

¿Nuevo constitucionalismo latinoamericano?

Israel Ramiro Campero*

*La constitución es un límite convencional a la democracia*¹

Resumen

Las determinaciones de orden normativo no pueden ser nuevas o viejas en sí mismas, el hacerlo desconoce el valor vinculante de la norma, que exige aplicabilidad y eficacia, no obstante las corrientes de pensamiento constitucional como ideología, presentan nuevos planteamientos dignos de ser discutidos. La intención de éste documento es verificar que tan nuevo es el destacado constitucionalismo latinoamericano, esto significa someterlo a las condicionantes de existencia constitucional desde las reglas de la teoría constitucional y derecho constitucional. La extensión o temporalidad de una norma no hace su novedad, ni mucho menos al basamento de una nueva ideología. En el caso Boliviano el nuevo constitucionalismo latinoamericano no tiene el mérito de haber ampliado el catálogo de derechos, ya que la ampliación de derechos es producto de la clásica función de interpretación constitucional, por vía jurisprudencial, no podrá ser característico de un nuevo constitucionalismo en consecuencia, ni el lenguaje llano, ni su accesibilidad, ni su extensión, habida cuenta la Sala de Máquinas de la Constitución en palabras de Roberto Gargarella.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano en apariencia, tendría puntos de contacto con el neoconstitucionalismo, sin embargo si los tiene, deben ser muy tenues y alejados, es más se procuran inexistentes los unos y los otros, Ricardo Guastini lo demuestra en las características sustanciales del neo vs el nuevo.

Palabras clave: Constitucionalismo latinoamericano, neoconstitucionalismo.

Summary

The normative determinations can not be new or old themselves, new regulatory order or the binding do not know the value of the standard, which requires applicability and effectiveness notwithstanding the current constitutional thinking as an ideology, present new proposal worthy to be discussed. The intent of this document is to verify how new is the leading Latin American constitutionalism, this mean submit to the constrains of constitutional existence since the rules of the theory constitutional and constitutional law.

The extent or timing of a rule does not make its newness, much less the foundation of a new ideology. In Bolivian case, the new Latin American constitutionalism has not the merit to of have extended the catalog of rights, as the expansion or rights is a product of the classic function of constitutional interpretation, through case-law, it may not be characteristic of a new constitutionalism accordingly or plain language, nor accessibility, and its extension, given the Engine Room of the Constitution in the words of Roberto Gargarella.

The new Latin American constitutionalism in appearance, have points of contact with the neoconstitutionalism, however if you have them, must be very taint and distant, is more seek nonexistent one and the other, Ricardo Guastini evidenced in the substantial characteristic of neo vs. the new.

Keywords: American Constitutionalism, neoconstitutionalism

* Israel Ramiro Campero es Docente de Derecho Constitucional de la carrera de Derecho, Universidad Mayor de San Andrés.

Este artículo es resultado de las investigaciones dentro del proyecto "Publicaciones IIST - Derecho de la UMSA.

arescamp99@yahoo.com

¹ NINO, C. (2013) *Una Teoría de la justicia para la democracia-hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*. Siglo XXI editores.

1. Introducción

Si la constitución es jurídica no puede ser política y si es política no puede ser jurídica², esta es una afirmación de sustancia, y de la actividad práctica de la constitución, a algunos les parece una exageración y hasta un despropósito, ellos son los que hasta ahora no han podido demostrar una sentencia constitucional, motivada por elementos políticos, la razón es que no sería posible, simplemente porque su existencia pondría en entredicho al denominado Rechtsstaat.

De esto se podrá deducir lo siguiente: Que la norma normorum lleve consigo el adjetivo de política no implica que su paramétrisis de acción se la política, sino que se encarga de organizar jurídicamente el poder público, queda claro que entre esta afirmación y que la constitución sea política en su acción, existe básicamente un universo de diferencias. Mac Cormik confirma esta certeza desde otra perspectiva, bajo los siguientes términos: la Constitución es la convención o práctica colectiva más básica que determina la vida colectiva de una sociedad, y, como tal, cumple funciones sociales imprescindibles, que incluso sirven de marco o soporte del procedimiento democrático³.

A finales del siglo XX y principios del XXI, Latinoamérica vivió un movimiento constitucionalizador de notas relevantes, son relevantes bajo la lógica de que el acondicionamiento normativo a previsiones de existencia es siempre relevante, Colombia 1991, Venezuela 1999, Ecuador 2008 y Bolivia 2009, hay quienes pretenden incluir a todos estos cambios normativos bajo el mismo cesto, en tanto a cambios normativos es así como debe identificárselos, esto es como si todos ellos fueran provenientes de una misma causa, bueno es probable que en criterios políticos esta afirmación

pueda ser coherente⁴, sin embargo en la faceta jurídica, que es la que nos ocupa, la determinación de orden implica muchas cosas, menos omnicomprensión. Es evidente que las pasiones⁵, las que fueran, tienden a seducir a dos tipos de personas, al que las genera, porque cree en sí mismo, y, a quienes a falta de crítica, también les emociona. Las pasiones son solo eso, producto de un momento, su base es de dudosa procedencia y lógicamente su desarrollo está en constante cuestión.

La Constitución no ha sido indemne a las pasiones, en todos los tiempos, en nuestra realidad y en otras. Ésta es una extraña afirmación, pero es una afirmación de realidad; en todos los contextos la constitución ha pretendido ser el elemento final o justificante de una ideología, cosa verdaderamente correcta en tanto se hable de lo pre-normativo, sin embargo lo extraño es pretender que una vez conseguido el hito ideológico, la constitución sea reducida a la ideología que la concibió, esto significa muchas cosas, pero sobre todo significa ir en contra ruta del orden normativo y en tanto a tal desconocer el verdadero valor de la constitución, que no es otro que el valer en tanto a norma.

