a unas garantías mínimas, así lo señala Uprimny (1997) al destacar que “ la democracia es entendida más como un efecto material del ejercicio del poder, esto es como una cierta igualdad social conseguida gracias a la acción estatal” (Jaramillo, Villegas, Rodriguez, & Uprimny, 2018, pág. 819).

Sin embargo, el poder se presenta desde los diferentes sujetos que lo ostentan en las diversas relaciones que se producen en el Estado dentro de los procesos políticos, mencionado por un lado el ejercicio de la democracia como efecto material del poder del pueblo y que al mismo tiempo confluye con la práctica del poder por los delegados del pueblo, representados en grupos políticos. En este escenario con varios partícipes en el proceso, deben intervenir controles para que el poder pueda ser ejercido eficaz y legítimamente para establecer en el proceso político un equilibrio y balance entre las distintas fuerzas que convergen en el Estado. Así pues, existen dos tipos de controles que detalla Loewenstein, por un lado, el control horizontal efectuado entre los órganos estatales dentro de los procesos del gobierno y otro vertical, el cual se lleva a cabo entre la totalidad de órganos estatales partícipes de los procesos gubernativos y todos los estamentos socio-políticos de un mismo territorio (Massieu, 1974, pág. 80). Los controles entre los poderes juegan un papel como regulador de las relaciones del poder, ya que son creados según Maddox (1989) para que “mantenga un equilibrio entre el poder gubernamental y su control. Sin disparar ese poder hasta tal punto que el gobierno se haga débil e indiferente... En este caso “ la constitución es legítimamente “un marco de la asociación política tan estructurado como para contener el poder gubernamental dentro de sus precisas competencias, pero permitiéndole existir con el suficiente alcance para proteger y, donde sea posible, elevar las expectativas del pueblo” (Jaramillo, Villegas, Rodríguez, & Uprimny, 2018, pág. 851).

Aun así, existiendo previsiones constitucionales que controlan el ejercicio gubernamental del poder a través de los controles, no llegan a ser una contundente limitación y así lo pone de presente Nicola Matteucci (2005) al mencionar que “ la actual división de órganos puede obstaculizar o disminuir la voluntad de un partido fuerte o de una mayoría estable, pero es totalmente insuficiente para garantizar los derechos de las minorías como impedir el abuso del

poder respecto de los ciudadanos, en la medida que estos órganos pueden estar en manos del mismo partido”. (Jaramillo, Villegas, Rodriguez, & Uprimny, 2018, pág. 844). Por tanto, las constituciones se facilitan para ser utilizadas como instrumentos de coacción a favor de un partido político que estabiliza su ideología sobre los destinatarios por medio de los mecanismo dispuestos en el instrumento, aparentemente democráticos para fortalecer facciones autocráticas para auto legitimarse ante un aparente ambiente democrático, social e igualitario, perdiendo correlativamente el valor por el cual fue creado la constitución, al no operar sus prescripciones con la finalidad creada, transformándose así en una constitución semántica.

De conformidad a esta práctica política que transforma las constituciones en semánticas, producto de su ineficacia desde su creación, Loewenstein analiza este evento al mencionar que “la Constitución escrita cuando se limita a establecer el mecanismo de formación de la voluntad estatal puede ser neutral frente a las realidades sociales y políticas de la dinámica del Poder, y de que el documento constitucional puede y debe acomodarse, en los marcos establecidos por él, a cualquier sistema sociopolítico” (Massieu, 1974, pág. 84). La propagación de intereses de orden político en las constituciones se facilita al limitarse los contenidos constitucionales a ciertos aspectos primarios de las relaciones de poder, permitiendo que los contenidos de las constituciones se amolden a los criterios del poder dominante, ajeno a las circunstancias reales sociales, económicas y políticas, desproveyendo de una regulación que genere una protección global ya que no fueron creadas de acuerdo al contexto real. No obstante, sobre la normas constitucionales que se crean en razón a favorecer circunstancias políticas, se puede predicar o no una adaptabilidad, dichas normas se crean con fundamento a ciertas circunstancias y en este sentido los efectos serian tales que para Dieter Grimm (2006), formula que “esto comporta consecuencias para la constitución, puesto que no está adaptada a la solución de problemas

materiales ni puede adaptarse a esa función sin problema, (Jaramillo, Villegas, Rodriguez, & Uprimny, 2018, pág. 850)” lo cual trae como consecuencias que el instrumento jurídico más importante en un Estado, por el que el resto del ordenamiento jurídico debe orientar la creación de sus normas, carecerá de sentido práctico, ya que sería un instrumento ajeno a la realidad, y que desde las problemáticas que afronta el Estado, vendrían ahondarlas debido a la aplicabilidad de disposiciones que no fueron creadas para superar sus problemas ya que surge como producto de un pacto político mal denominado como constitución.

En este ambiente marcado por el mantenimiento del poder de los partidos políticos en la constitución, recurren a demás a los medios propagandísticos para extender su poder hacia el control del electorado, quien domina el verdadero proceso político es aquel que logra imponer su voluntad por los medios de difusión que obliga a sus destinatarios a depender del Estado que le brinda seguridad a cambio de la restricción de sus libertades a favor del grupo que domina el proceso político que hace pasar una voluntad política, por voluntad popular. Ahora bien, a la par en que la libertad personal va en detrimento a efectos de obtener mayor seguridad en el Estado, para Loewenstein antes de asegurar un Estado a partir de la restricción de las libertades, debe garantizarse aquellas libertades fundamentales que deberían ser supraconstitucionales en razón al contenido que protege intereses indispensables para el ser humano, no pudiendo estar condicionadas a modificaciones que limita su ejercicio, pero en la actualidad “las necesidades de seguridad estatal en una época de transformaciones violentas han limitado la libertad individual, y los ciudadanos han renunciado en muchos casos voluntariamente a su misma libertad por una mayor seguridad colectiva, fruto de una seguridad del gran benefactor del Estado” (Massieu, 1974, pág. 83), imponiéndose formas de gobiernos tiránicas que actúan bajo el telos de la Constitución en aparente estado de legalidad pero que en la práctica, respecto al contenido y

hasta el mismo sistema de control de poderes, carecen de efectividad al ser instrumentalizados, lo que en palabras de Loewenstein describe “las Constituciones representan una realidad viviente en el sentido de que la lucha por el Poder político se produce verdaderamente en el marco que ofrecen a los ciudadanos o bien los textos no son más que instrumentos en manos de la clase o clases dirigentes, utilizados para imposibilitar el reparto del Poder entre el conjunto de fuerzas económico-sociales de la comunidad” (Massieu, 1974, pág. 91).

