

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

BIBLIOTECA



PROCESO DE DIGITALIZACIÓN DEL FONDO BIBLIOGRÁFICO DE LA BIBLIOTECA DE DERECHO

GESTION 2017

Nota importante para el usuario:

“Todo tipo de reproducción del presente documento siempre hacer mención de la fuente del autor y del repositorio digital para evitar cuestiones legales sobre el delito de plagio y/o piratería”.

La dirección de la Biblioteca



UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
UNIDAD DE POSTGRADO Y RELACIONES INTERNACIONALES

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL
Y PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES 2013-2014



***“LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS
EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO”***

POSTULANTE: AQUILES RICARDO SOTILLO ANTEZANA

TUTOR: DR. RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU

La Paz – Bolivia
2016

*Gracias a Dios, a la Mater
A mi papá, mamá y hermana,
A mi tutor,
A todas y todos mis seres queridos*

ÍNDICE

CAPÍTULO PRIMERO DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	
1. Introducción del problema	1
2. Formulación del problema	2
3. Justificación	8
4. Delimitaciones	12
5. Objetivos	12
6. Marco Teórico	13
7. Hipótesis	26
8. Tipo de estudio	27
9. Diseño de la investigación	28
10. Métodos	28
11. Técnicas	28
CAPÍTULO SEGUNDO DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS	
1. Derechos Fundamentales	29
2. Derechos sexuales y reproductivos	61
CAPÍTULO TERCERO NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO	
1. El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano desde la Teoría del Estado	84
2. El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano desde la Teoría de la Constitución	89
3. Etapas del constitucionalismo	101
CAPÍTULO CUARTO PERSPECTIVAS SOBRE EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS	
1. Reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos dentro del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano	160
2. Estado del ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos en los países del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano	186
3. Perspectivas sobre el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos	206
CONCLUSIONES	220
RECOMENDACIONES	225
BIBLIOGRAFÍA	227
WEBGRAFÍA	231

CAPÍTULO PRIMERO

DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

1. Introducción del problema

Los derechos sexuales y reproductivos son integrantes de los Derechos Humanos, los cuales recientemente están siendo objeto de estudio ya que últimamente han adquirido su autonomía e independencia respecto a otros Derechos Humanos como el derecho a la salud, integridad física o a la vida. En ese sentido, el reconocimiento de la autonomía de los derechos sexuales y reproductivos está vinculado a un entendimiento más amplio de dignidad y libertad humana, como fundamento de los Derechos Humanos, el cual no se agota en su esfera civil y política, sino que permea todos los ámbitos de la vida de las personas donde necesariamente se encuentra y amplia su protección hacia la sexualidad y reproducción humana.

Es innegable que históricamente la reproducción y, especialmente, la sexualidad han sido y siguen siendo temas tabú y polémicos en la sociedad actual, generando que desde las instituciones sociales y estatales se haya sido negado su reconocimiento y ejercicio como derechos fundamentales que toda persona cuenta; siendo las más afectadas mujeres, jóvenes y personas gay, lesbianas, bisexuales y transgénero (en lo sucesivo GLBT).

De esta manera, al adquirir la sexualidad y reproducción humana su entendimiento y tratamiento desde los Derechos Humanos de forma autónoma, es importante destacar que hacia la década de los 90 del siglo XX, los Derechos sexuales y reproductivos han sido incorporados a diversos instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos destacándose la Conferencia de Población y Desarrollo de El Cairo, Egipto en 1994 y la

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer CEDAW suscrita en 1979.

Con estos antecedentes de reconocimiento normativo de los derechos sexuales y reproductivos a nivel internacional, se ha planteado la necesidad, desde diferentes sectores de la sociedad, que éstos derechos estén reconocidos y sean integrados al catálogo de derechos de las diferentes Constituciones del mundo, con la finalidad de actualizar los catálogos de derechos de dichas Constituciones conforme las características de progresividad e interdependencia de los Derechos Humanos. De esta manera y en ese contexto, el nuevo constitucionalismo latinoamericano, donde se encuentran las Constituciones de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia, ha recogido esta necesidad de reconocimiento de los Derechos sexuales y reproductivos en sus textos.

En ese sentido, es necesario analizar en qué medida se han reconocido los derechos sexuales y reproductivos en las Constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano para saber en qué medida éstas Constituciones están en la construcción de un Estado Constitucional; así como establecer cuáles son las perspectivas de los derechos sexuales y reproductivos, dentro del nuevo constitucionalismo latinoamericano, respecto a desarrollo normativo y de políticas públicas que aseguren su ejercicio pleno.

2. Formulación del problema

2.1 Situación problemática

La vigencia de un orden constitucional y régimen democrático está íntimamente ligado al análisis sobre en qué medida las personas, mujeres y hombres, pueden ejercer sus derechos fundamentales sin mayor restricción por parte del Estado y particulares.

En ese sentido, conforme los principios de universalidad e interdependencia de los Derechos Humanos, es necesario que la sexualidad y reproducción de las personas, principalmente mujeres, jóvenes y personas GLTB, estén insertos dentro del catálogo de derechos fundamentales de la Constitución de forma autónoma y explícita para asegurar su plena vigencia.

La ausencia del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos, dentro de una Constitución, no hace nada más que validar estados de vulnerabilidad y desprotección de grandes segmentos poblacionales de una sociedad. Temas sociales que tienen plena vigencia como la violencia contra la mujer, trata y tráfico de personas, enfermedades de transmisión sexual (en lo sucesivo ITS), Virus de Inmunodeficiencia Adquirida (en lo sucesivo VIH), embarazos no planificados en adolescentes, mutilación genital femenina, machismo, homofobia, entre otros temas; que son producto de sociedades patriarcales, demuestran la necesidad de incorporar a los derechos sexuales y reproductivos al catálogo de derechos fundamentales de la Constitución para que así las personas, principalmente aquellos sectores de la población a los cuales históricamente se le han negado el ejercicio de estos derechos, puedan tener una real protección de sus libertades y su dignidad.

Si solamente se hace un análisis de los datos sobre el estado de la salud sexual y reproductiva en el Estado Plurinacional de Bolivia se puede advertir que, conforme datos del Ministerio de Salud y Deportes¹, cada día 2 mujeres bolivianas mueren por complicaciones en el parto, la tasa de cáncer cérvico uterino es uno de los más altos de la región 151.38 casos por cada 100.000 mujeres bolivianas, mas de 7000 personas viven con VIH o SIDA, entre otros

¹ Datos extraídos de la Encuesta Nacional de Demografía y Salud relevada por el Ministerio de Salud y Deportes en el año 2008

datos que demuestran la situación de vulnerabilidad, que especialmente tienen mujeres, sobre la salud sexual y reproductiva por la ausencia de políticas públicas de salud, educativas, etc.

De esta manera, el entendimiento de la sexualidad y reproducción como integrante de la dignidad humana ha sido recogido por diferentes instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos, destacándose entre otra normativa internacional la Conferencia de Población y Desarrollo desarrollada en ciudad de El Cairo en 1994 y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979; demostrándose así que dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ya se recomienda a los estados que se protejan estos ámbitos de la vida empezando con su constitucionalización como derechos fundamentales.

También, el reconocimiento constitucional de los derechos sexuales y reproductivos, conforme la interdependencia de los Derechos Humanos, permite que todas las personas puedan ejercer plenamente su derecho a la vida, integridad, libertad personal, seguridad personal, salud, intimidad, entre otros que están referidos a la autonomía que toda persona tiene y debe tener sobre su cuerpo y sus decisiones.

Al ser la sexualidad y reproducción ámbitos íntimamente vinculados con la vida, bien se puede afirmar que el no reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos puede ser considerado como una vulneración al propio derecho a la vida. Ello porque por ejemplo es innegable que en muchos países, principalmente en aquellos más pobres como lo son muchos de América Latina, la mortalidad materno infantil es muy elevada produciendo una situación de flagrante vulneración al derecho a la vida por lo que la adopción de políticas públicas referentes al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos desprendidos del reconocimiento constitucional de los Derechos sexuales y reproductivos es también una salvaguarda del derecho a la vida, salud, etc.

Asimismo, no podemos dejar de hacer mención y destacar la patriarcalización y machismo reinante en la mayoría de los países de América Latina, mediante el cual se ha criminalizado la sexualidad, la autonomía sobre el cuerpo y las decisiones sobre la reproducción produciendo que situaciones de riesgo como los abortos inseguros e ilegales, violencia sexual y de género, homofobia y transfobia, entre otros; sean motivo de grandes vulneraciones de Derechos Humanos a muchas mujeres y hombres. De lo cual, se puede interpretar que el reconocimiento constitucional expreso de derechos sexuales y reproductivos permitirán no sólo un mayor ejercicio de los derechos fundamentales sino que también atacará usos y costumbres sociales y históricas sobre los cuales no se puede construir un verdadero sistema democrático o un Estado Constitucional.

La imposibilidad de ejercer plenamente los derechos sexuales y reproductivos hace que no sólo las mujeres entren en un estado de vulnerabilidad sino que sus mismas vidas corran peligro. Ello debido a que temas como la mortalidad materna y complicaciones en el parto se podrían haber evitado si el Estado hubiera dado las condiciones de ejercicio de estos derechos. En Bolivia, conforme los datos del Fondo de Población de las Naciones Unidas², las complicaciones en el parto son la primera causa de muerte de las mujeres en Bolivia.

La imposibilidad de ejercer plenamente los Derechos sexuales y reproductivos por parte de las mujeres, especialmente de las más pobres, provocan que los índices de mortalidad y morbilidad de la región sean los más altos del mundo.

² Datos extraídos del Informe sobre el estado de la población mundial 2013 elaborado por el Fondo de Población de las Naciones Unidas

Esta problemática no hace más que adicionarse a otros temas que develan las falencias en los sistemas de salud a causa de un desconocimiento y no ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, hecho que se advierten en el aumento de enfermedades de transmisión sexual, casos de VIH y SIDA, embarazos no planificados en jóvenes, entre otros.

Estos temas, junto a otros, se podrían evitar si es que acaso existiera educación y acceso a servicios de salud que vean a la sexualidad y reproducción como una temática social e integral sacándola de ámbitos exclusivamente biológicos y/o religiosos. La prevención que se debería realizar respecto a los derechos reproductivos tienen que abarcar la prestación de servicios prenatales, atención durante los partos, servicios de planificación familiar desde la juventud y servicios de atención obstétrica, son solo algunos ejemplos de cómo incide en los servicios y las políticas de salud, una ausencia del reconocimiento constitucional de los derechos sexuales y reproductivos.

Cuando los índices mortalidad materna son muy altos, como el caso de Bolivia, no sólo se convierten en un problema de salud pública sino que llegan a afectar el mismo desarrollo del Estado porque restringen las posibilidades de participación y empoderamiento de mujeres, jóvenes y personas GLTB. Por ello, la existencia de servicios de salud sexual y reproductiva tiene una gran importancia en el desarrollo de cualquier Estado donde estos servicios de salud deben ser consecuencia de políticas públicas estratégicas de ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos.

2.2 Situación deseada

La sexualidad y la reproducción son dos aspectos muy importantes en desarrollo de la vida de hombres y mujeres; sin embargo, pese a su importancia, su desarrollo y ejercicio como Derechos Humanos ha sido negado y, hasta en muchos casos, penalizados. Es decir, que la sexualidad y reproducción, si bien se encuentran vinculados al ejercicio del derecho a la salud, necesitan adquirir su independencia y autonomía no sólo dentro de la teoría de los Derechos Humanos sino que deben ser reconocidos en el catálogo de derechos de los diferentes textos constitucionales.

Como ya se mencionó, la ausencia del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos dentro de los textos constitucionales, ha generado que las vulneraciones a la libertad y dignidad humana producidas tanto por servidoras y servidores públicos como por particulares, respecto al ámbito de la sexualidad y reproducción de las personas, se encuentren en un estado de impunidad y que no existan las garantías jurisdiccionales necesarias para su protección. Hecho que inevitablemente, ha provocado que muchas personas hayan sido privadas del ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos. De esta manera, se advierte la necesidad que los derechos sexuales y reproductivos estén reconocidos dentro del catálogo de derechos de las Constituciones del mundo para generar un ámbito más amplio de ejercicio y vigencia de los Derechos Humanos.

Así, una vez ya reconocidos, los derechos sexuales y reproductivos en las diferentes Constituciones, el camino no debe terminar allí sino que es necesario también establecer, desde el estudio de la teoría de los derechos sexuales y reproductivos, cuáles deben ser los enfoques y fundamentos sobre los cuales debe desarrollarse la producción normativa y las políticas públicas sobre el tema.

Es decir, se deben plantear proyecciones sobre el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, a partir de su reconocimiento constitucional por parte del poder constituyente para evitar su vulneración y/o restricción desde los poderes constituidos.

2.3 Formulación del problema

Premisa: El reconocimiento constitucional de los derechos sexuales y reproductivos es un elemento constitutivo del nuevo constitucionalismo latinoamericano lo cual genera un ámbito más favorable para el ejercicio pleno de los derechos fundamentales.

Pregunta de investigación: ¿De qué manera el nuevo constitucionalismo latinoamericano reconoce los derechos sexuales y reproductivos y cuáles son sus proyecciones respecto al ejercicio pleno de los derechos fundamentales y la consolidación del Estado Constitucional?

3. Justificación

Desde la antigüedad hasta la actualidad, el reconocimiento de los derechos fundamentales de las ciudadanas y los ciudadanos no ha sido el resultado de un diálogo pacífico entre el Estado o el monarca con la sociedad, ni mucho menos ha sido una concesión gentil de los gobernantes de turno. Sino, alrededor del mundo, el reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales, han sido productos de procesos históricos de lucha que han costado miles de vidas en toda la historia de la humanidad.

De esta manera, los derechos fundamentales entendidos como esas facultades y libertades inherentes a todo ser humano, en sus fases: individual, pluriindividual y colectivo, se han ido conquistando gradualmente configurándose en todos los espacios y ámbitos de la vida de toda persona, incluyendo últimamente a la sexualidad y reproducción de mujeres y hombres.

Cabe señalar, que dentro de los derechos individuales, se encuentran los derechos civiles referidos a una esfera de ejercicio de la libertad y dignidad plenamente autónoma de la persona; es decir, que su ejercicio despliega sus efectos sobre la propia persona donde el Estado se abstiene de restringir las libertades individuales de sus ciudadanas y ciudadanos. En ese sentido, la sexualidad y reproducción humana están en la esfera de los derechos individuales pero con fuerte vínculo con los pluriindividuales y colectivos.

Por otra parte, junto a las características de universalidad, interdependencia e indivisibilidad, que clásicamente se atribuyen a los Derechos Humanos, éstos también cuentan con la característica de progresividad mediante la cual el dinamismo y los cambios de la sociedad permiten que el Estado tenga el deber de ir reconociendo más derechos y mejorar el ejercicio de los ya existentes. Así, hasta hace menos de un siglo, no se hablaba sobre la sexualidad y la reproducción como un ámbito de ejercicio de derechos y mucho menos que el Estado reconozca o diseñe políticas públicas sobre la sexualidad y reproducción de las personas, ello debido a que diversas culturas y religiones que han mantenido un manto de penalización y culpa sobre los diversos ámbitos de la sexualidad humana principalmente de mujeres, jóvenes y personas GLTB. Así, el reconocimiento y tratamiento constitucional de los derechos sexuales y reproductivos ha ido ganando terreno dentro de diferentes Constituciones alrededor del mundo, siendo el nuevo constitucionalismo latinoamericano el ejemplo más avanzado en su reconocimiento.

De esta manera, en las Constituciones de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia, se advierte un reconocimiento explícito de diferentes componentes de los Derechos sexuales y reproductivos entendiendo y reafirmando que la sexualidad y reproducción de mujeres y hombres forman parte indivisible de la dignidad humana.

Por otra parte, históricamente el constitucionalismo ha ido evolucionando, iniciándose en su fase liberal en las revoluciones inglesa, norteamericana y francesa, para luego pasar a su fase social en las Constituciones mexicana (1917) y alemana (1919), y terminando en su última fase denominada neo constitucionalismo que se inició luego de la segunda guerra mundial. En ese contexto, muchos autores señalan que el constitucionalismo ha entrado en una cuarta etapa denominada nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Esta corriente se contrapone y supera al constitucionalismo tradicional ya que plantea una evolución profunda del entendimiento de la función de la Constitución dentro del Estado y la sociedad, donde la vigencia y pleno ejercicio de los derechos fundamentales es un elemento central de este nuevo constitucionalismo que está vigente en los países de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia.

En ese sentido, el reconocimiento constitucional de los derechos sexuales y reproductivos no se advierte en el constitucionalismo liberal o social, mientras que en el nuevo constitucionalismo latinoamericano se advierte un reconocimiento de muchos elementos que conforman a los derechos sexuales y reproductivos, hecho que es un avance significativo y cualitativo sobre el ejercicio pleno de los derechos fundamentales.

Si bien las Constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano, donde está incluida la Constitución boliviana, reconocen muchos elementos de los derechos sexuales y reproductivos, este reconocimiento necesita de un análisis y estudio para determinar si el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos es un elemento constitutivo del nuevo constitucionalismo latinoamericano y para establecer cuáles deben ser sus perspectivas a futuro.

Al referirse, los derechos sexuales y reproductivos, sobre la autonomía sobre el propio cuerpo, la sexualidad y reproducción de mujeres y hombres, permiten

que toda persona puede vivir una sexualidad plena y placentera, a que toda persona debe ser respetada en su sexualidad, orientación sexual e identidad de género sin discriminación ni coacción, y a que toda persona, principalmente las mujeres, deban decidir cuándo y cuántos hijos o hijas quieren tener.

Al ser el tema de sexualidad y empoderamiento de los cuerpos de mujeres y hombres todavía un tema tabú en las sociedades latinoamericanas, surge la necesidad que mediante la investigación se planteen y analicen cuáles son las perspectivas sobre el reconocimiento constitucional y ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos en el marco del desarrollo del nuevo constitucionalismo latinoamericano, además de hacer un análisis legal y jurisprudencial de estos derechos en la actualidad, ya que los mismos podrían quedar limitados en su ejercicio por el aparente conservadurismo que el Estado y la sociedad históricamente han demostrado.

Por otra parte, la Constitución boliviana establece en su artículo 66: *“Se garantiza a las mujeres y a los hombres el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos”*, este reconocimiento es un gran avance en la construcción de un Estado Constitucional en Bolivia y en el ejercicio pleno de los derechos fundamentales, pero puede quedar reducido a su mero reconocimiento si las instituciones del Estado no tienen claro qué debe entenderse por ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Por esa razón, la investigación pretende analizar a los derechos sexuales y reproductivos en su desarrollo histórico y doctrinal haciendo énfasis en su reconocimiento dentro de la Constitución colombiana de 1991, venezolana de 1999, ecuatoriana de 2008 y boliviana de 2009 con el objeto de determinar si este reconocimiento es un elemento constitutivo del nuevo constitucionalismo latinoamericano y cuáles son las perspectivas y proyecciones de ejercicio de éstos derechos en los ámbitos legislativos y de políticas públicas en estos países.

4. Delimitaciones

4.1 Delimitación temática

La presente investigación se encuentra dentro de la Ciencia del Derecho, en el Derecho Público y corresponde a las áreas de: Derecho Constitucional y Derechos Humanos.

4.2 Delimitación temporal

La presente investigación será desarrollada desde el 04 de julio de 1991 (promulgación de la Constitución Política del Estado de Colombia), hasta el 09 de febrero de 2009 (promulgación de la Constitución Política del Estado de Bolivia).

4.3 Delimitación espacial

La presente investigación se desarrollará en el municipio de La Paz, Bolivia para la fase de investigación de gabinete con proyección a los países de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia.

5. Objetivos

5.1 Objetivo general

Analizar el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos dentro del nuevo constitucionalismo latinoamericano y establecer sus proyecciones respecto al ejercicio pleno de los derechos fundamentales y la consolidación del Estado Constitucional.

5.2 Objetivos específicos

- ❖ Analizar la teoría sobre los derechos sexuales y reproductivos y su relación con el ejercicio pleno de los derechos fundamentales.
- ❖ Analizar la teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano y su relación con el Estado Constitucional.
- ❖ Comparar el reconocimiento constitucional de los derechos sexuales y reproductivos en las Constituciones de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia.
- ❖ Proponer los lineamientos de proyecciones normativas y de políticas públicas para el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos dentro del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

6. Marco teórico

6.1 Derechos Humanos

Concepto

Tradicionalmente se ha entendido a los Derechos Humanos como el conjunto de libertades, facultades y potestades inherentes a toda persona y que todas las mismas cuentan con el sólo hecho de ser personas con el objetivo de proteger su libertad, dignidad e igualdad. Es decir, tal como señala Nikken (2003) los Derechos Humanos se constituyen como la protección de las personas frente al Estado. Así, el Estado no tiene sólo el deber de respetar los Derechos Humanos sino que el Estado debe realizar acciones como legislación y políticas públicas que aseguren a las ciudadanas y ciudadanos el ejercicio de sus Derechos Humanos.

Si bien desde la antigüedad se pueden encontrar antecedentes normativos sobre el reconocimiento de Derechos Humanos, no fue hasta 1948 con la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948 en la ciudad de París, que los Derechos Humanos nacieron formalmente como ideal y compromiso de los Estados del mundo. Si bien dicha Declaración no forma parte del Derecho Internacional vinculante, mediante el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito en 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en 1966, los Derechos Humanos han adquirido exigibilidad en todos los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, erigiéndose como una garantía que tiene toda persona no solo frente a su propio Estado sino ante toda la comunidad internacional.

Función

Bidart Campos (2006) señala que los Derechos Humanos cuentan con una doble función, la primera como protección a la dignidad humana y todas sus libertades, mientras que la segunda está referida a un límite al poder estatal mediante el cual las funciones y atribuciones del Estado están supeditadas al respeto y vigencia de los Derechos Humanos.

Asimismo, Bidart Campos (2006) señala que los Derechos Humanos cumplen con una importante función en la protección de la libertad, dignidad e igualdad. La libertad entendida como aquella ausencia de constrictión por parte del Estado, donde el mismo no se entromete en la vida de las personas dejándola a las mismas que dedican de forma autónoma cómo van a desarrollar sus vidas. Y la igualdad entendida no desde su esfera meramente formal donde todas y todos somos iguales ante la ley sino entendida como esa posibilidad de equidad en el ejercicio de los derechos; entendiendo a que la desigualdad es un hecho casi inevitable en la especie humana, desde un punto de vista económico, de desarrollo, etc.

Cabe destacar, que tradicionalmente los Derechos Humanos fueron entendidos como esa garantía de la ciudadanía frente al Estado pero actualmente la doctrina contemporánea señala que los Derechos Humanos también actúan como protección ante las vulneraciones de las personas particulares. Con este entendimiento de exigibilidad de los Derechos Humanos, señala Bidart Campos (2006), se está haciendo referencia a la teoría de *Drittwirkung der Grundrechte* desarrollada por el teórico Nipperdey en Alemania durante el siglo pasado. Esta teoría ha adquirido plena eficacia siendo utilizada por de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Características

Los Derechos Humanos contienen distintas características entre las cuales se destacan tradicionalmente: universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad. La característica de universalidad de los Derechos Humanos, si bien puede entenderse por sí mismo debe también entenderse, conforme Nikken (2003), desde la inherencia de los Derechos Humanos. Mediante la universalidad de los Derechos Humanos entendidos desde la inherencia humana, se establece que toda persona adquiere la titularidad sobre el ejercicio de sus Derechos Humanos por el solo hecho de ser persona, desechando los condicionamientos históricos al ejercicio de los mismos por motivos de raza, nacionalidad, sexo, orientación sexual, edad, entre otros factores sobre los cuales los vulneradores de los Derechos Humanos han construido discursos de diferenciación y exclusión sobre su ejercicio.

Así, lo reconoce el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuando establece que *“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”*

La indivisibilidad de los Derechos Humanos se refiere a entender a los Derechos Humanos como una unidad jurídica, como un verdadero sistema normativo que está conformado por todas las libertades individuales, por todos los ámbitos de la dignidad humana y por todas las condiciones que aseguren la igualdad material entre las personas. En otras palabras, el ejercicio o vulneración de un Derecho Humano significa su vinculatoriedad con el resto de los Derechos Humanos, donde la indivisibilidad debe ser entendida como la interdependencia existente entre los diferentes Derechos Humanos que goza una persona, por la cual existe una relación estrecha entre todos los Derechos Humanos evitando así el histórico parcelamiento de la dignidad humana por la cual habían derechos más importantes que otros. De esta manera, dicha indivisibilidad e interdependencia permite que los mecanismos de defensa de los Derechos Humanos puedan ser eficaces para todos estos derechos sin exclusión, hecho que no sucede en muchos países en los cuales los derechos económicos, sociales y culturales están devaluados respecto a su ejercicio constituyéndose en Derechos Humanos de segunda clase. Es decir, que mediante la indivisibilidad e interdependencia de los Derechos Humanos se asegura que todos los derechos tengan igual protección y vigencia, pudiendo incluso tutelar derechos por conexitud a ciertos derechos que aparentemente no tienen una garantía directa de protección.

Como última característica principal de los Derechos Humanos, se encuentra la progresividad de los Derechos Humanos que está referida a que tanto su reconocimiento y ejercicio debe tender a ser más amplio conforme al desarrollo histórico, cultural y educativo que cada sociedad desarrolla a lo largo del tiempo. En otras palabras, conforme el avance histórico de las sociedades se debería también avanzar en el aumento del catálogo de derechos y en que las garantías constitucionales sean más amplias y accesibles para las y los ciudadanos, tal es el caso del reconocimiento del derecho al matrimonio igualitario entre personas del mismo sexo.

Salvioli (2002) señala que dentro de la progresividad de los Derechos Humanos se encuentra inserta la cláusula por la cual se establece que la enunciación de un catálogo de derechos dentro de la Constitución no debe significar la negación de aquellos derechos que encuentren por fuera de dicho catálogo constitucional.

Es decir, que la enumeración de los Derechos Humanos solo es enunciativa y nunca podrá ser taxativa porque la dignidad humana tiene y tendrá diversas expresiones y manifestaciones que actualmente no están reconocidas como derechos dente de la Constitución.

Asimismo, la progresividad de los Derechos Humanos implica una sub característica conceptualizada por Nikken (2003) como la prohibición de irreversibilidad por el cual un derecho que ya fue reconocido como parte de la libertad, dignidad e igualdad humana, el día de mañana no puede dejar de ser un derecho por una decisión gubernamental o social.

6.2 Sexualidad

Córdova (2007) establece que un estudio sobre la sexualidad debe abordarse desde dos enfoques, el primero realizando un estudio teórico del concepto y el segundo como una herramienta metodológica para analizar el equilibrio de poder entre los géneros. Es decir, que si bien habitualmente se analiza a la sexualidad desde una esfera meramente biológica, que está vinculada solo a la reproducción, las nuevas teorías de análisis de la sexualidad plantean su estudio desde su función social, cultural, religiosa, política, etc.

Hablar de sexualidad es hablar del cuerpo, de su entendimiento, de su uso y disfrute, para ello el análisis de la sexualidad no se agota en la psicología, medicina, antropología o sociología sino que durante las últimas décadas se la ha comenzado a analizar desde su esfera normativa, entendiendo a la

sexualidad como un derecho de toda persona. De esta manera, se debe entender a la sexualidad desde una integralidad, un ámbito holístico por el cual interactúan múltiples relaciones por las cuales cada persona conoce e interpreta su propia realidad.

Es decir, que la sexualidad es entendida como el conjunto de experiencias eróticas y reproductivas sobre la cuales las relaciones sociales van a permitir o restringir su ejercicio.

Concepto teórico de sexualidad

Desde un punto de vista teórico, Córdova (2007) establece que existen 3 aproximaciones sobre su concepto: biologicista, cultural y construccionista. Mediante el enfoque biologicista, la sexualidad es una función natural e innata de todo ser humano producida por la fisiológica hormonal, para ello se hace un estudio de los animales y su comportamiento sexual entendiendo que la sexualidad tiene por fin último la reproducción.

Así, bajo este enfoque de la sexualidad se ha hecho la construcción de una sexualidad normal y sana, siendo las relaciones sexuales una actividad humana de característica instintiva. Mediante el enfoque cultural la sexualidad, desarrollado durante el siglo XX, se establece la sexualidad y sus relaciones son determinantes en la formación de las diferentes culturas y viceversa; es decir, que también el aspecto biológico de la sexualidad se construye a partir de los valores culturales lo cuales van a permitir o prohibir ciertas manifestaciones de la sexualidad.

Por otra parte, bajo este enfoque se afirma que la sexualidad no puede ejercerse de igual manera entre mujeres y hombres ya que el tema de la reproducción es el condicionante de las prácticas sexuales. Y mediante el enfoque construccionista de la sexualidad, que ha sido construido mediante las

revoluciones sexuales encabezadas por movimientos feministas y homosexuales hacia fines del siglo XX, han comenzado a entender a la sexualidad como un integrante de los derechos civiles y donde sus manifestaciones y expresiones no tienen por qué ser similares entre las personas; así, la sexualidad es una potencialidad humana que tiene la posibilidad de modificar la cultura y relaciones sociales, donde no existe prácticas ``naturales`` de la sexualidad.

Sexualidad como herramienta metodológica

Para Foucault (1999) la sexualidad se desarrolla en tres ejes: 1) la formación de un concepto teórico del término sexualidad, 2) el análisis de los sistemas de poder que regulan sus prácticas, y 3) las expresiones por las cuales las persona se reconocen como sujetos de un tipo de sexualidad; los dos primeros ejes responden al análisis del elemento poder en la sexualidad humana mientras que el tercer eje se refiere a una concepción propia y personal de la sexualidad. En ese sentido, el estudio de la sexualidad no puede ser un fin en sí mismo ya que su estudio inevitablemente va a vincular el análisis, reflexión y hasta cuestionamiento de las estructuras sociales y culturales de las sociedades y el Estado.

Por otra parte, entender la sexualidad como una herramienta metodológica para entender e interpretar la realidad va a generar un análisis y posicionamiento sobre el rol de los géneros, de la familia, las relaciones sociales y la normatividad que se desarrolla alrededor de las prácticas sexuales de mujeres y hombres.

De esta manera, al existir muchas teorías y enfoques sobre la sexualidad, las cuales serán más adelante desarrolladas, para efectos de la presente investigación resulta relevante entender a la sexualidad desde su ámbito

normativo como un derecho civil, como un derecho humano y como integrante fundamental de la dignidad humana.

Así, el Informe del Fondo de Población de las Naciones Unidas (2013) en su informe del año 2013 estableció que: “La sexualidad es una característica de todos los seres humanos. Es un aspecto fundamental de la identidad individual. Ayuda a definir quién es la persona. (...) y toda vez que la legislación internacional desde 1945 ha incluido como derechos humanos la equidad, la integridad, la autonomía, la dignidad y el bienestar del individuo no duda de que la correcta comprensión de los principios fundamentales de los derechos humanos, tanto como las normas de derechos humanos existentes, conducen ineludiblemente al reconocimiento de los derechos sexuales como derechos humanos.”

6.3 Derechos sexuales y reproductivos

El paso de un Estado social de derecho a un Estado constitucional significa, entre otros temas, la vigencia plena de los derechos fundamentales donde cada ciudadana y ciudadano pueda ejercer sin mayor restricción todo el catálogo constitucional de derechos y en aquellos que no puedan ser ejercidos, la misma Constitución prevea los mecanismos jurisdiccionales de defensa. En ese sentido, todos los aspectos de la vida de las personas deben estar subsumidos en un derecho que sea tutelado por el Estado y exigible ante particulares; así, la sexualidad y la reproducción necesitan de un tratamiento igualitario dentro de un texto constitucional al ser tan importante como la educación, empleo o el medio ambiente, ya que son considerados como un integrante importante de la dignidad humana. De esta manera, la Constitución boliviana de 2009, en su artículo 66, reconoce a las ciudadanas y los ciudadanos bolivianos el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos.

El desconocimiento o imprecisión de los elementos constitutivos de los derechos sexuales y reproductivos puede quitarle impulso a este histórico reconocimiento constitucional, ya que se deja en manos del poder constituido sea en la actividad legislativa o la actividad interpretativa de la Constitución el desarrollo de estos derechos; siendo que históricamente las instituciones estatales mantienen un discurso y prácticas plenamente conservadoras que hacen que la sexualidad y reproducción sigan siendo un tabú. En ese contexto, de imprecisión y falta de claridad sobre qué debe entenderse por derechos sexuales y reproductivos puede generar en que los problemas sociales como: embarazos no planificados en jóvenes, violencia basada en género, homofobia, machismo, aumento de enfermedades de transmisión sexual y VIH, entre otros.

Conforme la interdependencia de los derechos fundamentales la vigencia de los derechos sexuales y reproductivos con precisión significa un ámbito efectivo de los derechos fundamentales; es decir, que el derecho a la vida, a decidir, a la salud, desarrollo integral de la persona, entre otros, necesitan de una claridad de los elementos constitutivos de los Derechos sexuales y reproductivos.

Los derechos sexuales y reproductivos permiten el mayor ejercicio de la ciudadanía ya que ahora no basta con el derecho a participar, elegir y ser elegida o elegida sino que la ciudadanía también debe entenderse como la toma de decisiones de forma libre sobre el mismo cuerpo de mujeres y hombres en los ámbitos de su sexualidad y reproducción. Históricamente las personas han podido tomar decisiones sobre su sociedad, el Estado, modelos de desarrollo, entre otros; pero la toma de decisiones sobre su cuerpo ha sido vedada.

De esta manera, los derechos sexuales pretenden que las personas ejerzan un control responsable y autónomo sobre su sexualidad dejando de lado la coacción, violencia o discriminación, como tradicionalmente se ha tratado la sexualidad. Para mujeres, jóvenes y personas GLTB, el ejercicio de los

derechos sexuales tienen un especial significado, y quizás mayor, significado porque históricamente se les ha prohibido el ejercicio de estos derechos; además que el ejercicio de éstos derechos permite la construcción de una persona integral rompiendo con los estereotipos de género e identidad de género que la sociedad occidental ha construido sobre esas personas. Se trata de reivindicar al entendimiento de la sexualidad como ejercicio de placer del cuerpo sin tener que ejercer la sexualidad únicamente con una finalidad reproductiva.

En ese sentido, conforme la Conferencia de Población y Desarrollo desarrollada en la ciudad de El Cairo, Egipto en 1994 los derechos sexuales tienen su fundamento en: mujeres y hombres son capaces de disfrutar relaciones sexuales placenteras; ausencia de coacción, violencia o discriminación por ejercicio de la sexualidad e identidad de género; acceso pleno a servicios de salud sexual; que el disfrute de la sexualidad no tenga que significar necesariamente a la reproducción. Así, los derechos sexuales se refieren a:

- a) derecho al reconocimiento propio como seres sexuados
- b) derecho a fortalecer la autoestima y autonomía para tomar decisiones sobre la sexualidad
- c) derecho a explorar y disfrutar una vida sexual placentera ausente de vergüenza, miedos, prejuicios, culpas y acusaciones
- d) derecho a alcanzar la plenitud del placer sexual
- e) derecho a vivir una vida sexual sin violencia
- f) derecho a escoger libremente a las compañeras y compañeros sexuales
- g) derecho a la integridad corporal en relación a sus expresiones sexuales
- h) derecho a decidir cuándo iniciar su vida sexual y si se quiere ser sexualmente activa o activo
- i) derecho a tener relaciones sexuales consensuadas
- j) derecho a decidir libremente si se quiere contraer matrimonio o no

- k) derecho a decidir si se forman pareja o se es soltera o soltero
- l) derecho a expresar libre y autónomamente su orientación sexual
- m) derecho a prevenir el embarazo y enfermedades de transmisión sexual
- n) derecho a tener acceso a servicio de salud sexual de calidad
- o) derecho a tener información sobre todos los aspectos relacionados a la sexualidad

Por su parte, los derechos reproductivos se fundamentan en que toda persona, principalmente mujeres, puedan tomar decisiones autónomas sobre la posibilidad de procrear o no, de acceder a la información y servicios sobre control de fecundidad, tener acceso a servicios de salud reproductiva de calidad que garanticen una maternidad segura, prevención de embarazos no planificados y atención médica de dolencias del aparato reproductor sea femenino o masculino. Los principios en los cuales se fundan los derechos reproductivos son la autodeterminación reproductiva y acceso a servicio de salud reproductiva que incluye una maternidad sin riesgos, tratamientos para infertilidad, acceso a todos los métodos anticonceptivos y atención en cáncer uterino, mamas, próstata, entre otros.