Ahora bien, cuando nos alejamos del sistema de producción normativa y sus cláusulas de habilitación, y pensamos en la base de construcción, claramente pre-normativa, claramente nos encontramos frente a la teoría de la constitución, que puede ser de distinto orden, es claro que la teoría de la constitución debe su significado a la forma constitucional que la determine.

Respecto a esto hace algunos años atrás se ha venido hablando de un nuevo constitucionalismo latinoamericano, con aparentes pseudo pautas que en criterio de sus propugnadores hacen a sus

2 CAMPERO, I. (2014) *Teoría de la Constitución del Estado Plural. A propósito de lo pre normativo*. Ed. San José.

3 MACCORMIK, N. (1989) *Constitucionalismo y Democracia en O*. Weinberger, Viena.

4 GARGARELLA, R. *El nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Promesas e Interrogantes*. CONICERT/CM.

5 MADISSON, en *El Federalista* Nº 55: "La pasión nunca deja de arrebatarse su cetro a la razón".

características centrales, que aparentemente harían únicas a las constituciones de cuño latino, en especial la venezolana, ecuatoriana y la boliviana, nuestra intención es verificar que tan nuevo es éste constitucionalismo y que tan latinoamericano es, esto significa someterlo a las condicionantes de existencia constitucional, desde las reglas de la teoría constitucional y claro, desde el derecho constitucional, entendido como es, como derecho, es decir desde la norma, su teoría y su desarrollo jurisprudencial.

Por constitución material debemos comprender el estatus de la Constitución a partir de su eficacia

2. Cuándo algo es verdaderamente nuevo

Nuevo no significa novedoso u original. Es una primera afirmación, nuevo es la antítesis de viejo, esto es tan así que nueva puede ser una constitución que abrogando una anterior replique todas sus concepciones normativas, es decir que replique todos los mandatos positivos y negativos del orden constitucional o la forma organizacional del Estado, pero que en sentido material no defina nada que sea novedoso al sistema de normas o su producción.

Está claro que la primera discusión tendrá que ver con la concepción constitucional que se tenga de constitución material y formal. A pesar de ser una cuestión aparentemente vencida, vale bien la pena desarrollarla con la única finalidad de observar que su aparente obiedad no es tanta. Por constitución material debemos comprender el estatus de la constitución a partir de su eficacia, es decir la constitución será material, cuan eficaz sea para desarrollarse en su verdadero espectro de aplicación, en otras palabras sea acatada, anhelo último de toda norma y en especial de la constitución; por otro lado la formalidad, le asigna su mera adecuación con su medio de producción y esa producción le asigna una mera existencia ideal.

Ahora bien, lo material tiene que tener una sintonía práctica mayor a la mera aplicación.

Y creo que sí es afortunado tocar éste tema; si pensamos por un momento en la aplicación, pues el acto reflejo bien puede ser meramente formal, se me ocurre un ejemplo, el diseñado por el artículo 11.II.1 de la Constitución Boliviana: “La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por ley. 1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa...”.

Existen dos notas relevantes a la hora de desarrollar este mandato, el primero es que por regla general los Derechos son de aplicación y ejercicio directo, esto es que se aplican sin necesidad de desarrollo legislativo, la razón es lógica, el derecho que tratamos tiene como sujeto reglar la calidad de ser humano, bueno esto implica que la constitución, en su determinación normativa primaria de análisis, examina un requisito para el ejercicio de derechos, extremo falso, pues queda claro que bajo el principio de aplicación directa de los derechos, el legislador, el que fuera, está en la obligación de solucionar favorablemente el ejercicio del derecho de iniciativa legislativa ciudadana.

Dicho esto vamos a la práctica, ¿Cuántos proyectos de Ley, que nacieran de iniciativa ciudadana han sido tratados por cualquier ente legislativo que compone la nueva estructura del Estado en Bolivia desde la promulgación de la Constitución el 7 de febrero de 2009? la respuesta es cero.

Volvamos a las cuestiones teóricas, si por constitución material no solo concebimos el acto reflejo⁶, como románticamente nos han comentado, sino sobre todo el nivel de acatamiento o vigencia práctica de la Ley, este mandato normativo es meramente formal, poco real y nada práctico. Ahora su poca practicidad no se debe únicamente al excesivo optimismo del Legislador

⁶ Acto reflejo, respecto a esto recuerdo a J. Jellinek, que condiciona la eficacia de la constitución a ser un acto reflejo de la realidad social, que esto sea cierto o no es cuestión a acá no se suscita.

Constituyente⁷, sino sobre todo a la ineficiencia del legislador y a la poca seriedad a momento de generar políticas públicas alrededor de la denominada democracia directa y participativa.

La constitución es meramente formal, cuando el acto constituyente genera, produce y reproduce la constitución, observando para el efecto un procedimiento determinado o condiciones de creación; que estas condiciones de creación sean más o menos democráticas no implica su cambio de raíz constitucional, pues es la forma la que condiciona su existencia.

Sea uno u otro el condicionante de ineficacia, la norma constitucional, no es material en la disposición aludida y por lo tanto su materialidad total empieza a estar en entredicho, como quiera que se aborde el dilema, queda claro que el debate de materialidad y formalidad no se reduce simplemente a su aparente acto reflejo⁸. Ahora bien la formalidad, tampoco significa simplemente proceso de producción o reconocimiento del proceso de producción, puede cuando menos identificarse dos aspectos centrales de la formalidad: la idealidad o creación de determinantes lógicos y la extrema densidad, extensión o complejidad, vamos por partes:

Formalidad. La forma hace al acto. Esta es una afirmación de Teoría General del Derecho, aplicable a nuestra expectativa; esto más el significado que le ha asignado la teoría constitucional a la constitución formal puede sintetizarse en lo siguiente: la constitución es meramente formal, cuando el acto constituyente genera, produce y reproduce la constitución, observando para el efecto un procedimiento determinado o condiciones de creación; que estas condiciones de creación sean más o menos democráticas no

implica su cambio de raíz constitucional, pues es la forma la que condiciona su existencia. Por ejemplo que el referéndum sea una forma de legitimar el texto constitucional, no significa que lo haga más o menos material, es probable que lo haga más o menos formal por condición de existencia.