Las Grandes Contrariedades del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

El nuevo constitucionalismo Latinoamericano ha tenido por propósito configurar textos formalmente modernos y que materialmente impulsaran la transformación de la sociedad mediante la estabilidad democrática y el reforzamiento de las garantías personales a partir del desarrollo de diversas categorías de derechos, proveyéndolos de mecanismos jurídicos para su defensa cuando se encuentren amenazados ante una jurisdicción delegada, generando además espacios y mecanismos de participación ciudadana para la intervención de los procesos políticos, pero a pesar de las anteriores circunstancias, las propuestas del nuevo constitucionalismo tuvieron que coexistir con elementos del anterior constitucionalismo, lo cual devino en conflictos y contrariedades dentro de la estructura de las Constituciones al ingresar contenidos aparentemente democráticos y novedosos a una organización vertical, ambigua y antidemocrática, excluyente de otras formas ideológicas (Maldonado, 2016, pág. 190) desatando diversos efectos contrarios a los objetivos del nuevo constitucionalismo, reflejados en los siguientes fenómenos.

Hiprepresidencialismo

Remontando la época de los años 70's y 80's en América Latina, la necesidad de crear un nuevo diseño político que transitará la finalización de una época dictatorial era apremiante, pero en la implementación de dicha transición produjo serias repercusiones por las políticas neoliberales, ya que causaron crisis sociales debido al crecimiento de las desigualdades económicas por las políticas económicas inequitativas que potencializaron el masivo índice de pobreza e inequidad social, lo que originó la insistencia sobre la necesidad de concentrar el poder en manos de una rama del Estado que organizara el caos producido por la ausencia de una autoridad visible (Gargarella R. , 2018, pág. 118) para concentrar todos los poderes en una rama del poder, pensando de este modo que era la solución de los efectos incontrolables del neoliberalismo, quedando atrás consensos de los males ocasionados por las dictaduras (Gargarella R. , 2018, pág. 119). En consecuencia, las reformas constitucionales acaecidas para la época eran el reflejo de los intereses próximos por parte de quien promovía la concentración del poder , ejemplo de esto fue las modificaciones a las constituciones respecto a la posibilidad de reelecciones presidenciales inmediatas o el poder ingresar con posterioridad a la esfera política, temas que eran totalmente vedados de reformas constitucionales por beneficiar a un sector particular y no atender a criterios impersonales, pero cada vez fueron más frecuentes modificaciones constitucionales de este tipo, tales fueron los casos ocurridos en Argentina en 1994 que pasó de la no reelección inmediata a la reelección inmediata, Brasil, en 1997, hizo lo propio; Colombia, en 1991 prohibió la reelección inmediata, pero en el 2005 volvió a permitirla; en la República Dominicana, en 1994, se prohibió la reelección inmediata, pero en el 2002 se la permitió (Gargarella R. , 2018, pág. 119).

Las reformas constitucionales promovidas en las nuevas constituciones además se destacaron por la extensión de las facultades presidenciales, permitiéndole al presidente el poder disponer discrecionalmente de medios legislativos especiales, creados inicialmente para atender a situaciones específicas de emergencia del Estado, circunstancia que omitía para poder hacer exigible su voluntad por medios que no estaba facultado directamente, aprovechándose de aquella potestad que le otorgaba la constitución en beneficio personal para poder intervenir en asuntos que le competían a otras ramas del poder, y así posicionarse en una mejor situación en relación con las otras ramas del poder respecto a la capacidad de ejercicio de facultades, facilitando la práctica híper-presidencialista (Gargarella R. , 2018, p. 121), descompensando el principio de separación de poderes al propiciarse escenarios de concentración de poderes propias de un ejecutivo y legislativo en cabeza de un movimiento político a favor de la cabeza de Estado, que además busca la perpetuación del poder por mecanismo que avalan la reelección indefinida del presidente para no interrumpir y asegurar los procesos partidocráticos.

Problemas al Ejercicio Democrático por la Proliferación de Derechos

La democracia es el elemento por el cual el Estado Constitucional se legitima, al ser el mecanismo que avala los procesos propuestos por el nuevo constitucionalismo a partir de la participación de la ciudadanía que acepta o no el nuevo orden constitucional. Este sistema político y de participación ha venido evolucionando, debido que antes, en las democracias formales, solo era válida las decisiones políticas por el sufragio de los partidos políticos, caso contrario en la democracia participativa que incluye a todos los sectores de la sociedad, eliminando la exclusividad del sufragio y haciéndola accesible a todos los integrantes del Estado

(Lalander, 2011, pág. 62) para que sean tomados en cuenta todas las posturas sociales para la toma de decisiones que representen una verdadera voluntad de la sociedad. Pero si bien es cierto, la realidad desdibuja el panorama democrático, en el Estado constitucional democrático, a pesar del título, es un sistema ajeno a las dinámicas de una sociedad que poco le interesa participar en los procesos políticos, no hay compromiso e interés en los asuntos públicos, es frecuente encontrar ciudadanos que no comprenden que ser sujetos de derechos acarrea el compromiso de ser sujeto activo en los procesos políticos para que puedan ser visibles en el sistema democrático que trata de prevalecer la voluntad del pueblo, el papel del ciudadano promedio es meramente contemplativo al confiarse que en la constitución, plagado de principios y normas, soluciona y garantiza todos los derechos por el hecho de estar escritos y que en caso de una posible omisión legislativa, los jueces constitucionales están facultados para ponderar de acuerdo a la situación en concreto lo que la constitución no regula (Aldunate Lizana, 2010, pág. 367).

Eventualmente, si todo estuviera solucionado en la constitución, el papel que funge el poder legislativo es inocuo ya que la decisión parlamentaria, constituida por las mayorías no sería más que un evento político que podría ser deslegitimado constitucionalmente por la respectiva jurisdicción, ya que se trasladan las cuestiones importantes del plano legislativo a la revisión y corrección en el plano constitucional. Por consiguiente, las verdaderas decisiones políticas, el verdadero consenso de los poderes legitimados democráticamente serán únicamente válidos en el plano constitucional, fortaleciéndose aún más en el caso de constituciones rígidas que se apartan del alcance de las mayorías, otorgando a un pequeño grupo, el verdadero proceso participativo y decisorio respecto a las decisiones del Estado (Aldunate Lizana, 2010, pág. 368).