Así, los derechos reproductivos se refieren a:

- a) derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijas e hijos
- b) derecho de mujeres y hombres a decidir libremente la posibilidad de ser madres o padres
- c) derecho a decidir qué tipo de familia quieren formar
- d) derecho al acceso a métodos anticonceptivos, incluyendo la anticoncepción de emergencia
- e) derecho de las mujeres a no ser discriminadas por razones de embarazo y/o maternidad
- f) derecho a tener servicios de salud que garanticen una maternidad segura, libre de riesgos en los periodos de gestación, parto y lactancia

g) derecho a tener una educación destinada a una autonomía reproductiva

La Conferencia de Población y Desarrollo de 1994 señala que los derechos sexuales incluyen el derecho humano de la mujer a tener control respecto de su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y a decidir libre y responsablemente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia.

Asimismo, la referida Conferencia establece que los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso.

Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.

6.4 Nuevo constitucionalismo latinoamericano

Martínez Dalmau (2008) señala que la Constitución boliviana vigente se encuentra dentro de una nueva corriente dentro del derecho constitucional denominada nuevo constitucionalismo latinoamericano. Esta corriente se contrapone y supera al constitucionalismo tradicional ya que hace una evolución profunda del entendimiento de la función de la Constitución dentro de la sociedad y el Estado.

Este nuevo momento en la historia del constitucionalismo, se constituye como una corriente que está influenciando y transformando poderosamente tanto al entendimiento tradicional del concepto de Constitución como al desarrollo de los procesos constituyentes, como los desarrollados en Latinoamérica durante los

últimos 20 años. Esta corriente ha influenciado las Constituciones de Colombia (1991), Ecuador (1998), Venezuela (1999) y Bolivia (2009).

Esta nueva forma de entender la función de la constitución, presente en este nuevo constitucionalismo latinoamericano, tiene como característica principal que la función de la Constitución dentro del Estado adquiere un nuevo rol, uno mayor y más integral donde no sólo tiene una función organizativa del poder público limitándolo, sino que la Constitución se erige como un instrumento jurídico que tiene la sociedad, las y los ciudadanos para que la búsqueda del bienestar, justicia, igualdad, etc.

Es decir, la Constitución no es un fin en sí mismo sino que sirve a la sociedad para que a través de sus disposiciones, se llegue a concretar los fines del Estado y las aspiraciones de dicha sociedad.

Conforme Martínez Dalmau (2008) otra característica del nuevo constitucionalismo latinoamericano está contenida en la recuperación del concepto de soberanía, del poder del pueblo como su único titular, estableciendo mecanismos de democracia participativa por los cuales la ciudadanía retome y tenga participación activa en la formación y desarrollo de su Estado y sus políticas públicas. Asimismo, otra característica se encuentra en el reconocimiento y protección plena de la dignidad humana través de la eficacia, aplicación directa, exigibilidad, interdependencia y justiciabilidad de los Derechos Humanos dejando de lado las generaciones de los Derechos Humanos que no hacían nada más que establecer derechos de primera y segunda clase.

Otro rasgo interesante del nuevo constitucionalismo latinoamericano está referido a constitucionalizar el papel económico del Estado, regulando los aspectos centrales de la economía; es lo que dentro de la teoría constitucional se ha denominado 'Constitución económica'. Este reconocimiento y regulación

tiene por objeto que el poder constituido no defina el modelo económico del Estado ya que ésta es función exclusiva de la Constitución.

Entre otras características de este nuevo momento del constitucionalismo mundial, que destaca Martínez Dalmau (2008), se encuentran la originalidad, como la introducción de nuevos institutos jurídicos y del nuevo entendimiento de los existentes. Asimismo, se destacan su amplitud y complejidad en su regulación, con el objetivo de que la Constitución pueda regular la mayor parte de escenarios posibles evitando que temas centrales de la sociedad estén en manos y decisión del poder construido en su integridad. Generalmente, las Constituciones integrantes de esta corriente cuentan con una alta rigidez en la modificación total o parcial de la Constitución, evitando que el poder de turno con una mayoría simple pueda modificar, bajo sus intereses propios el texto constitucional.

En definitiva, el nuevo constitucionalismo latinoamericano se constituye como la última fase de desarrollo de la teoría constitucional que, mediante sus particularidades, aporta nuevos conceptos, paradigmas y enfoques no sólo al derecho constitucional sino que a todo el entendimiento científico mundial.

7. Hipótesis

“El reconocimiento constitucional de los derechos sexuales y reproductivos, en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, genera un mayor ejercicio de los Derechos Humanos y consolida la vigencia del Estado Constitucional”.

La presente investigación es de carácter descriptivo así que la hipótesis y las variables formuladas son sólo de carácter referencial.

7.1 Variables

a) Independiente

El reconocimiento constitucional de los derechos sexuales y reproductivos dentro del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

b) Dependiente

El ejercicio de los Derechos Humanos y consolidación de la vigencia del Estado Constitucional.

8. Tipo de estudio

El presente estudio es descriptivo ya que se realizó una descripción analítica de los siguientes institutos:

- ❖ Sexualidad
- ❖ Derechos Humanos
- ❖ Derechos sexuales y reproductivos
- ❖ Nuevo constitucionalismo latinoamericano

Es una investigación sincrónica ya que estudia cómo el nuevo constitucionalismo latinoamericano ha reconocido los derechos y sexuales y reproductivos, iniciando el estudio con la Constitución de Colombia en 1991 y terminando en la Constitución de Bolivia en 2009.

9. Diseño de la investigación

El diseño de la investigación es experimental ya que las variables de estudio: sexualidad, derechos humanos, derechos sexuales y reproductivos se analizan de tal modo que se puedan generar conclusiones que permitan establecer cuáles deben ser las proyecciones sobre el desarrollo de políticas públicas que aseguren su pleno ejercicio.

10. Métodos

Los métodos que se utilizaron en la investigación son de tipo teórico, los cuales son:

- ❖ Análisis
- ❖ Síntesis
- ❖ Método histórico

11. Técnicas

Al ser una investigación exclusivamente de carácter teórica, respecto a las técnicas de recojo de información sólo se utilizó la revisión de documentos, teorías, doctrinas, normativa y jurisprudencia nacional e internacional.



CAPÍTULO 2

DERECHO SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

1. Derechos Fundamentales

1.1 Antecedentes

Los derechos fundamentales tienen existencia ya desde la Edad antigua, sin embargo su conceptualización y estudio como tal se inicia en la edad moderna mediante las revoluciones liberales ocurridas en Inglaterra (1689), Estados Unidos (1776) y Francia (1789). Este proceso de conceptualización de los derechos fundamentales tiene sus bases en los conceptos de libertad, igualdad, dignidad, entre otros, los cuales ya habían sido tratados por la filosofía de la Grecia clásica por Sócrates y la escuela escolástica en la Edad Media. Es decir, que hablar de los derechos fundamentales es estudiar un proceso socio cultural que abarca una gran parte de la historia del mundo principalmente occidental.

Bidart Campos (2006) identifica 3 condiciones socioculturales como rasgos de aparición de los derechos fundamentales:

- a) **Ámbito socio económico**
- b) **Ámbito subjetivo o axiológico**
- c) **Ámbito Político**

a) Entre el ámbito socio económico que dio lugar a la existencia de los derechos fundamentales, cabe resaltar el surgimiento, a fines de la Edad Media, de un nuevo sistema económico que desplaza al feudalismo para dar paso al capitalismo y la aparición de una nueva y poderosa clase social que fue la burguesía.

Este naciente capitalismo, el cual tuvo como punta de lanza la expansión los mercados tradicionales y con ello el auge del comercio, creando un poder económico de la burguesía, quienes vieron la necesidad que la organización del poder alrededor del señor feudal debía tener modificaciones sustanciales. Lo importante de esta aparición del capitalismo y la burguesía fue el reconocimiento de ciertas libertades en materia comercial, como la libertad contractual y libertad mercantil, el cual es un antecedente de relevancia para el reconocimiento de los derechos fundamentales.

Es decir, que el entendimiento los derechos naturales, que ya se habían conceptualizado en la Grecia clásica y durante la Edad Media, fueron comprendidos en esta parte de la historia como valores mercantiles que permitieron la formación del naciente sistema capitalista. Así, la igualdad fue entendida como la negación de privilegios a la clase feudal, la libertad fue entendida como esa ausencia de constricción para trabajar y suscribir contratos (libertad contractual) y la propiedad fue entendida como esa libertad de tener un derecho de uso, disfrute y disposición sobre sus bienes y los frutos de su trabajo.

Por su parte, a fines del siglo XVI se da inicio a las primeras formas del Estado moderno mediante la consolidación de monarquías absolutistas por toda Europa, hecho que fue posible gracias al pacto entre la monarquía y la burguesía, existiendo una división entre la sociedad política (monarquía) y civil (burguesía); donde el poder político lo detenta el monarca, estableciendo una relación de intereses donde el Estado se compromete a proteger a los burgueses y sus comercios contra los asaltos y actos de piratería muy frecuentes en la época.

b) Entre el ámbito subjetivo o axiológico de la aparición de los derechos fundamentales, es necesario destacar que el concepto de individualismo generado por el humanismo renacentista trata de retomar tanto la conciencia y el estudio sobre los conceptos de igualdad, libertad y dignidad humana, los cuales ya habían sido estudiados por los filósofos de la Gracia clásica pero que habían sido invisibilizados durante la Edad Media. Es así que, el iusnaturalismo religioso de la Edad Media adquiere rasgos del racionalismo hacia el siglo XVI afianzando nuevamente el postulado de la existencia de derechos naturales, tal como había teorizado Platón³ aproximadamente mil años antes.

Asimismo, el naciente capitalismo hizo que los valores morales del mercado se convierten en derechos naturales, entendidos como que el ser humano tiene una serie de libertades individuales intrínsecas o inherentes que le permiten ejercer ciertas facultades en la sociedad. Lo anteriormente establecido fue afianzado durante el siglo XVII donde autores como: Grocio, Spinoza, Hobbes, Montesquieu, Locke y Rousseau, en el siglo XVIII, ya establecieron que el ser humano nace con una serie de derechos que deben permitir que todas y todos sean libres e iguales. Respecto a ello, se puede establecer que sí existe igualdad en un estadio primitivo del ser humano hasta que aparece la propiedad privada la cual atenta contra la verdadera naturaleza humana y haciendo desaparecer los derechos naturales que detentaba el ser humano primitivo. De esa manera, ante la imposibilidad tanto económica como política de eliminar la propiedad privada es necesario crear un acuerdo o como diría Rousseau un "contrato social" que permita que el ser humano nuevamente pueda ejercer éstos derechos naturales donde el Estado es el guardián y garante de su ejercicio.

³ Platón en diversas obras teorizó la existencia de derechos naturales que le correspondían a todo ser humano nacido en libertad, exceptuando a los esclavos; dicho razonamiento fue la base de construcción de la idea de la existencia de derechos fundamentales a inicio de la Edad Moderna.

c) Respecto al ámbito político, es importante destacar la aparición del Estado moderno, de ese estado, tal como lo describe Weber (1984), como centralizado y burocrático. Esta aparición del Estado moderno fue fundamental para el reconocimiento de derechos positivos conforme la base teórica que el capitalismo aportó señalando que el ser humano tiene derechos naturales en el ámbito comercial.

Weber (1984) señala que el Estado moderno se caracteriza por tener el monopolio de la producción jurídica y el monopolio del uso legítimo de la violencia, a través del cual tiene la legitimidad para producir leyes, o en su caso Constituciones, que reconocen y positivizan los derechos naturales, siendo los derechos de libertad individual y todos sus conexos los primeros derechos positivos reconocidos en las primeras Constituciones liberales.

De esta manera, Inglaterra fue el primer Estado moderno en reconocer derechos individuales a través de la firma de la *Bill of rights*⁴ en 1689, luego en Francia mediante la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano en 1789 y en Estados Unidos la Declaración de Virginia en 1776, fueron los primeros instrumentos legales en el mundo occidental donde se reconocía un catálogo de derechos de los cuales ciudadanas y ciudadanos son titulares.

En resumen, se puede afirmar como antecedentes que la formación teórica y el reconocimiento de los derechos fundamentales han respondido a procesos históricos, sociales, económicos y culturales en el mundo occidental que han necesitado de un desarrollo histórico que no ha sido una cesión benévola de los monarcas de turno sino que han sido fruto de luchas históricas, de movimientos sociales revolucionarios que entendieron que la importancia de libertad, igualdad y dignidad humana. Es decir, que los derechos fundamentales tienen

⁴ *Bill of rights* fue firmada por Guillermo de Orange en 1689 por el cual se reconocía un catálogo de derechos a la burguesía, la cual se constituye como el primer catálogo de Derechos Fundamentales en el mundo occidental.

su base en los derechos naturales que ya hablaban los filósofos de la Grecia clásica y son fruto de la historia humana en respuesta a los abusos, humillaciones y ejecuciones a manos de los monarcas de turno; es decir, que el reconocimiento y vigencia de los derechos fundamentales significa una protección integral a todos los ámbitos de la vida humana.

1.2 Concepto

Antes de realizar una aproximación sobre el concepto de derechos fundamentales, se debe hacer un sucinto análisis sobre el concepto del vocablo derecho, como la base conceptual a partir de la cual se construirá una aproximación del concepto de derechos fundamentales. De esta manera, es importante analizar cómo la teoría jurídica establece un concepto al término derecho; así, Ossorio (2003) señala que tradicionalmente derecho proviene de las voces latinas *directum* que significa directo y *dirigere* que significa dirigir, por lo que derecho en su sentido estricto se refiere a una norma que dirige las conductas de las personas para asegurar una convivencia social pacífica.

Para Kant (1797) derecho es un conjunto de condiciones por las cuales el albedrío de las personas puede convivir con el criterio de todos los demás conforme la ley universal de la libertad. Entonces, derecho es la regla de comportamiento imperativa a los individuos de una sociedad como condición necesaria para asegurar una convivencia pacífica y la protección de un interés común. Es decir, derecho es la garantía necesaria para una vida en sociedad asegurada mediante el poder coactivo del Estado.

De esta manera, del análisis de los tratadistas descritos anteriormente, se puede establecer que el término derecho es una entelequia creada por la razón humana por la cual se reconocen libertades que a su vez son limitadas para asegurar la paz social dentro de una sociedad; es decir, que la existencia del derecho persigue una finalidad normativa, una funcionalidad de carácter jurídico que va ser determinado por la materia que regula, el derecho tributario regulará

los tributos en su generalidad, el derecho agrario al régimen de tierras y así sucesivamente.

En ese orden de cosas, es importante cuestionarse sobre cuál es o debería ser la funcionalidad jurídica de los derechos fundamentales, siendo que su mismo término de ``fundamentales`` hacen referencia a una categoría de preeminencia y suma importancia por sobre otros ámbitos de la regulación del derecho.

En tal sentido, los derechos fundamentales son una parte integrante del sistema jurídico, son una rama de la ciencia del derecho, donde adquieren esa característica de fundamentalidad porque su regulación recae sobre aspectos fundamentales de la sociedad y del Estado, que conforme los tratadistas clásicos del son la libertad de las personas y la paz social. En otras palabras, las materias reguladas por los derechos fundamentales son la libertad y paz social, donde la libertad es regulada desde su reconocimiento donde los derechos fundamentales reconocen libertades a las personas, y la paz social entendida como una limitación del albedrío humano, adquiriendo los derechos fundamentales así su carácter teleológico: la búsqueda de justicia y la construcción de la paz social, constituyéndose en una herramienta normativa de reconocimiento y protección de los derechos de las personas, de un medio de reconocimiento y protección de la dignidad humana. Asimismo, el término derecho conforme Ossorio (2003), también tiene un ámbito subjetivo que significa el reconocimiento de una serie de prerrogativas, atribuciones y facultades que tiene toda persona para hacer, no hacer o dar, este reconocimiento se produce por parte del Estado respecto a sus ciudadanas y ciudadanos.

Otro aspecto necesario para el entendimiento de los derechos fundamentales es la clasificación que realiza la doctrina del derecho sobre sus ámbitos, uno subjetivo en relación a las facultades y atribuciones de toda persona y otro objetivo como el conjunto de normas jurídicas positivas. Para Pisarello (2007)

los derechos fundamentales se encuentran en la categoría de derechos subjetivos, éstos derechos son aquellos conferidos a una persona por la norma jurídica; así, los derechos fundamentales siendo derechos subjetivos establecen una posición jurídica por la cual un titular (toda persona) tiene derecho a que su destinatario (el Estado o cualquier particular) haga u omite algo, exige un deber de parte del destinatario en favor del titular. La libertad y dignidad humana son los elementos de protección de los derechos fundamentales como derechos subjetivos.

En ese sentido, los derechos fundamentales son derechos subjetivos que implican una disposición jurídica que se constituye como un sistema donde libertades, facultades y deberes conjunciones unos con otros con la finalidad de dar vigencia a la libertad y dignidad humana mediante mandatos o prohibiciones establecidos por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico positivo.

De esa manera, de estas primeras aproximaciones sobre el concepto de los derechos fundamentales, se puede advertir que el término de derechos fundamentales como concepto teórico tiene dos ámbitos, uno objetivo y otro subjetivo: el primero como rama del Derecho y el segundo como un conjunto de atribuciones y facultades que todas las personas tienen para ejercer su libertad y proteger su dignidad.

Por otra parte, para llegar a una aproximación más específica sobre el concepto de derechos fundamentales, es importante analizar el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵, adoptado en el seno de las

⁵ Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;

Organización de las Naciones Unidas en diciembre de 1948. En dicho preámbulo, se advierte que una mayoría de la comunidad internacional ha llegado, luego de dos guerras mundiales, a un acuerdo sobre el cual se reconoce que la libertad, justicia y paz como valores de carácter universal que todos los Estados del mundo deben ejercer y proteger. En ese sentido, esos tres valores señalados anteriormente hacen y se refieren a la consolidación de un reconocimiento y protección de la dignidad humana; es decir, la dignidad humana es la base, el núcleo fundamental de los derechos fundamentales y a su vez esta dignidad descansa sobre los valores de la libertad justicia y paz.

El citado preámbulo también hace referencia a que la ausencia del reconocimiento y protección de la dignidad humana por los Estados y la sociedad ha generado que, históricamente, existan episodios de menosprecio y

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones;

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;

Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y

Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso;

La Asamblea General proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

violaciones a la dignidad humana, ubicando a estos momentos históricos donde la barbarie y abusos de poder sean el orden social imperante en aquellos tiempos. Por lo que, la gran mayoría de la humanidad ha comprendido, al cabo de muchos siglos y millones de muertos, que es necesario que un orden jurídico, un sistema normativo que tenga la eficacia necesaria, tanto al interior de los Estados como a nivel internacional, de brindar una amplia protección de la dignidad humana a través del reconocimiento de un catálogo de derechos fundamentales a nivel internacional, evitando así las violaciones a la dignidad humana comprendida en sus componentes de libertad, justicia y paz.

En ese sentido, derechos fundamentales o derechos humanos, conforme la terminología que adopta la Organización de Naciones Unidas, deben ser entendidos como sinónimos para el nuevo constitucionalismo latinoamericano ya que vienen a ser un sistema jurídico único a nivel interno e internacional de protección amplia y efectiva de la dignidad humana, de los derechos a la libertad, justicia y paz de los cuales son titulares todo ser humano pero el sólo hecho de ser persona.

Para Pisarello (2007), los derechos fundamentales tienen su aparición como una resistencia frente a los abusos de poder de los gobernantes de turno, es una construcción conceptual de la humanidad que tiene fundamentos filosóficos por los cuales se exige el reconocimiento y respeto de diferentes libertades frente a la intromisión del poder público. Ya desde las remota época de Confucio en China se establecía la necesidad de proteger diferentes libertades como reconocimiento de la dignidad de toda persona por lo cual la formación de los derechos fundamentales se remontan a la Antigüedad pero su consolidación no llega sino hasta las revoluciones liberales del siglo XVIII.

El centro de los derechos fundamentales son la vigencia y respeto de la libertad y la igualdad de los seres humanos, es decir que el fundamento de la existencia de los derechos fundamentales es la protección de la persona en todos los

ámbitos de sus dignidad, traduciéndose esa protección en la elaboración de catálogos constitucionales que reconocen ciertas libertades dentro de la Constitución. La importancia del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales permite que éstos sean exigibles mediante la actuación del Estado, donde el poder público incluso mediante el uso de la fuerza legítima estatal tiene el deber de asegurar la vigencia de estos derechos fundamentales.

Respecto a la concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos fundamentales Pisarello (2007) refiere que esa característica de fundamentalidad reside en diferentes justificaciones teleológicas, por qué son fundamentales, de las cuales se destacan las siguientes. Primero, son fundamentales porque tienen un enfoque antropocéntrico porque son inherentes a la naturaleza humana mediante los cuales se desarrolla la personalidad del ser humano. Segundo, son fundamentales por su naturaleza de protección al ser de la persona, no importando si están o no reconocidos por la Constitución, el deber ser no condiciona la fundamentalidad de los derechos. Tercero, son derechos absolutos de donde nacen sus características de inalienabilidad, imprescriptibilidad, entre otros. Cuarto, son mecanismos de defensa ante vulneraciones del poder público o incluso por parte de particulares. Y quinto, su positividad dentro de un texto constitucional no es sinónimo de su vigencia ya que por más que un derecho fundamental no esté expresamente reconocido puede ser exigido en su ejercicio por parte de la ciudadanía.

Ahora bien, otro aspecto que conforma la fundamentalidad de los derechos fundamentales es su naturaleza jurídica; así, éstos derechos son derechos subjetivos que tiene como contenido jurídico el apoderamiento de la ciudadana o ciudadano de ejercer una facultad sea individual o colectiva, y que tiene como objeto jurídico proteger la dignidad humana. Es decir, los referidos derechos son un conjunto, un sistema de facultades de disposición reconocidas y atribuidas a toda persona mediante la Constitución para evitar restricciones y vulneraciones en su disfrute por parte de los órganos estatales o particulares.

En ese sentido, tanto el contenido como el objeto jurídico de los derechos fundamentales exigen necesariamente el cumplimiento de un deber jurídico sea del Estado o de particulares.

Respecto su composición, para Noguera (2010) los derechos fundamentales están compuestos por dos elementos: a) moral y b) derecho positivo. La conjunción e integración de ambos elementos es imprescindible para la plena vigencia y ejercicio de los derechos fundamentales.

a) La moral entendida como el fundamento subjetivo de los derechos fundamentales, contiene su carácter axiológico, el cual responde a la pregunta de ¿Por qué tienen que existir los derechos fundamentales?

Sobre esa interrogante que ha sido meditada y discutida desde la Grecia clásica y retomada por la escolástica durante la Edad Media, es de dónde se construye la justificación moral de la existencia de los derechos fundamentales. De esta manera, la justificación moral de los derechos fundamentales se refiere a la necesidad de garantizar los principios de dignidad humana como la condición necesaria para el desarrollo de todo ser humano.

En otras palabras, la vigencia de los derechos fundamentales se constituye como una pretensión de justicia a partir de los conceptos modernos de dignidad humana desarrollados durante el renacimiento, los cuales dieron el fundamento teórico a las revoluciones liberales de los siglos XVII y XVIII.

b) Respecto al componente del derecho positivo de los derechos fundamentales, éste hace referencia al sentido teleológico de los mismos, al ámbito objetivo de los derechos fundamentales, es decir se encarga de responder la pregunta ¿Para qué existen derechos fundamentales? Existe una necesidad de la vigencia de un sistema jurídico positivo, tanto a nivel interno como internacional, que le permite a los derechos fundamentales ser exigibles; de lo contrario no tendrán eficacia y tampoco protección jurídica convirtiéndose

en meros postulados o un listado de buenas intenciones que ni particulares y mucho menos el Estado cumplirían. Bajo este componente el Estado no solo debe reconocer jurídicamente a los derechos fundamentales sino que debe establecer un sistema sancionatorio a las personas que vulneren ese orden jurídico de la dignidad humana que son los derechos fundamentales.

Noguera (2010) sintetiza claramente los componentes de los derechos fundamentales, al señalar que los derechos fundamentales son justicia más fuerza.

En ese sentido, el concepto de Justicia trasciende el clásico concepto de dar a cada quien lo que le corresponde conforme señalaba Ulpiano en la Roma antigua, para comenzar a vincularlo con el concepto de dignidad humana. Es decir, que una sociedad no puede ser justa si es que no se respeta la dignidad humana. Así, el estudio sobre los derechos fundamentales también significa un entendimiento del concepto de dignidad humana; es decir, saber qué es, cuáles sus elementos y alcances, tomando en cuenta la existencia de varios conceptos según autores y escuelas.

El primer elemento es aportado por Bobbio (2005) quien señala que la dignidad supone el establecimiento de un sistema de límites al poder estatal para que éste se vea incapacitado de intervenir en la libertad individual, como derechos civiles, y recibir prestaciones y servicios sociales del Estado como derechos sociales. El segundo elemento es desarrollado por Peces Barba (2004) quien señala que el elemento democrático es igual de importante para hablar de dignidad humana, así la dignidad también implica que ciudadanas y ciudadanos participen en la toma de decisiones públicas, derechos políticos. Por su parte, el tercer elemento lo teoriza Ferrajoli (2006) quien establece la existencia de una estrecha relación entre derechos fundamentales y la existencia de paz en los territorios, donde los derechos fundamentales son una condición de igualdad, como la ``ley del más débil``. Y como cuarto elemento, Noguera (2010) adiciona

un elemento más, tomando un enfoque post materialista y tomando en cuenta las protestas sociales acontecidas en mayo de 1968 en Francia, donde dichas movilizaciones pedían el reconocimiento de las identidades junto a la protección del medio ambiente, siendo éstas demandas el inicio del reconocimiento de los derechos colectivos.

Resumiendo en la siguiente tabla, el concepto de dignidad humana comprende:

**TABLA No. 1
COMPONENTES DE LA DIGNIDAD HUMANA**

Reconocimiento de libertades individuales

Prestaciones y servicios sociales por parte del Estado

Participación en la toma de decisiones públicas

Reconocimiento de las identidades

FUENTE: Elaboración propia

De esta manera, la dignidad es el goce y ejercicio de los 4 elementos de forma simultánea e integral, por ende todos los derechos del ser humano son derechos fundamentales. Bajo estas categorías de la dignidad humana, que hacen al concepto de Justicia, se ha construido el concepto de derechos fundamentales.

En definitiva, cuando se hace el estudio de los derechos fundamentales debemos entenderlos desde sus dos ámbitos, el primero objetivo como un sistema normativo de protección de la dignidad humana y el segundo subjetivo como ese conjunto de facultades y atribuciones que tiene toda persona para desarrollarse plenamente. Tal como lo establece Noguera (2010) los derechos fundamentales son la conjunción entre justicia más fuerza, la justicia entendida como el reconocimiento de la dignidad y libertad humana, y la fuerza como esa coercibilidad de sus cumplimiento frente a particulares y el Estado.

1.3 Historia

La doctrina constitucional establece como hito histórico del nacimiento de los derechos fundamentales a las revoluciones liberales⁶ del siglo XVIII, las cuales fueron basadas en las ideas de libertad y dignidad establecidas por los griegos clásicos en la edad antigua y la escolástica en la Edad Moderna. En ese sentido, tomando en cuenta lo ampuloso del tratamiento sobre la historia de los Derechos Humanos, la presente investigación sólo realizará un listado de los hitos más importantes respecto al desarrollo histórico de la formación y reconocimiento de los derechos fundamentales. En la siguiente tabla se reconocen como hitos históricos de la historia de los derechos fundamentales a:

TABLA No. 2
HITOS HISTÓRICOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

AÑO	HITO
1760 A.C.	Código Hammurabi
539 A.C.	Cilindro de Ciro
Grecia clásica	Concepto de democracia
Roma antigua	Concepto de derechos naturales
1215	Carta Magna
1689	Consolidación de la Revolución inglesa
1776	Revolución americana, <i>Bill of rights</i>
1789	Revolución francesa, Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano

⁶ Revoluciones liberales se denominan a los procesos revolucionarios que iniciaron en el siglo XVII hasta el siglo XVIII, destacándose las experiencias en Inglaterra, Estados Unidos y Francia.

1917 y 1919	Constitución mexicana y alemana (Weimar), Constitucionalismo social
1948	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
1948	Declaración Universal de los Derechos Humanos
1966	Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos
1966	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
1969	Convención Americana sobre Derechos Humanos
1979	CEDAW
1994	Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo
2013	Convención de Montevideo

FUENTE: Elaboración propia

1.4 Características

Bidart Campos (2006) señala que tradicionalmente se identifican como características de los derechos fundamentales a:

a) Universalidad

Esta característica de los derechos fundamentales hace referencia a que su protección jurídica está dirigida a todas las personas sin importar el sexo, raza, nacionalidad, orientación sexual o cualquier otra condición del ser humano; es decir, que todos los seres humanos tienen dignidad.

Dicho razonamiento, actualmente resulta obvio pero se conoce que históricamente la dignidad humana sólo fue privilegio de ciertas personas así la esclavitud, la servidumbre y la restricción de libertades fue, y todavía es, un hecho común en muchos lugares del mundo.

La universalidad de los derechos fundamentales viene a ser una protección internacional de la dignidad humana destinada a que esta protección jurídica tenga vigencia en todo el mundo, donde estos derechos deben ser respetados y ejercidos también cuando las personas dejan su país. Por ello, uno de los grandes debates de la actualidad es la eficacia de los derechos fundamentales de las personas migrantes donde esta característica está sometida a debate.

b) Inviolabilidad

Esta característica esta entendida a la prohibición de vulnerar a la dignidad humana, se refiere a que el Estado no puede realizar actos mediante los cuales pretenda restringir o violar alguno de los componentes. En la actualidad, esta prohibición de violación de la dignidad humana como característica de los derechos fundamentales también alcanza a las personas particulares; así, mediante la teoría del *Drittwirkung*⁷ la eficacia de los derechos fundamentales también les puede ser exigida a particulares, donde estos derechos irradian todos los aspectos de la vida humana incluso a las relaciones entre particulares.

⁷ La teoría del *Drittwirkung* es una teoría alemana desarrollada por el jurista Nipperday a mediados del siglo XX por la cual se establece la eficacia y exigibilidad de los derechos frente a particulares. Esta teoría trata sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, mediante la cual se mantiene un debate interesante y actual sobre los alcances fácticos de los derechos fundamentales y cómo pueden alcanzar a institutos clásicos como la autonomía de la voluntad.

c) Indivisibilidad

Esta característica de los derechos fundamentales se refiere a que el concepto de dignidad humana, con sus cinco componentes, es un concepto integral el cual no puede ser dividido por partes. Es decir, que el ejercicio y la protección de la dignidad humana no se pueden desarrollar en unos ámbitos descuidando otros; así, una persona que tiene derecho al voto pero no cuenta con un seguro social no cuenta con dignidad humana.

De esta manera, mediante la característica de indivisibilidad de los derechos fundamentales se deja atrás la tradicional clasificación de los derechos fundamentales a través de generaciones mediante la cual se establecían derechos fundamentales más importantes que otros donde se entendía a la dignidad humana de forma divisible.

d) Interdependencia

La característica de interdependencia de los derechos fundamentales está vinculada a la característica de indivisibilidad de los mismos, ya que también se basa en la unidad e integralidad de la dignidad humana. Así, la interdependencia de los derechos fundamentales contiene dos etapas: su ejercicio y su vulneración, desde su ejercicio esta característica se refiere a que un derechos fundamentales tiene implicancias en el ejercicio de los demás derechos fundamentales, y desde su vulneración significa que la restricción de un derechos fundamentales implica y vincula a los derechos fundamentales.

Por ende, mediante esta característica los derechos fundamentales son un bloque normativo que vincula a todos los ámbitos de la dignidad humana asignándole mismos mecanismos jurisdiccionales de protección, dejando de lado la tradicional protección a los derechos civiles y políticos en desmedro de los derechos económicos, sociales, culturales y colectivos.

e) Progresividad

Esta característica de los derechos fundamentales se refiere a que conforme el avance histórico de las sociedades, el reconocimiento y mecanismos de los derechos fundamentales deben actualizarse promoviendo la inclusión permanente de nuevos derechos fundamentales a los catálogos constitucionales y de los diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Asimismo, esta progresividad de los derechos fundamentales también se refiere que los mecanismos jurisdiccionales para su defensa deben constantemente ser mejorados, por ejemplo tradicionalmente sólo los derechos civiles y políticos eran justiciables sin embargo mediante la referida característica dentro del nuevo constitucionalismo latinoamericano también los derechos económicos, sociales, culturales y, incluso, colectivos tienen garantías jurisdiccionales para su defensa.

1.5 Clasificación

Antes de hacer referencia a la calificación de los derechos fundamentales, es necesario señalar que si bien actualmente la existencia y vigencia de los derechos fundamentales tiene una amplia aceptación tanto entre las personas y Estados, producto de luchas sociales históricas alrededor del mundo, este hecho no significó que todavía haya teorías que se refieren a la limitación y restricción del concepto de dignidad humana.

De esta manera, la comprensión de la dignidad humana como un todo, como una unidad jurídica, ha sido producto de una evolución histórica; así, en la década de los 60s del siglo XX cuando se inició con la construcción de los Pactos internacionales que efectivizarían a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 existía una visión fragmentada de dignidad humana. En ese momento histórico, todavía existía el entendimiento de que existen derechos fundamentales y derechos comunes o no fundamentales, ello por razones ideológicas determinadas por la Guerra Fría la cual establecía una

interpretación liberal y otra socialista sobre cuáles de son derechos fundamentales y cuáles no son fundamentales.

Para la visión liberal de los derechos fundamentales, señala Nino (1992) son los derechos civiles y políticos aquellos derechos fundamentales ya que éstos tienen como finalidad preservar que el Estado pueda restringir la libertad de las personas, mientras que los derechos sociales no pueden ser fundamentales porque siempre dependen de la voluntad política y de los recursos financieros que tienen los Estados.

Por su parte, para la visión socialista de los derechos fundamentales, señala Noguera (2010) que derechos fundamentales sólo serán los derechos económicos y sociales ya que son los centrales para una sociedad justa donde todas las personas tengan el mismo acceso a los bienes materiales, especialmente los bienes de consumo, dejando en un segundo plano a las libertades individuales que solo le interesa la felicidad individual de las personas.

Estos dos modelos de entendimiento de los derechos fundamentales se enfrentan en la aprobación del Pacto de Derechos Humanos en 1966, generando que existan dos pactos internacionales para efectivizar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, uno el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y otro el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

Por tal razón, esta división de derechos fundamentales y derechos comunes o no fundamentales generó un problema en la clasificación de los derechos fundamentales, más aún cuando el jurista checo-francés Karl Vasak presentó su clasificación de los derechos fundamentales por generaciones la cual fue pensada en un forma lúdica para explicar los derechos fundamentales de forma sencilla; sin embargo, el planteamiento de Vasak fue malentendido por la comunidad internacional quienes creyeron que a partir de las generaciones de

derechos se establecía una jerarquía de los mismos, estableciendo derechos más importantes que otros.

En ese sentido, bajo el entendimiento por generaciones, los derechos fundamentales se clasifican de la siguiente manera en la presente tabla:

TABLA No. 3
DIVISIÓN POR GENERACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

GENERACIONES	DERECHOS
<i>Primera generación</i>	Civiles Políticos
<i>Segunda generación</i>	Económicos Sociales Culturales
<i>Tercera generación</i>	Colectivos Medio Ambiente

FUENTE: Elaboración propia

Dicha clasificación de los derechos fundamentales afianzó el entendimiento que existen derechos fundamentales y derechos no fundamentales, hecho que produjo que las garantías para el ejercicio de los derechos fundamentales sólo sean eficaces para ciertos derechos. Es decir, que la clásica clasificación de los derechos fundamentales generó que los derechos civiles y políticos sean los únicos que cuenten con garantías jurisdiccionales para su protección; generando una desprotección para el resto de derechos los cuales quedaron librados a la suerte y voluntad de los poderes constituidos para su vigencia y ejercicio.