Piénsese por un momento en Carl Schmitt y el concepto democrático que se hace manifiesto alrededor de su teoría de la constitución, el poder constituyente podía ser colectivo o residir en una sola cabeza⁹, el concepto de lo formal tiene que ver con formación y este con modo de producción normativa, que el resultado coincida con el producto, es decir una constitución material, no es cuestión de debate primario, sino de accesorio compartimento. La idealidad o creación de determinantes lógicos. Otro factor de identidad al interior de la mera formalidad es el tipo de estructuración normativa, que se crea, erradamente que a mayor norma mayor eficacia, cual si estuviéramos en un mercado, a mayor producto mayor privilegio con el vendedor, este es un error de sentido, queda claro que la definición de orden normativo y su eficacia no dependen de la extensión, sino sobre todo de la objetividad normativa. Esto quiere decir algo sustancial: que la extensión de la norma no hace a su novedosidad, ni mucho menos al basamento de una nueva ideología, finalmente el constitucionalismo es una materia ideológica.

Veamos un ejemplo el artículo 33 de la Constitución: “Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable protegido y equilibrado...”, en medio del siglo XXI, todavía alguien podría creer que por éste mandato de orden normativo constitucional, estos derechos existen?, bueno si se afirma asertivamente, sólo baste decir que ya por vía jurisprudencial, cítense solo como ejemplo, las Sentencias Constitucionales 1662/2003-Ry especialmente la 1420/2004¹⁰

⁷ Asigno esta categoría al Congreso Constituyente que en última cuenta definió el perfil constitucional.

⁸ También se puede tener esta afirmación como reproche al nuevo constitucionalismo.

⁹ SCHMITT, C. (2009) *Teoría de la Constitución*. Alianza Universidad Textos. Pg. 66 y siguientes.

¹⁰ Sentencia Constitucional 1420/2004 del 6 de septiembre de 2004: “...Ahora bien, conforme ha establecido este Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, los tratados, convenciones o declaraciones

, en donde ya queda claramente sentado un elemento sustantivo y procesal, que le asigna un nuevo estatus al carácter internacional de los derechos, introduciendo una nueva institución bajo el nombre de Bloque de Constitucionalidad, lo mismo vale para los denominados Derechos de las Naciones y Pueblos Indígenas, por medio del Bloque de Constitucionalidad se introduce el 169 de la OIT para formar parte de éste bloque.

Por lo tanto creer que es gracias al nuevo constitucionalismo latinoamericano que se ha ampliado el catálogo de derechos, es creer en hadas, pues como se ha visto su introducción fue producto del trabajo de la Interpretación Constitucional.

Decir que el nuevo constitucionalismo latinoamericano tiene el mérito de reconocer los derechos de las naciones y pueblos indígenas es un equívoco.

Extrema densidad, extensión o complejidad. Si una de las características del nuevo constitucionalismo latinoamericano es el lenguaje llano y en consecuencia esto haría el acceso directo al pueblo, de los parámetros normativos de la constitución, nuestra constitución no es militante del pseudo nuevo constitucionalismo latinoamericano, veamos porque. Accesibilidad significa muchas cosas, una de ellas en sentido gramatical, debiera ser su fácil comprensión, es decir que el ciudadano de a pie pueda acceder al texto y su comprensión sin mayor problema que una lectura, sería desde luego. Resulta que nuestra constitución poco más y está en clave, conceptos como el de pluralismo político, económico, jurídico, etc., ámbitos de vigencia, ama quilla, etc., demuestran la norma normorum, es nomas densa en extremo, cuando se pensó en dejar a los abogados, el remedio fue peor que la enfermedad pues los elevados criterios de base constitucional, no solo requieren de un abogado, sino de un especialista

internacionales sobre derechos humanos a los que se hubiese adherido o suscrito y ratificado el Estado boliviano forman parte del bloque de constitucionalidad y los derechos consagrados forman parte del catálogo de los derechos fundamentales previstos por la constitución".

al momento de meditar alrededor de las definiciones constitucionales. Es extensa, si lo es, son 411 artículos, esto la hace densa y compleja al mismo tiempo.

Si debe ser accesible, resulta que no lo es, hasta ahora los especialistas en derecho autonómico en Bolivia vienen haciendo esfuerzos, para comprender el régimen competencial, un ciudadano no especialista podrá acceder a estas definiciones de alta gama?, está claro que no, si vemos hacia atrás podremos coincidir en que las anteriores constituciones, en comparación con la actual, son de más fácil acceso académico, por lo tanto la accesibilidad de comprensión, a la que refieren los defensores del nuevo constitucionalismo latinoamericano, es inexistente y su sustento también. Yo decía que lo nuevo no es precisamente novedoso, porque sus condiciones de existencia no dependen de ser recientes, sino originales en sentido práctico, puede decirse que son novedosas y por lo tanto cumple la existencia de originalidad y por lo tanto si puede llamarse nueva tendencia constitucional, también creo que esta sería una equivocación de sentido.