El fenómeno de la proliferación de derechos en las Constituciones que tienen por objeto regular cada uno de los escenarios en que se puede desarrollar un individuo amenaza el

consenso y la participación democrática, debido que todo los asuntos se dan por sentado y resueltos en la constitución o por los jueces constitucionales con capacidad de ponderar entre los derechos inmersos en la constitución , lo que tendría como consecuencias que las mayorías no tengan la capacidad de decidir sobre los asuntos relevantes de la vida política, viéndose condicionados conforme al sentido que la jurisdicción constitucional dicte a sus normas. El segundo escenario en el que este fenómeno tiene un considerable impacto es en la inserción de más derechos en el ámbito de la organización del poder, conocida como la parte orgánica de las constituciones, ya que, al introducirse mayores atribuciones a los órganos del Estado, gozaran de suficiente capacidad de ejercicio por mandato constitucional para salvaguardar sus disposiciones para actuar restrictivamente respecto a la capacidad de ejercicio de otros sujetos (Gargarella, Revista IUS, 2010, pág. 38). Así, la incorporación de más y más derechos en la constitución sugiere un menor espacio para la deliberación colectiva, cuantas más preguntas se resuelven de antemano a través de la afirmación de derechos, menos espacio le queda a la ciudadanía democrática para decidir conforme a sus necesidades y pretensiones (Gargarella R. , 2018, pág. 126).

Multiplicidad de Vías de Protección Constitucional

El nuevo constitucionalismo Latinoamericano propende por la idea de un mayor activismo jurisdiccional en atención al diseño principalista y abierto de las constituciones, notoriamente contrario al control mínimo y negativo del constitucionalismo anterior. En la articulación del texto constitucional, se caracteriza al ser un instrumento denso en derechos que gozan de una garantía de protección judicial, visto como la judicialización de la constitución, al volverse

asunto de los jueces constitucionales el decidir asuntos que antes se concertaban en un proceso democrático, lo cual otorga mayores facultades al poder judicial en aras de proteger la extensa lista de los derechos (Belloso Martín, 2015, pág. 45), pero si bien , el principal problema del garantismo radica en la multiplicación excesiva de vías judiciales de defensa de los derechos, repercutiendo en la eternización y paralización de los procesos por existir demasiados mecanismos de protección, afectando la seguridad jurídica de un Estado y a los ciudadanos que reclaman la protección de sus derechos y solo consiguen una justicia excesivamente retardada que equivaldría a una justicia denegada, reduciéndose la posibilidad de reparar efectivamente los daños producidos. En un sistema jurídico, donde ya existen vías procesales para que los ciudadanos puedan solicitar la garantía de sus derechos e intereses, no es necesario aumentar vías que por un medio existente se puede solicitar su protección, lo cual va en desmerito de la eficacia del Estado constitucional por dificultar los controles judiciales que tiene por finalidad reparar o cesar los efectos de una situación que disminuye la capacidad de goce de los derechos a tiempo (Gargarella, Revista IUS, 2010, pág. 20).

Excesivo Garantismo Judicial e Inseguridad Jurídica

La práctica de los jueces para dar cumplimiento a las disposiciones constitucionales es lo que hoy en día se ha denominado activismo judicial, el cual se realiza en sustento a una operación lógica a través de un análisis de las normas a los casos en concreto, siendo este análisis condicionado a los elementos axiológicos de la constitución, caracterizados por contener principios de orden ético y político que funcionan a modo de presupuestos, no sujetos a discusión, tales como la soberanía popular, el respeto a la dignidad humana, solidaridad,

igualdad ante la ley, pluriculturalismo, así como metas a alcanzar tales como igualdad material, justicia social, inclusión de sectores marginados, materialización de derechos, etc, los cuales están escritos en un lenguaje abstracto y abierto, lo que representa que el operador jurídico realice una actividad hermenéutica, susceptible de más de una interpretación subjetiva (Belloso Martín, 2015, pág. 31). Además, lo anterior indica que conceptualmente es más difícil la labor de realizar operación lógicas entre los postulados constitucionales, debido que parte del contenido de las constituciones se caracterizan por encontrarse inmersos principios y valores que no ostentan la misma categoría de interpretación debido que los valores no permiten especificar los supuestos en que se aplican, ni las consecuencias jurídicas que en concreto deben seguirse, se orienta hacia una concepción del bien, es decir, se utiliza como criterio que orienta dado su cualidad intrínseca, estimable socialmente y que suele ser el centro de un principio jurídico, relacionándose con la ley natural (Cassagne, 2015, pág. 238).

Cabe recordar cómo Dworkin, el gran defensor de la tesis de la unidad de respuesta correcta, parece haber encontrado en el realismo moral la vía adecuada para alcanzar la adecuada tesis interpretativa, bajo la significativa rúbrica de Metafísica y tras criticar a quienes suponen que nuestros conceptos morales son creaciones lingüísticas, “que la verdad objetiva en la moral política no está ahí fuera en el universo para que los abogados, jueces y cualquier otro pueda descubrirla», añade: «Pero si la verdad moral objetiva no existe, tampoco hay ninguna tesis interpretativa que pueda ser realmente superior en los casos verdaderamente difíciles [...] Y sobre esta base no podemos sostener un enfoque teórico de la aplicación judicial del Derecho” (Prieto Sanchís, 2014, pág. 234). En consecuencia, se rebate la objetividad de los juicios morales al tornarse difusa toda vez que, si la determinación de qué dice el derecho depende de qué dice la moral, entonces la objetividad de tales juicios es condicional al valor que se le otorgue a los

juicios acerca de la validez de las normas, interviniendo incluso fundamentos del Estado democrático basado en la supremacía de la mayoría encarnada por el legislador y en la separación de poderes, dado que la legitimación del Estado constitucional deviene en la decisión mayoritaria que otorga el criterio de validez a los principios morales sustantivos, y en el supuesto en que estos principios carezcan de contenido, los operados que están facultados a cumplirlos en su ejercicio de interpretación y apreciación de los valores y principios, insertan en ellos su voluntad que se encarna como derecho.