Ante tal situación, actualmente el nuevo constitucionalismo latinoamericano ha superado la tradicional clasificación de los derechos fundamentales aportando conceptos como la aplicación directa de los derechos fundamentales, iguales garantías para su protección y ausencia de jerarquía entre ellos, lo cual ha

generado una nueva clasificación de los derechos fundamentales bajo el siguiente sistema, el cual será explicado con detalle en el siguiente capítulo de la investigación. Así, conforme el nuevo constitucionalismo latinoamericano los derechos fundamentales se dividen de la siguiente manera:

TABLA No. 4
NUEVA CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
DERECHOS FUNDAMENTALES

Derechos Individuales	Derechos Pluriindividuales	Derechos Colectivos y difusos
-----------------------	----------------------------	-------------------------------

FUENTE: Elaboración propia

1.6 Principios de interpretación de los derechos fundamentales

Los principios de interpretación y aplicación de los derechos son los siguientes:

a) **Indivisibilidad, interdependencia y interrelación de los derechos:**

Este principio de interpretación de los derechos fundamentales se fundamenta bajo el entendimiento que la dignidad humana es una unidad conceptual y normativa. Así, la indivisibilidad supone que para que haya protección y justiciabilidad de un derecho debe haber protección de los demás derechos; es decir, el ejercicio y vigencia de un grupo de derechos importa y vincula al ejercicio de los demás derechos. Noguera (2010) señala que este principio aparece en la década de los 90 del siglo XX en instrumentos internacionales en materia de derechos humanos como por ejemplo la Convención de la Niñez que mezcla todo tipo de derechos. Así, este principio de interpretación requiere que el sistema de los derechos fundamentales no admita jerarquía entre derechos.

Por su parte, no existe indivisibilidad ni interdependencia como criterio interpretativo de los derechos fundamentales para 2 corrientes doctrinarias:

i) Escuela neo kantiana de la fragmentación de los derechos: para Kant (1979) el fundamento de los derechos está en la solución de conflictos donde el derecho es un acuerdo entre dos voluntades bajo una ley general de libertad, es un acuerdo subjetivo. Así, los derechos fundamentales no existen de forma unitaria ni abstracta ya que sólo se constituyen en el marco de una relación bilateral concreta por esa razón su estudio y aplicación, la cual se realiza de forma fragmentada.

ii) Escuela liberal de la fragmentación de los derechos: esta escuela tiene una visión limitada de la dignidad humana, afirmando que la dignidad humana sólo la componen derechos civiles y políticos. De esa manera, Rawls (2006) establece que existen principios de libertad básica (participación política, expresión, arresto arbitrario, entre otros) donde los principios de redistribución de la riqueza están en un aspecto secundario ya que dependen de la posibilidad del Estado en ejecutar políticas públicas y la voluntad política de las y los gobernantes de turno.

b) Aplicabilidad directa de los derechos

Para este principio de interpretación de los derechos fundamentales, un derecho es aplicable y tiene vigencia más allá si hay o no legislación de desarrollo sobre aquél derecho. Es decir, que el ejercicio de un derecho no está supeditado a la vigencia de una normativa legal que la desarrolle, tal como ha sucedido tradicionalmente. Este principio también surge para combatir los fenómenos de legislación negativa ya que generalmente por falta de desarrollo normativo los derechos pierden eficacia.

Lo contrario a este principio son los derechos de libre configuración legislativa, donde los derechos que están reconocidos en un texto constitucional o instrumentos internacional en materia de Derechos Humanos necesitan de una ley de desarrollo para ser eficaces, Noguera (2010) los denomina un

nominalismo de los derechos, tal como sucede con los derecho sociales en España.

c) Jerarquía constitucional y tratados internacionales en materia de derechos humanos

Actualmente, bajo el desarrollo del Derecho Internacional de los derechos humanos, se reconoce la jerarquía constitucional de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos en muchos Estados; es decir, que se admite que dicha normativa internacional tenga la misma jerarquía del texto constitucional.

Sobre ello ese planteamiento, hay dos posturas doctrinales: una que admite y otra que rechaza esta teoría de jerarquía constitucional. Hauriou (1980) manifiesta que es innecesario teorizar sobre la jerarquía constitucional porque los tratados Derechos Humanos son ejecutables de hecho por los consensos internacionales así que es innecesario ponerlo en la Constitución. Por su parte, Nino (1992) señala que el derecho interno e internacional son diferentes ordenamientos jurídicos; así, las normas internacionales no son autoejecutables porque dependen del derecho interno ya que algunos tratados necesitan normas de derecho interno para poder ser eficaces y vigentes.

d) Cláusula abierta en reconocimiento de derechos

El catálogo constitucional de derechos no significa la negación de nuevos derechos. En ese sentido, hay derechos que son vigentes y exigibles por más que no estén insertos dentro del catálogo constitucional, entendiendo que el reconocimiento de los derechos ha sido fruto de las luchas sociales a lo largo de la historia de la humanidad. Pudolgoriki (2006) señala que hay derechos amputados porque no han sido constitucionalizados positivamente hecho que genera que ciertos derechos necesitan de la movilización de colectivos sociales que exijan su cumplimiento. Esta forma de interpretación de los derechos

fundamentales está reconocida en muchos ordenamientos constitucionales mediante la cláusula *pro homine*.

e) Progresividad de los derechos

Este principio de interpretación de los derechos fundamentales se refiere a la prohibición de regresividad de los derechos ya reconocidos; es decir, que no pueden existir normas que impliquen un retroceso en el reconocimiento y goce de los derechos ya reconocidos, especialmente de los derechos económicos y sociales. Este elemento se fundamenta en la noción de seguridad jurídica y en contenido material del Estado Social, donde la eficacia de los derechos sociales requiere de cierta gradualidad, entendido como el avance paulatino de las condiciones para que un derecho pueda ser eficaz; así, si esas condiciones cambian o se modifican, el poder constituido no puede afectar el goce de esos derechos.

Dahl (1999) señala, en relación a este principio de interpretación, que debe existir las siguientes condiciones: reconocimiento constitucional y legal del derecho y su garantía, existencia de gobierno que invierta en los derechos sociales, existencia de movilización de diversos recursos estatales y conocimiento de la ciudadanía de las garantías que permitan la defensa de sus derechos sociales. Ello es coherente con lo establecido por el PIDESC cuando establece que los Estados están obligados para conseguir la eficacia de los derechos ya reconocidos.

f) Universalidad de los derechos

Para entender adecuadamente este principio interpretativo, cabe señalar que en el ejercicio de ciertos derechos hay restricciones por edad, género, aspectos económicos, entre otros factores. Entre esas restricciones, actualmente el constitucionalismo está estudiando la problemática del ejercicio de los derechos

fundamentales cuando hay un choque de culturas, como contraste a la característica de universalidad de los mismos.

Kymlika (1995) señala que los problemas de interpretación sobre el ejercicio de derechos fundamentales en sociedad con pluralidad cultural pueden resolverse mediante diferentes fórmulas según los casos concretos. Este autor señala que en los inicios del reconocimiento de derechos fundamentales, durante la Edad Moderna, el honor y la posición social determinaban quienes eran las y los titulares de los derechos. De esa manera, aspectos como la identidad y la cultura también forman parte del concepto de dignidad, donde aquella identidad personal por pertenecer a una cultura determina las formas de ejercicio de los demás derechos, donde el Estado está obligado a reconocer y proteger esas identidades culturales antes de promover procesos homogeneizadores de la cultura. En otras palabras, el Estado debe ser el garante del derecho a la diferencia entre las culturas de su territorio.

Por su parte, Kymlika (1995) reconoce dos facetas de derechos del cual una persona es titular, una como miembro de una comunidad política y otra como miembro de una comunidad cultural. En esa dualidad, aparecen los conflictos de derechos por diversas comunidades culturales que pertenecen a una sola comunidad política. Planteado el problema, este autor plantea tres posibilidades para solucionar los problemas de interpretación de derechos en sociedades multiculturales:

1) Asimilación y homogeneidad: es una posición relativista ya que plantea que no se reconocen derechos de las minorías o de los emigrantes en el entendido que las personas que ingresan a una comunidad política deben asimilar la cultura de dicha comunidad. Si bien se podría hablar de una asimilación, en realidad es una pérdida de la cultura propia asumiendo que para el ejercicio de los derechos culturales o colectivos sólo podrían ejercerse únicamente en la territorialidad de esa cultura.

2) Estado constitucional abierto: también denominada teoría relativista o constitucionalismo de principios, se basa en el entendimiento que sí se reconocen derechos los cuales responden a la realidad y coyuntura de una determinada sociedad. En la misma línea, Zagrebelski (2002) al hablar de su teoría del derecho dúctil señala que el derecho no se interpreta de espaldas a la realidad, haciendo énfasis en los procesos multiculturales que ha vivido Europa en el siglo XX producto de las migraciones de diferentes partes del mundo. Entonces, así como las sociedades europeas han adoptado a las culturas de las y los migrantes, de la misma manera deben actuar las Constituciones reconociendo derechos culturales de grupos minoritarios.

Dichos cambios constitucionales deben ser una reconfiguración del concepto de Estado de Derecho para reconocer la existencia de nuevas culturas dentro de un mismo Estado negando el tradicional monopolio cultural de una nación. Por lo que se advierte una necesidad de reforma constitucional donde las constituciones en reglas sino Constituciones basadas en principios abiertos que orienten a los jueces en su aplicación conforme el caso concreto para resolver esas tensiones entre la cultura mayoritaria y el resto de las culturas. A este entendimiento, el nuevo constitucionalismo latinoamericano realiza aporte bastante interesante donde se deja de hablar del tradicional multiculturalismo, que sólo reconoce las diferentes culturas, a iniciar procesos de interculturalidad y reciprocidad mediante los cuales las culturas deben desarrollar un diálogo permanente donde sus saberes, usos y costumbres que les permitan enriquecer sus propias culturas para la construcción de una sociedad plurinacional, tal como lo plantea la constitución de Bolivia.

Este planteamiento ha sufrido críticas, las cuales establecen que la constitución se debilitaría ya que pasarían a ser documentos meramente programáticos respecto a su normatividad, desaparecería la seguridad jurídica porque el juez tiene mucho poder, produciría un empobrecimiento del poder legislativo al otorgar poder a personas que no tienen legitimidad democrática como

aparentemente fueran las autoridades de los pueblos indígenas, este tipo de modelos constitucionales sólo funcionaría en Estados donde haya plena igualdad de los grupos étnicos culturales algo distante de realidad social.

3) Constitucionalismo de reglas más la interpretación multicultural de los derechos en caso de conflicto: se refiere a un modelo mixto o intermedio entre las posturas anteriores. Así, las sociedades tienen una obligación de ser plurales atendiendo al desarrollo histórico y cultural del mundo aceptando otras culturas pero manteniendo la Constitución de reglas por sobre la de principios.

De esa manera, el reto es la creación y consolidación de un sistema interpretativo basado en el respeto de y entre las identidades culturales dentro de un Estado, un ejemplo de ello es lo señalado por la Corte Constitucional de Colombia mediante su sentencia T-349/1996, en la cual una comunidad indígena solicita el reconocimiento de su propio sistema jurídico donde la Corte Constitucional de Colombia permite que la vigencia y aplicación de la justicia indígena pero cumpliendo mínimos el respeto al derecho a la vida, debido proceso, entre otros.

1.7 Justiciabilidad de los Derechos Fundamentales

Cuando se habla de justiciabilidad de los derechos fundamentales, se está haciendo referencia a la posibilidad que las y los jueces realicen una labor interpretativa mediante la cual revisen la constitucionalidad de las leyes para determinar si éstas respetan los derechos fundamentales. Es decir, que la justiciabilidad de los derechos fundamentales está vinculada íntimamente con el control de constitucionalidad, ya que mediante este control se hace la revisión contenido de las normas para verificar o no si están conforme lo establecido en los diversos instrumentos que reconocen derechos fundamentales.

De esa manera, es necesario hacer una breve mención a los modelos de control de constitucionalidad que se han desarrollado dentro del Derecho Constitucional:

1) Control concentrado: Sagües (2001) establece que este control aparece con las constituciones de Austria en 1919 y de la República Checa en 1920, e históricamente la mayoría de los países han adoptado este modelo. Este tipo de control cuenta con las siguientes características:

a) Existencia de un único órgano estatal que ejerce el control de constitucionalidad de las leyes, donde este órgano puede o no ser parte del poder judicial.

b) Existencia de una previsión constitucional que es el modelo concentrado el que está en vigencia.

c) La declaración de inconstitucionalidad es *erga omnes*.

d) El acceso al control de constitucionalidad se produce por vía directa, a través del recurso de inconstitucionalidad, o incidental, dentro de un proceso judicial donde la o el juez manda el caso al Tribunal Constitucional.

2) Control difuso: Este modelo de control de constitucionalidad se caracteriza por que cualquier juez puede declarar la inconstitucionalidad de una ley dentro de un caso ordinario bajo sus propios criterios de interpretación. Este control es previo al control concentrado donde su origen radica en el emblemático caso Madison vs Marbury del año 1803. En este modelo, la declaración de inconstitucionalidad sólo tiene sus efectos interpartes y no hay la vía directa de inconstitucionalidad ya que ésta siempre se interpone de forma subsidiaria. Entre los Estados que tienen este modelo se encuentran Estados Unidos, Argentina, entre otros.

3) Control mixto: En este modelo de control de constitucionalidad existe un Tribunal Constitucional y también las y los jueces tienen la facultad de declarar la inconstitucionalidad en casos concretos, este modelo no es muy utilizado en el mundo donde como ejemplo está Venezuela.

Por otra parte, la justiciabilidad de los derechos fundamentales en relación al control de constitucionalidad debe ser analizada bajo la siguiente ¿Pueden las y los jueces o tribunales revisar la constitucionalidad de las leyes?

Nino (1992) señala que no podrían revisar la constitucionalidad de las leyes ya que esa atribución de las y los jueces es contraria a la democracia, si un tribunal tuviese la capacidad de interpretar la Constitución estaría ejerciendo funciones políticas ya mediante sus fallos puede mandar el establecimiento de políticas públicas, principalmente cuando se está ante derechos sociales. Por ello, cuál sería la legitimidad de un Tribunal Constitucional o Corte Constitucional para ejercer funciones políticas, si fuese así se estaría vulnerado el principio de división de poderes, al igual que vulneraría el principio democrático porque el control constitucional invalidaría el trabajo de del órgano legislativo.

Esta postura también establece que el órgano legislativo es la máxima expresión de la representación del pueblo, donde la actividad legislativa es la expresión del pueblo por lo cual establecer un control por fuera del órgano legislativo sería en esencia antidemocrático.

Así, se plantea diversas soluciones a la sobre la atribución del órgano judicial de hacer un control constitucional de las leyes señalando una solución deliberativa o diálogo interorgánico, como ejemplo se puede analizar a la Constitución de Ecuador de 1945 donde el Tribunal Constitucional sólo podía recomendar la modificación de una ley al órgano legislativo, en la Carta de Derechos de Canadá de 1982 su artículo 33 establece la cláusula de anulación por la cual en determinadas materias las leyes provenientes de las Asambleas

Legislativas no pueden ser revisadas por jueces, y en la Constitución de Irlanda en su artículo 45 señala que en las políticas rectoras de los derechos sociales solo corresponde su desarrollo y revisión al parlamento sin revisión de ninguna corte u otro órgano del poder judicial.

Por su parte, los tribunales pueden revisar la constitucionalidad de las leyes ya que dicha función fortalece la democracia. Es decir, es necesario hacer una diferencia entre la democracia procedimental (basada en el elemento del mayoritarismo donde existe el peligro de vulnerar de los derechos de las minorías) y sustantiva (basada en los resultados, si hay garantías de derechos a las personas hay democracia: más derechos a más personas = más democracia).

Así, la actividad judicial mediante la cual se realiza una revisión judicial de las leyes, es una manifestación de la democracia sustantiva porque se asegura el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de las personas previniendo que la actividad legislativa pueda vulnerarlos.

En ese sentido, existe una legitimidad indirecta de los Tribunales Constitucionales donde la legitimidad proviene de la misma Constitución; es decir, la legitimidad del Tribunal Constitucional se da también porque es el órgano que aplica e interpreta la voluntad del constituyente, del pueblo cuando al dictar una sentencia constitucional las y los jueces están aplicando la voluntad de constituyente en un caso concreto.

Mientras que Dahl (1999) demuestra estadísticamente que las decisiones del judicial no son antidemocráticas porque las decisiones del judicial reflejan la voluntad del pueblo por el hecho que el nombramiento de las y los jueces cumple procedimientos previstos en la Constitución y las leyes, de donde proviene la verdadera legitimidad de las autoridades judiciales. Para este autor, los Tribunales Constitucionales son órganos políticos porque legislan

negativamente al retirar del ordenamiento jurídico aquellas normas contrarias a la Constitución.

Otro tema de estudio importante cuando se hace referencia a la justiciabilidad de los derechos fundamentales es la teoría del *Drittwirkung* mediante la cual los derechos fundamentales tienen eficacia frente a terceros particulares. Esta teoría novedosa tiene su justificación a que tradicionalmente la exigibilidad de los derechos fundamentales fue sólo contra el Estado dejando de lado a los particulares; ello radica a que en el inicio del liberalismo democrático se hizo una diferencia entre la sociedad política y la sociedad civil quienes tienen derechos distintos. Así se produce el nacimiento del derecho civil privado, el cual se fundamenta en los siguientes principios:

- ❖ Generalidad de la ley
- ❖ Igualdad ante la ley
- ❖ Autonomía de la voluntad

La suma de estos 3 principios otorgan a la persona la capacidad de hacer o no hacer una determinada actividad, bajo esa capacidad se fundamenta el concepto de libertad liberal como sinónimo de ausencia de constricciones. De ese concepto de libertad, surgen tensiones entre la persona y el Estado, donde éste trata de limitar sus libertades; de dicha tensión nacen los derechos fundamentales porque es la actividad del Estado la que históricamente pretende restringir esta libertad. Por lo cual, tradicionalmente se afianzó el entendimiento que sólo el Estado puede vulnerar los derechos fundamentales.

Hoy en día es innegable la presencia de poderes económicos privados que tienen igual o más poder que los mismos Estados, estos poderes aparecen históricamente desde la crisis del petróleo hacia 1973 generando 3 fenómenos:

- ❖ Desplazamiento del capital hacia nuevos ámbitos de producción

- ❖ Desplazamiento del capital fuera de la producción donde la libre circulación de capitales ha generado un carácter ilimitado en las inversiones
- ❖ Aparición de la especulación

Estos 3 fenómenos han empoderado a los poderes privados generando también una bipolarización de las relaciones de poder, donde el Estado ha perdido poder generando más de un centro de poder el cual se encuentra por fuera del poder político estatal encontrándose en el soberano privado supraestatal difuso (multinacional).

Este nuevo soberano tiene decisiones que influyen en el poder público y con mayor énfasis en organismos internacionales como el Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, entre otros. De esa manera, al conocer que históricamente el Estado ha sido el sujeto vulnerador de los derechos fundamentales porque era el único centro de poder, no es falso afirmar que los nuevos centros de poder privado se constituyen como nuevos sujetos de vulneración de los derechos fundamentales, especialmente de los derechos económicos y sociales tal como se puede advertir en diferentes informes del Comité de los DESC de las Naciones Unidas.

En ese sentido, Noguera (2010) se refiere a que la teoría del *Drittwirkung*, respecto a la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros, tiene dos modelos:

a) Directa o inmediata: este modelo está presente en el nuevo constitucionalismo latinoamericano en el cual cualquier particular puede acudir ante un tribunal porque otro particular haya vulnerado sus derechos por más que exista la vigencia de otras herramientas procesales. Este modelo se inicia con la Constitución colombiana de 1991 donde en su artículo 86 prevé que la Acción de Tutela también es contra terceros particulares.

En ese orden de cosas, es pertinente preguntar ¿Qué derechos son justiciables ante terceros particulares? En principio parecería que sólo son los derechos civiles y políticos o también cuando la actividad de terceros particulares afecten a: servicios públicos, afectación del interés colectivo, y haya situación de subordinación o indefensión. Sin embargo analizando las Constituciones del nuevo Constitucionalismo Latinoamericano se puede interpretar que todos los derechos fundamentales pueden ser justiciables ante terceros particulares, tal como se analizará en el siguiente capítulo.

b) Indirecta o mediata: en este modelo se encuentran muchos Estados europeos como ser España, en este modelo un particular sólo acude a un tribunal cuando haya una ley que así lo prevé para la defensa de sus derechos fundamentales. Es decir, que la justiciabilidad de los derechos fundamentales depende íntimamente a la vigencia de leyes que prevean sus formas de ejercicio y protección. En el caso de España, se puede presentar amparos de forma directa contra el juez por vulneración del derecho a la justicia.

2. Derechos Sexuales y Reproductivos

Para poder referirse de forma integral en referencia a una conceptualización sobre los Derechos sexuales y reproductivos) se debe hacer una breve explicación sobre los diversos elementos que hacen a la sexualidad.

2.1 Sexualidad

La sexualidad es un aspecto central de la vida y desarrollo de todo ser humano, la cual está presente desde el nacimiento hasta la muerte de la persona. La sexualidad se expresa a través de las relaciones interpersonales, pensamientos, deseos, fantasías, roles, hábitos y en un sinnúmero de manifestaciones cotidianas. Palabras como pasión, amor, deseo, dolor, placer, fidelidad, satisfacción, etc., demuestran que el concepto de sexualidad tiene

varias aristas y dimensiones que requieren un estudio integral de la sexualidad humana.

Díaz (1998) señala que el desarrollo y la manifestación de la sexualidad están vinculados e influidos por aspectos culturales, biológicos, económicos, legales, históricos, religiosos y sociales.

En ese sentido, se puede afirmar que el desarrollo y ejercicio de la sexualidad tiene dos ámbitos: subjetivo y social, el primero referido a su ejercicio íntimo y personal, y el segundo referido a la sociedad dentro de un contexto sociocultural determinado. Así, se puede señalar que la sexualidad se desarrolla en 4 principales ámbitos:

- ❖ Relaciones afectivas
- ❖ Reproducción
- ❖ Capacidad erótica
- ❖ Relaciones de género



Entre las características de la sexualidad se encuentran:

**TABLA No. 5
CARACTERÍSTICAS DE LA SEXUALIDAD**

<i>Característica</i>	<i>Desarrollo</i>
Universal	Todas las personas tienen derecho a ejercer y disfrutar de una sexualidad sana y placentera
Interdisciplinario	La sexualidad determina y está determinada por la política, religión, sociología, economía, derecho, entre otras disciplinas

Individual	El ejercicio de la sexualidad implica la autonomía y decisión de la persona sin que medie coacciones o violencia
Social	El ejercicio de la sexualidad está determinada según el contexto socio cultural donde vive una persona
Dinámica	La sexualidad respecto a su entendimiento y componentes está en constante transformación

FUENTE: Elaboración propia

Giddens (1998) señala que los contextos sociales y culturales determinan el ejercicio y desarrollo de la sexualidad y también las relaciones de poder influyen en la salud sexual de las personas. Así, otros factores sociales como la pobreza, exclusión o globalización van a influir en toda la temática de la sexualidad humana; y también las instituciones y modelos juegan un papel importante en su desarrollo o restricción, tal es el caso del Estado, Iglesias, familias o el sistema educativo.

Por su parte, otro sector de la doctrina establece que las clases sociales son un factor preponderante en la sexualidad de las personas ya que tomando el ejemplo de sociedades donde existen altos niveles de pobreza, temas como la prostitución, proxenetismo, trata y tráfico de personas, personas en situación de calle, entre otros, generan relaciones de poder desiguales en respecto a la relación entre economía y sexualidad.

Para Gysling (1994), la familia, comprendida en un sentido amplio donde es indistinta su composición y estructura, es un espacio donde toda persona desarrolla la mayoría de sus relaciones personales, es el lugar donde el género y sus identidades se construyen y donde los comportamientos sexuales son permitidos o cohibidos. De esta manera, se puede afirmar que la familia es

primer eslabón del control social de la sexualidad, donde los temas sociales de coyuntura que se han identificado previamente están generando una transformación de la estructura y composición de las familias lo cual repercute en el entendimiento y ejercicio de la sexualidad.

Por su parte, en algunas familias son el lugar donde las relaciones patriarcales tienen sus inicios, hecho que significa la pérdida de autonomía de niñas, niños, adolescentes y jóvenes lo cual repercute en la ausencia de una autonomía sexual de dicha población donde el tutelaje patriarcal afianza a la reproducción como el único objetivo de la sexualidad, donde otras prácticas y finalidades de la sexualidad son prohibidas y/o castigadas como la masturbación, erotismo, etc.

En esa coyuntura, se puede hablar de un sistema de normativización de la sexualidad donde las Iglesias e instituciones religiosas influyen en gran medida en la dirección de las conductas sexuales de las personas, las cuales tienen diversas manifestaciones pero se advierte un aspecto común que es establecer al ejercicio de la sexualidad sólo al ámbito de la reproducción dejando de lado la temática del placer como manifestación de la sexualidad.

Respecto a las formas de expresión de la sexualidad, ésta puede expresarse positivamente a través de las relaciones consensuales, respetuosas y protegidas destinadas a desarrollar el bienestar, la salud y la calidad de vida. Mientras que puede expresarse negativamente mediante la violencia, explotación y abusos que atentan contra la dignidad de las personas y autoestima de las personas.

En ese sentido, es necesario el entendimiento de la sexualidad como concepto integral donde se integran todos sus componentes de forma casi indivisible, donde saber los conceptos y alcances de la reproductividad, género, erotismo y afectividad, son insumos necesarios para comprender la sexualidad.

2.1.1 Reproductividad

Largarde (1994) señala que cuando se trata de sexualidad se debe hablar de reproductividad y no de reproducción, porque la reproductividad se constituye como aquella posibilidad que tienen los seres humanos para tener hijas o hijos. Hablar de reproductividad y no de reproducción permite analizar este término más allá del hecho biológico de procreación sino que permite analizar nuevas concepciones sobre la reproductividad. Así, una persona que no se reproduce biológicamente igual puede ejercer su sexualidad respecto a su reproductividad al momento que adopta a una hija e hijo; otras personas que ni procrean que ni adoptan ejercen su reproductividad cuando están a cargo de otra persona.

En otras palabras, la sexualidad a través de la reproductividad no se limita a los hechos biológicos como la concepción, embarazo y parto, sino que también está referida a aspectos psicológicos y sociales.

2.1.2 Género

Existen diferencias entre hombres y mujeres respecto al aspecto biológico, dichas diferencias relacionadas al sexo de las personas pueden ser ahondadas o desechadas por factores sociales y de la cultura. De tal manera, es común confundir los conceptos de sexo y género ya que si bien están vinculados, su concepto e implicaciones son completamente diferentes.

Así, cuando se hace referencia al término de sexo se hace mención a las características biológicas que diferencian a mujeres y hombres, mientras que el género son constructos y categorías sociales que asignan roles y comportamientos a mujeres y hombres.

Históricamente las sociedades y culturas ha asignado roles, papeles y hasta comportamientos que deben realizar mujeres y hombres, esta asignación es fruto de condicionantes sociales, culturales, religiosos, económicos, entre otros. Los conceptos sobre el género son aprendidos y son dinámicos determinando

con gran importancia las formas en las cuales se van a desarrollar y manifestar los diversos aspectos de la sexualidad.

Largarde (1994) señala que desde los primeros meses de vida los seres humanos ya están construyendo su identidad de género, donde dicha identidad es un marco referencial de conceptos respecto a la autenticación, ese reconocimiento de que una persona es. Es decir, cuando una persona se reconoce a sí misma y así mismo como mujer u hombre identifica su género, tiene una identidad de género.

2.1.3 Erotismo

Conforme lo establecido por Lagarde (1994) el erotismo es aquella dimensión humana por la cual toda persona puede experimentar placer sexual, entendiendo al placer sexual en tres dimensiones: deseo sexual, excitación sexual y orgasmo. Se refiere a una posibilidad, una potencialidad ya que toda persona cuenta con ella pero no todas y todos la ejercen.

La aparición y manifestaciones del erotismo están sujetas a las experiencias que cada una y uno tienen desde el nacimiento, estas experiencias determinan las formas de expresión, desarrollo o disfunción. Por su parte, es necesario referirse el placer sexual más allá de la experiencia erótica que una persona experimenta con otra, sino que tiene diferentes ámbitos de manifestación donde todo el cuerpo y mente puede experimentar placer sexual como consecuencia de una determinada estimulación.

En tal sentido, el placer sexual está relacionado con todas las relaciones que los seres humanos tienen día a día y por esa razón las diferentes sociedades se han encargado de regular e incluso prohibir ciertas experiencias eróticas como un mecanismo de control de los cuerpos y mentes de las personas. Este placer que la persona experimenta durante la experiencia sexual produce que el cerebro libere sustancias químicas, parecidas a ciertas drogas sintéticas como

la heroína, de lo cual se advierte que el erotismo es una garantía biológica de la reproductividad.

2.1.4 Vínculo afectivo

En la mayoría de las relaciones humanas se puede distinguir diversos tipos de manifestaciones afectivas pudiendo ser expresadas a través de diferentes formas: palabras, caricias, besos, roces, etc. De esta manera, el vínculo afectivo es la capacidad que tiene toda persona para expresar sus sentimientos mediante el cual dicha persona se siente querida y aceptada fortaleciendo o disminuyendo sus vínculos afectivos con otra u otras personas.

Respecto al desarrollo sexual, Reyes (1999) señala que la sexualidad se construye y manifiesta en todas las etapas de la vida donde este proceso se denomina desarrollo sexual, el cual estudia los cambios y la continuidad de las manifestaciones sexuales durante las diferentes etapas de la vida. Así, el desarrollo sexual va construyéndose a lo largo de la vida de forma cronológica con sus variaciones socio culturales que determinan permisiones, condiciones o limitantes del desarrollo y ejercicio de la sexualidad.

Para Díaz (1998) la construcción de la sexualidad es multifactorial ya que la complejidad del desarrollo de las personas significa que otras ciencias coadyuven en su estudio; así, para comprender el origen y desarrollo de la sexualidad deben tomarse en cuenta los siguientes factores:

TABLA No. 6
CONDICIONES PARA EL DESARROLLO DE LA SEXUALIDAD

<i>Factor</i>	<i>Condicionantes</i>
Individuo	<ul style="list-style-type: none">• Base biológica de las potencialidades sexuales: auto reconocimiento como hombre o mujer, reproducirse y sentir placer• Personalidad

- Salud mental
- Carga afectiva de las principales experiencias sexuales
- Habilidades sexuales e intelectuales

Familia

- Capacidades afectivas, educativas y comunicativas de la madre, padre y familia
- Tipo de educación sexual recibida
- Coherencia entre actitudes y comportamientos de la educación sexual recibida en el ámbito familiar
- Integración familiar
- Salud familiar

Relaciones

- Tipos y duración de las relaciones interpersonales
- Modelos de identificación y tipos de modelos a imitar
- Influencia del grupo social
- Accesibilidad de realizar nuevos vínculos interpersonales
- Experiencias de amor y desamor
- Experiencias de amistad
- Experiencias con la autoridad

Comunidad

- Educación sexual, formal o informal
- Leyes y normas respecto a la sexualidad
- Políticas públicas
- Servicio de salud sexual
- Acceso a educación sexual
- Factores económicos

Cultura

- Aceptación cultural a los temas de la sexualidad
- Roles de género de mujeres y hombres
- Coherencia en la concepción personal, familiar y cultural de la sexualidad
- Religión, filosofía e historia
- Representación social

FUENTE: Elaboración propia

Por otra parte, hacer referencia al concepto de sexualidad significa la interacción de todos sus componentes sobre la cual una persona desarrolla y ejerce su sexualidad. Una sexualidad plena y placentera supone necesariamente vinculación armónica de todos los elementos constitutivos de la sexualidad; así, cuando hay desbalances entre sus componentes, la sexualidad sólo se reduce a un tema reproductivo dejando de lado el goce y placer. Asimismo, la interacción de los componentes de la sexualidad da lugar dimensiones humanas como ser la orientación sexual y la identidad sexual.

Por orientación sexual señala la Organización Mundial de la Salud (2000) debe entenderse a la organización específica del erotismo y el vínculo emocional de una persona en relación al género de la pareja involucrada en la actividad sexual, así puede manifestarse en deseos, pensamientos, fantasías y comportamientos. Mientras que por identidad sexual la Organización Mundial de la Salud (2000) señala que es la forma en cómo la persona se identifica como mujer u hombre permitiendo que la persona construya un concepto de sí misma o mismo en base a su sexo, género y orientación sexual.

En resumen, se establece que la sexualidad es una parte integral de la personalidad de toda persona, su ejercicio pleno significa la satisfacción de las necesidad humanas básicas como la intimidad, emociones, placer, amor, entre otros.

Su construcción depende de la interacción entre la persona con su sociedad, donde según ciertos contextos socio culturales la sexualidad, en sus diversas formas de manifestaciones, va a ser cohibida o respetada.

2.2 Concepto

La temática de los derechos sexuales y reproductivos es bastante nueva y por ello desde hace unas décadas se ha iniciado con su conceptualización, por esa razón cierta parte de la teoría habla del concepto de ciudadanía sexual que requiere iniciar una conceptualización de los derechos sexuales y reproductivos desde el ejercicio de la ciudadanía dejando de lado el tradicional concepto biológico del mismo.

De esa manera, es importante desbiologizar la reproducción y la sexualidad entendiéndola como una construcción social, por la cual la sexualidad es el resultado de la interacción de múltiples factores políticos, sociales, económicos, culturales y subjetivos, que llegan a aportar a la construcción de una serie de saberes, imaginarios y otros factores culturales que determinan las relaciones sociales.

Tradicionalmente, el entendimiento de los derechos sexuales y reproductivos se ha limitado a su función a un ámbito reproductivo, donde tanto hombre como mujer desempeñan una función o papel en la reproducción y como tal ha tratado de homogeneizarlos como individuos sin tomar en cuenta ni el placer vinculado al cuerpo de hombre y mujer, ni las diversidades sexuales, culturales, etc. Por ello, los derechos sexuales y reproductivos encuentran vinculación con los derechos humanos a partir del reconocimiento del derecho que toda persona tiene de no sufrir ningún tipo de discriminación ni violencia, el derecho a la dignidad, a recibir educación e información, y su vinculación a la salud bajo el derecho no sólo de no sufrir enfermedades sino también de integridad física, mental y moral.

Un aporte importante desde el activismo femenino, para el entendimiento de los derechos sexuales y reproductivos, argumenta un nexo importante a partir de la afirmación de que no se puede ser sujeto de derechos humanos, si no somos sujetos en nuestros cuerpos. Los derechos civiles, vinculados a la ciudadanía, encuentran relación con los derechos sexuales desde el derecho a decidir. En este sentido la libertad a decidir va ligada a la responsabilidad sobre las consecuencias del ejercicio de la sexualidad, relacionado esto entonces, con los derechos y responsabilidades que se generan con el ejercicio de la ciudadanía.

Además, es importante retomar el componente sexual en la noción de derechos ya que a partir de la concepción de sexualidad como construcción social, se estaría construyendo una noción de derechos humanos desde el reconocimiento a la diversidad de género, de cultura, edad, etnicidad, orientación sexual, etc. En este sentido se estaría aportando a la construcción de una ciudadanía apoyada en la libertad de decidir sobre el propio cuerpo y el ejercicio de derechos que esto implica.

Tanto la religión como el Estado se han encargado de la regulación de la sexualidad, instaurando normas sociales y morales dentro de las sociedades. En este caso y basados en la reproducción, han diferenciado reglas entre hombres y mujeres, y por lo general han subordinado la sexualidad de las mujeres a la de los hombres; de esta manera por ejemplo, han instaurado preceptos como la virginidad y la castidad sobre la sexualidad de las mujeres. Otros actores importantes que han aportado a esta regulación en las sociedades han sido la medicina, la psicología, la sexología, la pedagogía y el Derecho, todas estas dando bases, desde científicas hasta sociales, para el entendimiento de la sexualidad y su regulación. Por ese motivo, analizar el concepto de derechos sexuales y reproductivos requiere de un entendimiento integral donde no basta conocer la teoría de los derechos fundamentales sino la cultura donde va a ejercerse estos derechos.

Tomando en cuenta que el paso de un Estado social de derecho a un Estado constitucional significa, entre otros temas, la vigencia plena de los derechos fundamentales donde cada ciudadana y ciudadano pueda ejercer sin mayor restricción todo el catálogo constitucional de derechos y en aquellos casos de vulneración de los derechos fundamentales, la misma Constitución prevea los mecanismos jurisdiccionales de defensa. Es decir, todos los aspectos de la vida de las personas deben estar subsumidos en un tipo de derechos fundamentales que sea tutelado por el Estado y pueda ser exigible en la vía jurisdiccional.

Así, tomando en cuenta que todos los componentes de la sexualidad están presentes desde el nacimiento hasta la muerte de una persona, resulta necesario que la sexualidad sea entendida como una parte integrante de la dignidad humana. Es parte de la dignidad humana porque el ejercicio de la sexualidad está vinculado con el ejercicio de la libertad, de la decisión de toda persona sobre cómo va a usar y disfrutar de su cuerpo, emociones y sentimientos. En ese sentido, una persona que ejerce una sexualidad plena, libre y placentera es una persona plena y feliz; es decir, un desarrollo pleno de la sexualidad es sinónimo de un bienestar individual, interpersonal y social.