15

3. Constitucionalismo Boliviano vs el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano

Quienes propugnan este aparente nuevo constitucionalismo latinoamericano, lo condicionan a cuando menos estos puntos de análisis:

1. La cualidad democrática de la constitución. Quiero abordar esta primera característica, por dos razones, una primera por el concepto de democracia que se le asigna a este nuevo constitucionalismo, y segundo por la determinación democrática que absorbe el paralelo de la realidad. Se dice que esta nueva ideología, que sería similar en Venezuela, Ecuador y Bolivia, inclusive se introduce al sistema constitucional colombiano¹¹,

11 GARGARELLA. R. op cit.

partiría de un elemento que la cualificador, el democrático en acción. Esto se justificaría, pues en apariencia el asistir a un proceso electoral, llámese referéndum, plebiscito o asamblea, en nuestro caso un referéndum¹², garantiza la carga democrática y finalmente la legitimidad de la norma constitucional; ¿será esto absolutamente cierto? la visión democrática que se tiene de la constitución, es por el contenido de la participación del soberano en la decisión constitucional, temo que en términos románticos, la primera consigna se adecúe al estándar que superficialmente se tenga de democracia, aparentemente el criterio ganado es que la versión democrática radica en parámetros de cuantitatividad y no de cualitatividad.

Siempre me han llamado la atención las fiestas “democráticas”, la participación en la toma de decisiones, el involucramiento del ciudadano en la cosa pública, siendo esto absolutamente cierto, ¿qué sería más importante que decidir por la vigencia de tu norma normarun?, la respuesta única nada, y a fuego. Bien parece que es un primer criterio sin discusión, sin embargo los números no hacen al sentido, el sentido puede ser extraño a los números, éste último le asigna un criterio de identidad a partir del contenido y si hablamos de democracia, ésta no se reduce al voto, esto reducir el concepto democrático a una mera instrumentalización, creer en esta forma de hacer democracia es creer en nada.

En pleno siglo XXI no se puede reducir la democracia al voto o la aparente

Crear situaciones complejas no es originalidad, más bien puede ser ausencia de técnica, técnica que lleva a la claridad de los términos y su accesibilidad, al final de cuentas en el mérito de la propiedad está el mérito de la originalidad y en ella el mérito de una nueva creación teórica.

participación, el criterio de identidad es otro, precisamente divergente a la afirmación de fondo y precisamente contrario a la dimensión de eficacia. Sin embargo un acercamiento más productivo podría ser el que está dirigido a reconocerla como un método de formación de las decisiones públicas, que no depende necesariamente del número, sino de la apropiación de la concepción sujeta a criterio. No hay nada más claro que la relativa absorción democrática instrumental y la definitiva concepción democrática a partir de los contenidos, esto es content makes the normative form, the normative content determines the form and efficiently makes the law (el contenido hace a la forma normativa, el contenido normativo condiciona a la forma y hace eficiente la ley), con esta afirmación observamos un ángulo de calificación, la democracia sujeta a decisión significa apropiación, significa conocimiento, con esto se logra el empoderamiento de la cosa común (Democrazia significa decisione ggetto diappropriazione, significa conoscenza, con il potenziamento della cosa comune è raggiunto). Entonces la democracia no solo es el voto, democracia significa mucho más.

2. El carácter revolucionario. Llama la atención que el carácter revolucionario, marque la agenda del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Digo esto ya que siguen manejando criterios de originalidad constitucional, en base a los criterios esgrimidos en el siglo XVIII, si miramos hacia atrás Sieyes¹³, justifica el orden constitucional en la contradicción pueblo-monarquía, aparentemente del pueblo disconforme con el detentador del poder. Bueno esta condicionante no tiene nada de nuevo, ya que el constitucionalismo francés y americano, con las diferencias que tienen entre sí el uno y el otro, han marcado su inicio con una revolución.

Los rasgos académicos siempre han estado presentes, desde Rousseau y Voltaire,

12 El referéndum aprobatorio de la constitución obtuvo un 62 % de aprobación.

13 SIEYES E. *Qué es el Tercer Estado*. Ed. Espasa Calpe.

Hamilton, Madison y Jay, la justificación del poder el carácter soberano, la resistencia a la opresión y, claro, la revolución como la única forma de romper con los parámetros de dominación. Esto entonces no es nuevo. Asignarle además el carácter periférico a la academia es también exagerar, esto es tanto como decir que la norma es instintiva producto de la casualidad o de la imposición, por lo tanto no es un criterio valedero, especialmente para aquellos que estuvimos de cerca en la formación constitucional. Nier la présence de l'académie, est aussi nier la possibilité de la connaissance au peuple ou de nier leurs propres connaissances...

3. Aspectos formales: contenido innovador; la extensión del articulado; la conjugación de elementos complejos con lenguaje accesible; y el poder constituyente latente.

Que puede ser innovador en la constitución?, desde el campo primario de derechos, no existe innovación, ampliarlos numéricamente no es innovarlos, en palabras despiadadas sería falta de técnica pero no significa innovar, incluir a los pueblos Indígenas o reconocerlos, tampoco es innovar, pues ellos ya estaban reconocidos gracias al Bloque de Constitucionalidad introducido por vía de la jurisprudencia a la que hemos hecho referencia y al Control de Convencionalidad introducido por las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; con esto podemos fácilmente cuestionar la aparente novedad.

La extensión del articulado no debería ser un aspecto formal identificador, cuando se reflexionaba líneas arriba acerca de que no se debería resumir a la democracia desde un punto meramente formal, sino desde un punto absolutamente material, queríamos decir que no es importante la aprobación con el 62%, es importante la identificación con lo decidido y esto no puede ser otra cosa que la comprensión, el conocimiento de qué es lo que se aprueba, cómo y porque. No será la complejidad el objeto de

la cuestionante democrática? Por supuesto que sí; no significa que a más artículos mejor norma, o a mayor complejidad, completitud normativa, esto técnicamente no existe. La extensión es casi un sinónimo de ineficiencia, los ejemplos al respecto son muchos.