Este problema se va ampliando al analizar la estructura de las normas, vistas como proposiciones jurídicas constituidas por supuestos de hecho que determinan como sus consecuencias se encuentra formuladas con similar propósito, los principios aparecen con un margen de indeterminación y abstracción que los lleva a requerir siempre de un acto posterior que los concrete en una formulación más detallada, ya sea en su incorporación al derecho positivo o, a falta de éste, en su aplicación al caso concreto, los principios carecen de supuestos de hecho (Cassagne, 2015, pág. 237). Se ha sostenido, en el campo de la teoría moderna de Alexy sobre la argumentación jurídica, que se trata de mandatos de optimización cuando, en realidad, ello es peculiar solo de una clase de principios, que predicen enunciados susceptibles de ser ponderados con gradualidad en un marco abierto e indeterminado de aplicación a los supuestos de hecho o sujetos a las orientaciones estándares o directrices de naturaleza política que aparece en aquellos supuestos en que, más que principios, se trata de directivas políticas, económicas o sociales tendientes a orientar al legislador o al funcionario en determinado sentido a través de estándares indeterminados con respecto a las decisiones que adopte, lo que se denominaban normas o cláusulas programáticas en el constitucionalismo clásico en el sentido empleado por Dworkin, pero basta con reparar en la mayoría de los principios generales para

darse cuenta que no son todos mandatos de optimización, y que hay mandatos de aplicación imperativa, ya sean mandatos negativos o positivos que generan derechos del hombre que tienen primacía sobre otros, como el derecho a la vida (Cassagne, 2015, pág. 239).

A manera ilustrativa Ferrajoli expone el cómo se lleva a cabo la ponderación en un caso de aplicación ordinaria de reglas. La Constitución española —al igual que la italiana, art. 3— tras proclamar la igualdad ante la ley, añade una serie de «criterios prohibidos», como el nacimiento, la raza, el sexo o la religión, lo que, interpretado al modo subsuntivo, significa que tales elementos no deben tomarse nunca como criterios para adscribir posiciones de derecho o de deber; es decir, que parece que los derechos y los deberes han de ser los mismos con independencia de la raza, el sexo, etc. Sin embargo, esto no es así y tampoco puede serlo si se desea reconocer algún contenido a la llamada igualdad sustancial (arts. 9.2 de la Constitución española y 3.2 de la italiana) que estimula acciones positivas a favor de los grupos desfavorecidos, grupos que a veces se definen según los «criterios prohibidos», y últimamente también tipificaciones penales en las que se ve reflejada una suerte de discriminación inversa. Me parece claro que cualquiera de estas medidas constituye, al menos *prima facie*, una violación o, si se prefiere, una afectación de la igualdad formal y también que, en definitiva, no toda intervención promocional puede reputarse aceptable, aunque algunas sí lo sean. Sin embargo, decidir cuáles sí y cuáles no, se hace depender de un juicio de ponderación que algunos llaman de razonabilidad, sin duda ampliamente discrecional, pero en todo caso inevitable para la coexistencia de los principios en pugna. (Prieto Sanchís, 2014, pág. 239).

A pesar del alto grado de indeterminación e inseguridad jurídica producida por los principios constitucionales expuesto con anterioridad, el nuevo constitucionalismo promovió la adscripción de los principios y valores, irradiando en todo el sistema jurídico como principios generales del derecho, siendo las directrices de los valores de la sociedad, presentándose como solución en esos “casos difíciles”, al intérprete de la constitución para que este en una situación próxima a la discrecionalidad, haga su interpretación dentro de los lineamientos jurídicos, esto es, basarse en razones jurídicas y no políticas o morales, vedándole la posibilidad de hacer una interpretación política de la Constitución ya que esta le corresponde hacerla al legislador y no al juez. Frente a lo sostenido por R. Dworkin, para quien, en los casos difíciles donde las normas constitucionales no ofrecen la suficiente precisión y dejan un amplio margen de indeterminación al juez para resolver el caso, el intérprete de la constitución ha de acudir a la filosofía moral para obtener la respuesta, pero esta situación de ningún modo se acerca al grado de precisión de los lineamientos jurídicos delimitados en la Constitución, desbordándose a motivaciones subjetivas y morales (Aragón Reyes, 2013, pág. 23).

Según Ponce Villaís, el neoconstitucionalismo va en desmerito al sentido originario que el legislador le otorga a la norma, valiéndose de técnicas de interpretación como la ponderación para argüirle al juez la posibilidad que dentro de sus decisiones, se valga de criterios subjetivos y morales internos, que desbordan el propósito inicial de la norma, abusando del poder discrecional, terminando con el sistema del derecho positivo y racional, creando un ambiente de inseguridad e inestabilidad jurídica en el momento en que los jueces dan soluciones diferentes a situaciones de hecho similares, lo cual menoscaba la seguridad del sistema judicial, al no respetar los criterios de uniformidad de la norma en supuestos de hecho, por generarse en el sistema un tipo de constitución viviente (Belloso Martín, 2015, pág. 39). Este proceso de

interpretación para la toma de decisiones judiciales que ha confiado en la ponderación la herramienta que le permite al juez llegar a la decisión más justa, permitiéndole moverse con libertad dentro de un sistema de principios y valores sin límite, se construye como un método aparente, ya que analizado el método como ciencia jurídica que debería aportar elementos objetivos para construir una argumentación sólida intersubjetiva dentro de los parámetros normativos, desquebraja los elementos del método científico, toda vez que en la subjetiva del proceso, inmerso dentro del sistema argumentativo, le tiene que otorgar arbitrariamente mayor importancia a un valor o principio respecto a otro, poniéndolos desde un inicio en conflicto (Aldunate Lizana, 2010, pág. 368) en un sistema jurídico que en inicio es armónico en relación con todos sus principios y valores que lo conforman.

Finalmente, si la ponderación tiene por objeto apreciar y sopesar el valor que tiene en el caso en específico cada principio llamado en conflicto, se recurría al ejemplo de la balanza. En un inicio, en el sistema jurídico todos los principios y valores tienen el mismo grado de validez, uno respecto del otro, de este modo colocando los principios en los lados extremos de la balanza, tendría que mantenerse equilibrada, pero para que el operador jurídico pueda tomar una decisión deberá otorgar un peso adicional a un principio en la balanza para que de esta manera ese peso adicional que desequilibre la balanza sea la razón para que el juez pueda tomar su decisión. Este ejemplo genera una serie de interrogantes los cuales son: ¿De dónde saca el operador jurídico dicho peso adicional?, ¿En qué ámbito argumentalmente sostenible en una dimensión intersubjetiva (y no como opción personal), y a partir de qué elementos jurídicos, el adjudicador opera aquí su caja de pesos adicionales para cada caso? (Aldunate Lizana, 2010, pág. 369).