En ese sentido, existe una necesidad de reconocer a la sexualidad no sólo como categoría de estudio sino como parte integrante de los derechos fundamentales que tiene toda persona donde éstos derechos sexuales adquieren la categoría de fundamentales por tener su fundamento en la libertad, igualdad y dignidad humana. El reconocimiento de la existencia de los derechos sexuales permite que mujeres y hombres desarrollen una sexualidad saludable y placentera por lo que su reconocimiento, promoción y defensa resulta imprescindibles en la consolidación de un Estado constitucional.

Cabe señalar que la conceptualización sobre los derechos sexuales y reproductivos tuvo su inicio en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo desarrollada en la ciudad de El Cairo del 5 al 13 de septiembre de

1994, la cual estuvo organizada por las Naciones Unidas. Dicha conferencia fue un espacio de debate y reflexión entre gobernantes y personas de la sociedad civil que discutieron sobre las formas de promover el desarrollo sostenible y el crecimiento económico enfrentando problemas estructurales de exclusión y pobreza. En dicha Conferencia se aprobó el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, entre los cuales se destacan los siguientes ejes de trabajo:

- ❖ Relaciones entre la población, el crecimiento económico sostenido y el desarrollo sostenible
- ❖ Igualdad y equidad entre los sexos y habilitación de la mujer
- ❖ La familia, sus funciones, derechos, composición y estructura
- ❖ Crecimiento y estructura de la población
- ❖ Derechos reproductivos y salud reproductiva
- ❖ Salud, morbilidad y mortalidad

Esta Conferencia ha establecido algunas bases sobre las cuales debe entenderse a los derechos sexuales y reproductivos, señalando que toda persona tiene el derecho a una sexualidad placentera, a la libertad de procreación sin violencia, coerción y discriminación; además, los Estados deben implementar políticas sobre salud sexual y reproductiva con un enfoque comunitario y de género, donde el derecho a la planificación familiar sea el centro de las mencionadas políticas.

Así, de la revisión y análisis de los documentos de debates y conclusiones de la Conferencia se puede establecer que los derechos sexuales tienen su fundamento en: mujeres y hombres son capaces de disfrutar relaciones sexuales placenteras; ausencia de coacción, violencia o discriminación por ejercicio de la sexualidad e identidad de género; acceso pleno a servicios de

salud sexual; que el disfrute de la sexualidad no tenga que significar necesariamente a la reproducción.

Por su parte, conforme los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos como la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de El Cairo y el Consenso de Montevideo de 2013 los derechos sexuales se refieren a:

TABLA No. 7
CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SEXUALES

a) derecho al reconocimiento propio como seres sexuados

b) derecho a fortalecer el autoestima y autonomía para tomar decisiones sobre la sexualidad

c) derecho a explorar y disfrutar una vida sexual placentera ausente de vergüenza, miedos, prejuicios, culpas y acusaciones

d) derecho a alcanzar la plenitud del placer sexual

e) derecho a vivir una vida sexual sin violencia

f) derecho a escoger libremente a las compañeras y compañeros sexuales

g) derecho a la integridad corporal en relación a sus expresiones sexuales

h) derecho a decidir cuándo iniciar su vida sexual y si se quiere ser sexualmente activa o activo

i) derecho a tener relaciones sexuales consensuadas

j) derecho a decidir libremente si se quiere contraer matrimonio o no

k) derecho a decidir si se forman pareja o se es soltera o soltero

l) derecho a expresar libre y autónomamente su orientación sexual

m) derecho a prevenir el embarazo y enfermedades de transmisión sexual

n) derecho a tener acceso a servicio de salud sexual de calidad

o) derecho a tener información sobre todos los aspectos relacionados a la sexualidad

FUENTE: Elaboración propia

Por otra parte, el Consenso de Montevideo de 2013 señala que los derechos reproductivos se fundamentan en que toda persona, principalmente mujeres, pueda tomar decisiones autónomas sobre la posibilidad de procrear o no, de acceder a la información y servicios sobre control de fecundidad, tener acceso a servicios de salud reproductiva de calidad que garanticen una maternidad segura, prevención de embarazos no planificados y atención médica de dolencias del aparato reproductor sea femenino o masculino. Los principios en los cuales se fundan los derechos reproductivos son la autodeterminación reproductiva y acceso a servicio de salud reproductiva que incluye una maternidad sin riesgos, tratamientos para infertilidad, acceso a todos los métodos anticonceptivos y atención en cáncer uterino, mamas, próstata, entre otros.

Conforme los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos como la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo y el Consenso de Montevideo de 2013 los derechos reproductivos se refieren a:

TABLA No. 8
CONCEPTUALIZACIÓN DE LOS DERECHOS SEXUALES

a) derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijas e hijos

b) derecho de mujeres y hombres a decidir libremente la posibilidad de ser madres o padres

c) derecho a decidir qué tipo de familia quieren formar

d) derecho al acceso a métodos anticonceptivos, incluyendo la anticoncepción de emergencia

e) derecho de las mujeres a no ser discriminadas por razones de embarazo y/o maternidad

f) derecho a tener servicios de salud que garanticen una maternidad segura, libre de riesgos en los periodos de gestación, parto y lactancia

g) derecho a tener una educación destinada a una autonomía reproductiva

FUENTE: Elaboración propia

Cabe destacar también que el 29 de junio de 1997 se celebró el XIII Congreso Mundial de Sexología en la ciudad española de Valencia donde delegados de al menos 60 países elaboraron la Declaración de los Derechos Sexuales, documento de suma importancia donde también se sientan las bases teóricas sobre las cuales deben entenderse e interpretarse a los derechos sexuales, los cuales se detallan en la siguiente tabla:

TABLA No. 9
COMPONENTES DE LOS DERECHOS SEXUALES

Componente	Implicación
Derecho a la libertad sexual	Es la posibilidad de la expresión plena del potencial sexual con el que toda persona cuenta, excluyendo toda forma de coerción, explotación y abuso sexual
Derecho a la autonomía, integridad y seguridad sexual del cuerpo	Es la capacidad de tomar decisiones autónomas sobre la propia vida sexual y disfrutar del cuerpo en libertad sin tortura, mutilación o violencia

Derecho a la privacidad sexual	Es derecho que tiene toda persona de tomar decisiones respecto a su intimidad no interfiriendo los derecho sexuales de otras u otros
Derecho a la equidad sexual	Es la prohibición de todas las formas de discriminación por cualquier condición que presente una persona a momento de ejercer y disfrutar de su sexualidad
Derecho al placer sexual	Se refiere a que el bienestar físico, psicológico, intelectual y espiritual tiene como fuente el placer sexual incluyendo al autoerotismo
Derecho a la expresión sexual emocional	Se refiere a que la expresión sexual va más allá que el placer erótico sino que la sexualidad también se manifiesta a través de la comunicación, contacto, expresión emocional y amor
Derecho a la libre asociación sexual	Es la posibilidad de contraer o no matrimonio, disolver el matrimonio o establecer otros tipos de asociaciones sexuales responsables
Derecho a la toma de decisiones reproductivas, libres y responsables	Es el derecho a decidir tener o no hijas o hijos, su número y el acceso a métodos anticonceptivos
Derecho a la información basada en el conocimiento científico	Se refiere a que la información sexual debe ser generada a través la investigación científica y difundida en

	todos los sectores de la sociedad
Derecho a la educación sexual integral	Es un proceso donde todos los espacios educativos formales o alternativos deben hacer referencia a los componentes y formas de expresión de la sexualidad
Derecho a la atención de la salud sexual	Se refiere a que la atención y los servicios de la salud sexual debe ser accesible tanto en la prevención como en los tratamientos

FUENTE: Elaboración propia

De la misma manera que la sexualidad se manifiesta en diversas expresiones, el ejercicio de los derechos sexuales está relacionado con la salud sexual. Así, la salud sexual conforme lo establecido por la Organización Mundial de la Salud (2000) "la salud sexual es un estado de bienestar físico, emocional, mental y social relacionado a la sexualidad, no es solamente la ausencia de enfermedad, disfunción o incapacidad.

La salud sexual requiere de una aproximación positiva y respetuosa a la sexualidad y a las relaciones sexuales, así como la posibilidad de tener experiencias sexuales placenteras, seguras, libres de coerción, discriminación y violencia. Para el logro y el mantenimiento de la salud sexual, los derechos sexuales de todas las personas deben ser respetados, protegidos y ejercidos a plenitud."

La imposibilidad de ejercer plenamente los derechos sexuales y reproductivos hace que toda persona ingrese en un estado de vulnerabilidad donde su salud y sus propias vidas corren peligro, especialmente las mujeres. Ello debido a que temas como la mortalidad materna y complicaciones en el parto se podrían haber evitado si el Estado hubiera dado las condiciones de ejercicio de estos

derechos. En Bolivia, conforme los datos de la Organización Mundial de la Salud y el Fondo de Población de las Naciones Unidas, las complicaciones en el parto son la primera causa de muerte de las mujeres en Bolivia.

Además, la imposibilidad de ejercer plenamente los derechos sexuales y reproductivos por parte de las mujeres, especialmente de las más pobres, provocan que los índices de mortalidad y morbilidad materna sean uno de los más altos de la región. Esta problemática no hace más que adicionarse a otros temas que develan las falencias en los sistemas de salud a causa de un desconocimiento y restricciones en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos como el aumento de enfermedades de transmisión sexual, casos de VIH y SIDA, embarazos no planificados, entre otros. Estos temas, junto a otros, se podrían evitar si es que acaso existiera educación y acceso a servicio de salud que vean a la sexualidad y reproducción como una temática social e integral sacándola de ámbitos exclusivamente biológicos y/o religiosos.

Los servicios de educación y salud deben promover el ejercicio de los derechos reproductivos a través de la prestación de servicios prenatales, atención durante los partos, servicios de planificación familiar desde la juventud y servicios de atención obstétrica, entre otros. Estados donde los índices de mortalidad materna son altos, tal el caso de Bolivia, no sólo se convierten en un problema de salud pública sino que llegan a afectar el mismo desarrollo del Estado porque restringen las posibilidades de participación y empoderamiento de las mujeres. Por ello, la existencia de servicios de salud sexual y reproductiva tiene una gran importancia en el desarrollo de cualquier Estado donde estos servicios de salud deben ser consecuencia de políticas públicas estratégicas para disminuir los mencionados índices. Así, las políticas públicas dentro de un Estado constitucional deben estar dirigidas también a que las personas ejerzan su sexualidad y reproducción con placer y libertad.

De esa manera, la temática sobre el ejercicio pleno de derechos sexuales y reproductivos al ser un tema multidisciplinario, porque no sólo abarca el tema de salud sino que está referido a un tema de educación, participación, empleo, entre otros; debe ser atendido y promovido desde las políticas públicas y legislaciones. Y también es un tema que también interpela a la sociedad respecto a las posturas clásicas que tiene sobre la sexualidad y la reproducción.

En ese sentido, el Informe de Población del Fondo de Población de las Naciones Unidas del 2013 señala que existe una ausencia de conocimientos, prácticas y actitudes saludables respecto a la sexualidad de la población principalmente mujeres, jóvenes y personas GLTB, donde la discriminación, el machismo y la satanización de la sexualidad libre temas están generando vulneraciones de los derechos fundamentales de esas poblaciones.

De todo lo anteriormente estudiado, se advierte que tanto la sexualidad como la reproducción son una parte importante en el ciclo vital de toda persona por lo que su pleno ejercicio y desarrollo hacen parte indivisible del concepto de dignidad humana. Así, estas categorías de la sexualidad y reproducción humana necesitan de un reconocimiento dentro del texto constitucional para que cuenten como los respectivos mecanismos jurisdiccionales para su defensa. Por esa razón, la Constitución boliviana de 2009, en su artículo 66 reconoce a las ciudadanas y los ciudadanos bolivianos el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos; donde la sexualidad y reproducción humana adquieren su constitucionalización como derechos fundamentales.

Sin embargo, el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos no pasa únicamente por su reconocimiento ya que el desconocimiento o imprecisión de los elementos constitutivos de los derechos sexuales y reproductivos puede quitarle impulso a este histórico proceso de reconocimiento constitucional. La imprecisión o ausencia de estos elementos constitutivos hace

que la determinación de los mismos sea realizada por el poder constituido mediante la actividad legislativa o la actividad interpretativa de la Constitución.

Ello puede resultar en una restricción del ejercicio de éstos derechos siendo que históricamente las instituciones estatales mantienen un discurso y prácticas plenamente conservadoras que hacen que la sexualidad y reproducción sigan siendo un tabú y por ende tiendan generar limitaciones. En ese contexto, la imprecisión y falta de claridad sobre qué debe entenderse por derechos sexuales y reproductivos dentro del mismo texto constitucional puede generar un aumento en problemas sociales como: embarazos no planificados en adolescentes y jóvenes, violencia basada en género, homofobia, machismo, aumento de enfermedades de transmisión sexual y VIH, entre otros.

El ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos permite un mayor ejercicio de la ciudadanía ya que, conforme los modelos constitucionales del nuevo constitucionalismo latinoamericano, la ciudadanía no se reduce al derecho a participar, elegir y ser elegida o elegida para un cargo público sino que la ciudadanía también debe entenderse como la toma de decisiones de forma libre sobre el cuerpo de mujeres y hombres en los ámbitos de su sexualidad y reproducción. Históricamente las personas han podido tomar decisiones sobre su sociedad, el Estado, modelos de desarrollo, entre otros; pero la toma de decisiones sobre su cuerpo ha sido vedada por motivos religiosos y culturales.

De esta manera, los derechos sexuales pretenden que las personas ejerzan un control responsable y autónomo sobre su sexualidad dejando de lado la coacción, violencia o discriminación, como tradicionalmente se ha tratado la sexualidad. Para mujeres, jóvenes y personas GLTB, el ejercicio de los derechos sexuales tienen un especial significado, y quizás mayor, significado porque históricamente se les ha prohibido el ejercicio de estos derechos.

Además, el ejercicio de éstos derechos permite la construcción de una persona integral rompiendo con los estereotipos de género e identidad de género que la sociedad occidental ha construido sobre esos grupos de la sociedad. Se trata de reivindicar al entendimiento de la sexualidad como ejercicio de placer del cuerpo sin tener que ejercer la sexualidad únicamente con una finalidad reproductiva.

2.3 Situación de los derechos sexuales y reproductivos a nivel mundial

El Fondo de Población de las Naciones Unidas (2013) ha elaborado el informe sobre el estado de la población mundial en la gestión 2013, en el cual se analizan datos muy importantes sobre cómo a nivel mundial se están ejerciendo los derechos sexuales y reproductivos.

TABLA No. 10
PROBLEMÁTICAS SOBRE EL EJERCICIO
DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

<i>Problemáticas</i>	<i>Causas</i>
<ul style="list-style-type: none"> • 19% de las jóvenes queda embarazada antes de cumplir los 18 años • 95% de los partos de las adolescentes ocurren en países en desarrollo • 20.000 mujeres menores de 18 años dan a luz cada día en los países en vías de desarrollo • Alta deserción escolar de adolescentes y jóvenes embarazadas 	<ul style="list-style-type: none"> • Ausencia de servicios de salud y educación sexual y reproductiva • Matrimonio infantil • Vulneración de los DERECHOS HUMANOS • Pobreza • Violencia y coacción sexual • Políticas estatales que restringen el acceso a métodos anticonceptivos • Falta de inversión en el capital de adolescentes y jóvenes

- 70.000 mujeres jóvenes mueren al año por complicaciones del embarazo y parto
- 3.2 millones de abortos inseguros practican adolescentes y jóvenes
- Al menos 50 países mantienen la penalización a relaciones homosexuales
- Ausencia de poder de decisión de las adolescentes y jóvenes
- Presión social hacia la reproducción como manifestación del género femenino
- Ausencia de servicios de salud y educación sexual y reproductiva
- Ausencia de legislación que promueva el ejercicio de los Derechos sexuales y reproductivos

FUENTE: Elaboración propia a partir de los datos del Fondo de Población de las Naciones Unidas 2013

En resumen, los derechos sexuales y reproductivos a estar referidos al cuerpo, al placer, a las decisiones y bienestar de toda persona son parte integrante de la dignidad humana por lo cual es necesario su reconocimiento dentro del catálogo de derechos fundamentales de la Constitución. Así, no basta solamente con reconocerlos dentro del texto constitucional sino que este reconocimiento obliga al Estado a planificar y ejecutar políticas públicas estratégicas que dejen de lado las restricciones, mitos y tabúes que históricamente han rodeado a los temas de la sexualidad y reproducción especialmente de mujeres, jóvenes y personas GLTB; de lo contrario la mortalidad materna, embarazos no planificados, muertes por cáncer de cuello uterino, mamario y prostático, abortos ilegales e inseguros, aumento en las infecciones de transmisión sexual y VIH, serán temas que seguirán teniendo altos índices promoviendo los actuales círculos de pobreza y exclusión, tal como se advertirá en un siguiente capítulo de la investigación.

CAPÍTULO 3

NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

1. El nuevo constitucionalismo latinoamericano desde la Teoría del Estado

Para estudiar la teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano, es necesario hacer un estudio sobre el Estado y sus diferentes etapas históricas y cómo éstas han determinado la evolución del constitucionalismo a lo largo de la historia occidental. A lo largo de la historia de la humanidad, las diferentes culturas y sociedad han tenido diferentes formas de organización política, las cuales surgieron mediante la existencia de las relaciones de poder presentes desde las sociedades más primitivas.

De esa manera, el concepto de Estado moderno, como forma de organización política, no ha existido desde siempre sino que el mismo es un concepto desarrollado durante la Edad moderna en Europa occidental. Para Vela (2008) el Estado es un orden político más que ha sido producto del paso de un sistema económico feudalista a otro liberal hacia el siglo XV, destacando que el momento histórico y las condiciones socio culturales siempre determinan el nacimiento, auge y decadencia de las formas de Estado moderno las cuales van a ser reconocidas por textos constitucionales que también responden a los intereses, valores y objetivos de la sociedad en un determinado momento histórico.

En ese sentido, se puede reconocer 5 etapas del Estado moderno:

**TABLA No.11
ETAPAS DEL ESTADO MODERNO**

<i>Momento histórico</i>	<i>Tipo de Estado</i>	<i>Tipo de Constitucionalismo</i>
Siglo XV	Estado monárquico absoluto	No existía
Fines siglo XVIII	Estado liberal revolucionario	Constitucionalismo liberal revolucionario
Siglo XIX	Estado de Derecho	Constitucionalismo liberal conservador
Mitad siglo XX	Estado social de derecho	Constitucionalismo social
Fines siglo XX	Estado social y democrático de derecho	Neoconstitucionalismo
Fines siglo XX e inicios del siglo XXI	Estado constitucional	Nuevo constitucionalismo latinoamericano

FUENTE: Elaboración propia

Weber (1984) establece que la cultura, los fenómenos sociales y económicos, y las relaciones de poder determinan tanto a la formación como al desarrollo del Estado, por lo cual no existe una teoría general del Estado existiendo más bien diferentes formas de estudiar la estatalidad. Asimismo, establece que todo Estado tiene hitos fundacionales los cuales en su mayoría son violentos donde diversos tipos de fuerzas políticas interactúan, afirmando que tradicionalmente el Estado es fuerza, es el sinónimo del ejercicio monopolítico de la fuerza legítima.

Como ya mencionó, en sus orígenes el Estado moderno es renacentista y se desarrolla en Europa occidental, no existiendo dentro de la doctrina de la teoría del Estado una unanimidad sobre cuál es el hito histórico de formación del Estado moderno durante el renacimiento. Así, para gran parte de la doctrina identifica como el hito de la consolidación del concepto de Estado moderno a la Paz de Westfalia de 1648, evento por el cual las diferentes potencias europeas reconocieron su existencia entre sí aceptando que cada Estado posee un territorio propio donde puede establecer sus propias normas, lo cual no es más que el reconocimiento de la soberanía nacional a nivel internacional; es decir, que el reconocimiento recíproco entre Estados fue el hito histórico donde se puede situar la consolidación del Estado moderno.

Al igual que el término derecho, al Estado se lo ha conceptualizado de diversas maneras donde quizás la definición establecida por Ossorio (2003) cuando señala que Estado es la sociedad política y jurídicamente organizada que cuenta como elementos a la población, al territorio y al poder, es la más aceptada dentro de la doctrina jurídica. Para Vela (2008) el Estado moderno también cuenta con elementos funcionales, los cuales son el monopolio de la fuerza legítima, los procesos de acumulación capitalista, la generación de procesos de identidad cultural donde la ciudadanía no se construye a través de una sola cultura, el sometimiento del poder al derecho, y la intervención estatal en la economía.

Es decir, que el Estado se compone de los siguientes elementos:

TABLA No. 12
ELEMENTOS DEL ESTADO MODERNO

Elementos constitutivos	Elementos funcionales
<ul style="list-style-type: none"> • Población • Territorio • Poder: soberanía y 	<ul style="list-style-type: none"> • Monopolio de la fuerza legítima • Procesos de acumulación de capital

subjetividad internacional

- Generación de procesos de identidad cultural
- Sometimiento del poder al derecho
- Intervención estatal en la economía

FUENTE: Elaboración propia

La explicación del nacimiento y posterior consolidación del Estado moderno puede entenderse mediante ficciones como la aportada por Rousseau (1985) en su teoría sobre el contrato social, ello con el objetivo de crear un imaginario colectivo sobre la validez del Estado para que sus ciudadanas y ciudadanos obedezcan las disposiciones del mismo. Así, Gramsci (1998) señala que antes del Estado moderno había un estado primitivo y de barbarie caracterizada por la administración de la justicia por propia mano o justicia privada, por lo que muchos ámbitos privados pasan a ser públicos por el nacimiento del Estado moderno, apareciendo así la delegación de los derechos naturales en favor del Estado, el cual los reconoce al mismo tiempo que los limita. Gramsci (1998) también se hace la pregunta sobre qué es lo público, señalando que la actividad estatal se basa en quitar del ámbito privado ciertas actividades que incumben a la sociedad como la administración de justicia, regulación económica o la defensa nacional.

De esa manera, la actividad estatal procura, conforme su naturaleza, regular todos los aspectos sociales e incluso algunos privados, de lo cual se advierte que la actividad estatal siempre estará en una relación dialéctica con las libertades individuales de las personas. La seguridad, defensa y justicia son temas tradicionalmente públicos porque hay un interés general pero actualmente hay temas que no quedan muy claros sobre la si la actividad estatal debe o no intervenir, tales son los casos de las identidades, sexualidad o el consumo de drogas.

El tratamiento sobre cuál debería ser el límite entre lo público y privado lo inicia el pensamiento liberal durante las revoluciones liberales, esa reflexión iniciada con John Locke en Inglaterra fue retomada en Francia por Rousseau y Montesquieu. Así, los límites del Estado son los espacios privados los cuales adquieren protección a través del reconocimiento y vigencia de los derechos civiles, iniciando así una relación constante, y hasta veces conflictiva entre autoridad estatal y libertad individual, dicha relación también será uno de los fundamentos de construcción del constitucionalismo tal como se estudiará más adelante.

Ese fundamento de las revoluciones liberales en Europa también fueron asumidas en las revoluciones latinoamericanas, las cuales adoptaron modelo liberal europeo adaptando sus institutos a la realidad latinoamericana provocando híbridos y otros casos proyectos inacabados. El auge del pensamiento teórico del liberalismo se pone en duda a partir del siglo XIX cuando doctrinarios como Marx (1975) y el club de Frankfurt señalan el liberalismo no puede ni podrá alcanzar un equilibrio entre libertad e igualdad; ello, porque donde hay libertad (especialmente libertad económica) siempre existirá desigualdad. Este pensamiento marxista fue uno de los antecedentes teóricos para que luego a inicios del siglo XX comience la consolidación del Estado social de derecho.

De esa manera, puede señalarse que el Estado moderno es una forma más de organización social y una forma de ejercer el poder, donde su funcionalidad y desarrollo va estar aparejado de otro instituto del derecho que es la Constitución. Es decir, que para entender a cabalidad al Estado moderno y sus funciones dentro de la sociedad es necesario estudiar los orígenes y etapas del constitucionalismo.

2. El nuevo constitucionalismo latinoamericano desde la Teoría de la Constitución

En la primera fase del Estado moderno, en el Estado monárquico absoluto, el monarca o el rey no tenía límites en el ejercicio de su poder, lo desarrollaba tal como los emperadores romanos sin ningún tipo de responsabilidad. Ante esa forma de ejercicio del poder ilimitada que se convirtió en muchos casos como abusiva frente al pueblo, hacia el siglo XVII se inician los primeros planteamientos de la necesidad que una norma jurídica suprema se erija como una fuerza contraria al poder absoluto. Es decir, que la Constitución aparece como una forma de limitar el poder de los monarcas mediante la redacción de un texto constitucional, el cual se constituye como la norma jurídica de mayor importancia dentro del Estado. Esta Constitución debe cumplir con ciertos requisitos para ser considerada como democrática, es decir, no toda Constitución es democrática ya que la forma en la que se realice su redacción y los grados de participación del pueblo en ese proceso será el determinante que establezca si ese texto constitucional es democrático o no. En ese sentido, existe una necesidad de estudiar la Constitución y sus implicancias, por lo que es necesario generar una doctrina que permita teorizar sobre el texto constitucional, esta teoría de la Constitución con el tiempo adquirió el nombre de constitucionalismo.

Es claro que el concepto de Constitución es un concepto plural y abierto, no existiendo una uniformidad en la doctrina sobre un concepto único. Para Ossorio (2003) la palabra constitución se refiere al conjunto de normas legales que organizan al Estado, es decir que la existencia de una Constitución significa la vigencia de un orden normativo por el cual gobernantes y gobernados están sujetos a sus reglas. También señala que el concepto de Constitución es producto de las revoluciones liberales del siglo XVIII, ya que éstas aportaron el elemento democrático de la vigencia de una Constitución, es decir que Constitución no es sólo una norma jurídica que organiza el Estado sino que

debe nacer del pueblo para limitar y separar los poderes públicos como también reconocer derechos a la población; con lo cual se puede señalar que desde la civilización más antigua se puede hablar de la existencia de normas jurídicas equivalentes a la Constitución pero no fue hasta el siglo XVIII que apareció la Constitución democrática. En ese sentido, es importante aparejar el concepto de Constitución con el concepto de soberanía, el cual se refiere al origen del poder, de esa capacidad de crear normas y hacer cumplirlas en la sociedad. Así, cuando la soberanía emana y reside en el pueblo se está haciendo referencia a una Constitución democrática.

Habermas (1981) señala que la Constitución es producto y reflejo de la realidad, el contenido de una Constitución va a depender del momento histórico en el cual es redactada, con ello se hace referencia a un concepto sociológico de la Constitución; por lo cual, se puede señalar que toda sociedad cuenta con una Constitución. Es por ello, que para cierto sector de la doctrina la primera constitución es el Código de Hammurabi como la norma más antigua que se tenga conocimiento de regulación social mediante una norma jurídica general.

Por otra parte, en la Grecia clásica la Constitución era entendida como el principio según el cual parecen ordenadas las autoridades públicas y especialmente aquella que está sobre las demás, la autoridad soberana, por lo cual se advierte que también en la Grecia clásica ya se hacía estudio de la Constitución. Por esa razón, para ser precisos es necesario señalar que el concepto de Constitución tal como lo conocemos ahora aparece recién durante la Revolución americana de 1776, y las anteriores normativas de carácter general serán tomadas como antecedentes al ordenamiento constitucional democrático. En ese sentido, tenemos como principales antecedentes de la Constitución democrática al Código Hammurabi, las instituciones de Aragón y la Carta Magna de Inglaterra.

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

El constitucionalismo tiene sus inicios en Inglaterra hacia el siglo XVII y a partir de ese momento histórico se ha ido consolidando como una respuesta teórica y filosófica a una pregunta histórica que se hicieron tanto políticos como juristas la cual radicaba en cuál debe ser la legitimidad del ejercicio del poder político.

Por siglos se pensó la legitimidad del poder provenía de lo divino hasta que en el renacimiento muchos doctrinarios como Maquiavelo, Hobbes, Locke o Rousseau comenzaron a plantear nuevas formas de legitimidad del poder. Así, el constitucionalismo es una forma de racionalizar el poder, de legitimarlo a través de su sometimiento a una norma jurídica superior, planteando que esa norma superior sea una Constitución por la cual las y los gobernantes sólo puedan actuar bajo los preceptos que la norma les autoriza.

Es así que el constitucionalismo tiene como finalidad dar legalidad al ejercicio del poder público mediante la vigencia de un texto constitucional por el cual el poder deja de tener un fin en sí mismo, tal como sucedió en el absolutismo, para ser un garante de las libertades y los derechos fundamentales de las personas. Para Valencia (1964) el constitucionalismo cumple con dos

funciones centrales dentro del Estado: otorga un orden jurídico a la sociedad y establece una organización del Estado, éstas dos funciones han permitido que el Estado pueda desarrollarse hasta una forma madura como lo son los Estados modernos y también ha permitido consolidar un orden social a través de la aplicación de la Constitución. Este autor señala que dentro de todo ordenamiento jurídico se reconocen dos principales tipos de normas jurídicas, unas son las normas que regulan la conducta de las personas en sociedad y las otras se refieren a normas de organización que establecen los procedimientos de ejecución y aplicación de esas normas de conducta. Así, el constitucionalismo cumple con un papel de suma importancia al establecer las formas en las que se deben formular las normas de conducta y estableciendo cuáles son las autoridades que deben dichas normas de conducta; es decir, que el constitucionalismo determina cuáles son las autoridades competentes para dictar normas de conducta donde sólo la Constitución determinará las funciones de los órganos del Estado aplicando el principio de legalidad de la administración.

Todo Estado crea normas jurídicas para regular la conducta social de las y los ciudadanos con el objetivo de procurar la convivencia pacífica entre los miembros del Estado, para este objetivo el Estado usa como herramienta el ejercicio del poder público el cual se caracteriza por el monopolio de la fuerza, de la violencia; ya decía Weber (1984) que el Estado es el único ente que tiene el monopolio de la fuerza legítima. De esa manera, el Estado al poder usar la violencia de forma legítima genera una necesidad de límites que racionalicen el uso de la violencia estatal, por esa razón el límite del uso de la fuerza y del ejercicio del poder público debe encontrarse en una Constitución que tenga un carácter democrático, que provenga de la soberanía del pueblo.

En ese sentido, el constitucionalismo tiene su justificación según el momento histórico y tipo de sociedad donde desarrolle sus funciones, la coyuntura social va a ser una determinante central en el desarrollo o en la crisis del

constitucionalismo. Tal como se analizará más adelante, los diferentes tipos de constitucionalismo responden a momentos históricos determinados donde la sociedad tiene reivindicaciones sociales que exige al Estado como libertades, derechos, democracia, etc., así las Constituciones deben ser capaces de resolver mediante su normatividad los problemas sociales de lo contrario la ineficacia constitucional generará inevitablemente en situaciones constituyentes donde la sociedad pedirá un cambio en el constitucionalismo.

Para referirse sobre la aparición de la Constitución democrática es indispensable hacer referencia sobre el origen del poder, de dónde surge esa facultad de los gobernantes para decidir mediante normas sobre las vidas y destinos de sus ciudadanas y ciudadanos. Hay que preguntarse: ¿Cuál es la fuente del poder? y ¿Cuándo ese ejercicio de poder es legítimo?

El poder detentado en la figura del monarca es esencialmente de facto, nadie elige al monarca, su poder no depende de nadie más que de él mismo. Por ello, como nadie elige al rey éste adquiere la legitimidad de su ejercicio de poder en la fuerza y en la intimidación de las personas. En ese sentido, el mundo tardó siglos para que la legitimidad del poder pase del albedrío de una persona al pueblo, a las ciudadanas y ciudadanos. Así, el poder del rey se justificó durante siglos señalando que es el único que tiene el poder originario, su poder es absoluto con ciertos límites aportados en el derecho natural, puede hacer todo lo posible ya que su poder no depende de nadie, es indelegable e indivisible. Tanto poder de hecho necesita una justificación racional que todos los monarcas la encontraron en lo divino, en lo religioso; es decir, que la legitimidad del poder del rey se justificó filosóficamente en la divinidad del rey y en lo político mediante la fuerza.

Por su parte, Maquiavelo (1990) hace el estudio sobre la legitimidad del poder proponiendo racionalizar sobre el Estado. Así, señala que la justificación del poder no viene de Dios sino que la legitimidad del rey viene de la virtud,

entendiendo a esta virtud como el conocimiento y capacidad de actuar del monarca, debe tener conocimientos sólidos sobre la historia de su pueblo para saber cómo es la gente y su cultura, el rey es mejor que su pueblo porque es tiene moral ante sus súbditos, debe ser paternalista y poseedor de fortuna. Es decir, que Maquiavelo plantea una legitimidad del rey a partir de la razón y no de la divinidad.

Tiempo más tarde aparecen las doctrinas contractualistas quienes explican de dónde viene el poder político a partir del contractualismo clásico, el cual se basa en la existencia de un estado de naturaleza donde el Estado aparece limitando el poder y para asegurar la existencia pacífica entre las personas.

De esa manera, el paso del estado de naturaleza hacia el Estado civil o moderno es la aparición de un pacto o un contrato por el cual se crea el poder político de forma consensuada. Hobbes, Montesquieu y Locke señalan que ese contrato, como límite y división del poder como conservación de derechos de las personas frente al rey, debe ser necesariamente democrático naciendo en el pueblo. Así, la legitimidad del poder radica en la voluntad popular, donde el soberano no es el rey sino el pueblo.

Por su parte, Locke (1963) señala que las sociedades originarias son sociedades de derechos donde rige el iusnaturalismo, donde debe protegerse la vida, la libertad y la propiedad. Se necesita del Estado civil para asegurar la vigencia de los derechos en el tiempo pero a su vez hay que limitar el poder de ese Estado; por esa razón, se debe construir constitucionalmente los límites a ese poder estatal a través de la división de poderes (legislativo, ejecutivo y federativo, entendido como relaciones internacionales). El Estado civil es el fruto del acuerdo de la sociedad, dicho acuerdo queda legitimado en un contrato, en un pacto.

Por lo analizado anteriormente, se puede señalar que tanto para Hobbes y Locke la política nace del derecho o lo que también se ha denominado el origen

jurídico del poder político. Locke es constitucionalista mientras que Hobbes aparentemente es un absolutista porque nunca pone en duda la figura del rey, sin embargo al planear límites al poder del rey en su capacidad de mantener la seguridad donde el uso de la fuerza tiene que ser siempre limitado y cuando señala que la sociedad tiene derecho a la insurrección, se puede afirmar también que es constitucionalista. Para ambos autores la sociedad está facultada para ejercer el derecho a la insurrección contra la autoridad abusiva y ambos creen en el contrato como legitimador del poder.

Por otra parte, Rousseau (1985) también estudia la legitimidad del poder señalando que el ejercicio del poder se justifica mediante un contrato que la sociedad acuerda de forma genérica por el cual se emancipa del monarca y ejerce directamente el poder. Mediante el contrato social se produce el paso del Estado de naturaleza al Estado civil, iniciando el tratamiento sobre la soberanía popular y haciendo una diferencia entre la libertad natural y la libertad civil. Durante el estado de naturaleza el hombre vive bajo leyes naturales en armonía, el hombre es bueno por ley natural, todas sus necesidades están cubiertas en ese mundo ideal. Este planteamiento se construye en base a los relatos de la vida en las sociedades primitivas de América antes de la colonización europea.

La ley, para Rousseau (1985), nace por un pacto, por un acuerdo, tomando como ejemplo el nacimiento de la propiedad privada donde una persona en algún momento de la historia de la humanidad reclamó la propiedad sobre un determinado objeto y el resto de la sociedad en común acuerdo le reconocen ese derecho. Así, el pacto acordado por los miembros de la sociedad tiene por objetivo el reconocimiento de derechos constituyéndose este pacto en el primer instrumento democrático en el Estado.

Dicho pacto es un poder nuevo que reconfigura el concepto de soberanía, aportado por Hobbes, señalando que la soberanía es el poder del pueblo para

crear al Estado civil de forma racional, por lo cual la soberanía es absoluta. Cabe destacar que para Rousseau existe una diferencia entre el pacto social y el contrato social, el primero es el poder constituyente el cual no es elemento jurídico sino un elemento *de facto*, mientras que el segundo es el poder constituido. El poder político surge desde la voluntad democrática de los miembros de la sociedad para crear el contrato social.