4. La Constitución del 2009 vs el Sistema Constitucional del 67

Acordemos que por constitución del 67 nos referimos a ella y a todas sus modificaciones, es decir la del 94, la del 2004 y la del 2005; la constitución del 2009 todos la conocemos. Tengo la impresión que anotar la existencia y pretender la idealidad, son dos situaciones distintas y es probable que antinómicas entre sí. La realidad es simplemente lo existente y si se quiere lo que se encuentre "positum", esto significa que no se presupone y que su existencia en términos reales depende de lo evidente, pongámoslo así, de lo que existe. Lo ideal siempre existe en el campo de la elucubración, muchas veces es el producto de los apasionamientos, esto no es un comportamiento en si mismo reprochable, lo reprochable es creer, a partir de lo ideal o lo añorado, que existe una realidad.

Bueno, hagámonos una pregunta ¿es verdaderamente una nueva constitución?, yo podría decir que en términos formales si lo es, son 411 artículos frente a más de dos centenares de la anterior, en lo formal es una constitución relativamente nueva en términos temporales, pero será que la temporalidad o la extensión hacen que una constitución pueda ser catalogada como verdaderamente nueva. Estimo que no¹⁴.

Generar una lista interminable de derechos a partir de la constitución, tampoco es nuevo constitucionalismo, nuevamente el reconocimiento de los derechos como bloque de constitucionalidad ingresó al

¹⁴ Antes de seguir, todo lo afirmado no implica que en lo particular desconozca el carácter democrático y fundamentalmente normativo de la Constitución, esto sería contradictorio con mi propia formación, donde si me inscribo es en el escepticismo respecto al carácter de un nuevo constitucionalismo latinoamericano. Creo firmemente que este nuevo constitucionalismo simplemente es nuevo por el nombre y nada más.

sistema constitucional a partir del año 2003, pero tampoco creo que el nuevo constitucionalismo latinoamericano, sea nuevo como ideología constitucional, cuando el reconocimiento amplio de derechos es una moneda de uso corriente en el sistema constitucional mundo, tómese el ejemplo de la constitución africana¹⁵, una verdadera novedad para quienes vemos el constitucionalismo desde el derecho o lo que Zagrebelsky denomina acertadamente constitucionalismo cosmopolita¹⁶.

No es nueva constitución el documento que replica toda la institucionalidad del Estado. Cambiar nombres no es innovar.

¿Acaso existe alguna diferencia entre el Congreso y la Actual Asamblea Legislativa Plurinacional? La respuesta es sí, el NOMBRE, ambas están compuestas por dos cámaras, el proceso de producción de la norma sigue siendo el mismo; es probable que se hable de que el poder ahora esta segmentado en cuatro, esta no es ninguna novedad, creo que es la peor decisión que se hubiera tomado, en lo personal, institucionalmente si hay algo novedoso debe ser la Procuraduría General del Estado, pero esta institución que pudo o no estar en la constitución, no implica crear una nueva institucionalidad, esto es simple. Al parecer la mayor novedad del texto constitucional de 2009 es la introducción del sistema autonómico, no por la segmentación respecto al departamento y el municipio, sino a partir de las denominadas Autonomías Indígena Originario Campesinas.

Esta es una gran novedad, no porque sea Bolivia el único estado que reflexione alrededor de la preocupación de éste tipo de aparentes minorías, sino fundamentalmente por lo que significó en el ideario de los aparentes beneficiados, lo que es y lo que debiera ser. Esta es la única autonomía

¹⁵La Constitución de la República de Sudáfrica de 1996, establece que al interpretar el catálogo de derechos, los tribunales deben tomar en consideración el derecho internacional y pueden tomar en cuenta el derecho extranjero.

¹⁶ Zagrebelsky, G. "Que es Ser Juez Constitucional?", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.

que además de ejercer su autonomía en lo político también la ejerce en lo jurisdiccional, esto es, sus autoridades pueden conocer y resolver las cuestiones que se tramiten alrededor de sus competencias, previo cumplimiento de los ámbitos de vigencia. Lastimosamente el aparente nuevo constitucionalismo latinoamericano, no pudo o no tuvo la capacidad de enfrentar ideológicamente el conflicto de introducir su "base filosófica" a toda la producción legislativa, no es pluralismo jurídico repetir cansinamente en todas las leyes que, estas se regirán bajo el principio de pluralismo, pues eso no es pluralismo ni pluralismo jurídico es la coexistencia del sistema indígena y el ortodoxo de corte romano germánico.

La constitución del 67, con todas sus reformas, en cuanto a sistema constitucional ya introdujo el bloque de constitucional, por lo tanto la del 2009 no es novedosa al respecto; la constitucional del 67 estuvo organizada políticamente como hasta ahora, en términos reales, la del 2009 introdujo un Órgano Electoral, que podría ser bien una simple dirección, por los resultados y el papel bochornoso que representa; y finalmente el sistema autonómico es un sistema fallido, no se podría decir que es una nota relevante, la autonomía, para el nuevo constitucionalismo latinoamericano pues el sistema autonómico en la forma estatal tiene antecedentes, otros que no pertenecen al sistema precisamente latinoamericano, es fallido no porque la intención sea mala, sino porque la base filosófica del nuevo constitucionalismo no se hizo presente o es que simplemente jamás existió.