Descompensación de las Fuerzas Naturales del Estado

Las actuaciones del Estado no pueden ser consideradas neutras o alejadas a los hechos sociales para no afectar el rumbo causal de las dinámicas, por el contrario, aunque si bien su actuar deberá ser condicionado de manera subsidiaria al de las fuerzas naturales de la sociedad, deberá intervenir de manera razonable con la finalidad de evitar abusos que otros agentes puedan ocasionar a los sujetos de un Estado. A pesar de este deber ser por parte de los Estados en relación a su capacidad de ejercicio, el Estado Constitucional atiende con especial preferencia las cuestiones colectivas sobre las individuales, desplazando el principio de subsidiariedad. De esta manera cuando se atribuye especial trato a una particular clase de derechos o sector de un Estado, el derecho corre el riesgo de nutrirse de una axiología colectivizante que con el pasar del tiempo, entrara en una pugna entre los diversos agentes del Estado que buscan crecer a expensas de los otros (Cassagne, 2015, pág. 222).

De aquí deviene una de las principales problemáticas del nuevo constitucionalismo al establecer de antemano un conflicto entre derechos, afectando el principio de no contradicción, y la dimensión de interpretación de los principios generales, ya que cada uno de los elementos del sistema jurídico deberá jugar un papel armónico donde no hay jerarquías dogmáticas predeterminadas. La preferencia de un principio por otro no es una cuestión meramente discrecional, sino por el contrario, la no aplicación de un principio deberá ser producto de la razonabilidad práctica y no como se hace de antemano, producto del voluntarismo que excluye inicialmente derechos y principios sin un proceso lógico (Cassagne, 2015, pág. 223).

A consecuencia de ello, en el nuevo constitucionalismo no armoniza los derechos al considerar el derecho una ciencia social que se relaciona en la práctica con el análisis de un enfoque sistémico, para lograr alcanzar los fines esperados en las constituciones, tales como la

justicia y el bien común, pero que al aplicar preferentemente los derechos colectivos sobre los individuales, fragmenta la unidad del sistema y desquebraja el equilibrio con los otros órganos que integran el sistema estatal (Cassagne, 2015, pág. 223). El desvalor de un principio por otro a priori no es válido, ya que no existe regla o criterio que establezca una preferencia inmediata; los derechos contemplados dentro de un sistema deberán corresponder y estar en armonía los unos con los otros por medio de un método que permita reflexionar con sentido práctico una decisión justa (Cassagne, 2015, pág. 224).

Mantenimiento de Instituciones de Antigua

Uno de los elementos más característicos del nuevo constitucionalismo es el papel protagónico que juega la constitución dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, constituyéndose como norma suprema y vinculante en todo el sistema, siendo estas nociones herederas del sistema americano (Pulido, 1998, págs. 292-293). Las constituciones Latinoamericanas son pues, el resultado de injertos o mixturas que toma del constitucionalismo americano elementos fundamentales para construir el marco de los derechos constitucionales, los cuales son:

La concepción de la constitución como norma suprema que prevalece sobre las leyes ordinarias en virtud de un pacto basado en el consentimiento del pueblo que garantiza la estabilidad de los derechos en el marco de una constitución rígida; el reconocimiento en la constitución de los valores republicanos y derechos fundamentales por encima de la ley ordinaria, sobre la que predominan

la dignidad del hombre y sus libertades como objetivo central de la vida política; una justicia imparcial e independiente que aplica e interpreta directamente la constitución garantizando la limitación de los poderes, que es algo así como la médula del modelo norteamericano; y, un control de la constitucionalidad de las leyes y de las decisiones administrativas en cabeza del Poder Judicial, que obliga a los jueces a no aplicar las leyes que conculcan la Constitución. (Cassagne, 2015, pág. 221)

Ahora bien, las transformaciones engendradas en el nuevo constitucionalismo no cambiaron el sentido originario del constitucionalismo americano, sino que reforzó su carácter de norma fundamental, limitando a los poderes del Estado con el objetivo de garantizar la libertad de los ciudadanos, conservando lo esencial del Estado de derecho y manteniendo la división de poderes, convirtiéndola un poco más compleja. Los controles de los poderes tienen el mismo objeto que es mantener a los órganos del poder con funciones limitadas para evitar la concentración excesiva y las arbitrariedades que pueden ocurrir en función de su cargo. De esta manera conserva lo esencial de la estructura del constitucionalismo americano, “mejorándolo” (Aragón Reyes, 2013, pág. 5) en las constituciones latinoamericanas a partir de la recepción de más derechos, inmersos en tratados internacionales de derechos humanos que han venido dando mayor desarrollo a esta categoría de derechos por medio del bloque de constitucionalidad, ampliando el dogma de la supremacía constitucional (Cassagne, 2015, pág. 227).

Por lo tanto, el contenido de las constituciones latinoamericanas no son el resultado de innovaciones de los constituyentes, si no que han venido tomando los elementos principales del anterior constitucionalismo, conservando estructuras extranjeras que con dificultad pueden lograr compaginar en un contexto latinoamericano, ya que originariamente es diverso respecto a

parámetros culturales, sociales y económicos, lo que facilita el mantenimiento de las elites (Pastor, 2016, pág. 10) resguardando una estructura de poder concentrado políticamente y centralizado territorialmente; asimilable a las viejas estructuras del siglo XIX, al encontrarse altamente el poder concentrado de manera vertical, lo que dificulta la participación social, sin importar que en su sección dogmática varié el catálogo de derechos por un prolífico listado (Gargarella R. , 2018, p. 115), toda vez que pasa de ser una lista de derechos liberales clásicos que sufrieron una modernización declarativa de sus compromisos que expande aún más los derechos, hace mención a grupos antes no mencionados, a intereses antes no contemplados, o a derechos humanos antes dispersos u ocultos detrás de algunos de los derechos ya existentes (Gargarella R. , 2018, p. 122).