La libertad civil, para Rousseau, es la capacidad que tiene la toda persona de desarrollar su propia sociedad participando políticamente. La ley civil es el instrumento por el cual se construye el Estado civil basándose en el respeto a la voluntad general, la ley civil no es restrictiva porque es fruto de la voluntad más bien hace libres civilmente a las y los ciudadanos porque se auto otorgan dichas leyes; así, la persona que no cumple la ley y la quebranta, no es libre por lo que no hay que encarcelarlo sino educarlo. Finalmente, para Rousseau (1985) la soberanía no es un atributo sino es el poder del pueblo para tomar decisiones de forma ilimitada, entendiendo a la soberanía como poder absoluto, bajo este concepto se inspiran las revoluciones liberales y las posteriores teorías del poder constituyente. De esa manera, la Constitución más allá de ser un límite al poder se erige como la fuente del ejercicio del poder constituyente.

Entonces, existiría un choque conceptual entre el radicalismo democrático desarrollado por Rousseau y el constitucionalismo de Locke. Esta aparente tensión se superó por las revoluciones liberales del siglo XVIII las cuales pudieron construir una síntesis entre democracia y constitucionalismo, creando el constitucionalismo democrático en el cual existe un poder absoluto que se encuentra en la soberanía popular que es democrático y justifica su existencia en la creación de un poder relativo donde existen derechos, libertades y una organización del poder público.

Es decir, que mediante el constitucionalismo democrático se legitima el ejercicio del poder mediante la elaboración de una Constitución proveniente de la soberanía popular.

En definitiva, teóricamente no podría existir una Constitución democrática porque son conceptos contrarios porque la vigencia de una Constitución implica límites al poder mientras que la democracia señala un poder del pueblo que por esencia es ilimitado, así la Constitución democrática que aparece mediante las revoluciones liberales del siglo XVIII logran hacer una simbiosis entre Constitución y democracia donde hay límites al ejercicio del poder pero a través del reconocimiento de derechos y libertades individuales de las y los ciudadanos; logrando así que la legitimidad del poder resida en la vigencia de una Constitución.

Entonces, quedando claro que el constitucionalismo responde a determinados momentos históricos de la sociedad por lo cual su conceptualización es diversa y cambiante según el momento histórico y el enfoque filosófico de sus autores. Así, García Pelayo (1984) señala que el constitucionalismo está integrado por:

- ❖ Concepto racional normativo
- ❖ Concepto histórico tradicional
- ❖ Concepto sociológico

El concepto racional normativo del constitucionalismo está referido a las teorías de racionalismo europeo antes de las revoluciones liberales, estas teorías señalaban que tanto los fenómenos naturales como los fenómenos sociales obedecen a un orden natural que el ser humano puede estudiar y descubrir desechando la tradicional teoría política que señalaba que los monarcas tenían un mandato divino para ejercer el poder, planteando que el verdadero poder surge del pueblo, de la su voluntad de forma libre.

En ese sentido, ningún poder proviene de lo divino o sobrenatural y tampoco una Constitución, ya que ese poder y la Constitución provienen de la razón e inteligencia humana por la cual se organiza al Estado y limita el poder del monarca de turno.

El racionalismo plantea que es posible planificar la vida humana y racionalizar los eventos políticos mediante una norma jurídica proveniente de la inteligencia humana que determine la organización del Estado y ordene la conducta de las personas en sociedad. Por esa razón, esa norma jurídica es la Constitución que debe provenir de la razón humana para brindar orden y estabilidad a la sociedad, todo poder existente no puede estar sobre la Constitución ya que ésta somete a los diferentes tipos de poderes y personas que lo detentan. Así, la soberanía no proviene de lo divino sino de la voluntad del pueblo para contar con una Constitución, donde el poder de los gobernantes sólo será legítimo cuando es prevista en la Constitución; es decir, la soberanía tiene su fuente en el pueblo y reside en el texto constitucional. Así, el concepto racional normativo del constitucionalismo establece que sólo el modelo republicano democrático es aquél que puede organizar al Estado mediante la existencia y vigencia de una Constitución necesariamente escrita.

Respecto al concepto histórico tradicional del constitucionalismo, establece que las revoluciones liberales del siglo XVIII no fueron del todo suficientes para terminar con el absolutismo porque luego de los periodos revolucionarios los resabios de la monarquía volvieron por toda Europa teniendo a Francia con Napoleón Bonaparte como el gran ejemplo de ello. Hubo una tensión entre los revolucionarios y los absolutistas, entre el racionalismo ilustrado y revolucionario contra el historicismo.

Así, esta teoría del constitucionalismo señalaba que éste no puede ser fruto de una actividad racional del ser humano de un momento a otro sino que una

sociedad debe pasar por grandes momentos históricos y luchas sociales para llegar a tener una Constitución como norma suprema que rige la sociedad.

Para el concepto histórico tradicional, la Constitución no es fruto de la razón sino de la costumbre, de procesos sociales por los cuales la sociedad va construyendo y asumiendo poco a poco un orden constitucional; en ese sentido, la Constituciones no necesariamente crean normas para la sociedad sino reconoce los usos y costumbres de la sociedad brindándoles el carácter de constitucional; así, las Constituciones no necesariamente deben ser escritas ya que el concepto de Constitución se va ir construyendo a lo largo del tiempo por diversas normas que adquieren un rango constitucional. Asimismo, la soberanía no reside en la Constitución sino que debe personalizarse en un individuo o en un órgano del poder constituido.

Y por último, el concepto sociológico del constitucionalismo se basó en las teorías sociológicas de Augusto Comte por la cual todas las áreas del conocimiento humano (filosofía, religión, arte, derecho, etc.) son producto del desarrollo cultural de cada sociedad. De esa manera, la Constitución no es producto de una decisión proveniente de la razón humana, ni de procesos históricos sino que es producto de determinaciones sociales del presente, de la coyuntura. La Constitución por ello ejerce su normatividad para el presente, es más importante que determine un "ser" más allá de establecer un "deber ser" en la sociedad. Para este enfoque del constitucionalismo, la Constitución siempre debe regular el presente porque sólo así se puede garantizar su permanencia y eficacia, de lo contrario sería una norma que se remita exclusivamente a un orden abstracto que no se acomoda a la realidad de una sociedad.

Por esa razón, la Constitución en su contenido siempre será dinámica sujeta a constantes cambios evitando ser una norma inmutable en el tiempo.

También, es necesario analizar a los tradicionales doctrinarios del derecho sobre cuál es su conceptualización del constitucionalismo para tener un amplio panorama al respecto y principalmente ir identificando su evolución histórica. De esa manera, para Hauriou (1980) la Constitución al igual que el derecho es fruto de la voluntad soberana del pueblo, de la decisión popular, donde la Constitución no nace de forma espontánea sino lo hace a través de la decisión del pueblo de activar el poder constituyente. Para este doctrinario existe una distinción entre Constitución y leyes constitucionales donde su diferencia radica en su contenido, así la reforma es válida para las leyes constitucionales mas no para la Constitución porque no puede reformarse la decisión del poder constituyente a menos que vuelva a activarse.

Para Kelsen (1982) el Estado es la expresión del derecho vigente, es la manifestación del ordenamiento jurídico positivo, en ese contexto la Constitución es una norma única e irrepetible que es la base y justificación de la existencia del resto de las normas jurídicas. La Constitución es la norma fundamental de todo el ordenamiento jurídico donde todas las normas proceden de dicha norma fundamental. Es decir, para este doctrinario la Constitución es la expresión del orden jurídico que organiza las funciones y atribuciones del Estado.

En definitiva, puede afirmarse que el constitucionalismo es una creación teórica del ser humano por la cual se busca legitimar el ejercicio del poder público estableciendo que la soberanía es una facultad que tiene el pueblo por el cual se otorga a sí misma una Constitución para limitar el poder de las y los gobernantes, y también para reconocer derechos y libertades a las y los ciudadanos.

3. Etapas del constitucionalismo

Tal como se mencionó anteriormente, la consolidación del constitucionalismo se produce por efecto de las revoluciones liberales del siglo XVIII, por lo que cuenta con antecedentes que se remontan a la antigüedad. A continuación, se realizará una explicación sobre las diferentes etapas históricas del constitucionalismo.

Valencia (1964) establece que toda sociedad, hasta la más remota, cuenta con una organización política por la cual se definen roles tanto de acción como de poder, donde en inicio están vigentes las normas de carácter religioso y moral por las cuales se regía la vida en sociedad. Así, esas normas religiosas o morales de carácter general son el primer antecedente de la existencia de la Constitución que sucedería siglos más tarde, donde las primeras normas fundamentales forman parte del derecho consuetudinario.

En todas las sociedades existen desigualdades, que son inevitables, las cuales crean conflictos entre las personas por lo que es necesario contar con un tipo de organización política, que posteriormente se constituyó como el Estado moderno, que tenga la capacidad de crear y hacer cumplir un ordenamiento jurídico mediante el uso de la fuerza para asegurar la paz social. Así, en la Edad antigua, las normas que emanan de las primitivas organizaciones políticas son los primeros antecedentes de la Constitución moderna debido a que esas normas contaban con una característica especial de fundamentalidad por las cuales se organizaba a la sociedad.

Así, Montesquieu (1980) asegura que toda sociedad tiene una necesidad casi inherente a contar con un orden político, de lo contrario pondría en peligro su misma existencia, por lo cual el Estado al ser este orden político moderno primero debe constituirse políticamente a través de la voluntad de sus miembros para luego, en un segundo momento, instituirse de un orden jurídico que garantice la paz social y la libertad en ese Estado, entendiendo a ese orden

jurídico como la existencia y vigencia de una Constitución. De esa manera, existe un estrecho vínculo entre Estado y Constitución por lo que conforme lo establecido por Vela (2008) estudiar al constitucionalismo es necesariamente un estudio histórico de la evolución de las diferentes formas de estado.

Entonces, si los griegos ya contaban con una organización política como lo era la *polis* y al igual que los romanos era la *civitas* es inevitable preguntarse por qué tardó tanto la formación del Estado moderno hasta la firma de la Paz de Westfalia en el siglo XVII. Por lo cual, es necesario analizar brevemente cuáles fueron las circunstancias políticas y histórica que desencadenaron ese proceso. Vela (2008) señala que después de la caída del imperio romano de occidente hacia el año 476 se inicia un empoderamiento del mundo árabe al mismo tiempo que aparece el feudalismo en Europa occidental, así los árabes se apropiaron del comercio naval en todo el mar Mediterráneo monopolizando el comercio de la época. La grandeza del Imperio Árabe pierde poder por los conflictos entre La Meca y Córdoba, ambos como centros de poder, comenzando a emerger en Europa occidental un nuevo orden político llamado Estado, retomando las organizaciones políticas de la *polis* y la *civitas*.

Por su parte, la organización política de la antigüedad o los también denominados los Estados primitivos se desarrollaron mediante el esclavismo donde las decisiones y las leyes eran elaboradas por un círculo reducido de hombres libres, el poder sólo estaba a disposición de este grupo de personas donde el resto de las personas no eran considerados como seres humanos no reconociéndolos derechos ni libertades.

Estos Estados primitivos son teocráticos donde las normas fundamentales se encuentran diversos textos, entre los cuales se puede destacar a:

- ❖ Código de Manú en la India
- ❖ Código de Hammurabi en Persia

❖ Ley Mosaica en Israel

❖ Ley de Minos en Creta

3.1 Constitucionalismo liberal

Toda sociedad por naturaleza es conflictiva porque cada persona es distinta teniendo diferentes ideales y aspiraciones, por ello la sobrevivencia del Estado como orden político vigente requiere de un sistema de gobierno que permita que las y los ciudadanos desarrollen formas y procedimientos civilizados que resuelvan los conflictos, tal como lo hace un órgano judicial en un sistema democrático. Entonces, la función del Estado o su éxito como entelequia humana radica en la capacidad de resolver los conflictos entre las personas asegurando la paz social; estados donde existe una alta conflictividad e insatisfacción institucional por parte de sus ciudadanas y ciudadanos será producto de una falta de presencia estatal en la vida de las personas. Es por ello, se puede afirmar que el constitucionalismo está vinculado con el desarrollo del Estado moderno como una forma de legitimar el poder político; es decir, no se puede hablar de constitucionalismo sino hasta la formación y desarrollo del Estado moderno, por lo que es necesario analizar brevemente la formación del Estado moderno.

Este proceso de formación del Estado moderno, se lo puede advertir claramente en lo que hoy conocemos como España, la cual hacia el siglo XIII estaba dominada por los árabes excepto el reino de Asturias la cual era católica así que mediante guerras y matrimonios se unifican diferentes reinos españoles hasta llegar al reinado de los reyes católicos en el siglo XV. Así, hay un paso de un pequeño reino medieval a un gran reino español, donde los reyes ejercieron plenamente el monopolio de la violencia legítima creando una identidad nacional casi a la fuerza imponiendo la lengua castellana y la religión católica por toda España, al mismo tiempo que la viabilidad económica del estado español fue gracias a los impuestos recaudados en las colonias. Con esta

brevísima descripción de la formación de España se quiere hacer énfasis que el nacimiento del Estado moderno tiene dos pilares centrales para su existencia y vigencia: absolutismo y mercantilismo, donde este absolutismo naciente es financiado por el también naciente mercantilismo o capitalismo.

El caso inglés es diferente al español, en relación a la formación del Estado moderno, porque las colonias no se caracterizaban por contar recursos naturales minerales como la plata o el estaño sino que la riqueza de Inglaterra se fue desarrollando a través de la industria, de la producción de productos; es decir, España tenía las riquezas pero Inglaterra y Holanda eran quienes usufructuaban de las riquezas de las Américas. Por otro lado, al igual que en España se consolida el absolutismo con los reyes católicos Inglaterra lo hace con el reinado de Isabel I que consolida todo lo iniciado por su padre Enrique VIII; por lo cual, se advierte que la formación de Inglaterra como Estado moderno también es producto de la simbiosis del absolutismo con el mercantilismo.

Y, como apunte, se podría establecer que es allí, en la formación del Estado moderno, donde podemos encontrar la diferencia entre los Estados de influencia española como los latinoamericanos con los de influencia inglesa en relación a los sistemas económicos: los Estados actuales que fueron colonias españolas se caracterizan mayoritariamente por tener modelos económicos extractivistas mientras que los que fueron colonias inglesas tienen modelos industrializados.

Por su parte, Marx (1975) establece que el nacimiento del capitalismo es una consecuencia que sucede cuando cae feudalismo en Europa, en ese periodo no existía un comercio como tal ya que las personas consumían lo que producían. Entonces, el paso a una economía del capital, en la teoría del valor agregado de Adam Smith, se da principalmente por dos factores: la transformación de las materias primas y el inicio de los procesos de acumulación de riqueza. Estos

procesos revolucionan no sólo la organización económica de la sociedad occidental sino inevitablemente tiene sus efectos en la organización social, porque la transformación de las materias primas requiere una especialización del trabajo la cual combinada con la ciencia de la época crean las primeras industrias y, a su vez, los propietarios de las industrias se constituyen en la naciente burguesía. De ese modo, el absolutismo adquiere una función primordial que es dar seguridad a la burguesía para que sigan generando riqueza, de donde se advierte claramente esta relación entre absolutismo y mercantilismo: la burguesía necesita que el monarca le reconozca y asegure libertades comerciales y a cambio financia al absolutismo; iniciando así una de las funciones principales del Estado moderno que es asegurar la paz social y el ejercicio de las libertades individuales.

Cabe señalar, que durante la Edad media la mayoría de las instituciones jurídicas romanas habían mutado o desaparecido retomando los criterios religiosos o teológicos para explicar al mundo y sus instituciones.

Ese pensamiento religioso influyó en gran medida el entendimiento del Estado monárquico absoluto de la época, las normas que eran elaboradas tenían una finalidad religiosa sirviendo de guía moral para que las personas alcancen el paraíso o la "ciudad de Dios". Es decir, que el Estado y el derecho estaban sometidos a la religión donde sólo eran una herramienta para que las personas alcancen la salvación, donde gobernantes y gobernados estaban sometidos a la autoridad del Papa. Esta simbiosis entre absolutismo y mercantilismo, hacia el siglo XVI, genera el nacimiento del Estado moderno en su fase primitiva o inicial la cual se consolida con la firma de la Paz de Westfalia, donde estos Estados primitivos en Europa se dan cuenta que no pueden destruirse entre sí reconocimiento sus existencia o lo que el derecho internacional público llamaría tiempo después como el reconocimiento recíproco de la subjetividad internacional.

3.1.1 Inglaterra

Ahora bien, el paso ese Estado moderno primitivo al Estado liberal revolucionario, y consiguientemente el nacimiento del constitucionalismo, es producto de la lucha de la burguesía inglesa que derivó en la Revolución gloriosa de 1688 por la cual el absolutismo ejercido por los monarcas quienes se habían caracterizado por un ejercicio del poder de forma absoluta, sin límites encuentra dichos límites en la consolidación del parlamento pasando de ser una monarquía absoluta a una monarquía constitucional. Asimismo, la burguesía inglesa pide a su rey lo que siempre solicitaba la burguesía desde siglos atrás: el respeto y protección de sus libertades mercantiles donde el pilar fundamental era el respeto y plena protección estatal de la propiedad privada.

Es decir, que en la revolución inglesa del siglo XVII hay un conflicto de poder entre la nobleza y la burguesía, el nacimiento del Estado liberal revolucionario se da a partir de una ruptura entre el absolutismo y el mercantilismo debido al poder y a la riqueza que habían adquirido los burgueses durante casi 3 siglos de mercantilismo.

Entre los antecedentes de la Revolución gloriosa de 1688, Valencia (1964) señala que si bien en la Edad Media no existe un gran avance para el constitucionalismo sí puede resaltarse un hecho central como un gran antecedente del constitucionalismo moderno, este hecho fue la otorgación de la Carta Magna en Inglaterra el año 1215. La Carta Magna puede señalarse que es la primera ley fundamental donde el rey reconoce derechos a sus súbditos, debido a que el rey inglés Juan Sin Tierra se vio obligado a respetar los privilegios, los fueros inmunidades de la nobleza quienes lo amenazaron con deponerlo y apoyar a Ricardo Corazón de León, quien estaba volviendo a Inglaterra luego de encabezar la primera cruzada. La Carta Magna siglos más tarde fue denominada la *fundamental law* durante el reinado de Enrique VIII la cual permitió generar un balance entre el poder el rey y el del parlamento, el

cual representaba al clero, la nobleza y al pueblo. Siglos más tarde, bajo la dinastía de los Tudor, se instauró el sistema jurídico anglosajón denominado *common law* por el cual ya no existía una sola norma fundamental sino varias normas fundamentales que organizaron al Estado y tiempo más tarde reconocieron derechos y libertades como *the petition rights* de 1629 y *the Bill of rights* de 1689. Esta última ley fundamental es un hito de suma importancia para el constitucionalismo ya que se constituye en la primera de declaración liberal de derechos y libertades en favor de las y los súbditos del reinado inglés.

Así, mediante la Revolución gloriosa de 1688, Inglaterra se constituyó en un Estado monárquico constitucional estableciendo un pacto entre la monarquía y la nobleza con los comunes que era el pueblo, donde ambos estamentos se sometían al conjunto de leyes fundamentales vigentes en el Estado.

Si bien el postulado de la Revolución inglesa era el respeto y ejercicio pleno de las libertades mercantiles y la propiedad privada, también fue permeada por teorías de la libertad individual e igualdad aportadas por diferentes teóricos de la época donde claramente destacamos a John Locke. Locke (1963) señala que la libertad de comercio está vinculada a un principio de libertad que posee toda persona, así cuando la burguesía pide respeto a las libertades mercantiles está pidiendo en el fondo el reconocimiento de sus libertades individuales, lo que históricamente se conoce como *Bill of rights*; por ello, Locke plantea la necesidad de que la sociedad cuente con una protección de las libertades individuales a través de una enumeración o catálogo de derechos individuales que no sólo le garanticen a las personas diferentes tipos de ausencia de constricción sino que ese listado de derecho se convierta en un verdadero límite al poder de las y los gobernantes.

Así, este Estado liberal revolucionario, que nace con la Revolución inglesa, tiene para Hauriou (1980) las siguientes características:

- ❖ Imperio de la ley

- ❖ División de poderes
- ❖ Catálogo de derechos individuales
- ❖ Legalidad de la administración pública

3.1.2 Estados Unidos

Después de la primera industrial, la cual se caracterizó en el descubrimiento y uso del motor a vapor en Inglaterra, se produce una segunda revolución industrial en Alemania y Estados Unidos hacia la mitad del siglo XIX la cual se caracterizó por la explotación de hidrocarburos y energía eléctrica. Así, para comprender la formación del Estado liberal revolucionario es necesario analizar el caso americano y los sucesos que derivaron en la Revolución de 1776.

Hacia fines del siglo XVII el inglés William Penn inicia la colonización en América fundando la ciudad de Pennsylvania donde se encuentran con indígenas con los cuales hacen pactos de paz fundando las ciudades de Filadelfia y Quaker. La segunda colonia inglesa en América se funda en el reinado de Isabel llamándose Virginia en su honor, lo llamativo en esta colonia fue el inicio de la industria del tabaco. La tercera colonia fue New England con su capital Boston donde se destacó la masiva producción de alimentos como el trigo. Estos procesos de producción, que se iniciaron desde el inicio de la colonización británica creando así una burguesía que pagaba generosos tributos a la colonia inglesa por concepto de la producción y comercialización de diferentes productos.

Hacia inicios del siglo XVIII esta burguesía quería mayor representación, animados con los que hizo la burguesía inglesa décadas atrás comenzaron así bajo la consigna *no taxes without representation* exigían espacios en el parlamento inglés para defender sus derechos. Ante ese pedido, la corona inglesa se niega a conceder dicha participación por lo cual se da inicio a la guerra de independencia de EEUU. Inglaterra lleva su ejército y George

Washington encabeza las tropas de los independistas iniciando así una guerra de guerrillas que dura aproximadamente 7 años con la culminación de la independencia de Estados Unidos.

De esa manera, el constitucionalismo norteamericano inició su desarrollo cuando eran parte de las colonias británicas donde regían las leyes fundamentales de la colonia pero también tenían vigencia unas cartas acordadas que contenían los derechos y deberes de los colonizadores con el rey. Así, Valencia (1964) destaca en Estados Unidos las leyes fundamentales que regían eran *The Mayflower Compact* de 1620, *The Fundamental Orders of Connecticut* de 1639 y *The Newport declaration* de 1641; éstas normativas fundamentales fueron los cimientos para que décadas más tarde se redacten las Constituciones de Carolina del Norte en 1669, Nueva Jersey en 1676 y Pennsylvania en 1683.

El constitucionalismo norteamericano tuvo su fundamento filosófico en las teorías de la ilustración desarrolladas en Europa, mediante las cuales diferentes tratadistas interpelaban y cuestionaban el trato que realizaba la corona inglesa con sus 13 colonias en América. Estos tratadistas como Thomas Payne, Thomas Jefferson, Hamilton, Madison, entre otros, permitieron desde su aporte teórico el establecimiento un Estado federal republicano que derivó en la elaboración de la Constitución de 1788. El modelo político del naciente estado americano se consolida con el gobierno de Thomas Jefferson quien señala que la situación donde una persona detente el poder no es del todo perversa sino que la forma de elección de dicha persona determinará el carácter democrático de ese Estado quien debe gobernar mediante límites establecidos por la Constitución. Por su parte, el modelo federal de organización territorial lo consolida John Adams quien reconoce la independencia de cada Estado.

3.1.3 Francia

En Francia, durante el renacimiento se consolidó la monarquía absoluta que tuvo al rey Luis XIV como su gran exponente, luego del reinado del denominado ``Rey sol`` la monarquía francesa entró en una fase de decadencia y excesos que provocó una gran indignación en el pueblo hecho que fue el inicio del movimiento revolucionario francés. Este movimiento revolucionario tuvo un gran impulso por diferentes teóricos que plantearon de diversas maneras la necesidad de un cambio de régimen. Así, mediante el racionalismo se produjo un desarrollo del constitucionalismo, las teorías de los autores racionalistas liberales como Montesquieu quien señalaba que el despotismo es un hecho inevitable cuando el poder político está ejercido por una sola persona por lo cual es necesario dividir el ejercicio de poder en diferentes órganos, Sieyès quien teorizó que el pueblo es el sujeto principal de todo Estado donde debe regir un sistema de normas fundamentales que aseguren el ejercicio de derechos del pueblo, y Rousseau que planteó la necesidad de que toda sociedad cuente con un contrato social mediante el cual se establezca una organización del Estado y un gobierno democrático, donde el contrato social debe estar contenido en la Constitución.

De esa manera, Francia hacia fines del siglo XVIII, durante el reinado de Luis XVI, se encontraba bajo la influencia filosófica de la ilustración, la cual estaba en su auge aportando ideas sobre el poder del pueblo y la democracia, este hecho se constituyó en la base filosófica del posterior desmoronamiento del absolutismo el cual fue acelerado por la pobreza en la que vivía el pueblo francés y el derroche de la monarquía francesa. Ante esa coyuntura, Luis XVI intentó solucionar el descontento social contra la corona convocando a los Estados Generales, los cuales eran una reunión de todos los estratos de la sociedad que eran llamados por el monarca para definir temas centrales del Estado especialmente los referidos a la creación de impuestos.

Estos Estados Generales que no habían sido convocados en 160 años estaban compuestos por tres estratos: nobleza, clero y el pueblo, donde cada estrado tenía un voto para la toma de decisiones.

En 1780 Sieyès, un reconocido jurista francés de la época, publica el ensayo denominado ``Qué es el tercer estado'', este ensayo trata sobre los privilegios del rey y realiza una descripción de opulencia de la monarquía. Por esa razón, el tercer estado que representaba al pueblo debería tener el poder absoluto del Estado para todas las personas puedan tomar las decisiones. Sieyès (1992) señala que es el pueblo es quien tiene el poder constituyente democrático el cual prejurídico, absoluto, primario y legitimador; de esa manera, basándose en la Constitución de Pensilvania establece que ese poder constituyente debe limitar el actuar de las autoridades principalmente del monarca porque el poder del rey siempre es derivado y secundario con relación al poder del pueblo. Valencia (1964) señala que habiendo las bases fácticas e históricas en Francia para una revolución, fácticas por el descontento contra el rey e históricas por el movimiento de la ilustración, se activó el poder constituyente con diferentes hechos durante 1789 desde el juramento de *jue de paume*⁸ donde los representantes del pueblo se comprometieron al elaborar una Constitución hasta la autoproclamación de la Asamblea Nacional Constituyente y la toma de cárcel de *Le Bastille* símbolo de la represión real.

Este impulso de cambio y democratización del poder, que tuvo diferentes resultados desde la muerte del rey Luis XVI en la guillotina hasta la redacción de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, fue perdiendo fuerza en Francia debido a que los revolucionarios liderados por Robespierre iniciaron el terror por el cual se cometieron muchos abusos, lo cual generó en que los revolucionarios no tuvieran la capacidad de asentar los principios

⁸ La sala de juego de pelota es un espacio deportivo en el Palacio de Versalles donde las y los representantes del Tercer Estado juraron el establecimiento de una Asamblea Nacional constituyente

constitucionales por los cuales habían luchado, esta inestabilidad se advierte cuando Francia tuvo cuatro Constituciones en 8 años (1791, 1793, 1795 y 1799).

Sagües (2001) señala que si bien la revolución inglesa del siglo XVII fue de mucha relevancia para el constitucionalismo, fue la revolución francesa junto a la americana las cuales dieron nacimiento al constitucionalismo en el mundo. Fueron estas revoluciones liberales del siglo XVIII fueron las que establecieron la obligatoriedad de la existencia de una Constitución para que ese Estado sea democrático; así, en el artículo 16 de la Declaración de los derechos del Hombre y el Ciudadano se establece que allí donde no hay derechos garantizados y no hay separación de poderes, no hay Constitución. Es decir que el constitucionalismo liberal fue fruto de poder constituyente reconociendo que la Constitución debe contar con una parte dogmática que reconoce derechos y libertades, y otra parte orgánica donde se establezca la separación de poderes.

El fin del concepto de esta Constitución democrática se produce ya a fines del siglo XVIII mediante la creación del concepto de poder constituyente derivado que convirtió a la Constitución en nominalista y programático, donde no se aplica el contenido sino que la Constitución es un adorno que los gobernantes de turno no respetan. Así, se inicia un proceso por toda de Europa de retroceso de lo avanzando por las revoluciones liberales. Por esa razón, al ser la voluntad constituyente diferente a la del constituido, se inicia un movimiento para limitar al poder constituyente, un movimiento conservador por toda Europa que pretendía volver al pasado absolutismo, señalando que poder constituyente no puede estar permanentemente activado porque perdería su legitimidad así que debe permanecer por debajo del poder constituido. Así, se crea el positivismo jurídico y el concepto de Estado liberal revolucionario para limitar el ejercicio del poder constituyente, existe una capacidad del poder constituyente de delegar su poder sobre el contenido de la Constitución al poder constituido. Este

razonamiento pese a carecer de sentido tuvo vigencia a inicios del siglo XIX, se señala que no tiene sentido porque por principio democrático la soberanía popular es indelegable es imposible tener un poder constituyente derivado, ya en la Constitución francesa de 1783, también denominada Constitución Jacobina, se señalaba que ninguna generación puede atar a las generaciones futuras porque la soberanía es coyuntural, por tanto no se la puede atar mediante el poder constituido.

De esa manera, se busca acabar con la característica democrática de la Constitución al establecer que las reformas constitucionales sólo la pueden hacer los representantes, se pasa de la voluntad del pueblo hacia la voluntad de los representantes. Se vacía la parte dogmática porque el Estado liberal revolucionario quiere legislar sobre los derechos para limitarlos y así agrandar el poder castigador del Estado contra los opositores. Lo que realiza este nominalismo constitucional es mantener aparentemente vigente un catálogo de derechos sin aplicarlo, en los Estados donde la Constitución es programática la Constitución no es la norma jurídica más importante, en todo caso para ese sistema la principal fuente del derecho es la ley y no la Constitución. Así, los derechos se ven como programas y como objetivos políticos, la Constitución no puede aplicarse sobre la ley en el Estado liberal conservador. Sobre este fenómeno se puede advertir que existe un Estado legal y un Estado real y asimismo una Constitución legal y una real. Y por su parte, Sieyès (1992) señala que existe una soberanía de la nación la cual es diferente a la del pueblo porque ésta es siempre coyuntural actuando como una fuerza regeneradora y revolucionaria. Así, la soberanía de la nación es ejercida por los representantes del pueblo.

Esta pérdida de los valores de las revoluciones liberales generó una decadencia en el constitucionalismo liberal, del cual muchos sectores de la sociedad hacia el siglo XIX comenzaron a plantear nuevas teorías para el constitucionalismo produciendo la formación del constitucionalismo social.

3.3 Constitucionalismo social

Las revoluciones liberales del siglo XVIII permitieron el nacimiento del constitucionalismo ya que muchos Estados advirtieron la necesidad e importancia de contar con una Constitución escrita donde el constitucionalismo inició su formación brindando un sustento teórico doctrinal a los cambios sociales que se vivían en esa época, aportando conocimiento, explicación sobre sus institutos y formas de interpretación del texto constitucional. El absolutismo se había desarrollado de forma simple ya que el poder era concentrado y ejercido únicamente por la figura del rey, así cuando las revoluciones liberales deponen al absolutismo se crea una complejidad en el Estado respecto a su organización, establecimiento y funcionamiento de sus órganos, constituyéndose en un sistema complejo racionalizado contenidos en una norma jurídica principal que es la Constitución. Este hecho permitió un rápido desarrollo del constitucionalismo como rama del derecho que tiene por finalidad hacer un estudio de la Constitución.

De esa manera, tanto la normatividad de la Constitución como el constitucionalismo iniciaron sus caminos con muchas expectativas y grandes retos para los cuales la sociedad los había creado; así, Kelsen (1982) estableció que el Estado de derecho podía considerarse el tipo de organización política más avanzada de la historia de la humanidad, hecho que sin duda lo fue para su época pero que tiempo más tarde iba a enfrentar cuestionamientos desde la sociedad.

Asimismo, también se pensó, e incluso algunos piensan todavía, que el constitucionalismo liberal es sinónimo de perfección e inmutabilidad no admitiendo que el apogeo de este constitucionalismo se dio a la par del sistema capitalista, el cual generó el nacimiento de un gran sector social que eran las y los trabajadores quienes estaban por fuera de la protección tanto del Estado como la Constitución liberal. Por esa razón, la decadencia del

constitucionalismo liberal fue fruto de su imposibilidad de garantizar la libertad e igualdad que habían pregonado las revoluciones liberales, lo cual generó ya desde mediados del siglo XIX se comience a hablar sobre una nueva etapa del constitucionalismo la cual fue el constitucionalismo social.

Hacia mediados del siglo XVIII, durante pleno auge de la revolución industrial, se comenzaron a advertir cambios en la sociedad promovidos por el modelo de producción capitalista que redefinió no sólo las formas de producción sino las relaciones sociales, principalmente entre las personas y le Estado. Los resultados y beneficios de las revoluciones liberales sólo habían llegado a beneficiar a las burguesías que las habían encabezado, así las libertades, los derechos y la democracia se convirtieron en privilegios de unos pocos olvidándose de la gran mayoría de obreros y trabajadores de la época. Por esa razón, el Estado liberal fue perdiendo sus valores y principios por los cuales había sido creado y más bien se había convertido en un sistema de privilegios para un pequeño sector de la sociedad, al igual que el Estado monárquico absoluto era la expresión del poder y abusos del rey, el Estado liberal y la Constitución liberal fue la expresión del poder de la burguesía, donde los grandes sectores sociales y nuevamente los doctrinarios comenzaron con sus cuestionamientos y planteamientos sobre un cambio en el Estado.

Esa realidad que se desarrolló desde mediados del siglo XIX creó un momento de necesidad constituyente, que se habría de desarrollar en las primeras décadas del siglo XX y consolidar a mediados del siglo XX, con la elaboración de nuevas Constituciones, siendo que el constitucionalismo liberal se había constituido en opresor de los derechos de las mayorías. Entonces, no existía un descontento contra la figura del Estado o la Constitución sino en sus formas liberales, la sociedad quería un cambio de la Constitución pero no su desaparición como instrumento de organización social. Valencia (1964) señala que las dos guerra mundiales, ocurridas en la primera mitad del siglo XX, fueron producto del interés de Alemania, Italia y Japón principalmente por ser

beneficiarios de las riquezas mundiales a través de colonias que Inglaterra y Francia siglos atrás se habían beneficiado, por ello mediante la violencia y la guerra trataron de apoderarse de territorios y riquezas que le pertenecían a Estados liberales. Este hecho, en especial el final de la Primera Guerra mundial fue propicio para el inicio de revoluciones en países europeos como Alemania, Italia y Rusia que derivaron consiguientemente en la elaboración de nuevas Constituciones generando un nuevo momento en el constitucionalismo, el cual fue denominado constitucionalismo social.

El Estado liberal revolucionario, al igual que el Estado moderno primitivo, cumplió una función teleológica la cual fue ser el modelo político propicio para el desarrollo y consolidación del sistema económico capitalista. Así, aproximadamente 150 años luego de la Revolución inglesa comenzaron los cuestionamientos al sistema capitalista que significaba también una interpelación al mismo Estado liberal revolucionario, cuyo resultado fue el inicio de la construcción teórica del Estado social de derecho.

Marx (1975) establece que no existe una diferencia cualitativa entre el medio de producción esclavista con el capitalista en relación al respeto del ser humano como fuerza de trabajo, mientras que en el esclavismo el esclavo era usado como mula aportando a la productividad, el obrero trabaja cuando es necesario y eficiente, el obrero es libre pero al igual que el esclavo no se le reconoce completamente su dignidad ya que es considerado como un objeto, como instrumento de los medios de producción para generar capital; en ambos casos existe una exclusión de grandes sectores de la sociedad de la riqueza y el bienestar.

Por su parte, durante la segunda revolución industrial producida en Estados Unidos se dio mucha inversión en educación pública mediante la inversión del Estado y el sector privado, ya hacia el siglo XIX la burguesía se dio cuenta que mediante la innovación e investigación se puede generar más riqueza así

generando centros de investigación y formación universitaria de alto nivel. Debido a ese impulso tecnológico, hacia el inicio del siglo XX Estados Unidos era una potencia industrial a nivel mundial. Mientras que en Alemania, hacia mediados del siglo XIX, hay muchas ciudades industriales con burguesía ilustrada y productiva, se crean empresas privadas cerca de ríos y del mar para distribuir todos sus productos por toda Europa. Alemania advierte que es mejor producir bienes con valor agregado para generar más riqueza y para ello deben bajar los costos de transacción; por esa razón, Otto Von Bismarck inicia una guerra para unificar los diferentes territorios de Alemania además del objetivo nacionalista para bajar a cero los costos de transacción y generar un mayor dinamismo comercial. Este hecho provocó que Alemania se constituya en una potencia industrial en Europa incluso dejando por detrás a Inglaterra hacia fines del siglo XIX.