5. El nuevo constitucionalismo no puede identificarse con el neo constitucionalismo

Cuando afirmamos que nuestro objeto de estudio es una norma y que nosotros la entendemos solo a partir de tal afirmación, estamos diciendo mucho o posiblemente todo, a partir de esto, es probable que nuestra dogmaticidad se palee, no creemos

en la pura formalidad, creemos también en la eficacia de los contenidos, una norma puede ser válida pero profundamente injusta; el esfuerzo por evitar la existencia de estas condiciones de existencia, aparentes en sentido, no es solo el papel del Tribunal Constitucional como contralor sino de la base filosófica sobre la que se construya la norma normarum.

Digo esto en función al criterio de formación de la Ley que se tenga, empecemos. Es cierto que el carácter normativo, sólo es tal en el universo del proceso de aplicación, esto es la aplicación de la norma a casos concretos como criterio regulador a fin de conseguir el establecimiento del orden en función del derecho, sin embargo existe una etapa, en el proceso de formación de la norma, es una etapa intermedia entre la idea y la producción propiamente dicha que tiene que ver con la influencia de criterios diversos y no precisamente normativos, que condicionan la producción, esto es lo que en criterios teóricos hemos denominado carácter pre normativo de la constitución, es decir antes de la existencia real de la constitución.

Nuestro primer cometido, como objeto de inicio es determinar qué es lo que se entiende por constitucionalismo y desde nuestro hemisferio lo que deberemos entender por neo-constitucionalismo, para este ejercicio podemos empezar afirmando que el termino neoconstitucional puede ser portador de dos significados. El primero estará formulado alrededor de criterios teoréticos, ideológicos o metodológicos ; el segundo es algo así como la justificación de los niveles teóricos, ideológicos y metodológicos¹⁷, es decir cómo es que explicamos la teoría, como respondemos a nuestra pretensión ideológica, en un sistema concreto, esto es el momento histórico, metodológicamente el tiempo y la constitución¹⁸.

¹⁷ A propósito de lo dicho por el profesor Comanducci, en COMANDUCCI, P. Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico en. Carbonell (2003) *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, p. 75.

¹⁸ CARBONELL, M. (2010) *Para Comprender los Derechos – Breve Historia de sus Momentos Clave*. Palestra, Lima.

El constitucionalismo tiene su basamento normativo con los primeros documentos constitucionales de finales del siglo XVIII

Queda claro por todo lo dicho, que el constitucionalismo tiene su basamento normativo con los primeros documentos constitucionales de finales del siglo XVIII, este siglo representa muchas cosas, para los publicistas especialmente, ya que a partir de la revolución francesa podemos hablar de derecho público propiamente, como una entidad de la ciencia con características particulares retributivas del Derecho. Sin embargo para nadie será una novedad que la segunda guerra mundial muta la esencia de los derechos cuestionando su validez, es sólo a partir de este momento que podemos hablar de neoconstitucionalismo.

A pesar de que en nuestro sistema, todos sin excepción, sabemos así sea intuitivamente que la Constitución es Suprema, esta afirmación a nivel mundo no siempre coincidió con los postulados de los sistemas de normas tradicionales, por ello desde el constitucionalismo al neo constitucionalismo existió un salto de orden, el desplazamiento de la mera legalidad y la formalidad al asentamiento de la denominada constitucionalidad o constitucionalización de todo el orden pero sobre todo del derecho; son coincidentes con este propósito la impugnación que se hiciera del Derecho a partir del pronunciamiento de Dworkin¹⁹.

La constitucionalización no es una obra simplemente de afirmación, sino es algo mucho más complejo de lo que parece, en este proceso se deben identificar cuando menos algunas notas relevantes que pueden resumirse en: 1) rigidez de la Constitución; 2) control de constitucionalidad de las leyes; 3) fuerza vinculante de la Constitución; 4) "sobreinterpretación" de las disposiciones constitucionales; 5) aplicación directa de

¹⁹ DWORCKIN, R. (2002) *Los derechos en serio*. Ariel Derecho, Barcelona. pp.64 y ss.

tales disposiciones por parte de los jueces; 6) interpretación conforme de la ley ordinaria; 7) influencia directa de la Constitución en las relaciones políticas²⁰. Se han generado muchas discusiones a partir de los rasgos distintivos del neo constitucionalismo, y algunos creen que este signo sea su aparente conexión entre el Derecho y la moral, esto es entre el orden de producción normativa, la producción normativa y cargas axiológicas que condicionan la eficacia normativa, a esto podemos denominar como un acercamiento entre el iuspositivismo inclusivo, en cuanto sitúa tal conexión en el nivel de los principios fundamentales o constitucionales²¹.

Este criterio debe ser abordado desde su real dimensión, a partir de las proposiciones ideológicas del neoconstitucionalismo, las constituciones adquieren un valor que hasta ese momento resultaba ajeno, introducen el carácter normativo de norma normorum que en criterios reales no se agotan en la formalidad de las formas, si se quiere, sino contrariamente invaden a los contenidos, ésta debiera ser la nota característica o de inicio para la reflexión, sin embargo esta primera aproximación, no dice nada en sí misma pues como lo dijimos en apariencia esta afirmación es conocida, inclusive por una aproximación a siegas, en consecuencia existe otro elemento digno de cita, la introducción de valores al interior de las categorías normativas de la constitución, esto no simplemente un cambio de mentalidad pues cambia la idea misma del sistema constitucional, sino también en la idea de aplicación judicial de la constitución²², es decir el verdadero valor de la constitución en acción, en la esfera de la práctica del derecho. Ferrajoli es uno de los autores que se ha dedicado en forma profunda al estudio de este fenómeno

que, según su particular concepción, implica una refundación jurídica del derecho y de las instituciones políticas, fruto de las duras lecciones impartidas por las tragedias de la primera mitad del siglo pasado²³. Se deja de lado el paleopositivismo y se ingresa a una nueva categoría neopositiva, donde los contenidos adquieren un nivel de relevancia, como derechos, esto es como principios, en otras palabras se deja de lado la preeminencia del Estado legislativo de Derecho (o Estado legal) que surgió con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica (Lasciando da partela regoladel governolegislativodi diritto(o giuridica) che è venuto conla nascitadello Stato modernocomeun monopoliolegalesulla produzione).