No obstante, el origen de los problemas derivados de la inoperatividad de los derechos deviene también de los movimientos sociales a través de los líderes del reformismo, los cuales confiaron que las mismas cláusulas nuevas contaban con un efecto auto operativo, entendido que al introducirse dentro de la constitución nuevos derechos iban a lograr un cambio tal que podría auto ejecutarse, una presunción de este tipo es ineficaz porque la inmersión de cláusulas modernas en una constitución con estructuras institucionales antiguas, se presta constantemente para que colisionen las cláusulas y se generen conflictos internos, al darse que las anteriores cláusulas pretenderán sobreponerse para que no queden inoperantes, lo cual entraría a restringir el campo de ejercicio de las nuevas cláusulas que resulten ser en cierto grado opuestas. No puede asumirse entonces, que para tornar exitoso un injerto determinado de contenido “social,” en un ordenamiento liberal-conservador, solo se de tratamiento con más artículos de contenido social (Gargarella R. , Gaceta Constitucional, 2011, pág. 302).

Lo importante de lo que varió con la llegada del nuevo constitucionalismo, no se equipara con lo importante de lo que no cambió, acentuándose gravemente dichas continuidades. Empero, si bien respecto al nutrido contenido de derechos, estandarte del más significativo cambio que introdujo el nuevo constitucionalismo, en palabras de Sartre al referirse sobre los derechos del hombre, consideraba que los derechos humanos no perdían su categoría por el hecho de estar o no proclamados en un instrumento, o que la libertad dejaría de existir porque no lo hubiese proclamado hace más de dos siglos una determinada ideología, en cualquier lugar donde una constitución tenga por objeto la libertad y valores esenciales del individuo, ha existido y existirá el derecho constitucional (Aragón Reyes, 2013, pág. 14). En este sentido, pierde justificación el valor por el cual el nuevo constitucionalismo se construye como un modelo con mayores garantías al consagrar múltiples derechos, porque en el sentido naturalista, los derechos no se atribuyen por ser ciudadano de un determinado Estado, los derechos se adquieren solo por ser humano y no necesitan de un reconcomiendo escrito para que existan.

Conclusiones

1. Con fundamento que el objetivo de la investigación está orientado a determinar aquellos fenómenos en la práctica del nuevo constitucionalismo latinoamericano que resultan ser adversos a los fines de las constituciones, se debe destacar en primer lugar que la producción de dichos fenómenos es producto de la incidencia que han venido teniendo los partidos políticos que se han apoderado de los procesos constitucionales a consecuencia de propuestas políticas que propugnan por constituciones inundadas de derechos que dan el aparente compromiso de preocuparse por la causa social, pero que en efecto, no desarrollan al tiempo cambios en la manera como se distribuye y se ejerce el poder desde el siglo XIX, constituciones de esta época tal como lo explica Gargarella, reconocidas por ser pactos políticos contra mayoritarios.

En esa medida, a pesar que en las nuevas constituciones hay diversidad de derechos, no hay garantías de quien los ejecute, quedando en la realidad inoperantes, potencializándose al mismo tiempo el poder de los partidos políticos a partir del apoyo del pueblo a este tipo de constituciones en razón a la falsa consigna de creer que es un instrumento que garantiza per se sus derechos, mientras en la realidad, se estabiliza y fortalece una ideología política a partir de la concentración desmesurada de poder regulado por la constitución en su parte orgánica, fenómeno que hoy la doctrina ha denominado “hiper presidencialismo”, práctica que merma cualquier interés social que contravenga al sentir político de turno, validándose por medio de mecanismos aparentemente democráticos que están consagrados en la constitución, pero que no posibilita el verdadero ejercicio democrático por la proliferación de contenidos que

manejan esquemas estrechos de maleabilidad, lo cual dificulta la participación ciudadana por una constitución que pretende controlar todo el sistema de un Estado, instrumento que además no es armónico en el interior de su sistema jurídico compuesto por principios y derechos, toda vez que al dar aplicación a unos, deviene en la inaplicabilidad de otros, conllevando a concluir que la aplicación de la constitución depende de la interpretación que quiera dar el operador jurídico, influenciado por imperativos políticos inmersos en el texto, opuesto al sentir democrático por el cual existe.

2. Desde el constitucionalismo moderno tal como lo describe Marquardt (2011), ya se hablaba de derechos que el nuevo constitucionalismo latinoamericano proclamaba como novedosos, tales como el desarrollo a los derechos sociales, económicos y medioambientales, producto de una época de transición de un sistema agrario hacia una civilización industrializada, a través de un marco jurídico que preveía mimetizar el impacto de esta transformación, imponiendo límites a la industria para evitar graves daños en el ecosistema y asegurar su sostenibilidad. Así mismo, previo los riesgos socioeconómicos, ejemplo de esto se encuentra en la constitución del Imperio Alemán de Weimar de 1919 en su artículo 151 que formulo el régimen de vida económica en atención a los principios de justicia que aseguraran la existencia de una vida digna, al tiempo que promulgaba por la practica del sufragio universal como mecanismo de participacion ciudadana en los procesos politicos, organizandose ya para la epoca de estas constituciones, la distribución de los poderes en un sistema de control y balance por la separacion de competencias y funciones dentro de las entidades del Estado.

3. Las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano no son el novedoso resultado ideológico de facciones sociales revolucionarias que pretendía alzar “la olvidada cuestión social”, Gargarella (2018), ya que estas constituciones se nutrieron ideológicamente de los Estados liberales, democráticos y sociales, al tomar de cada uno componentes básicos tales como, del liberalismo, la distribución y separación de poderes para evitar la concentración de poder y garantizar un marco de ejercicio de los derechos sin restricción Estatal; del Estado democrático el elemento de la soberanía popular en razón de legitimar las actuaciones del Estado a partir de la refrendación del pueblo a través de los mecanismos de participación; y del Estado social, la exigibilidad de una justicia material al Estado a partir de unas prestaciones positivas Estatales que posibiliten un ambiente material para ejercitar los derechos.

En razón a esta mixtura ideológica sustentada en las nuevas constituciones, devino en problemas y colisiones entre los principios, debido que el ejercicio de la libertad del pueblo a través de los mecanismos de participación se veía restringido por intereses protegidos y resguardados en la Constitución, así visto, dos principios del Estado constitucional democrático colisionan sin que se pueda predicar una aplicación de uno sin que afecte significativamente al otro.