Debido a los altos niveles de industrialización, el Estado liberal revolucionario como forma política deja de ser eficiente en Estados Unidos y Alemania porque la riqueza que genera el mercado no crea bienestar social. Por esa razón, Marx (1975) señala que el bienestar en sociedades industrializadas no es un bienestar para todos porque no todas las personas son dueños de empresas sino la gran mayoría son empleados, piezas prescindibles del capitalismo, el trabajo es una mercancía más que está regido a la libre oferta y demanda, donde el Estado es un espectador y a veces cómplice de abusos a las y los trabajadores. Señala que la pobreza deja de ser un castigo de Dios para ser una consecuencia creada por el modelo capitalista; por ello, plantea que los procesos de acumulación capitalista deben ser controlados por el Estado sino ellos mismos acabarán con el Estado porque se concentraría demasiado poder económico.

En otras palabras, el Estado liberal revolucionario funcionó bastante bien para un determinado momentos histórico, funcionó para limitar el poder y crear riqueza mediante el capitalismo; sin embargo, hacia inicios del siglo XX las

sociedades necesitaron de otro tipo de orden político que ahora se encargue de distribuir la riqueza y reconocer derechos de carácter social y económico. Es en ese momento histórico que aparece el Estado social de derecho.

De esa manera, el Estado de social de derecho como forma estatal del constitucionalismo social se basó en los principios del constitucionalismo liberal como la libertad, la igualdad y la fraternidad pero con una transformación en sobre su entendimiento, reinterpretándolos; así, la libertad ya no podía reducirse a un ámbito de no interferencia y de ausencia de constricciones por parte del Estado sino que el Estado debe procurar el ejercicio de la libertad que tenga como objetivo el bienestar económico y material de las personas; la igualdad no puede reducirse a un mero reconocimiento formal y legal sobre que todas las personas son iguales ante la ley sino el Estado debe asegurar una igualdad en el ámbito económico y social; y la fraternidad debe ser entendida no como una intención poética sino en una verdadera solidaridad mediante la cual los agentes económicos privados contribuían económicamente al desarrollo del Estado. Para el constitucionalismo social, la conjunción de esos tres factores (libertad, igualdad y fraternidad) es vivir en una verdadera democracia. Otro elemento importante del constitucionalismo social fue el entendimiento por el cual se creó una normativa constitucional destinada al reconocimiento de derechos colectivos de carácter social que garanticen un bienestar económico a las y los ciudadanos; es decir, que la dignidad humana no sólo es entendida desde un ámbito individual sino que también implica el desarrollo económico de las personas en sociedad.

Heller (1955) señala que la aparición del Estado social de derecho, sucede cuando el Estado asume la función sobre aspectos económicos que tradicionalmente eran privados o de regulación del mercado que pasan a ser públicos como el establecimiento de un salario mínimo, horas máximas de trabajo, etc., es necesario que el mercado cree riqueza pero el Estado debe regular las formas de producción de esa riqueza y establecer los mecanismos

de la distribución de la riqueza, sólo así se puede iniciar la construcción de un bienestar social.

Entre los antecedentes del Estado social de derecho se puede destacar la Constitución francesa de 1848, la cual reconoce en su artículo 13 el derecho al trabajo que tienen sus ciudadanos producto de la lucha de movimientos sociales que reivindicaban la justicia social e igualdad frente al capitalismo. Este reconocimiento de justicia e igualdad también se encuentra en el preámbulo del mencionado texto constitucional.

Otro antecedente importante del Estado social de derecho fueron las leyes sociales de Bismark, quien mediante políticas estatales creó el primer sistema de seguridad social a través de la aprobación de leyes de seguros sociales como protección de las y los trabajadores por la industrialización y ante los nuevos escenarios de las relaciones laborales. Así, en 1883 entra en vigencia la ley de seguro social, la cual preveía contingencias por enfermedad de las y los trabajadores con aporte de ellas y ellos mismos. Hacia 1884 se establece prestaciones de salud por las contingencias producidas en accidentes de trabajo con aporte del empleador; y en 1889 se crea un seguro para la vejez e invalidez. Cabe resaltar que las políticas sociales en Alemania fueron asumidas con una reforma tributaria que se ejecuta bajo un principio social básico: quien más gana más paga.

En ese sentido, el constitucionalismo social no fue una aparición abrupta en la historia como lo fue el constitucionalismo liberal, sino que éste fue construyéndose de forma paulatina mediante la transformación de varios institutos del derecho, el cual se consolida con la redacción de diferentes textos constitucionales posteriores al fin de la Segunda Guerra Mundial, entre los cuales se puede destacar el sistema de pensiones y el contrato de trabajo. Respecto al sistema de pensiones, se inicia con el establecimiento de un sistema de pensiones solidario y distributivo, contrariamente al sistema de

pensión de la capitalización donde cada trabajador aporta para su propia renta para pagar su propia pensión. Ese modelo de sistema de pensiones se crea a inicios del siglo XX, en el cual los trabajadores aportan a una caja común la cual se distribuye de forma igualitaria y solidaria.

Respecto al contrato de trabajo durante el siglo XIX, en el auge del liberalismo económico, las relaciones laborales se regulaban mediante el contrato de prestación de servicios donde el empleador y trabajador acordaban de forma privada la regulación de la relación de trabajo donde el único límite es la autonomía de la voluntad.

Así, a la relación de trabajo ya no lo regula un contrato de privado de prestación de servicios sino que se pasa al contrato de trabajo, el cual debe proteger a trabajadoras y trabajadores, junto a que el salario se percibe como el medio de vida apareciendo el salario mínimo obligatorio.

De esa manera, se puede señalar que uno de los principales antecedentes del Estado social de derecho se genera en Francia mediante su Constitución 1848 y por los escritos de tratadista Luis Blanc quien señala que el Estado adquiere su lado social mediante el reconocimiento del derecho y reparto del trabajo, y la obligación del Estado crear trabajo. Sin embargo, el antecedente de la Constitución francesa de 1848, en la construcción del Estado social de derecho, no llega a consolidarse porque el movimiento obrero, que promovió el reconocimiento de derechos sociales, se desnaturaliza y debilita perdiendo el discurso social que lo caracterizaba.

Por esa razón, el la idea del Estado social de derecho reaparece luego de la Primera Guerra Mundial con dos antecedentes normativos importantes que son la Constitución mexicana de 1917 y la alemana de Weimar en 1919. Si bien ambas constituciones no forman parte del constitucionalismo social, sí sientan las bases para su consolidación a mediados del siglo XX.

En el caso de la Revolución mexicana de 1910, no fueron los motivos bélicos mundiales los causantes de su advenimiento sino la reacción popular a la opresión y pobreza de las grandes mayorías, es decir que el cambio social y la transformación del Estado liberal fue con la finalidad que el pueblo, principalmente los campesinos, cuenten con las condiciones necesarias para ejercer derechos sobre la tierra a través de una gran reforma agraria. Es por ello, que esta revolución que se manifestó normativamente en la Constitución mexicana de 1917 dio inicio al constitucionalismo social.

Es interesante analizar brevemente el caso de Rusia, que mediante su revolución de 1917 tuvo como objetivo finalizar el modelo económico feudalista que seguía vigente en su territorio y que estaba personificado por los Zares como los monarcas absolutos del Estado generando un gran atraso social y económico; es decir, que en un inicio la revolución rusa no pretendía mejorar las condiciones de la población sino que fue encabezada por la burguesía rusa para deponer el poder de los Zares pero el movimiento social fue tan grande que las mayorías obreras y trabajadoras se adueñaron de la revolución para instaurar la dictadura del proletariado en Rusia y con ellos cambiar las bases del Estado liberal burgués.

Con la experiencia de la revolución rusa de 1917, los trabajadores a lo largo del mundo especialmente en Europa se pusieron en una actitud revolucionaria ante el Estado liberal burgués, ello generó en que muchas latitudes existan conflictos tanto conceptuales como violentos entre revolucionarios y conservadores. Así, existieron países donde los sectores conservadores de la sociedad y del Estado frenaron exitosamente al movimiento revolucionario mediante la violencia y el establecimiento de un discurso altamente nacionalista, a este movimiento se lo conoció como el nacional socialismo o fascismo que tuvo en Italia y Alemania su mayor desarrollo sin olvidarse de España y Portugal.

Respecto de Alemania, también tuvo una influencia por los valores socialistas luego de la Primera guerra mundial pero sin apartarse del modelo económico liberal inició la construcción del Estado social de derecho a través del establecimiento de la República de Weimar y su Constitución de 1919, reconociendo derechos de carácter colectivo en los ámbitos económico y social. El modelo alemán tuvo influencia en varias Constituciones europeas de la época destacándose Austria, Checoslovaquia, Francia y los Estados escandinavos.

Hacia 1920, en Estados Unidos, los índices de desempleo habían subido por encima del diez por ciento, ante esa situación el presidente Roosevelt establece que el desempleo pasa de ser un aspecto privado a ser aspecto público donde el Estado debe sentar presencia en la economía. Así, Roosevelt pone en marcha el *New Deal* reformando las leyes económicas dejando atrás el liberalismo clásico.

Posteriormente, luego de la Segunda Guerra Mundial en Europa se quiere reestructurar un modelo económico social debido a que porque la burguesía apoyó a Hitler, entonces el liberalismo económico europeo carga con un estigma de ser pro fascista por lo cual la sociedad europea quiere y demanda un modelo social; es decir, el pedido de un Estado social no sólo viene desde los sectores de trabajadores o fabriles sino que la sociedad en su conjunto desea un giro del Estado y la sociedad hacia un ámbito social, que no significaba precisamente abrazar al socialismo soviético. Así, en Inglaterra gana las elecciones el partido laborista, en Italia y Francia el partido socialista, iniciándose así la consolidación del Estado social de derecho mediante la elaboración de Constituciones sociales como la italiana de 1947, la Ley Fundamental de Bonn 1949, la de Islandia en 1944, entre otras. Por esa razón, el constitucionalismo social se consolida luego de la Segunda Guerra Mundial con la elaboración de diferentes Constituciones europeas que establecían el reconocimiento de derechos económicos y sociales, la incorporación de

institutos como la función social de la propiedad privada y la participación estatal en la economía.

De esa manera, se plantea que el Estado social de derecho tuvo tres fases en su desarrollo:

TABLA No. 13
FASES DE FORMACIÓN DEL ESTADO SOCIAL

Primera fase	Constitución francesa de 1848
Segunda fase	Constitución mexicana de 1918 y alemana de 1919
Tercera fase	Consolidación del constitucionalismo social, Constituciones sociales europeas luego de la Segunda Guerra Mundial

FUENTE: Elaboración propia

Vela (2008) señala que se puede conceptualizar al Estado social de derecho como aquella forma de organización política que tiene por objetivos: eliminar la pobreza a través de prestaciones no contributivas por parte del estado, disminuir las desigualdades sociales a través del establecimiento de sistemas de salud y educación gratuita, consolidar un sistema fiscal proporcional que permita redistribuir la riqueza, y asegurar un mínimo de bienestar a todas las personas mediante la dotación de servicios básicos para toda la población.

Es decir, que la principal funcionalidad del constitucionalismo social es reducir las desigualdades sociales. Ante ello, Pisarello (2007) señala que la funcionalidad del Estado social de derecho fue limitándose ya que en el mundo siempre ha existido la desigualdad principalmente en 4 ámbitos: mercantil (interacción económica, compra y venta de productos y servicios), familiar (labores de casa que no son remunerados en sociedades patriarcales), estatal

(el reconocimiento y ejercicio de derechos sólo es para las personas que cuenten con ciudadanía), y relacional (no todas las personas tienen el mismo nivel de influencia e importancia en su sociedad). A partir de ello, se podría decir que el Estado social sólo ataca uno de los ámbitos de desigualdad que es el mercantil, porque al desmercantilizar los servicios y prestaciones sociales mediante el reconocimiento de derechos económicos y sociales olvidándose de las desigualdades que aparecen en las familias, en el Estado y en las relaciones de las personas en sociedad. Por ello, el Estado social de derecho tuvo el reto de establecer las bases de una redistribución del bienestar pero no sólo en la esfera económica sino entendiendo a este bienestar de forma integral y holística donde mujeres, inmigrantes, minorías y pueblos indígenas también sean protegidos por ese Estado, hecho que históricamente nunca se concretó.

Al igual que el constitucionalismo liberal, el constitucionalismo social tuvo su apogeo y luego entro a una decadencia, identificando a su apogeo en Europa luego de la Segunda Guerra Mundial con la redacción de diferentes constituciones sociales. Es así que, a partir de la crisis de petróleo de 1970 se inicia un proceso económico de desregulación del mercado a través del achicamiento de los Estados mediante su pérdida de influencia y control sobre la economía, muchos movimientos sociales en Latinoamérica identifican a ese fenómeno el inicio del neoliberalismo encabezado por el ex presidente de Estados Unidos Ronald Reagan y la ex primera ministra de Inglaterra Margaret Thatcher.

Quizás una de las principales características de la decadencia del Estado social de derecho y el constitucionalismo social es la conversión de los textos constitucionales sociales y distributivos a meros enunciados de buenas intenciones, se hace referencia a la aparición de Constituciones programáticas. Es decir, el neoliberalismo ha desnaturalizado al Estado social y hasta ha logrado desmontarlo sin la necesidad, en muchos casos, de modificar las Constituciones de los Estados.

La funcionalidad del Estado social de derecho se tornó muy difícil de alcanzar debido a que las condiciones sociales y económicas habían cambiado en el mundo hacia 1970, es decir que el Estado social de derecho como ese orden político había cumplido su función para un breve momento de la historia pero que ya no era útil para la realidad mundial del momento. Ello debido a que el capitalismo planteado y desarrollado por Keynes ya no contaba con las condiciones necesarias para desarrollarse.

Durante la segunda fase del Estado social de derecho existía el capitalismo fordista, basado en la producción en masa de las industrias de Henry Ford en Estados Unidos, en el cual señala Keynes (1960) el Estado interviene directamente en la economía aumentando la productividad, la demanda interna de bienes y servicios, inversión en tecnología e investigación, establecimiento de monopolios productivos, entre otras; esas condiciones deben darse para que el Estado pueda generar empleo y distribuir la riqueza. En ese contexto, el reconocimiento de los derechos económicos y sociales principalmente luego de la Segunda Guerra Mundial se produce con el objetivo de cumplir esas funciones económicas: productividad y demanda interna, éstos derechos donde el ciudadano es el beneficiario se basó en organizar las formas y condiciones de trabajo entendiendo al ciudadano en una sola esfera: ciudadano como trabajador. Es decir, que los derechos económicos y sociales están íntimamente vinculados al trabajo. Así, el Estado social entra en decadencia por el cambio de modelo de capitalismo fordista al capitalismo transnacional o neoliberalismo donde hay un fraccionamiento del trabajo en todo nivel, el sistema económico entra en crisis y por ende el modelo de Estado social de derecho empieza a desmontarse mediante políticas y normativas de desregulación económica.

3.4 Neoconstitucionalismo

Con las dos guerras mundiales y el nacional socialismo europeo se advirtió que los postulados de las revoluciones liberales de siglos atrás, que manifestaron la necesidad de contar con una Constitución para la organización social, habían sido trastocados e incluso puestos en duda sobre su efectividad a tal grado que en algunos Estados la Constitución fue suspendida dejando atrás su validez en la realidad, y hasta en algunos casos se manifestó que la Constitución es una herramienta carente de utilidad. Es por ello, que el mundo y el constitucionalismo se dio cuenta, luego de estos sucesos históricos, que era necesario avanzar teórica y fácticamente sobre la validez y vigencia del orden constitucional para evitar que nuevamente regímenes totalitarios suspendan o eliminen la normativa constitucional.

Los movimientos revolucionarios de inicios del siglo XX demostraron que la sociedad apela a la fuerza y a la violencia para lograr cambios sociales por lo que la función de la Constitución estuvo también en tela de juicio; es decir, si los cambios sociales se realizan necesariamente a través de la fuerza, cuál es la utilidad de tener una Constitución que pretende regular la vida social si ésta no es útil en esos momentos de cambio. En la guerra y en las revoluciones generalmente no hay una vigencia del derecho por lo que el constitucionalismo tuvo un gran reto hacia mediados del siglo XX de reinventarse y retomar su vigor que tenía décadas atrás.

Sin embargo, los cambios que trajeron las diferentes revoluciones alrededor del mundo si bien en un inicio tomaron a la Constitución como un símbolo del antiguo orden dejándola de lado, de forma rápida reconocieron la importancia de que exista la vigencia de una Constitución en el Estado. Así, pese a las fuertes críticas que recayeron sobre el orden constitucional hubo un conceso social sobre su importancia y el deseo de su no desaparición, existía todavía fe sobre la funcionalidad de la Constitución requiriendo cambios y actualizaciones

en relación a su normatividad. Tal fue el caso de constitucionalismo social que resultó ser una reinención del constitucionalismo para ser acorde a la historia y, principalmente, a los pedidos de la clase obrera y trabajadora pero pese a su importancia el constitucionalismo social perdió fuerza por los grandes vejámenes contra los derechos de las personas durante la Segunda Guerra Mundial; es decir, no basta con tener una Constitución vigente que reconozca derechos sino que la Constitución debe ir más allá en su normatividad para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos y libertades a las personas.

Bajo esas circunstancias sociales e históricas fue formándose el tercer momento del constitucionalismo, el denominado Neoconstitucionalismo pasando los mediados del siglo XX y llegando a su consolidación hacia la década de los noventa del siglo XX.

Si bien para algún sector de la doctrina, el Neoconstitucionalismo es parte integrante del constitucionalismo social, la presente investigación plantea que es un tercer momento del constitucionalismo superando muchas teorías aportadas por el constitucionalismo social. Así, el Neoconstitucionalismo plantea un nuevo entendimiento del Estado liberal revolucionario que se desarrollaba bajo la teoría de la supremacía constitucional sobre el resto de las normas jurídicas y donde el Estado sólo debía encargarse del cumplimiento de la ley, va a ser debatido por este nuevo momento del constitucionalismo. Este tercer momento de la ciencia constitucional inicia con los planteamientos teóricos en Italia con Luigi Ferrajoli en Estados Unidos con Working y Hard, al igual que en estudios en Latinoamérica en la Universidad Autónoma de México y la Universidad de Externado de Colombia. Este nuevo momento del constitucionalismo, plantea una teoría del derecho basada en la Constitución señalando que el ordenamiento jurídico debe ser constitucionalizado.

El Neoconstitucionalismo no se detiene en el estudio sobre el origen de la Constitución sino que hace énfasis en la acción de la Constitución en el Derecho y su influencia en la sociedad. Por otra parte, el Neoconstitucionalismo basa su razonamiento haciendo una fuerte crítica al Estado liberal revolucionario y a sus teorías iuspositivistas que redujeron las funciones del Estado a ser un mero vigilante del cumplimiento de la ley vaciando de contenido el verdadero espíritu del Estado. Así, se puede denominar al Estado liberal revolucionario como al Estado legal de derecho porque sólo le importa la vigencia de la ley, hecho que permitió que el régimen nacional socialista de Alemania y el fascista de Italia también sean considerados Estado liberal revolucionario, por lo que el Neoconstitucionalismo se erige como una superación del concepto tradicional de Estado liberal revolucionario.

De esa manera, ya se puede ir identificando ciertas características del Neoconstitucionalismo mediante un análisis de que al tradicional concepto de Estado se le debe añadir el concepto de democracia, entendiendo que el Estado no puede restringir sus atribuciones a hacer cumplir la ley sino que también debe desarrollar sus funciones para la construcción y consolidación de una sociedad democrática. Por ello, el Neoconstitucionalismo comienza a utilizar el concepto de Estado social y democrático de derecho o Estado constitucional en el caso de ciertos autores, tomando los antecedentes del constitucionalismo liberal y social pero añadiéndole el carácter de la democracia.

Este Estado social y democrático de derecho contiene las siguientes características:

- ❖ Ordenamiento jurídico centralizado
- ❖ Imperio de la ley
- ❖ Parlamento elegido por el pueblo

- ❖ Órgano judicial independiente
- ❖ Énfasis en el reconocimiento y garantía de ejercicio de la libertad de religión, conciencia y expresión

Es decir, que el Estado social y democrático de derecho pretende que las normas adquieran un contenido, una filosofía y finalidad democrática por la cual se proteja materialmente la dignidad de la persona. Este elemento de reconocimiento y protección de la dignidad humana es central dentro del Neoconstitucionalismo, Radbruch (1999) señala que un Estado que no protege la dignidad humana y más bien permite vulneraciones es un Estado que no está sometido al derecho por lo cual carece de una utilidad democrática.

Por esa razón, los Estados donde habían reinado los fascismos totalitarios durante décadas rápidamente aportaron esta nueva denominación del Estado, la Constitución italiana de 1947, la Ley fundamental de Bonn de 1949, la Constitución de Portugal de 1976 y la Constitución española de 1978.

El término Neoconstitucionalismo se refiere a un nuevo constitucionalismo que plantea como nuevo entendimiento de la teoría tradicional del Derecho y la Constitución, el Derecho proviene de la Constitución la cual tiene un carácter democrático generando así un ordenamiento jurídico democrático que no sólo se va a componer de normas jurídicas sino también de principios ético morales que permiten la interpretación más justa del ordenamiento jurídico pasando del método de la subsunción al método de la ponderación al momento que el juzgador aplique la norma jurídica. En el Estado liberal revolucionario la fuente del ordenamiento jurídico es la ley mientras que en el Estado social y democrático de derecho es la Constitución y sus principios interpretativos.

Ferrajoli (2006) señala que la validez del derecho en el Estado liberal revolucionario era únicamente mediante el cumplimiento de las fórmulas y procedimientos legislativos, no importaba si la norma era justa o injusta sino

importaba que esa norma cumpla con el principio de legalidad, en cambio en el Estado constitucional de derecho (denominación equivalente al Estado social y democrático de derecho) existe una Constitución rígida por el cual el resto de normas infra constitucionales están sometidas permanentemente a un control de constitucionalidad cambiando la estructura y naturaleza de la ciencia jurídica. De esta manera, el Estado en el ejercicio de su facultad legislativa tiene un marco obligatorio respecto al contenido de las normas jurídicas, las cuales no pueden en ningún momento vulnerar los derechos individuales o los derechos sociales; así, tanto el legislador como el juzgador deben hacer un constante estudio de la norma que van a elaborar o aplicar teniendo la facultad de denunciar la inconstitucionalidad de la norma cuando esta no sea coherente con el contenido constitucional.

Por su parte, para Carbonell (2007) el Neoconstitucionalismo puede distinguirse por tres rasgos principales: los textos constitucionales, prácticas jurisprudenciales y desarrollos teóricos. Sobre los textos constitucionales se puede afirmar que el Neoconstitucionalismo se inicia con la redacción de Constituciones en Europa pasada la Segunda Guerra Mundial que contienen normas de carácter sustantivo donde se establecen los fines del Estado no sólo deteniéndose en dividir el poder público y limitarlo. Sobre las prácticas jurisprudenciales también el Neoconstitucionalismo ha representado un cambio con el anterior modelo debido a que la práctica de los órganos judiciales han integrado a sus prácticas la aplicación de principios, valores métodos de ponderación, proporcionalidad, razonabilidad, efectividad horizontal de los derechos o también denominado *Drittwirkung*, etc. Y sobre el desarrollo teórico el Neoconstitucionalismo ha creado nuevas teorías sobre las cuales se desarrolla el entendimiento del Derecho y la Constitución, así Ferrajoli (2006) señala que la ciencia jurídica “una meta-garantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto”.

Se puede afirmar que el Neoconstitucionalismo como una ideología, metodología y teoría, es una ideología por la cual se limita el poder para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales, es una metodología porque propone que la Constitución se constituye en un vínculo entre el Derecho y la moral, y es una teoría porque otorga un carácter axiológico al Derecho.

En ese sentido, se puede identificar que el Neoconstitucionalismo contiene las siguientes características:

- 1) La Constitución deja de ser una manifestación de voluntad para los gobernantes para constituirse en mandato de actuación para aquellas y aquellos que detentan el poder de forma circunstancial
- 2) Existe una reafirmación de la supremacía de la Constitución convirtiéndola en la fuente principal del derecho
- 3) La Constitución tiene una aplicación y eficacia directa
- 4) Existencia de una garantía judicial por la cual se haga un control concreto y abstracto sobre la constitucionalidad de las normas
- 5) El ordenamiento jurídico se amplía por la presencia no sólo de las normas como su componente sino también de principios y valores de carácter axiológico.
- 6) Rigidez constitucional

Otro aporte interesante del Neoconstitucionalismo es el papel de las y los jueces, quienes dejan esa pasividad legalista para ser actrices y actores activos del desarrollo del sistema jurídico. La figura tradicional de la diosa Themis quien con su venda en los ojos no debía ver más allá del texto de la ley queda descontextualizada ya que las y los jueces deben conocer la realidad, la

situación de las partes para aplicar la ley ponderando los derechos e intereses y no solamente subsumiendo la norma al caso concreto.

Anteriormente se mencionó que el Neoconstitucionalismo procura realizar una vinculación entre derecho y moral, hecho que ciencia jurídica tradicional había rechazado enfáticamente a lo largo de años debido a la justificación de Kelsen cuando habló de la Teoría pura del derecho, donde el derecho está contrapuesto con la moral. De esa manera, el derecho tiene su fuente de inspiración en la moral lo cual no quiere decir que la moral substituye al derecho sino que le otorga, lo llena de contenido. Habermas (1981) afirma que la moral ha emigrado al derecho sin agotarse en el derecho positivo.

Zagrebelski (2002) establece que el tradicional Estado liberal revolucionario ponía una suerte de camisa de fuerza al derecho mediante el cual solo se regía por reglas, en cambio en el Neoconstitucionalismo el Derecho se rige mediante principios dejando de lado esa rigidez y planteando la vigencia de un derecho dúctil. Este derecho se compone entonces de reglas y principios, las reglas contenidas en las leyes y los principios en la Constitución. Es así que los principios tienen un papel constitutivo del ordenamiento jurídico mientras que las reglas no son constitutivas porque se agotan en su contenido formal. En ese sentido, el Neoconstitucionalismo propone un derecho basado en principios los cuales no requieren de la existencia de supuestos de hecho para aplicar la norma tal como lo requieren las reglas sino que sirven como instrumentos para la toma de posiciones tanto políticas y como jurídicas. Zagrebelski (2002) señala que los principios no se agotan en su eficacia al servir de apoyo a las normas jurídicas sino mediante ese otorga un valor a la realidad donde la persona que aplica un principio toma una posición respecto a una situación jurídica.

En ese sentido, conforme lo planteado por Alexy (1993) se puede señalar que las características del Neoconstitucionalismo son:

- Relación entre derechos y moral
- El derecho no solamente está conformado por reglas sino por principios y otro tipo de normas
- El derecho no se basa solamente en la estructura normativa sino también en la estructura argumentativa, contextual y procedimental
- La constitucionalidad supedita la legalidad en sentido fuerte
- La aplicación de las normas no se puede basar únicamente en el método de la subsunción sino que se debe aplicar el principio de ponderación, proporcionalidad y razonabilidad
- Se realiza una valorización de la argumentación al momento de la aplicación de la norma jurídica para alcanzar más altos grados de certeza jurídica
- Las normas jurídicas se interpretan desde la Constitución
- La justicia constitucional está por encima de la justicia ordinaria por lo que debe trabajarse en mecanismos que le otorguen legitimidad democrática
- El derecho no es neutral o sin valores sino que se carga de un alto contenido axiológico

En definitiva, el Neoconstitucionalismo como tercer momento histórico ha revolucionado la forma de entender no sólo a la Constitución sino al Derecho en su conjunto aportando nuevas teorías y visiones que pretenden que ambos sean eficaces y estén vigentes en las sociedades actuales dejando de lado las críticas que se vertían sobre la tradicional ciencia jurídica.

A su vez, el Neoconstitucionalismo actualmente sigue vigente y ha sido capaz de sentar las bases para el cuarto momento del constitucionalismo que es el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

3.5 Nuevo constitucionalismo latinoamericano

Entre una de varias consecuencias que trajo el desarrollo de la Segunda Guerra Mundial fue el poner a la luz que existen varios pueblos y varios Estados atrasados que no carecían de la riqueza y desarrollo de aquellos Estados desarrollados pero que ansiaban desarrollar un bienestar de su población mediante un desarrollo industrial pero con la participación de los grandes sectores de la sociedad. Estos Estados, que principalmente se encuentran geográficamente en el hemisferio sur del mundo, siempre estuvieron en una desventaja económica y social con los países desarrollados conociendo, desde su nacimiento, los niveles de pobreza y exclusión en los cuales estaban sumidos pero no fue hasta el final de la Segunda Guerra Mundial que adquirieron una conciencia de su realidad.

Estos países que fueron históricamente los "países subdesarrollados" o "en vías de desarrollo", donde se encontraba casi la totalidad de los países latinoamericanos, históricamente tuvieron un atraso económico, social, jurídico, cultural, entre otros factores, lo cual generó que los países desarrollados vean como un hecho natural que ellos generen un alto grado de influencia y hasta decisión en aquellos Estados; es decir, que se manifestó desde muchos sectores que los países subdesarrollados debían acatar las órdenes de los países desarrollados para así lograr su desarrollo, esto fue una suerte de colonialismo de facto en pleno siglo XX. Esa influencia que al final del día no es más que una injerencia de característica colonial se manifestó en todos los ámbitos de la vida social, desde la economía hasta la cultura, donde el derecho y el constitucionalismo no estuvieron por fuera.

Así, fueron los diferentes gobernantes de turno de estos Estados los que no sólo advirtieron sino que fomentaron en complicidad la injerencia y órdenes extranjeras a todo nivel, por lo que fue la sociedad organizada en movimientos sociales los que iniciaron una exigencia de que las leyes y la Constitución dejen

de ser impuestas por las potencias extranjeras y comiencen a elaborarse conforme la cultura y coyuntura nacional.

Si bien los países desarrollados no impusieron por la fuerza o de forma violenta leyes o Constituciones, fueron lo suficientemente hábiles para que los gobernantes de los países subdesarrollados, junto a sus asesores y expertos, adapten y copien Constituciones y leyes que estaban en disonancia con la realidad. Martínez Dalmau (2008) denomina a este periodo como un constitucionalismo de opulencia o adaptación por el cual los países subdesarrollados copiaron las Constituciones foráneas y forzosamente las adaptaron a realidad y sociedad totalmente diferentes. Es en estos países subdesarrollados donde la Constitución sólo se dedicó a promover el ejercicio de algunas libertades y espacios de participación dejando de lado el desarrollo y bienestar de grandes sectores de la sociedad. Por esa razón, en estos países se veía a la Constitución como una parte integrante de aquella estructura o *establishment* que permitía el ejercicio de poder a una oligarquía fomentada por los grandes grupos económicos multinacionales.

De esa situación de atraso, pobreza y exclusión que las Constituciones adaptadas no habían sido capaces de revertir sino, en muchos casos, ahondar fue que en estos países especialmente los latinoamericanos se formaron movimientos sociales que comenzaron a teorizar y proponer cambios no sólo en el contenido de la Constitución sino en su función dentro de la sociedad. Este nuevo momento de necesidad constituyente nació también como consecuencia de las grandes vulneraciones de derechos realizadas por las dictaduras militares en América Latina.

La sociedad latinoamericana comenzó a plantear la necesidad de un nuevo constitucionalismo que responda y plantee soluciones a los grandes problemas estructurales de sus sociedades mediante una mitigación del gran individualismo normativo, no sólo reconociendo, sino haciendo verdaderamente

efectivos a los derechos sociales mediante una recuperación de los recursos naturales en favor del Estado y la distribución equitativa de la riqueza.

De esa manera, el nuevo constitucionalismo latinoamericano aparece históricamente como una reacción teórica al constitucionalismo tradicional, se erige como una forma de Constitucionalismo democrático. Su denominación engloba una serie de experiencias que han intentado de avanzar y actualizar los problemas del siglo XXI dentro de constitucionalismo democrático, es experiencia en varios Estados que se inicia con la Constitución colombiana de 1991, Venezuela 1999, Ecuador 2008 y Bolivia 2009. Las razones por las cuales aparece este constitucionalismo se pueden identificar por la crisis del Estado social democrático de derecho en América Latina porque nunca hubo ese pacto social entre las élites y la ciudadanía, generando insatisfacción social porque el constitucionalismo tradicional no daba soluciones a la realidad social; es decir, existían Constituciones no normativas porque no se cumplen en la realidad social. La reacción a ese constitucionalismo tradicional no se produce en el mundo académico y jurídico, quienes aceptaban y defendían sus deficiencias en base a teorías del desarrollo social, siendo una característica en los orígenes de este nuevo constitucionalismo el divorcio entre el mundo académico y la sociedad.

Entonces, se puede afirmar que el nuevo constitucionalismo latinoamericano no tiene una construcción teórica previa a la implementación su modelo porque surge a impulsos y experiencias de la sociedad.

Es decir, que este nuevo momento del constitucionalismo surge de la agregación y suma de teorías y propuestas constitucionales concretas, además de elaboraciones de los movimientos sociales que aportan respuestas constitucionales a los problemas de la realidad. Así, se pueden identificar como elementos comunes que promovieron la generación de este constitucionalismo en América Latina a:

- Descontento con el sistema político tradicional
- Ausencia de mecanismos expeditos para la defensa de los derechos fundamentales
- Preocupación por medio ambiente
- Ineficiencia y corrupción en la administración de justicia
- Políticas económicas contra sectores populares
- Exclusión de grandes mayorías sociales en la toma de decisiones estatales

El nuevo constitucionalismo latinoamericano se manifiesta a través de los procesos constituyentes que se han producido en América Latina a fines del siglo XX e inicios del siglo XXI, los cuales tienen como objetivo producir un cambio social cambiando las estructuras sociales, económicas y jurídicas que no fueron capaces de resolver problemas estructurales de la sociedad latinoamericana como la pobreza y la exclusión de grandes sectores de la sociedad. El sistema neoliberal imperante de la región, reinante desde la recuperación de la democracia, no había sido capaz de asegurar las condiciones de igualdad entre los diferentes grupos de la sociedad y más bien fomentó, en muchos casos desde la institucionalidad estatal, que pequeñas élites se adueñen del Estado por décadas incluso desde el final de colonización española.

Evidentemente, cada Estado y cada sociedad en Latinoamérica ha contado con diferentes situaciones sociales que han hecho constituido en momentos propios de necesidad constituyente pero se puede identificar que la pobreza y la exclusión fueron temas que fueron construyendo la idea de activar procesos constituyentes para que desde la normatividad constitucional se atiendan a

esos temas que habían estado presentes en la colonia pero que el modelo republicano no lo había desmontado.

En ese sentido, el nuevo constitucionalismo latinoamericano se erige como un cuarto momento dentro de la evolución histórica del constitucionalismo por lo que significa que muchas de las características e institutos del Neoconstitucionalismo, los cuales se han detallado previamente, han servido de inspiración para este último momento de la ciencia constitucional. Es por ello, que para cierta parte de la teoría el nuevo constitucionalismo latinoamericano no es más que el desarrollo latinoamericano del Neoconstitucionalismo, no representando necesariamente una evolución del mismo.

Incluso para autores como Hesse (1996) el constitucionalismo es único afirmando que pese a sus evoluciones y los momentos históricos sobre los cuales éste ha tenido modificaciones no puede hablar de varios constitucionalismos sino de uno solo el cual es capaz de adaptarse a los momentos históricos de cada sociedad. Pese a estos planteamientos, en la presente investigación se explicará las razones por las cuales se afirma que el nuevo constitucionalismo latinoamericano es un nuevo momento del constitucionalismo y una superación del Neoconstitucionalismo.

Martínez Dalmau (2008) establece que durante décadas el constitucionalismo de América Latina ha sido estudiado desde visiones extranjeras con cierto desdén restando importancia a sus características propias, por lo que es importante hacer un estudio de este nuevo constitucionalismo latinoamericano y la manera de cómo está aportando nuevas teorías para la mejor aplicación y entendimiento de la Constitución. Tradicionalmente, el constitucionalismo latinoamericano se ha desarrollado adaptando y copiando los institutos y conceptos del constitucionalismo liberal sin comprender que la realidad latinoamericana es muy diferente a los contextos sociales donde se llevaron a cabo las revoluciones liberales, es así que tanto el nacimiento como el mismo

desarrollo del constitucionalismo latinoamericano siempre ha visto al extranjero, principalmente a mundo y la academia occidental liberal, para extraer respuestas para problemas internos. Este hecho generó un mal funcionamiento constitucional que lejos de mejorar fue ampliando sus defectos creando un descontento social por ese tipo de Constituciones.