Podríamos decir, siempre bajo el báculo de los maestros que la democracia constitucional significa “la sujeción del derecho al derecho generado por la disociación entre vigencia y validez, entre mera legalidad y estricta legalidad, entre forma y sustancia, entre legitimación formal y legitimación sustancial, principal rasgo distintivo del neoconstitucionalismo respecto al iuspositivismo y al iusnaturalismo está en la idea de que el Derecho no se distingue necesaria o conceptualmente de la moral, en cuanto incorpora principios comunes a ambos.

Para el autor italiano “el constitucionalismo rígido produce el efecto de completar tanto el Estado de Derecho como el mismo positivismo jurídico, que alcanzan con él su forma última y más desarrollada, por la sujeción a la ley incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivación no sólo ya del ser del Derecho, es decir, de sus condiciones de existencia, sino también de su deber ser, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de validez”²⁴. Por eso Ferrajoli no concibe tanto la validez de

20 GUASTINI, R. (2003) *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano* en Ed. M. Carbonell, Neoconstitucionalismo(s), Trotta, Madrid, página 49.

21 POZZOLO, S. (2003) *Un constitucionalismo ambiguo* en Ed. M. Carbonell, Neoconstitucionalismo(s), Trotta, Madrid, p. 188.

22 ANDALUZ, H. (2010) *Aplicación Judicial de la Constitución*. Edit, El País.

23 FERRAJOLI, L. (2008) *Democracia y garantismo*, Ed. de M. Carbonell, Trotta, Madrid, página 304.

24 FERRAJOLI, L. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*.

las normas (infraconstitucionales) como pertenencia formal a un ordenamiento, sino como la conformidad material con la constitución, criterios últimos que el nuevo constitucionalismo latinoamericano desconoce o no toma en cuenta. Esta es una diferencia radical con lo que ocurría anteriormente en el paradigma paleopositivista, cuando la ley, fuera cual fuera su contenido, era considerada la fuente suprema e ilimitada del derecho. De ahí que el legislador, o en la mejor de las hipótesis el parlamento, era a su vez concebido como omnipotente, y consecuentemente la política cuyo producto e instrumento era el derecho. El resultado de este modelo era una concepción formal y procedimental también de la democracia²⁵.

Ahora bien, bajo esta mirada se podría considerar que lo tratado es un cambio de paradigma que puede entenderse como revolucionario, en los cimientos de la teoría del derecho, ya que afecta, no sólo el papel del derecho y las condiciones de validez de las leyes, sino también el papel de la jurisdicción, el papel de la ciencia jurídica y la naturaleza de la democracia, coincidentemente se deja de lado la mera instrumentalidad y se aborda el debate de contenidos. Así, la subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial tanto en las condiciones de validez de las normas, como en la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa²⁶. Pero aquí es necesario hacer una salvedad y es que tras la idea de imperio de la ley se esconden determinadas exigencias morales, vinculadas en última instancia a la idea de autonomía individual, con lo cual detrás de un concepto formal de Estado de Derecho, se esconden dimensiones sustanciales, a ser tenidas en cuenta en razón de la eficacia de base.

La subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial tanto en las condiciones de validez de las normas, como en la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa.

El imperio de la ley, en sus génesis, fue concebido como reconocimiento de la soberanía popular y la ley como expresión de ésta. Un concepto fuerte de imperio de la ley está determinado por el origen de la norma, que como bien sabemos sería el parlamento y por sus contenidos, esto es tanto los derechos, como las libertades, la relación es casi evidente las concepciones rousseauanas en cuanto una comunidad autogobernada es aquella que puede reconocerse a sí misma reflejada en las normas que la rigen. Dichas normas pasan a ser así expresión y condición del autogobierno compartido²⁷, (*Communauté autonome est celui qui peut se reconnaître reflétée dans les règles qui le régissent. Ces règles expression et d'auto-condition pour devenir partagée*).

Ferrajoli cree que con el nuevo paradigma el principio de soberanía se ha desvanecido²⁸ al ser reemplazado por la constitución en tanto norma supraordenada a la legislación ordinaria y por el control constitucional de las leyes por parte de los tribunales constitucionales²⁹, esto significa que ya no existe la soberanía interna, dado que todos los poderes públicos están sujetos a la ley constitucional. Y tampoco existe ya, al menos en el plano jurídico, la soberanía externa, ya que los Estados se han sometido al pacto de subyugación representado por el nuevo ordenamiento internacional nacido con la Carta de las Naciones Unidas y con la prohibición de la guerra y la obligación de respeto de los derechos fundamentales

27 GARGARELLA, R. (2005) *El Derecho a la Protesta: El primer derecho*. Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 206.

28 En el sentido clásico de potestas legibus soluta ac superiorem non recognoscens, ya que, según Ferrajoli, en presencia de constituciones no existen ya sujetos soberanos ni poderes legibus soluti.

29 FERRAJOLI, L. *Democracia y garantismo*. Op. cit. p. 29.

25 FERRAJOLI, L. *Democracia y Garantismo*. Op. cit. pp. 29-31.

26 FERRAJOLI, L. *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*. Op. cit. p. 19.

Aestablecidos en ella, nota distintiva a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Tres son las definiciones de Derechos Fundamentales en criterios de Ferrajoli, según el cómo lo concibamos a partir de nuestras propias experiencias, para esta presentación interesa el concepto que elabora en el plano de la teoría del derecho, aunque haré referencia a aquellos elaborados para los planos de la dogmática jurídica y de la filosofía política de la justicia a modo comparativo. Para Ferrajoli son derechos fundamentales “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”³⁰.