4. Aunque en las constituciones se evidencia una prolífica lista de derechos con el ideal de que positivizados, materializarían una mejora a las condiciones de vida de las personas, los nuevos derechos entraron en un instrumento que en su estructura se conserva como un pacto político del siglo XIX, caracterizado por ser hermético frente a propuestas ajenas a sus intereses, estructura que no se ha modificado y que conserva la organización del

constitucionalismo fundacional de la región de 1850-1917, haciendo más gravosa la situación de los derechos debido a la ausencia de un desarrollo legislativo que creara instituciones que posibilitaran un ambiente donde efectivizaran los nuevos escenarios creados con la inclusión de nuevas categorías de derechos, trayendo como consecuencias que constantemente derechos y principios estén en pugna al sobreponerse los unos con los otros para que no queden inoperantes por lo contrarios que son contenidos sociales, contra instituciones que velan por el mantenimiento de partidos políticos hegemónicos, lo que en síntesis convertiría el nuevo catálogo de derechos en ineficaces ante la negativa de una constitución de tradición verticalista.

5. La enunciación de varias categorías de derechos no parece ser un aporte relevante ya que solo moderniza un listado de derechos clásicos que expande derechos no mencionados u ocultos dentro de otros derechos ya existentes, los derechos no dejan de ser considerados como tal por estar consagrados o no en un instrumento jurídico. En sustento a corrientes naturalistas, los derechos son inherentes a las personas y no varían o se atribuyen dependiendo del Estado en que se encuentran, por tal motivo no necesitan de un reconocimiento escrito para que existan y a consecuencia de ello, el nuevo constitucionalismo no puede ser visto como un sistema de mayores garantías por sus extensos listados de derechos en las constituciones.
6. Otras consecuencias que se derivan de la basta proliferación de derechos en la Constitución es que limita el consenso y la participación del pueblo en la vida política, ya que regula y da por sentado ciertos aspectos de la vida privada y social sin que puedan ser

consensuados públicamente; y en caso de que ciertas situaciones no se encuentren descritas en la constitución, los jueces constitucionales tienen la capacidad de decidir los asuntos por métodos de interpretación, tales como la ponderación, para aplicar los derechos y principios de la manera en como la jurisdicción especializada convenga al utilizar métodos aparentes, con un amplio margen discrecional en el ejercicio de esta labor al incidir elementos subjetivos y morales que relativizan las decisiones.

Ahora bien, se profundiza más el problema cuando las constituciones son rígidas, ya que son excepcionales y especiales los mecanismos por los cuales se puede debatir sus disposiciones; lo cual permite concluir que la constitución no es un instrumento que refleje la realidad y sus consecuentes transformaciones de la sociedad, sino que es una descripción de un pequeño sector privilegiado del Estado que interpreta la realidad desde su perspectiva y/o conveniencia en procura de ordenar todos los ámbitos del Estado a su conveniencia, facultando con mayores atribuciones a los órganos del Estado para que en nombre de la protección de la constitución, actúe restrictivamente en defensa del “interés general” con capacidad de limitar el ejercicio de los derechos de otros sujetos.

7. De la situación anterior se desprende un fenómeno propio del nuevo constitucionalismo latinoamericano y es la preponderancia que toma el poder político en el desarrollo de los procesos constitucionales, al imponer su voluntad a través de los medios de difusión y generar la consigna de dependencia hacia el Estado para obtener mayor seguridad a cambio de restricciones a las libertades personales, lo cual genera un doble impacto, el primero es que desprotege garantías que deberían ser supraconstitucionales, ya que son

inherentes al ser humano y que no podrían ser condicionadas bajo ningún instrumento jurídico; y en segundo lugar, en razón a que el Estado da especial tratamiento a intereses colectivos, el sistema jurídico se fortalece de una axiología colectivizante, lo cual pone en conflicto prima facie con derechos individuales, desquebrajando la unidad del sistema producto del voluntarismo que no utiliza un sistema lógico para la exclusión de principios.

8. Al tornarse las constituciones como herramientas de los partidos políticos para estabilizar su ideología por sistemas aparentemente democráticos, pierde su valor originario al no corresponder sus disposiciones normativas al sentir de la voluntad popular que debería delimitar el ejercicio del poder en el Estado, lo cual se transfigura en constituciones semánticas, al ser un instrumento ineficaz en el cual sus disposiciones normativas no corresponden a las dinámicas reales del Estado, comportando consecuencias de no existir una regulación jurídica que organice al Estado en orden a solucionar los problemas que puedan surgir en el ejercicio de las diferentes formas de poder, lo cual tiende a producir mayores situaciones de desigualdad por normas creadas por motivos ajenos a las situaciones que fueron llamadas a regular, lo que aumenta la desprotección por parte del Estado por instrumentos falsamente garantistas.
9. Producto del neoconstitucionalismo, el activismo judicial se empezó a practicar para resguardar las disposiciones de la constitución a partir de operaciones lógicas llevadas por los jueces que los llevan a analizar las normas constitucionales a casos en concreto, pero si bien, las constituciones del nuevo constitucionalismo están plagadas de principios

de orden ético y político que funcionan a manera de presupuestos de “deber ser” del Estado que carecen de una formulación concreta dado a su lenguaje abstracto, lo que propicia una actividad hermenéutica por parte del juzgador en donde intervienen elementos subjetivos y morales internos, trasladándose este proceso al ámbito discrecional, rompiendo con un esquema racional, lo que coloca en peligro la seguridad jurídica, dado que los jueces dan soluciones diferentes a casos similares, producto de esa libertad que tienen para transitar entre los principios y derechos sin restricción y en donde infundadamente el juez debe otorgar mayor valor a un principio respecto de otro predeterminadamente en un sistema que inicialmente está en armonía, lo cual lo lleva a no aplicar ciertos principios fruto del voluntarismo, por este motivo no se puede predicar que ante estas operaciones lógicas se hable de un método científico, ya que excluye elementos del sistema jurídico sin un proceso lógico formal.

10. En razón de mimetizar el impacto producido por el constante choque entre principios y derechos, se concuerda con lo presupuestado por Ferrajoli (2010) al establecer un orden jerárquico de los derechos que evita conflictos entre las disposiciones constitucionales en razón al empleo de una organización formal que aporta una solución que sigue un método lógico y proporciona seguridad jurídica. En razón a esta jerarquización, en un primer orden se encuentran las normas de mayor valor, catalogadas “inmunidades” como la integridad, que en un sentido natural no entraría en conflicto con ningún otro derecho porque no se ejercen, se repiten o se flaquean; de segundo orden son “las facultades o libertades de hacer” como la libre expresión, que se limitan por las “inmunidades” y por el resto de derechos de su misma categoría; en el tercer orden se encuentran “los derechos

de autonomía” cuyo ejercicio se despliega en el ámbito privado como los negocios jurídicos y también cubre las leyes públicas, su limitación sería las categorías de derechos precedentes; finalmente se ubican los derechos de “la libertad natural” que su ejercicio es limitado por los derechos de autonomía (Prieto Sanchís, 2014, pág. 240). De este modo se elimina por sí la colisión de derechos existentes en un sistema que se predica armónico entre principios de igual valor, por la producción de violaciones sustentado en un orden jerarquizado de normas correspondiente a la incidencia y necesidad de estas para el ser humano.