Es en esa situación y con ese antecedente, que se puede identificar el inicio de la formación del nuevo constitucionalismo latinoamericano como respuesta al tradicional constitucionalismo de adaptación que no pudo resolver los problemas estructurales de las sociedades latinoamericanas. De esa manera, se puede identificar un mandato social para el nuevo constitucionalismo latinoamericano el cual es generar una normatividad constitucional que resuelva los diferentes problemas sociales, lo cual establece que la sociedad latinoamericana todavía cuenta con una fe en que la Constitución es un instrumento para desarrollar a la sociedad, tal como lo planteaban los revolucionarios europeos del siglo XVIII. Es decir, que a diferencia de otras sociedades actuales, muchas de las sociedades latinoamericanas han identificado una necesidad de cambio, de transformación social por una ineficiencia de los sistemas políticos y normativos por lo que hay dos vías para transformar la sociedad una violenta a través de una revolución y otra pacífica a través de la elaboración de nuevas Constituciones mediante la activación popular del poder constituyente.

Esta evolución constitucional históricamente ha sido una respuesta pacífica por parte de la sociedad para generar un cambio que le permita mejorar las condiciones de sus miembros. Esa fue la situación de América Latina, donde el movimiento independentista de inicios del siglo XIX sólo representó el cambio de una oligarquía por otra, por ello este movimiento de desarrollo constitucional latinoamericano para Martínez Dalmau (2008) representa una nueva independencia donde el principal protagonista es el pueblo.

Por esa razón, el estudio sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano debe ser desarrollado sobre un entendimiento del constitucionalismo liberal desarrollado en América Latina a partir del movimiento independentista de la corona española para advertir la importancia de este nuevo momento constitucional en algunos países de América Latina. Así, a este constitucionalismo liberal también se lo denominó constitucionalismo de adaptación, criollo o en palabras de Martínez Dalmau (2008) un constitucionalismo de la opulencia, el cual lejos de transformarse con los postulados del constitucionalismo social y Neoconstitucionalismo mantuvo un *status quo* sobre la normatividad constitucional bajo el viejo entendimiento de que sólo es un medio de limitación del poder político. Es decir, que los diferentes estados de esta parte del mundo reconocieron formalmente los institutos de los diferentes momentos históricos del constitucionalismo sin embargo nunca tuvieron una vigencia en la realidad, existía una Constitución formal que no tenía ninguna fuerza reguladora en la realidad material; en muchos Estados se reconoció constitucionalmente la vigencia del Estado social de derecho o al Estado social y democrático de derecho sin embargo los niveles de pobreza y exclusión siempre fueron altísimos en la región, por lo que el orden constitucional sólo sirvió para proteger los intereses de pequeñas oligarquías a través de este constitucionalismo de la opulencia.

Guastini (2010) señala que el Estado puede mejorar las condiciones de vida de las personas mediante un desarrollo siempre y cuando exista un constitucionalismo fuerte donde se constitucionalice el ordenamiento jurídico que tenga la suficiente fuerza de proteger al Estado Social. En el caso latinoamericano se puede decir que materialmente nunca existió un Estado social debido a que nunca hubieras las condiciones económicas para su vigencia, hasta ahora no existe un desarrollo industrial que permita la generación de riqueza y la constitución de un verdadero Estado de bienestar. En ese sentido, el rol de la Constitución no es distribuir la riqueza sino sentar

las bases de la creación de riqueza tal como los hace el nuevo constitucionalismo latinoamericano al reconocer a la Constitución económica dentro de su articulado. Lo que se quiere establecer es que los diferentes momentos del constitucionalismo a nivel mundial nunca se experimentaron materialmente en las sociedades latinoamericanas ya que las Constituciones en esta parte del mundo se remitieron a organizar el poder público sin involucrarse en la realidad y las necesidades de las y los ciudadanos, generando un divorcio entre la sociedad y su Constitución donde la misma era una expresión de un modelo liberal que sólo creó pobreza y exclusión en muchos casos. Por esa razón, puede establecerse que la irrupción del nuevo constitucionalismo latinoamericano es producto de la decadencia del constitucionalismo liberal y el Estado liberal capitalista en América Latina.

Al igual que otros momentos históricos en otras partes del mundo, el nuevo constitucionalismo latinoamericano es un constitucionalismo necesario, para diferentes países de América Latina que lo están desarrollando y para los que pronto lo harán, para no sólo cambiar sino transformar no sólo a las instituciones estatales sino a la sociedad en su conjunto respondiendo así con las demandas históricas del pueblo latinoamericano.

Ese momento de crisis del Estado liberal revolucionario y del constitucionalismo liberal descrito por Ferrajoli (2006) encuentra nuevos bríos en la activación popular del poder constituyente en las experiencias de Colombia en 1991, Venezuela en 1999, Ecuador en 2008 y Bolivia 2009, constituyéndose estas experiencias como la actual vanguardia del constitucionalismo.

De esa manera, los objetivos del nuevo constitucionalismo latinoamericano pueden explicarse de la siguiente manera:

TABLA No. 14
OBJETIVOS DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

Generación de riqueza y bienestar económico	Inclusión de las mayorías excluidas del ejercicio del poder público
--	--

A través de la constitucionalización de regulaciones económicas que prevean la propiedad del Estado de los recursos naturales	A través no sólo del reconocimiento de derechos sino del establecimiento de garantías jurisdiccionales de defensa de los derechos fundamentales individuales, pluriindividuales, colectivos y difusos
---	---

FUENTE: Elaboración propia

En ese sentido, uno de los rasgos significativos y característicos del desarrollo del nuevo constitucionalismo latinoamericano es la activación del poder constituyente con la participación y protagonismo del pueblo, esta activación de procesos constituyentes latinoamericanos se ha caracterizado por movilizaciones sociales de protesta, generalmente espontáneas y sin un orden orgánico, contra el modelo institucional y económico vigente quienes al no encontrar soluciones en la institucionalidad vigente se rebelan contra el mismo proponiendo la realización de procesos constituyentes.

3.5.1 Formación histórica

Así, Martínez Dalmau (2008) identifica a tres momentos históricos como los antecedentes del nuevo constitucionalismo latinoamericano:

- La propuesta de la papeleta adicional en el referendo colombiano de 1991
- El “Caracazo” de 1989 en Venezuela
- Las guerras del agua y del gas en Bolivia a inicios del siglo XXI

Con esos procesos de protestas históricas de los diferentes movimientos sociales, los procesos constituyentes se erigen como una respuesta a esas demandas pero desde una vía institucional y democrática que tiene como mandato ser un espacio de debate y reflexión de todos los actores y actrices de la sociedad donde se ponga en discusión no solo las demandas sociales sino plantear cómo desde un texto constitucional democrático se va a dar una respuesta institucional a esas demandas. Es decir, conforme lo señalado anteriormente, para hablar del nuevo constitucionalismo latinoamericano se debe analizar las experiencias de reforma constitucional que se han desarrollado a través de asambleas constituyentes porque son la expresión máxima del poder constituyente popular, así para Martínez Dalmau (2008) los procesos de reforma constitucional de Brasil en 1988, Perú en 1993 y Argentina en 1994 no son parte de este cuarto momento en la historia del constitucionalismo.

De esa manera, se puede establecer como el nacimiento del nuevo constitucionalismo latinoamericano al proceso constitucional de Colombia en 1991. El origen del proceso constituyente colombiano se dio gracias a la activación directa de la soberanía popular donde estudiantes y docentes universitarios iniciaron con la idea de establecer una asamblea constituyente en Colombia.

Hasta ese momento, en América Latina los procesos constituyentes se habían desarrollado conforme las experiencias europeas donde no existe una participación directa de la población sino que existe todavía la aplicación del concepto poder constituyente constituido donde los partidos políticos tienen la exclusividad de ejercer la soberanía. Martínez Dalmau (2008) señala que la asamblea constituyente colombiana de inicios de la década de los 90 se constituyó como un antes y un después en las formas constituyentes latinoamericanas.

El resultado de la asamblea constituyente colombiana inició una revolución constitucional en Colombia que tuvo efecto a nivel internacional rescatando el concepto de soberanía popular y actualizando la teoría del poder constituyente para su entendimiento a inicios del siglo XXI. Como todo proceso constituyente hubo el debate social si era realmente necesario cambiar todo el texto constitucional o bastaba solamente con hacer reformas parciales al texto constitucional de 1886, la asamblea constituyente optó por el cambio total de la Constitución a través de la redacción de un nuevo texto constitucional.

Entre las innovaciones de la Constitución colombiana de 1991, que tiempo después serán las bases del desarrollo teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano, pueden destacarse:

- Incorporación de mecanismos de democracia participativa como la revocatoria de mandato
- Mayor reconocimiento de derechos fundamentales
- Regulación constitucional del papel del Estado en la economía

Sin embargo, lo fundamental del proceso constituyente colombiano fue el reconocimiento de la sociedad de una necesidad de contar con un proceso de esas características para debatir los problemas sociales y plantear sus soluciones desde un texto constitucional. Además mediante la Constitución colombiana de 1991 la Corte Constitucional de aquel país ha hecho un desarrollo jurisprudencia de los diferentes temas especialmente del ejercicio de los derechos fundamentales que ha sido guía para diferentes órganos constitucionales alrededor del mundo.

Tras la experiencia constituyente colombiana, en Ecuador también existieron movimientos sociales que pedían la instalación de una asamblea constituyente a mediados de la década de los noventa. Este proceso no cumplió con las expectativas depositadas por el pueblo terminando con la redacción de la

Constitución ecuatoriana de 1998. Tomando en cuenta que ese proceso constituyente quedó inconcluso, nueve años después en 2008 se convoca nuevamente a una asamblea constituyente que se enmarcó en los elementos formales aportados por la Constitución colombiana de 1991 como ser la amplitud y complejidad de su articulado, amplitud en el catálogo de derechos sociales, reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas y sectores vulnerables, y el reconocimiento de institutos de democracia participativa.

Respecto a la experiencia constituyente venezolana fue para Martínez Dalmau (2008) el ejemplo más rotundo del nuevo constitucionalismo latinoamericano, este proceso que terminó en la aprobación mediante voto popular de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el 15 de diciembre de 1999 fue un hito importante para el análisis de cómo el pueblo ejercer directamente la soberanía popular. Como se mencionó anteriormente, el denominado "Caracazo" de 1989 fue el antecedente de un clamor popular por un cambio en el sistema que fue recogido por el ex presidente Hugo Chávez a través de la instalación de una asamblea constituyente pese al rechazo y oposición del poder constituido. De esa manera, como todo proceso constituyente, el proceso venezolano no fue fácil por se estaba en los albores de un nuevo sistema político que se tradujo en la Constitución de 1999 que aportó innovaciones en el reconocimiento y ejercicio de derechos sociales, en cambios institucionales, la regulación de los partidos políticos, inclusión de mecanismos de democracia participativa y la constitucionalización del papel del Estado en la economía, son los elementos más destacados de ese texto constitucional, sin olvidar del establecimiento del referendo popular siempre que haya una reforma constitucional sea total o parcial. Con esa última característica se advierte el carácter central que tiene la soberanía popular en el nuevo constitucionalismo latinoamericano.

Sobre el caso boliviano se puede afirmar que los niveles de pobreza y exclusión que han caracterizado la historia boliviana generaron una constante necesidad

constituyente que los pueblos indígenas de tierras bajas plantearon por primera vez en la Marcha por la dignidad y el territorio en 1990, fue allí que por primera vez se planteó la necesidad de instalar una asamblea constituyente en Bolivia. Pese a esta necesidad, los partidos políticos que gobernaron Bolivia luego de la recuperación de la democracia en 1982 nunca se animaron a recoger este pedido social y dieron largas mediante reformas constitucionales (1994 y 2004) meramente formales que tenían una característica refundacional del Estado. De esa manera, en la elección presidencial del año 2005 el entonces candidato Evo Morales manifestó que la convocatoria a una asamblea constituyente sería una de las primeras prioridades en su gobierno, así que luego de su victoria mediante la Ley N°36453 se convocó a la asamblea constituyente mediante la elección popular de la ciudadanía de sus representantes, hecho inédito en la historia boliviana.

En ese sentido, en agosto del año 2006 se instaló la asamblea constituyente boliviana la cual, como todos los procesos descritos anteriormente, tuvo una fuerte oposición tanto del poder constituido como de poderes económicos que no querían una nueva Constitución así chicana tras chicana se quiso ensombrecer ese proceso histórico mediante debates si el poder constituyente de la asamblea es originario o derivado, el pedido de la oposición de que todos los artículos sean aprobados por dos tercios y el pedido de la ciudad de Sucre de ser sede de todos los poderes del Estado llevaron a que la asamblea sea el centro de altos grados de conflictividad en su sede a tal extremo que las y los asambleístas cambiaron la sede a la ciudad de Oruro donde el 14 de diciembre de 2007 aprobaron en grande, detalle y revisión el proyecto de Constitución.

Así, ese proyecto de Constitución tuvo que ser modificado tanto política como congresalmente para poder ser llevada a referendo, el cual se celebró en diciembre de 2008 donde más del 55% del electorado boliviano aprobó la nueva Constitución boliviana que fue promulgada el 09 de febrero del 2009.

Habiendo analizado brevemente las condiciones históricas sobre las cuales se han desarrollado los procesos constituyentes en América Latina en los últimos 30 años, ya puede iniciarse el tratamiento sobre las características del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Así, para Martínez Dalmau (2008) se pueden identificar 10 características del nuevo constitucionalismo latinoamericano 6 características materiales y 4 características formales.

3.5.2 Características formales

- Naturaleza transitoria
- Recuperación de la soberanía popular
- Consolidación de la democracia participativa
- Carácter social integrador
- Establecimiento del papel estatal en la economía
- Nuevas formas de integración de nivel regional

Sobre estas características formales se puede advertir que dichas Constituciones tienen un carácter transitorio o temporal porque tienen como finalidad sentar las bases para que las sociedades se transformen y aporten nuevas formas de desarrollo y de organización; es decir, el nuevo constitucionalismo latinoamericano pretende ser la semilla de un gran cambio social en América Latina donde la punta de lanza es la redacción de Constituciones democráticas con altos grados de participación popular. Respecto a la recuperación del concepto de soberanía popular lo que realiza este nuevo constitucionalismo es devolver el poder político al pueblo debido a que durante décadas ese poder en muchos países latinoamericanos fue detentado por oligarquías y pequeños grupos de poder que manejaron y

redactaron Constituciones para proteger sus intereses, de esa manera se retoma el poder del pueblo para que este de forma soberana decida y ejerza el poder político a través de mecanismos de participación de democracia participativa.

Sobre el carácter social integrador de este constitucionalismo se encuentra el reconocimiento formal y también de derechos a grandes sectores de la población que tradicionalmente han sido excluidos del estado como lo fueron los pueblos indígenas y otras minorías sociales; así, las Constituciones pretenden no sólo reconocer sino empoderar a estos sectores sociales para que puedan ejercer sus derechos de forma plena y sin condicionamientos.

Una de las innovaciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano se puede encontrar en su quinta característica formal referida al reconocimiento constitucional del papel estatal en la economía, donde el constituyente establece las formas sobre cómo se va a desarrollar la economía haciendo énfasis en la propiedad del pueblo sobre los recursos naturales y formas interesantes de distribución de la riqueza. Y por último, se encuentra la previsión de este constitucionalismo sobre la integración latinoamericana que evidentemente no tiene nada de novedoso en relación a su intención pero si es novedoso en relación a su incorporación al texto constitucional. Ya Francisco de Miranda, Simón Bolívar o José Martí identificaron la necesidad de una integración latinoamericana como punto de poder de la región ante el mundo, por ello este constitucionalismo prevé que los Estados deban desarrollar políticas de integración regional o, tal el caso boliviano en su artículo 410, el reconocimiento de la supremacía constitucional a las normas del derecho comunitario.

3.5.3 Características materiales

- Originalidad
- Amplitud en el articulado
- Complejidad
- Rigidez constitucional

Estas características materiales demuestran que el nuevo constitucionalismo latinoamericano es un avance dentro de la ciencia constitucional ya mediante su complejidad o amplitud de los articulados constitucionales el mencionado constitucionalismo apunta a una efectividad constitucional, a que la Constitución sea la fuente principal y el centro de la normatividad por lo cual procura regular todos los aspectos de la vida social no sólo limitándose a poner límites al poder sino también a establecer mandatos al poder constituido para desarrollar la sociedad económica y culturalmente.

Respecto a la amplitud del articulado, se advierte que los 380 artículos de la Constitución colombiana, 284 artículos de la Constitución ecuatoriana, 350 artículos de la Constitución venezolana y los 411 de la Constitución boliviana, se erigen como una característica propia de este constitucionalismo donde la razón de contar con textos constitucionales ampulosos es la protección de la voluntad constituyente evitando así que el poder constituido pueda modificarla o interpretarla de maneras diferentes a sus orígenes. Asimismo, esta amplitud de artículos en el texto constitucional implica necesariamente su complejidad debido a la introducción de aspectos técnicos que el constituyente ha previsto su introducción para regular aspectos centrales de la sociedad como el régimen económico.

Sobre la rigidez constitucional se puede advertir que mediante el mismo el nuevo constitucionalismo latinoamericano elimina definitivamente el concepto

de poder constituyente constituido o derivado donde las reformas constitucionales se las encargaba al parlamento vedando la participación del pueblo. En ese sentido, en este nuevo momento del constitucionalismo implica que cualquier tipo de reforma constitucional, sea total o parcial, deba tener la participación y aprobación popular reforzando así el concepto de soberanía popular la cual reside en el pueblo mismo y no en sus representantes.

Otro aspecto importante del nuevo constitucionalismo latinoamericano es la introducción dentro del texto constitucional de provisiones económicas y fiscales, o también denominada Constitución económica. En el constitucionalismo social el criterio que se seguía era el de establecer líneas básicas o genéricas sobre las cuales el poder constituido desarrolle políticas sociales y económicas procurando siempre regular lo menos posible para que la Constitución no sea una camisa de fuerza para los gobiernos o mayorías parlamentarias. Por ello, con las nuevas Constituciones latinoamericanas se rompe con este paradigma, donde es el poder constituyente, el pueblo, quien establece las formas y las políticas que el Estado debe desarrollar en la economía, aparece así la introducción de la Constitución económica como un integrante indispensable en toda Constitución, donde la regulación constitucional es amplia y expresa sobre cuáles y cómo el Estado debe llevar a cabo las políticas económicas haciendo énfasis en la explotación y uso de los beneficios de los recursos naturales. Así, el margen de gestión del poder constituido es bastante limitada, estableciendo desde los textos constitucionales los sistemas de distribución de la riqueza y manifestando que no todo disponible o comerciable en la sociedad.

Respecto a la relación de la Constitución con los tratados internacionales, históricamente los tratados internacionales estaban sometidos a la Constitución no pudiendo contradecirla en fiel apego al principio de supremacía y jerarquía constitucional. Actualmente, señala Tremolada (2008) la tradicional infra constitucionalidad de los tratados internacionales ha sufrido cambios dentro del

nuevo constitucionalismo latinoamericano principalmente por 2 factores: la consolidación de los procesos de integración y la suscripción de numerosos instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos.

En relación a los Instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos tanto el constitucionalismo liberal como social señalaban que éstos son normas complementarias de interpretación a la Constitución, son normas subsidiarias, accesorias que no pueden contradecir el texto constitucional. Mientras que en los procesos constituyentes latinoamericanos de fines del siglo XX e inicios del siglo XXI se plantea ir más allá en la funcionalidad de éstos instrumentos permitiendo que cuando reconocen derechos que no están dentro de la Constitución o reconocen derechos más favorables a los contenidos en el texto constitucional, en la labor interpretativa constitucional los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos tendrán un rango supraconstitucional, tal como lo reconoce el artículo 256 de la Constitución boliviana.

En definitiva, el nuevo constitucionalismo latinoamericano es nuevo momento en la historia del constitucionalismo porque realiza un aporte y superaciones conceptuales a los institutos clásicos de la ciencia constitucional. Este nuevo constitucionalismo está teniendo su desarrollo en América Latina pero su estudio e influencia está recorriendo todo el mundo. Si bien se puede identificar varias características sobre este nuevo momento del constitucionalismo, se advierte que la retoma y vigorosidad de la soberanía popular y la introducción de mecanismos constitucionales para el ejercicio pleno de los derechos fundamentales son los temas centrales que denotan la importancia de este nuevo constitucionalismo. Por su reciente aparición y desarrollo, es importante su estudio y discusión ya que el mismo permite que la Constitución mantenga su vigencia y el carácter vivo dentro de las sociedades.

3.5.4 Clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano

Como se mencionó anteriormente, una de las principales características del nuevo constitucionalismo latinoamericano es que propone una nueva clasificación de los derechos fundamentales superando la tradicional clasificación generacional de los mismos.

Para Attard (2011) a este nuevo momento del constitucionalismo en América Latina y Bolivia se denomina ``Constitucionalismo de última generación`` el cual propone un nuevo modelo de Estado en el cual todos los derechos reconocidos en el texto constitucional tienen directa aplicación y Justiciabilidad. Bajo ese entendimiento todos los derechos reconocidos en el texto constitucional son derechos fundamentales al adquirir esa característica de directa aplicación y Justiciabilidad. De esa manera, las Constituciones de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia incorporan a su parte dogmática el principio de igualdad jerárquica de los derechos fundamentales, así, mediante el reconocimiento de ese principio constitucional este nuevo constitucionalismo supera la división generacional de los derechos fundamentales para innovar en una nueva clasificación de los derechos fundamentales, que en el caso boliviano es reforzado por los principios de pluralismo, interculturalidad y descolonización.

Es mediante esa nueva clasificación de los derechos fundamentales que se advierte ese espíritu garantista del nuevo constitucionalismo latinoamericano donde dichos textos constitucionales buscan la eficacia máxima de los derechos fundamentales, conteniendo un amplio catálogo constitucional de derechos y, principalmente, franqueando garantías jurisdiccionales para todos los derechos fundamentales.

De esa manera, el artículo 5 de la Constitución colombiana establece que ``El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la

sociedad.” Mientras que en el artículo 13 del referido texto constitucional establece que “ Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptara medidas en favor de grupos discriminados o marginados.” Por su parte, en el artículo 86 señala que “ Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.” Y, en el artículo 89 establece que “ Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.”

Por su parte, la Constitución Venezolana de 1999 establece en su artículo 19 que “ El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.” Mientras que el artículo 27 del referido texto constitucional establece que “ Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren

expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.”

Por su parte, la Constitución de Ecuador de 2008 reconoce en su artículo 6 que “Todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución.” Asimismo, el artículo 11 del mencionado texto constitucional establece que “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento. 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. (...)3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. (...)Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento. (...) 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.”

Y por su parte, la Constitución boliviana de 2009 reconoce en su artículo 9 que “Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley: 4. Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.” Por su parte en el artículo 13 párrafo III del mismo texto constitucional señala que “La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros.” Y en el artículo 109 párrafo I de dicho texto constitucional establece que “Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección.”

Así, haciendo un análisis en los textos constitucionales de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia se puede advertir que los derechos fundamentales se pueden clasificar de la siguiente manera:

TABLA No. 15
NUEVA CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

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

FUENTE: Elaboración propia

Los derechos individuales son los también denominados derechos de libertad mediante los cuales se reconoce a la persona diferentes libertades y el respeto a la vida y dignidad humana, estos derechos que fueron la base de las revoluciones liberales del siglo XVII y XVIII están referidos a un mandato al poder político, al Estado de no intervenir en la libertad individual de las personas. Asimismo, estos derechos significan que su titular es la persona individual existiendo un interés directo y personal sobre el ejercicio de esos derechos, así su vulneración requiere una tutela subjetiva porque dicha vulneración sólo afecta a su titular.

Los derechos sociales y económicos son aquellos que exigen al Estado la realización de diferentes actividades y políticas mediante las cuales se asegure a la persona contar un desarrollo integral y bienestar donde se cuente con una fuente de trabajo, servicios de salud, servicios de educación, prestaciones sociales, entre otros. Estos derechos fueron insertados en las Constituciones hacia inicios del siglo XXI mediante el desarrollo del constitucionalismo social, los cuales han sido denominados por parte de la doctrina constitucional como derechos individuales homogéneos donde el ejercicio de dichos derechos es personal pero está vinculado al ejercicio de derechos de otras personas donde su vulneración no sólo afecta al titular sino al resto de personas que están en la misma situación generando una tutela objetiva de estos derechos.

Mientras que dentro de los derechos transindividuales se encuentran los derechos colectivos y difusos, los cuales son de reciente incorporación dentro del constitucionalismo mediante los cuales se reconoce que las colectividades tienen derechos inherentes a su naturaleza. Dentro de los derechos colectivos se encuentran los derechos de los pueblos indígenas destacándose el derecho a la libre determinación de los pueblos reconociendo sus propios procedimientos e instituciones donde la vulneración de los derechos colectivos van dirigidos a la contravención de dicha libre determinación. Por su parte, los derechos difusos se refieren a derechos de naturaleza colectiva pero que su legitimación no está específicamente determinada en grupo social en especial, dentro de estos derechos se encuentra el derecho al medio ambiente y todos aquellos relacionados con él donde la titularidad de ese derecho es de toda la sociedad, de lo cual se advierte el carácter difuso de estos derechos. Tanto para los derechos colectivos como para los difusos existe una tutela colectiva de los derechos generando así una Justiciabilidad indivisible de los mismos.

En ese sentido, en la clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano responde a la vigencia y ejercicio pleno de los derechos por parte de las ciudadanas y ciudadanos, donde ya no existen

derechos de primera o segunda clase sino que todos los derechos tienen la misma jerarquía y protección ampliando el entendimiento de la dignidad humana como un concepto holístico e integral. Attard (2011) establece que en un Estado Constitucional de derecho, que es a lo que apunta el nuevo constitucionalismo latinoamericano, se deben advertir las siguientes características en el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales para alcanzar su plena eficacia:

- Igualdad jerárquica
- Directa aplicación
- Directa Justiciabilidad
- Pluralismo de fuentes jurídicas
- Valor axiomático de la Constitución
- Eficacia en el control de constitucionalidad

Así, Attard (2011) establece que existe una eficacia máxima de los derechos fundamentales, la cual es el norte esencial de este modelo constitucional, postula la igual jerarquía de todos los derechos incluyendo los derechos económicos, sociales y culturales, jerarquía que no está enmarcada solamente a un reconocimiento constitucional formal, sino a una eficacia real o sustancial, razón por la cual, estos son directamente justiciables y por tanto, el control plural de constitucionalidad, deberá ser su eficaz guardián.”

Por otra parte, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia mediante su sentencia 1474/2011-R establece claramente cómo se entiende actualmente la nueva clasificación de los Derechos Fundamentales señalando que “En el contexto antes señalado y dentro de esa visión axiológica que asegura la “construcción colectiva del Estado”, debe establecerse también que art. 13.1 del texto constitucional, asegura la inviolabilidad de los derechos reconocidos por la

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

CAPÍTULO 4

PERSPECTIVAS SOBRE EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

El tratamiento sobre los derechos sexuales y reproductivos puede tener una mirada evolutiva, devolutiva y revolucionaria, será evolutiva cuando se los vincula con el ejercicio de otros derechos ya existentes como a la salud, integridad personas o intimidad; será devolutiva cuando se los asimila como una necesidad de un sector específico de la sociedad; y será revolucionaria cuando su entendimiento requiere una nueva comprensión de la dignidad humana que abarca al ejercicio de una sexualidad y reproducción placentera y responsable. De esa manera, habiendo establecido por una parte que la sexualidad y reproducción humana forman parte del concepto de dignidad humana y consecuentemente los derechos sexuales y reproductivos son derechos fundamentales, y por otra parte que el nuevo constitucionalismo latinoamericano se constituye como el último momento histórico del constitucionalismo. Es necesario vincular los derechos sexuales y reproductivos con el nuevo constitucionalismo latinoamericano mediante un análisis de su reconocimiento constitucional y la determinación de cuáles deben ser sus perspectivas en la actualidad tanto en el desarrollo de normativa como de políticas públicas en el tema.

1. Reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos dentro del nuevo constitucionalismo latinoamericano

Una de las características del nuevo constitucionalismo latinoamericano es la comprensión de la dignidad humana como un todo, como un sistema integral que protege todas las esferas tanto individuales como sociales de las personas. Es así, que todos los derechos adquieren la característica de fundamentalidad por la cual se desecha los antiguos conceptos que establecían derechos más

importantes que otros. A nivel internacional sólo la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW) es el primer instrumento jurídico a nivel internacional que ha hecho un tratamiento sobre los derechos sexuales y reproductivos ya que las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos precedentes no habían hecho mención a esta parte importante de la vida humana, de allí radica la importancia que los textos constitucionales nacionales inicien un reconocimiento explícito de estos derechos.

De esa manera, tal como se estableció, los derechos sexuales y reproductivos como esa atribución que tiene toda persona para decidir y disfrutar sobre su cuerpo son considerados para el nuevo constitucionalismo latinoamericano como derechos fundamentales, por lo que es necesario analizar su reconocimiento constitucional en las Constituciones de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia, habiendo ya establecido que éstos textos constitucionales conforman al nuevo constitucionalismo latinoamericano tal como se explicó en el capítulo precedente.

1.1 Colombia

La Constitución colombiana de 1991 hace referencia a los derechos sexuales y reproductivos en los siguientes artículos:

Artículo	Contenido
1	Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

2 Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...) Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

5 El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

13 Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

15 Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar.

16 Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

42 (...) Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

(...) Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

(...) La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

43 La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

49 La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

93 Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

94 La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

FUENTE: Elaboración propia

Como se advierte, la Constitución colombiana hace referencia a los derechos sexuales y reproductivos en diferentes artículos. Si bien, no hace un reconocimiento expreso de los mismos, sienta las bases sobre las cuales las posteriores constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano van a trabajar el tratamiento y reconocimiento de estos derechos. Así, en su artículo 1 se señala claramente que el estado colombiano se funda en el respeto de la dignidad humana lo que quiere decir que existe un respeto por todos los derechos fundamentales de las personas donde, obviamente, están incluidos los derechos sexuales y reproductivos tal como también lo expresa su artículo 2.

En el artículo 5 reconoce la primacía de los derechos fundamentales sin discriminación alguna, lo que quiere decir que las personas sin importar su género u orientación sexual tienen los mismos derechos que cualquier otra persona prohibiendo y sancionando toda forma de discriminación en su artículo 13. Tal como se ha señalado previamente, los derechos sexuales hacen al reconocimiento del goce pleno de la sexualidad generando así una protección sobre las diferentes formas en las cuales se manifiesta donde algunas están íntimamente relacionadas con el derecho a la privacidad e intimidad de las personas, el cual está protegido 15. Por su parte, un tema importante relacionado con el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos es que mediante los mismos se hace un desarrollo integral de la persona humana, es decir no hay un desarrollo integral de la persona si esta tiene restricciones o miedos en tener una sexualidad placentera, ello está protegido por el artículo 16

de la Constitución colombiana cuando reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Los derechos sexuales y reproductivos si bien son facultades que a todas las personas se les reconoce, es necesario hacer énfasis en mujeres, jóvenes y población GLTB ya que son estos sectores de la sociedad que históricamente han sido negadas y negados del ejercicio libre de su sexualidad. De esa manera, cuando el artículo 42 se establece la igualdad de derechos y deberes entre los cónyuges se está rompiendo con roles de género patriarcales que establecen que las labores de casa sólo y crianza de hijas e hijos son roles exclusivos para las mujeres; asimismo, en dicho artículo se hace un reconocimiento implícito de los derechos reproductivos cuando señala la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijas o hijos que quieren tener. También se protege los derechos reproductivos de las mujeres cuando en el artículo 43 se prevé una protección de la mujer durante en el embarazo y se hace una previsión explícita de la prohibición de discriminación por el hecho de ser mujer.

Conforme la interdependencia de los derechos fundamentales, como una de sus características, se establece que los derechos sexuales y reproductivos tienen una íntima relación con el derecho a la salud. Así, el artículo 49 de la Constitución colombiana reconoce el derecho a la salud garantizando el acceso a los diferentes servicios de salud, hecho que es central en el ejercicio de los mencionados derechos.

El instituto del bloque de constitucionalidad, por el cual se amplía la supremacía constitucional a otras normas por fuera de la Constitución, si bien fue reconocida judicialmente por la Corte Constitucional de Colombia posteriormente la Constitución de 1991, tiene su antecedente en el artículo 93 donde se establece que los derechos deben ser interpretados conforme los tratados internacionales ratificados por Colombia, donde se encuentran diversos

referidos a la temática de los derechos sexuales y reproductivos, hecho que es reforzado por el artículo 94 del referido texto constitucional, reconociendo así que el catálogo constitucional de derechos no es limitante para que se reconozcan nuevos y mejores derechos a las y los ciudadanos, por lo cual si bien los derechos sexuales y reproductivos no están explícitamente reconocidos en la Constitución colombiana, mediante el artículo 93 y 94 forman parte del catálogo de derechos fundamentales.

Para terminar, es necesario advertir sobre disposiciones constitucionales que pueden constituirse como limitación al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, tal como es el caso del artículo 42 de la Constitución colombiana que establece que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.”

Con este artículo se advierte que el matrimonio está exclusivamente reconocido para la unión entre un hombre y una mujer, es decir que el derecho al matrimonio sólo está reconocido para las personas heterosexuales, hecho que vulnera los derechos sexuales de las personas GLTB.

1.2 Venezuela

Por su parte, la Constitución venezolana de 1999 hace el tratamiento sobre los derechos sexuales y reproductivos en los siguientes artículos:

Artículo	Contenido
1	La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional, en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador.

2 Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

3 El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución.

19 El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.

20 Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social.

21 Todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia: 1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento,

goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

22 La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

23 Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

54 Ninguna persona podrá ser sometida a esclavitud o servidumbre. La trata de personas y, en particular, la de mujeres, niños, niñas y adolescentes en todas sus formas, estará sujeta a las penas previstas en la ley.

60 Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación.

75 El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo

común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

76 La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos e hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos.

83 La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República.

88 El Estado garantizará la igualdad y equidad de hombres y mujeres en el ejercicio del derecho al trabajo. El Estado reconocerá el trabajo del hogar como actividad económica que crea valor agregado y produce riqueza y bienestar social. Las amas de casa tienen derecho a la seguridad social de conformidad con la ley.

Uno de los fundamentos de los derechos sexuales y reproductivos es el ejercicio de la libertad de las personas por las cuales ejercen una sexualidad placentera y responsable, esa libertad es reconocida como un valor para el Estado venezolano en el artículo 1 de su Constitución. Asimismo, conforme el artículo 2 del mencionado texto constitucional señala que la libertad es un valor supremo del Estado lo cual se refleja en la supremacía de los derechos fundamentales; en ese sentido, el Estado asume como uno de sus fines el desarrollo de la persona y el respeto de su dignidad hecho que está íntimamente relacionado al ejercicio y desarrollo de su sexualidad.

En su artículo 19, la Constitución venezolana establece que el Estado garantiza el goce de los derechos conforme el principio de progresividad mediante el cual se deben ir reconociendo más derechos ampliando el concepto de dignidad humana donde el poder público está obligado a respetar estos derechos sancionando todo tipo de discriminación conforme el artículo 21 del referido texto constitucional. En ese sentido, dicho texto constitucional en su artículo 20 reconoce el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad que, conforme lo estudiado en la presente investigación, implica de forma indivisible un desarrollo pleno de la sexualidad.

Al igual que la Constitución colombiana, el texto constitucional venezolano no hace un reconocimiento explícito de los derechos sexuales y reproductivos en su catálogo de derechos, lo cual no implica una negación de estos derechos ya que conforme el artículo 22 se entiende que inexistencia del reconocimiento explícito de los derechos sexuales y reproductivos no implica su negación, más bien al ser inherentes a la persona humana adquieren plena protección por parte del Estado, más aún si están reconocidos en instrumentos internacionales en materia de derechos humanos tal como lo expresa el artículo 23 previendo su aplicación inmediata y su supremacía constitucional. Es decir, que conforme la ratificación de diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos referidos a los derechos sexuales y reproductivos por parte de

Venezuela, se puede establecer que dichos derechos forman parte del catálogo constitucional de derechos fundamentales.

Otro aspecto importante es la previsión constitucional referida a la trata y tráfico de personas del artículo 54, ya que mediante el mismo se protege a las mujeres que son víctimas de este delito el cual se ha construido bajo las bases de modelos sociales patriarcales que afirman que el cuerpo de la mujer es propiedad del varón por lo que pueden poseerlo el tiempo y las veces que quieran incluso en contra de la voluntad de las mujeres.