Como explica el autor, esta es una definición teórica y por tanto sólo responde a la pregunta ¿qué es un derecho fundamental? y no a ¿cuáles son en una constitución determinada? esto último será propuesta por la dogmática jurídica³¹. A su vez, es una definición formal o estructural dado que prescinde de los intereses y de las necesidades tuteladas mediante su reconocimiento, para basarse únicamente en el carácter universal de la imputación³². En consecuencia, tampoco responde a la pregunta de cuáles deberían ser los derechos fundamentales³³; lo que se deja librado a la filosofía-política normativa de la justicia³⁴.

Una definición como la propuesta, según el autor, tiene la ventaja de que permite reconocer teóricamente un derecho fundamental en cualquier ordenamiento, incluso aquellos totalitarios o pre-modernos, además y fundamentalmente

es ideológicamente neutral, desde que es válida cualquiera que sea la filosofía jurídica o política que se profese: positivista o iusnaturalista, liberal o socialista e incluso antiliberal y antidemocrática.

De esta definición, Ferrajoli extrae cuatro tesis, a su juicio esenciales para una teoría de la democracia constitucional. La primera tiene que ver con la diferencia de estructura que encuentra entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales; la segunda entiende que los derechos fundamentales, al corresponder a intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello, de la dimensión sustancial de la democracia³⁵. La tercera se refiere a la naturaleza supranacional de los derechos fundamentales y la cuarta y última tesis tiene que ver con las relaciones entre los derechos y sus garantías³⁶.

6. A manera de conclusión

Se han dicho muchas cosas, ahora es tiempo de terminar, el constitucionalismo como quiera verse es una manifestación ideológica, no cabe duda y se traduce en su creación teórica que nosotros conocemos con el nombre de Teoría de la Constitución. La existencia de una teoría implica la posibilidad de que esta penetre en el sistema normativo, esto queda claro por la simple razón de los criterios de validez y producción de la norma, empero cuando no logra hacerlo, el componente ideológico queda en meras expectativas, simples y superficiales que no merecen relevamiento en el universo de la teóresis o la producción del sistema de normas, que en últimas consecuencias hace posible cualquier actividad por parte del Estado.

La negación del nuevo constitucionalismo latinoamericano no implica la negación de nuestra Constitución, ni mucho menos,

30 FERRAJOLI, L. *Democracia y garantismo*. Op. cit. p. 29.

31 FERRAJOLI, L. *Democracia y garantismo*. Op. cit. p. 42.

32 FERRAJOLI, L. *Derechos fundamentales*. Op. cit. p. 20

33 FERRAJOLI, L. *Democracia y garantismo*. Op. cit. p. 43

34 FERRAJOLI, L. “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho” en FERRAJOLI, L. (2001) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, p. 142.

35 FERRAJOLI, L. *Derechos fundamentales*. Op. cit. p. 25.

36 *Ibíd*em, p. 26.

simplemente que en lo personal no creemos que esta constitución este influenciada por las bases o condiciones que marcan sus teóricos; creo profundamente que nuestra constitución se sigue filiendo al Constitucionalismo de corte social en el fondo y por muchas razones, y tiene una fuerte tónica neoconstitucional, pues si hacemos un test de identificación con lo dicho por Guastini líneas arriba, todos los componentes son coincidentes con la determinación de orden sustancial, esto es la coincidencia de orden y contenido.

Bibliografía

ANDALUZ H. "Aplicación Judicial de la Constitución". Edit, El País, 2010.

CAMPERO, I. (2014) Teoría de la Constitución del Estado Plural. A propósito de lo pre normativo. Ed. San José. 2014.

CARBONELL, M. (2010) Para Comprender los Derechos – Breve Historia de sus Momentos Clave. Palestra, Lima.

COMANDUCCI, P. Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico en. Carbonell (2003) Neoconstitucionalismo(s), Trotta, Madrid.

DWORKIN, R. (2002) Los derechos en serio. Ariel Derecho, Barcelona.

FERRAJOLI, L. "Pasado y Futuro del Estado de Derecho".

FERRAJOLI, L. 2008, Democracia y Garantismo, Ed. de M. Carbonell, Trotta, Madrid.

FERRAJOLI, L. "Los derechos fundamentales en la teoría del derecho" en FERRAJOLI, L. (2001) Los fundamentos de los derechos fundamentales, Ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid.

GARGARELLA, R. El nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Promesas e Interrogantes. CONICERT/CM.

GARGARELLA, R. 2005 El Derecho a la Protesta: El primer derecho. Ad-Hoc, Buenos Aires.

GUASTINI, R. 2003 "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Ed. M. Carbonell, Neoconstitucionalismo(s),

Trotta, Madrid.

MADISSON, en El Federalista Nº 55: "la pasión nunca deja de arrebatarse su cetro a la razón".

MACCORMIK, N. Constitucionalismo y Democracia en O. Weinberger 1989, Viena.

NINO, C. (2013) Una Teoría de la justicia para la democracia-hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades. Siglo XXI editores.

SIEYES E. Qué es el Tercer Estado. Ed. Espasa Calpe

SCHMITT, C. 2009 "Teoría de la Constitución", Alianza Universidad Textos.

Pozzolo, S. 2003 "Un constitucionalismo ambiguo", en Ed. M. Carbonell, Neoconstitucionalismo(s), Trotta, Madrid.

ZAGREBELSKY, G. "Qué es Ser Juez Constitucional? Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.