11. El planteamiento que se propone para evitar los peligros que se producen en el nuevo constitucionalismo en términos de Aragón Reyes (2003) es “constitucionalizar nuevamente el constitucionalismo” a partir de que la constitución sea el reflejo de una realidad que varía a diario, lo cual, adecuando las formas a este escenario, podrían mantenerse los principios. La constitución no debe ser vista como un paradigma inamovible, ya que las disposiciones que no se adecuen al contexto en donde rigen, devendrán en una mala práctica que terminaría flagelando derechos y garantías sustanciales. La relación entre la constitución y la realidad exterior debe ser el producto de una relación dialéctica entre normalidad y normatividad, y que, a su vez, contengan aspiraciones del “deber ser” del Estado para producir un continuo perfeccionamiento en aras de materializar el verdadero interés general que garantice y proteja los derechos fundamentales. A su vez, la constitución debe estar ligada a los procesos históricos de racionalización del poder que construya la estructura socioeconómica, haciendo que sus efectos incluyan los compromisos de fuerzas que concurren en la expresión

constitucional para actualizar las ambiciones de las clases excluidas e imposibilitar la instrumentalización de la constitución por las clases políticas que lo utilizan para la estabilización de su ideología, haciendo de las normas un mandato ineficaz e ilegítimo.

De este modo se comparte lo propuesto por Loewenstein (1983) quien define a la constitución como un instrumento de regulación de los diversos procesos de poder el cual debe desarrollarse en razón de los siguientes elementos esenciales que son: La distribución de competencias entre los diferentes órganos del Estado, sustentado en el principio de separación de poderes que mimetiza los riesgos de la concentración excesiva del poder en manos de una sola rama, conjuntamente a este principio se desarrolla el del equilibrio entre las instituciones a través de la cooperación entre las mismas, a su vez que se ejerce la práctica democrática por el pueblo con un nuevo rol que es el fungir como árbitros supremos entre los conflictos derivados entre las instituciones del Estado para evitar que entre ellos se sobrepongan autocráticamente; se resalta al tiempo la importancia de facilitar el acceso a los mecanismos de reforma de la constitución para que su texto se adapte a las variables dinámicas de los estamentos del Estado, lo cual evitara la ocurrencia de medios extralegales, muchas veces violentos e ilegítimos para posicionar un nuevo orden constitucional abrupto que no hace una transición moderada y que muy posiblemente sus disposiciones no serán el reflejo de la realidad debido a su misma naturaleza fraccionaria.

Bibliografía.

Aguiló, J. (2001). *Sobre la constitución del estado constitucional*.

Aldunate, E. (2010). *Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo*. Revista de derecho Valdivia.

Alexy, R., Atienza, M., & Espejo, I. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*.

Alterio, A. M. (2014). *Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate. Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*.

Aragón Reyes, M. (2013). *Dos problemas falsos y uno verdadero: " neoconstitucionalismo", " garantismo" y aplicación judicial de la Constitución*. Cuestiones constitucionales.

Armengol, C. M. V. (2010). *Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Revista IUS.

Atienza, M. (2014). *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista*. Observatório da Jurisdição Constitucional.

Belloso Martín, N. (2015). *El neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano: ¿ dos corrientes llamadas a entenderse?*.

Carbonell, M. (2007). *Teoria del neoconstitucionalismo ensayos escogidos*.

Cassagne, J. C. (2015). *El nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico*. Revista de Investigações Constitucionais.

Cassagne, J. C. (2015). *El nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico*. Revista de Investigações Constitucionais.

de Cabo Martín, C. (1997). *Contra el consenso: estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*.

Estrada, A. J. (2007). *Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Teoría Constitucional y Derechos Fundamentales*.

Ferrajoli, L. (2011). *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*.

Gargarella, R. (2010). *Apuntes sobre el constitucionalismo latinoamericano del siglo XIX. Una mirada histórica*. REVISTA IUS (México).

Gargarella, R. (2011). *El constitucionalismo latinoamericano y la “sala de máquinas” de la constitución (1980-2010)*. Gaceta Constitucional.

Gargarella, R. (2018). *Sobre el “Nuevo constitucionalismo latinoamericano”*. Revista Uruguay de Ciencia Política.

Lalander, R. (2011). *¿Descentralización socialista?: Reflexiones sobre democracia radical, participación política y el neoconstitucionalismo del siglo xxi en Bolivia, Ecuador y Venezuela*. Politeia.

Luño, A. E. P., & Pérez, A. E. (2007). *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho (Vol. 3)*. Editorial Tebar.

Maldonado, D. (2016). *El constitucionalismo en el continente americano*. Bogota: Siglo del hombre.

Marquardt, B. (2011). *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010). Historia constitucional comparada*. Bogota: Universidad Nacional de Colombia.

Pastor, R. V., & Dalmau, R. M. (2010). *¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?* Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Pastor, R. V., & Dalmau, R. M. (2010). *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición: El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador.

Pastor, R. V., & Dalmau, R. M. (2016). *Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional*. REVISTA IUS (México).

Pérez, J., García, M., Rodríguez, A y Uprimny, R. (2018). *El derecho frente al poder: surgimiento, desarrollo y crítica del constitucionalismo moderno*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina (UNIJUS).

Pisarello, G. (2007). *Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico. Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid: Trotta.

Prieto Sanchís, L. (2014). *Ferrajoli y el neoconstitucionalismo principialista: ensayo de interpretación de algunas divergencias*.

Pulido, C. B. (1998). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Revista Derecho del Estado.

Pulido, C. B. (2007). *Refutación y defensa del neoconstitucionalismo*. In *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*: Trotta.

Reyes, E. C. (2010). *Derechos humanos, estado de derecho y constitución. Criterio Jurídico Garantista*.

Sánchez, M. C. (2003). *Nuevos tiempos para el constitucionalismo*. Trotta.