Tal como se explicó anteriormente, la sexualidad su desarrollo y disfrute son todavía temas tabú en la sociedad latinoamericana por lo que su ejercicio se ve a veces limitado a los niveles de la privacidad e intimidad, de lo cual se advierte que el reconocimiento del derecho a la privacidad e intimidad del artículo 60 hace referencia también al ejercicio libre de una sexualidad placentera.

Los artículos 75 y 76 de la Constitución venezolana son importantes ya que afirman la igualdad entre los cónyuges desechando los roles de género patriarcales, se reconoce que muchas mujeres son las jefas de familia y que deben tener protección del Estado, y hace una referencia a la protección de la maternidad y paternidad de las y los ciudadanos. El referido artículo 76 señala que las parejas tienen derechos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, reconociendo así los derechos reproductivos además de adicionar el tema del derecho a la información y acceso a métodos de planificación familiar, hecho que es un gran avance en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos.

Otro elemento importante para los derechos sexuales y reproductivos en la constitución venezolana se encuentra en su artículo 88 por el cual se reconoce que el trabajo del hogar, que en su mayoría es ejercido por mujeres, es reconocido como una actividad económica que crea riqueza, colocando esa actividad al mismo nivel que cualquier otro trabajo reconociendo a las amas de

casa el derecho a la seguridad social. Este elemento es importante para los derechos sexuales y reproductivos ya que, como anteriormente se señaló, estos derechos proponen un cambio una revolución en el entendimiento no sólo de la corporalidad y relaciones humanas sino de los roles de género que han sido construido históricamente bajo sistemas patriarcales; así, cuando la Constitución reconoce como actividad económica a las labores de casa está asumiendo una posición en favor de la igualdad entre mujeres y hombres.

Por otra parte, al igual que la Constitución colombiana, en el artículo 77 de la Constitución venezolana se restringe constitucionalmente el derecho al matrimonio de personas GLTB debido a que señala lo siguiente ``Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, el cual se funda en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges.`` hecho que sin duda alguna restringe los derechos sexuales de esa población.

1.3 Ecuador

Por su parte, la Constitución ecuatoriana de 2008 hace referencia a los derechos sexuales y reproductivos en los siguientes artículos:

Artículo	Contenido
3	Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.
10	Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

11 El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse

falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

(...)

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

32 La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.

43 El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a:

1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral.
2. La gratuidad de los servicios de salud materna.
3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto.
4. Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia.

50 El Estado garantizará a toda persona que sufra de enfermedades catastróficas o de alta complejidad el derecho a la atención especializada y gratuita en todos los niveles, de manera oportuna y preferente.

66 Se reconoce y garantizará a las personas:

3. El derecho a la integridad personal, que incluye:
 - a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.
 - b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.
9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.
10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e

informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.

11. El derecho a guardar reserva sobre sus convicciones. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre las mismas. En ningún caso se podrá exigir o utilizar sin autorización del titular o de sus legítimos representantes, la información personal o de terceros sobre sus creencias religiosas, filiación o pensamiento político; ni sobre datos referentes a su salud y vida sexual, salvo por necesidades de atención médica.

67 Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

68 La unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio.

69 Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

70 El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, a través del mecanismo especializado de acuerdo con la ley, e incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público.

417 Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

424 (...) La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

FUENTE: Elaboración propia

Para la Constitución ecuatoriana uno de los deberes primordiales del Estado es garantizar el ejercicio pleno de los derechos fundamentales sin ningún tipo de discriminación, tal como lo reconoce su artículo 3, inclusive de aquellos que no estando en el articulado constitucional se encuentran en instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Ello, se refuerza con el artículo 10 que establece que todas las personas y colectividades son sujetos de derechos.

El artículo 11 del mencionado texto constitucional es quizás uno de los más importantes en relación a las condiciones de reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales, ya que señala que los derechos son plenamente

exigibles ante las autoridades correspondientes, establece la igualdad jurídica de las personas no admitiendo conductas de discriminación por identidad de género, orientación sexual o incluso por vivir con VIH, los derechos fundamentales son de aplicación inmediata y directamente justiciables, que el reconocimiento de derechos en el texto constitucional no implica la negación de otros derechos que forman parte de la dignidad humana; con lo que puede interpretarse que el desarrollo de la sexualidad y reproducción al ser parte de la dignidad humana tienen plena protección constitucional. En el numeral 8 del mencionado artículo se puede identificar un elemento muy interesante en el ejercicio de los derechos fundamentales, el cual está referido a que si bien los derechos son directamente aplicables se requieren de normas infraconstitucionales, jurisprudencia y políticas públicas que aseguren el pleno disfrute de esos derechos; es decir, no basta solamente con el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales sino que es necesario un desarrollo normativo y jurisprudencial que asegure a las y los ciudadanos el ejercicio pleno de sus derechos.

Por otra parte, en el artículo 32 se reconoce el derecho a la salud como integrante al buen vivir y que está relacionado al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos garantizando así servicios integrales y gratuitos incluso ante enfermedades catastróficas; asimismo, en el artículo 43 una serie de prestaciones estatales a las mujeres embarazadas y lactantes.

La Constitución ecuatoriana es la primera constitución a nivel mundial que hace un reconocimiento expreso de los derechos sexuales y reproductivos los cuales son parte del derecho a la integridad personal reconocido en su artículo 66 numeral 3. Este derecho implica el reconocimiento de la integridad física, psíquica, moral y sexual, pero principalmente en el derecho de toda persona a tomar decisiones libres e informadas sobre su sexualidad y orientación sexual así como sobre su salud y vida reproductiva.

Vale decir, que los derechos sexuales y reproductivos están plenamente y manifiestamente reconocidos en el artículo 66 numeral 3 del texto constitucional ecuatoriano.

Al igual que la Constitución colombiana y venezolana, la ecuatoriana hace una protección de la familia estableciendo en sus artículos 67, 69 y 70 que sus integrantes tienen los mismos derechos, la promoción de la maternidad y paternidad responsables, y el establecimiento del enfoque de género en los diversos proyectos y planes que el Estado desarrolla.

Otro elemento importante de este texto constitucional es la previsión que el Estado reconoce la unión libre de personas del mismo sexo, esta previsión que se encuentra en el artículo 68 no hace referencia a que las y los contrayentes de este tipo de unión deban ser obligatoriamente una mujer y un hombre por lo que en Ecuador la Constitución reconoce y protege las uniones de las personas del mismo sexo, hecho que es un paso muy importante en la consolidación material de la igualdad de las personas y del reconocimiento de derechos a poblaciones que históricamente han sido negadas en el ejercicio de sus derechos.

El instituto del bloque de constitucionalidad está reconocido por la Constitución ecuatoriana en los artículos 417 y 424, por el cual los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos adquieren jerarquía constitucional. Así, tomando en cuenta que Ecuador ha ratificado diversos instrumentos sobre el reconocimiento y ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, por lo que mediante el bloque de constitucionalidad la Constitución ecuatoriana reconoce la vigencia de estos derechos tan importantes para la dignidad y desarrollo de las mujeres y hombres.

Si bien la Constitución ecuatoriana vigente reconoce expresamente los derechos sexuales y reproductivos haciendo una explicación de sus alcances e implicancias, hecho histórico para el constitucionalismo y principalmente para el

reconocimiento de los derechos fundamentales, existen previsiones constitucionales que todavía restringen el ejercicio pleno de estos derechos tal es el caso del artículo 67 que establece ``(...) El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.´´, hecho que restringe el derecho al matrimonio de la población GLTB; y lo dispuesto en el artículo 68 señala que ``(...) La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.´´, lo cual restringe constitucionalmente el derecho a formar una familia a la población GLTB.

1.4 Bolivia

Para terminar, la Constitución boliviana de 2009 hace mención a los derechos sexuales y reproductivos en los siguientes artículos:

Artículo	Contenido
1	Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.
8	II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.

- 9** Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley:
2. Garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe.
 4. Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.
 5. Garantizar el acceso de las personas a la educación, a la salud y al trabajo.

- 13** I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos.
- II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.
- III. La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros.

- 14** II. El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica o social, tipo de ocupación, grado de instrucción, discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el

reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona.

III. El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos.

- 18** I. Todas las personas tienen derecho a la salud.
II. El Estado garantiza la inclusión y el acceso a la salud de todas las personas, sin exclusión ni discriminación alguna.

- 35** I. El Estado, en todos sus niveles, protegerá el derecho a la salud, promoviendo políticas públicas orientadas a mejorar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso gratuito de la población a los servicios de salud.

- 45** I. Todas las bolivianas y los bolivianos tienen derecho a acceder a la seguridad social.
V. Las mujeres tienen derecho a la maternidad segura, con una visión y práctica intercultural; gozarán de especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo, parto y en los periodos prenatal y posnatal.

- 62** El Estado reconoce y protege a las familias como el núcleo fundamental de la sociedad, y garantizará las condiciones sociales y económicas necesarias para su desarrollo integral. Todos sus integrantes tienen igualdad de derechos, obligaciones y oportunidades.

64 I. Los cónyuges o convivientes tienen el deber de atender, en igualdad de condiciones y mediante el esfuerzo común, el mantenimiento y responsabilidad del hogar, la educación y formación integral de las hijas e hijos mientras sean menores o tengan alguna discapacidad.

66 Se garantiza a las mujeres y a los hombres el ejercicio de sus derechos sexuales y sus derechos reproductivos.

109 I. Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección.

256 I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta.

II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.

410 II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país.

En la lectura de los mencionados artículos de la Constitución boliviana se puede advertir uno de los elementos constitutivos del Estado es el pluralismo en todos sus ámbitos, donde la sexualidad forma parte ese pluralismo reconocido en el artículo 1. Ello se ve reforzado en el artículo 8 donde se establece que los valores del Estado son entre otros la igualdad, dignidad, respeto y equidad de género.

En el artículo 9 del mencionado texto constitucional se establece que los fines del Estado boliviano son, entre otros, el garantizar el desarrollo y protección de la dignidad de todas las personas, donde se incluyen a la sexualidad y reproducción, así como garantizar el cumplimiento de todos los derechos inherentes de las personas. En el artículo 13 se establece que en el ordenamiento constitucional boliviano no existe jerarquía entre los diferentes derechos fundamentales, superando la teoría de la generacionalidad de los derechos fundamentales, hecho que se constituye como una característica no sólo de la Constitución boliviana sino del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

El derecho a la igualdad está reconocido en el artículo 14 por el cual se prohíbe y sanciona toda forma de discriminación por motivos de sexo, orientación sexual o identidad de género donde el Estado debe garantizar a todas las personas el ejercicio de sus derechos principalmente a los grupos que tradicionalmente le ha sido negado el ejercicio de sus derechos. Ello es reforzado por la previsión constitucional del artículo 109 que establece de forma expresa que todos los derechos son directamente aplicables y que gozan de iguales garantías jurisdiccionales para exigir su cumplimiento.

En el artículo 18 se reconoce el derecho a la salud de todas las personas lo cual está relacionado directamente con los ámbitos de sexualidad y reproducción de las personas, es así que en los artículos 35 y 45 prevén las prestaciones gratuitas de los servicios de salud y la protección pre y post natal de las mujeres, hecho que es importante en el ejercicio de los derechos

reproductivos que las mujeres tengan acceso gratuito a servicios de calidad y amigables referidos a su salud reproductiva.

Al igual que el resto de textos constitucionales del nuevo constitucionalismo latinoamericano, la Constitución boliviana establece en su artículo 64 que los cónyuges tienen los mismos derechos y obligaciones en el hogar, hecho que es importante para luchar contra las estructuras patriarcales de la sociedad que establecen que la mujer está a cargo exclusivamente de las labores del hogar. Sobre este tema, es importante destacar la previsión que realiza la Constitución boliviana en su artículo 62 cuando habla de una protección a las familias, utilizando el término en plural a propósito de establecer el reconocimiento que en la actualidad existen diferentes tipos de familias, que no precisamente se encuadran en el concepto social de familia tradicional, las cuales deben recibir igual protección estatal; con ello, se abre una puerta para el reconocimiento de diversos tipos de conformación del núcleo familiar.

El hecho más trascendental de la Constitución boliviana sobre el tema que trata la presente investigación, es el reconocimiento explícito que se hace de los derechos sexuales y reproductivos en el artículo 66, que si bien no conlleva una explicación de sus alcances como la Constitución ecuatoriana, sí hace un reconocimiento explícito de dichos derechos donde su contenido, alcances y significaciones se las podrá encontrar en los instrumentos internacionales que el Estado boliviano ha suscrito sobre derechos sexuales y reproductivos, los cuales conforme la previsión del artículo 256 y 410 forman parte del catálogo constitucional de derechos fundamentales por efecto del bloque de constitucionalidad. En ese sentido, en el ordenamiento constitucional boliviano hay dos reconocimientos de los derechos sexuales y reproductivos, el primero mediante lo dispuesto por el artículo 66 y el segundo por los instrumentos internacionales referidos a esos derechos fundamentales que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Lastimosamente, al igual que la Constitución colombiana, venezolana y ecuatoriana, la Constitución boliviana también hace una restricción desde el texto constitucional del derecho al matrimonio de las personas GLTB ya que el artículo 63 establece que ``I. El matrimonio entre una mujer y un hombre se constituye por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges. II. Las uniones libres o de hecho que reúnan condiciones de estabilidad y singularidad, y sean mantenidas entre una mujer y un hombre sin impedimento legal, producirán los mismos efectos que el matrimonio civil, tanto en las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes como en lo que respecta a las hijas e hijos adoptados o nacidos de aquéllas.``. Como se advierte en Bolivia, y como en muchos otros países, el derecho al matrimonio y a formar una familia es una facultad exclusiva para las personas heterosexuales hecho que vulnera flagrantemente los derechos sexuales y reproductivos entre otros derechos conexos a los señalados.

Habiendo explicado cómo las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano hacen referencia en su articulado a los derechos sexuales y reproductivos, algunos de forma explícita y otros de forma implícita, es necesario ahora nombrar a los instrumentos internacionales que tratan sobre los derechos sexuales y reproductivos debido a que las mencionadas constituciones prevén que los derechos que son reconocidos mediante los diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos forman parte del catálogo interno de derechos fundamentales, sea por efecto del instituto del bloque de constitucionalidad o sea la cláusula constitucional referida a que el reconocimiento de derechos no implica la negación de otros que no se encuentren su articulado.

De esa manera, los diferentes instrumentos internacionales que tratan sobre los derechos sexuales y reproductivos que han sido ratificados por Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela, determinan el contenido y alcances de los mencionados derechos, de los cuales se identifican a los siguientes:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer
- Principios de Yogyakarta
- Convención de Belem do Pará
- Consenso de Montevideo

El análisis de la normativa contenida en estos instrumentos internacionales referidos al reconocimiento y ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos ha permitido establecer el contenido y alcances de los mismos, los cuales han sido descritos en el capítulo segundo de la presente investigación.

2. Estado del ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos en los países del nuevo constitucionalismo latinoamericano

El reconocimiento y vigencia de los derechos sexuales y reproductivos necesita de un trabajo de información y sensibilización social para que las personas conozcan y asuman la importancia de la sexualidad y reproducción humana como aspectos que necesitan de una protección estatal.

Es decir, para iniciar la elaboración de políticas públicas con su respectiva asignación presupuestaria los Estados siempre usarán excusas de que estos temas son meramente privados y no son importantes, por lo que es necesario analizar las cifras en América Latina sobre estos temas.

De esa manera, habiendo analizado que el nuevo constitucionalismo latinoamericano reconoce a los derechos sexuales y reproductivos como parte integrante de la dignidad humana y de los derechos fundamentales, sea directamente por el reconocimiento expreso en el articulado constitucional o mediante interpretación de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y el bloque de constitucionalidad, es necesario examinar si este reconocimiento constitucional ha generado un mejor ejercicio de los derechos fundamentales. Es decir, cabe preguntarse si con el reconocimiento constitucional que hace el nuevo constitucionalismo latinoamericano de los derechos sexuales y reproductivos, las mujeres y hombres han experimentado un mejor ejercicio de estos derechos en la realidad. Vale decir, habrá sido suficiente para las ciudadanas y ciudadanos de Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela que los derechos sexuales y reproductivos estén reconocidos en sus Constituciones o será más bien que todavía existen grandes vulneraciones de estos derechos.

Para responder a esas interrogantes, se han analizado los datos del Informe sobre la Población Mundial del UNFPA del año 2013 y 2014, advierten las siguientes problemáticas a nivel mundial y en América Latina sobre los derechos sexuales y reproductivos, revelando la siguiente información:

2.1 Servicios de salud sexuales y reproductiva

Baja inversión pública en servicios de salud sexual y reproductiva
Altas tasas de mortalidad materna se dan por altas tasas de fecundidad en adolescentes

Causas de muerte en jóvenes varones es la violencia y mujeres complicaciones durante el embarazo y el parto
Poco acceso de mujeres jóvenes a información y métodos de planificación familiar
Influencia familiar sobre los derechos sexuales y reproductivos de las y los jóvenes
Poco acceso a servicios e información sobre métodos anticonceptivos
Ausencia de espacios de educación sexual permanente en los espacios de educación formal
Falta de acceso de vacunas contra el virus de papiloma humano
Aumento de abortos en condiciones inseguras y prohibiciones de acceso a métodos de anticoncepción de emergencia
Falta de acceso a servicios prenatales y postnatales de calidad lo cual genera elevados índices de mortalidad materna
Servidoras y servidores públicos en el área de salud moralistas que juzgan y recriminan a las personas cuando desean ejercer sus derechos sexuales reproductivos
Las normativas nacionales no se han actualizado y, en muchos casos, no guardan coherencia sobre los instrumentos internacionales que reconocen a los derechos sexuales y reproductivos
Escaso compromiso de la clase política sobre la necesidad de la vigencia de los derechos sexuales y reproductivos
3.2 millones de abortos inseguros de adolescentes al año, 670.000 adolescentes entre 15 y 19 años se han realizado un aborto en condiciones de riesgo
Leyes limitan el acceso de métodos anticonceptivos para adolescentes y jóvenes
Actitud social negativa sobre el ejercicio de la sexualidad en la adolescencia y juventud, y de las personas GLTBI

Conductas sexuales riesgosas por no tener información y/o acceso a servicios de salud sexual y reproductiva
Altos grados de discriminación por motivos de género y orientación sexual

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Informe de estado de la población mundial del Fondo de Población de las Naciones Unidas 2013 y 2014

2.2 Embarazo en adolescentes

Aumento del embarazo durante la adolescencia
La actividad sexual temprana de niñas y adolescentes es producto de coacciones y violencia
20.000 mujeres menores de 18 años dan a luz cada día en los países en vías de desarrollo
19% de las mujeres menores de 18 años quedan embarazadas en los países en vías de desarrollo
El embarazo provoca múltiples vulneraciones de los derechos fundamentales de mujeres menores de 18 años
7.3 millones de mujeres menores de 18 años dan a luz anualmente
1 de cada 3 niñas contrae matrimonio antes de los 18 años, cada día 39.000 niñas se convierten en niñas casadas
El 20% de las mujeres entre 20 y 24 años de Bolivia, Colombia y Ecuador han dado a luz antes de cumplir los 18 años
América Latina es la única región del mundo donde los partos de mujeres menores de 15 años han aumentado,
El 12% de las niñas latinoamericanas se encuentra actualmente casadas
Deserción escolar por motivos de embarazo en adolescentes mujeres
Poco apoyo estatal y social a las jóvenes que han tenido a sus hijos
Solicitud de autorización de los padres cuando adolescentes y jóvenes asisten a servicios de salud sexual y reproductiva
Prejuicios sobre que la educación sexual promueve la iniciación sexual

temprana de adolescentes
Leyes que no se hacen cumplir respecto a la prohibición del matrimonio infantil o existencia de legislación que la permite
Obstáculos para asistir a la escuela de las adolescentes y jóvenes embarazadas

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Informe de estado de la población mundial del Fondo de Población de las Naciones Unidas 2013 y 2014

2.3 Violencia contra las mujeres

Aumento de la violencia sexual por razones de género
Existe coerción y violencia sobre adolescentes y jóvenes en el control y decisiones sobre su sexualidad
Entre 100 y 140 millones de niñas y mujeres han sido víctimas de mutilación genital femenina a nivel mundial
La mitad de las agresiones sexuales se lo realiza a mujeres antes de los 16 años
36% de las mujeres ha sufrido violencia sexual por sus parejas u otras personas
Aumento de violencia doméstica, violación, acoso laboral, trata de personas y feminicidios
Costumbres y roles de género provocan desigualdades entre mujeres y hombres provocando violencia de diferente tipo contra las mujeres
Muchas mujeres son prohibidas de usar métodos anticonceptivos por sus parejas
Mantenimiento de prejuicios sociales sobre que los niños son violentos y arriesgados mientras que las niñas son sumisas
Presión social sobre la sexualidad y reproducción, matrimonios jóvenes para que tengan hijas o hijos, a las mujeres jóvenes para que se casen o tildar de inmorales a las personas que usan métodos anticonceptivos estando solteras

y sin una relación estable
Las jóvenes dejan sus estudios universitarios por acoso sexual o discriminación por su condición de madres
Pobreza de mujeres jóvenes hace que se introduzcan en la prostitución y el comercio sexual
Participación limitada de las mujeres en la toma de decisiones públicas
Actitud social negativa sobre la autonomía de las mujeres
Actitud social desfavorable a la educación de las niñas restringiendo sus posibilidades
Presión social sobre mujeres jóvenes respecto a la obligatoriedad de la maternidad
150 millones de niñas y adolescentes son víctimas de sexo forzado cada año a nivel mundial

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Informe de estado de la población mundial del Fondo de Población de las Naciones Unidas 2013 y 2014

2.4 Enfermedades de transmisión sexual y VIH/SIDA

Ausencia de servicios de salud gratuitos para personas que viven con VIH/SIDA
Aumento de VIH en adolescentes y jóvenes
El VIH es la segunda causa de mortalidad entre adolescentes y jóvenes
Sólo entre el 10 y 15% de las y los jóvenes conoce su estado serológico respecto al VIH
Personas con VIH son obligadas a abortar o a someterse a procesos de esterilización forzosos, restricciones a la migración, expulsión de centros educativos, pruebas de diagnóstico obligatorias
Discriminación en los centros de salud contra las personas que viven con VIH/SIDA

Bajos niveles de conocimiento de VIH y SIDA por parte del personal médico general
Insuficientes servicios de diagnóstico, asesoramiento y tratamiento gratuito para las personas con VIH
Jóvenes entre 15 y 24 años tienen las tasas más altas de ITS en los países en desarrollo
88.000 adolescentes entre 10 y 19 años viven con VIH en América Latina

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Informe de estado de la población mundial del Fondo de Población de las Naciones Unidas 2013 y 2014

Dichos informes aportan datos a nivel mundial y también brinda datos sobre salud sexual y reproductiva en Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela, los cuales se detallan en las siguientes tablas:

TABLA No. 16
Tasa de mortalidad materna por cada 100 mil nacidos vivos

<i>País</i>	<i>Dato</i>
Bolivia	200
Colombia	83
Ecuador	87
Venezuela	110

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Informe del estado de la población mundial 2014 del Fondo de Población de las Naciones Unidas

TABLA No. 17
Tasa de natalidad en la adolescencia,
por cada 100 mujeres de 15 a 19 años

<i>País</i>	<i>Dato</i>
Bolivia	89
Colombia	85
Ecuador	100
Venezuela	101

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Informe del estado de la población mundial 2014 del Fondo de Población de las Naciones Unidas

TABLA No. 18
Tasa de prevalencia del uso cualquier tipo de anticonceptivos en mujeres
de 15 a 49 años

<i>País</i>	<i>Dato</i>
Bolivia	62
Colombia	78
Ecuador	73
Venezuela	70

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Informe del estado de la población mundial 2014 del Fondo de Población de las Naciones Unidas

TABLA No. 19
Tasa de prevalencia del uso de métodos modernos de anticoncepción en
mujeres de 15 a 49 años

<i>País</i>	<i>Dato</i>
Bolivia	40
Colombia	72
Ecuador	61
Venezuela	64

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Informe del estado de la población mundial 2014 del Fondo de Población de las Naciones Unidas

TABLA No. 20
Proporción de demanda satisfecha de los servicios de salud de mujeres
de 15 a 49 años

<i>País</i>	<i>Dato</i>
Bolivia	77
Colombia	90
Ecuador	89
Venezuela	85

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Informe del estado de la población mundial 2014 del Fondo de Población de las Naciones Unidas

De la amplitud de los datos descritos en las tablas anteriores, se puede advertir que tanto a nivel mundial como en América Latina existe una vulneración generalizada de los derechos sexuales y reproductivos que generan una vulneración permanente a la dignidad humana de las personas, especialmente de mujeres, jóvenes y personas GLTBI. En dichos datos se advierte que el ejercicio de una sexualidad y reproducción libre, responsable y placentera es un reto para todos los Estados para planificar y ejecutar políticas públicas urgentes que reviertan los datos anteriormente vistos.

Asimismo, viendo estos datos puede surgir la siguiente pregunta: ¿si los derechos sexuales y reproductivos están reconocidos y protegidos por los diferentes textos constitucionales por qué siguen existiendo ese tipo de vulneraciones de dichos derechos? Es decir, ¿acaso no es suficiente el reconocimiento constitucional de un derecho para que sea efectivo en la realidad? Por lo que se advierten en los datos, la respuesta es no; no basta con el reconocimiento constitucional para que un derecho sea eficaz y respetado en la sociedad sino que el Estado debe acompañar dicho reconocimiento debe ir acompañado de un desarrollo legislativo y la planificación de políticas públicas que permitan el ejercicio pleno de los derechos de las personas.

De esa manera, esa legislación y las políticas públicas que deben ejecutar los Estados para la eficacia verdadera de los derechos fundamentales, en este caso de los derechos sexuales y reproductivos, deben estar destinados a cambiar los problemas estructurales de la sociedad por los cuales se generan vulneraciones a los derechos, ello debido a las vulneraciones a éstos derechos responden generalmente a actitudes negativas de la sociedad sobre alguna dimensión de la dignidad humana.

Es decir, respecto a los derechos sexuales y reproductivos, las vulneraciones se construyen a través de prácticas sociales que se construyen a partir de prejuicios y posiciones restrictivas respecto al ejercicio de una sexualidad y reproducción libre y placentera. No bastará con un reconocimiento legal de los derechos sexuales y reproductivos, mejorando el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, sino que la vulneración a estos derechos suponen un entendimiento y análisis más profundo que no pasa sólo por el ejercicio de derechos sino por la construcción social de normas y modelos de conducta. Por ello, podría plantearse que la vulneración a estos derechos responde a un modelo social patriarcal que ha monopolizado el ejercicio de una sexualidad placentera sólo para los varones heterosexuales.

Asimismo, se puede establecer que el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos no tendrán plena vigencia en las sociedades con solamente su reconocimiento constitucional sino estará plenamente garantizado con legislación de desarrollo y políticas públicas se deben atacar los problemas y limitantes estructurales que tiene la sociedad en ese tema. Así, entre esos problemas estructurales de las diferentes sociedades por las cuales se restringen el ejercicio y pleno disfrute de los derechos sexuales y reproductivos se destacan la discriminación, patriarcalización, homofobia y transfobia, y adultocentrismo.

2.5 Discriminación

Si se hace la revisión del término discriminación, se advierte que la palabra está aparejada a las acciones de diferenciar y distinguir, por lo que la discriminación en primer término parte de la ausencia de igualdad.

En ese sentido, la discriminación es la restricción y menoscabo del ejercicio de los derechos fundamentales y la negación de la dignidad humana a una o un grupo de personas por motivos de raza, sexo, nacionalidad, orientación sexual, religión, discapacidad, posición política o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que pudiese presentarse.

Para la Ley No.045 del Estado Plurinacional de Bolivia discriminación establece que `` Se define como “discriminación” a toda forma de distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual e identidad de géneros, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación política o filosófica, estado civil, condición económica, social o de salud, profesión, ocupación u oficio, grado de instrucción, capacidades diferentes y/o discapacidad física, intelectual o sensorial, estado de embarazo, procedencia, apariencia física, vestimenta, apellido u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución Política del Estado y el derecho internacional. No se considerará discriminación a las medidas de acción afirmativa.``

La discriminación requiere que la persona o grupo social que la ejerce crea o se sienta en una posición de superioridad respecto a otra persona, por medio la cual no considera como seres humanos a las personas que no son tienen sus mismas características de origen, físico, sexualidad, etc. Esta superioridad genera el no reconocimiento de la dignidad humana del resto de las personas por las cuales no se les reconoce su condición de seres humanos, así que la

discriminación implica necesariamente una vulneración de los derechos fundamentales de una persona.

La discriminación es la fase final de las relaciones de rechazo en las relaciones interpersonales, así la discriminación siempre estará precedida de los estereotipos y prejuicios que son la base necesaria para iniciar una vulneración de los derechos. Así, la discriminación siempre implica una restricción y vulneración de los derechos y libertades que tienen mujeres y hombres.

Entre los tipos de discriminación se pueden identificar diferentes factores y condiciones por los cuales una persona o un grupo discriminan a otro destacándose la discriminación por género, origen étnico, religión y orientación sexual. Por ello De Souza Santos (1991) establece que en toda sociedad existen grupos que no están incluidos dentro de la sociedad y viven bajo una subordinación perpetua en todos los aspectos de la vida social principalmente en la economía y política. Por eso los grupos dominantes restringen los derechos a esas personas o grupos sociales para evitar su empoderamiento el cual significaría la lucha contra ese sistema discriminador. Es decir, que si bien la discriminación tiene un fundamento filosófico por el cual no se reconoce la cualidad de persona a un ser humano, la discriminación también responde a intereses y poderes económicos y políticos.

En ese sentido, la discriminación no sólo representa un gran obstáculo para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos sino para el conjunto de los derechos fundamentales, donde la discriminación por motivos de sexo, orientación sexual e identidad de género representan la restricción de los derechos sexuales y reproductivos de las personas especialmente de mujeres, jóvenes y personas GLTB.

2.6 Patriarcalización

La violencia de género es la expresión de la relación desigual de poder entre hombres y mujeres donde las últimas están en una condición de subordinación respecto a los hombres. De esa manera, la patriarcalización es el sistema por el cual existe una relación desigual entre hombres y mujeres donde las instituciones, normas y conductas sociales replican una lógica de poder machista que oprime, excluye y restringe las oportunidades de las mujeres vulnerando sus derechos fundamentales.

La patriarcalización refuerza estereotipos abusivos de poder en contra de las mujeres y menoscaba el ejercicio de sus derechos tanto en el ámbito público como en el ámbito privado mediante el cual se alimenta un imaginario social que establece que las mujeres tienen un valor inferior a los hombres, ello se demuestra en los roles de género y en la interacción diaria entre ambos sexos.

La violencia contra la mujer no es un hecho aislado sino que es la consecuencia de sistemas sociales patriarcales por los cuales se cree que los hombres deben estar encima de las mujeres. Este sistema no sólo está vigente desde el discurso sino que tiene a la violencia contra las mujeres, en todas las edades, como su gran exponente. La recurrencia, magnitud e impunidad de este de violencia sigue vigente en las sociedades latinoamericanas donde no se advierte un descenso de las altísimas cifras de violencia, en todas sus formas contra la mujer.

Los conceptos de control y propiedad de mentes y cuerpos de las mujeres por parte de los hombres siguen vigentes y se reproducen en la familia, en la pareja, en la escuela, en las oficinas, en los medios de comunicación y en toda la sociedad en su conjunto. Los conceptos de igualdad y equidad de género se vuelven carentes de contenido práctico ante el estado en el que viven muchas mujeres en relación al ejercicio de sus derechos fundamentales, donde si bien hay algunos elementos como la exclusión y la pobreza que acentúan este

hecho, puede afirmarse que la patriarcalización está en todos los sectores de la sociedad. Ese control del cuerpo de la mujer con es más que una manifestación de la misoginia de la sociedad y del Estado, la misoginia está conceptualizada por la Ley No.045 del Estado Plurinacional de Bolivia la cual señala ``Se entiende por misoginia cualquier conducta o comportamiento de odio manifiesto hacia las mujeres o género femenino, independientemente de la edad, origen y/o grado de instrucción que logre o pretenda vulnerar directa o indirectamente los Derechos Humanos y los principios de la presente Ley.``

De esa manera, los vulneradores de los derechos fundamentales de las mujeres están en todos los sectores de la sociedad desde la misma pareja o un familiar hasta servidores públicos de alto rango, demostrando así que la patriarcalización es un mal social que debe enfrentarse sin miedo y desde enfoques integrales. Tal como dice el Informe de la gestión 2013 de la Defensoría del Pueblo de Bolivia ``*De hecho como una ironía cruel o como una muestra de la ineficiencia de las normas y las leyes, este año se aprobó la “Ley Integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia”, una de las más avanzadas de su género en la región, sin embargo la cantidad de feminicidios desde entonces ha aumentado en un pavoroso 10% en relación al año pasado. Obviamente no tiene relación de causa, pero nos grafica que la solución ya no pasa por las leyes.*`` De ello se colige, la urgente necesidad de políticas públicas que trabajen para desmontar el sistema patriarcal de la sociedad pero para ello debe existir no sólo un compromiso político sino social de cada persona para generar cambios, hecho que hace pensar sobre la verdadera disposición de todas y todos para generar un verdadero cambio sobre la temática de género.

Asimismo, en Bolivia según datos de la Defensoría del Pueblo (2013) el 53,3% de las mujeres sufre violencia, cada día 15 mujeres acuden a los servicios médicos por agresiones físicas, Anualmente se registran más de 5000 casos de violencia intrafamiliar. Es decir, que si bien la patriarcalización se manifiesta en

los diferentes espacios sociales, su más cruel expresión es la violencia contra la mujer que en muchos casos termina con feminicidios, esta violencia tienen como característica la impunidad del sistema judicial que no le permite a una mujer restablecer sus derechos sino que muchas veces replica actitudes machistas mediante sus fiscales y jueces.

Dicho informe señala que cada año más de 100 mujeres son asesinadas en Bolivia, de los cuales más de 80% son por feminicidios. Así, las víctimas que han vencido el miedo y se animan a denunciar la violencia que sufren se enfrentan contra una estructura patriarcal que mediante dilaciones, retrasos, costos elevados y discriminación logran que la víctima desista de la acción penal correspondiente dejando impune al agresor quien ante ello refuerza sus actitudes violentas contra la mujer.

En el ámbito laboral la patriarcalización también ha tenido un denotado éxito al momento de restringir derechos a las mujeres, las mujeres forman una parte mayoritaria en el mercado informal mientras que en los puestos formales de trabajo casi por regla ganan menos que los varones por la ejecución de una misma actividad. Conforme datos del Defensor del Pueblo de Bolivia (2013) en Bolivia sólo 1 de cada 10 mujeres tiene empleo digno, entre los factores de este dato se encuentra que Bolivia es uno de 15 países donde la mujer para trabajar debe tener el consentimiento del marido.

Por otra parte, cuando una mujer ejerce sus derechos políticos y logra ser elegida como autoridad, venciendo de alguna manera al sistema patriarcal, muchas de estas mujeres son víctimas del acoso político que se manifiesta mediante amenazas y actos de violencia en el ejercicio de sus funciones, donde otras autoridades varones ejercen una amedrentamiento sistemáticas de esas mujeres para que renuncien y dejen el cargo que democráticamente están ejerciendo.

Otra manifestación del sistema patriarcal, es la violencia simbólica que sufren las mujeres la cual es quizás la más sutil pero la más aceptada en las sociedades, esta violencia que se encuentra en medios de comunicación, publicidades, internet, discursos y prácticas diarias que se encargan de difundir y consolidar modelos de género machistas y denigrantes de la mujer reduciéndola en muchos casos a un objeto sexual mediante el bombardeo constante de mensajes directos que tienen por finalidad la erotización del cuerpo de la mujer.

En ese sentido, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) establece en su artículo 5 ``Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres``.

Respecto a la relación de la patriarcalización con el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos se advierte que este sistema social ha logrado consolidar el concepto por el cual el rol de las mujeres se reduce a la maternidad por lo que el ejercicio de su sexualidad debe ser destinado sólo para fines reproductivos. Es decir, que las mujeres van contra su propia naturaleza al ejercer su sexualidad con una finalidad de placer de sus cuerpos y de un desarrollo integral de su personalidad, la decisión sobre los cuerpos de las mujeres no le pertenecen a ellas mismas sino que los hombres y el Estado patriarcal ha confiscado ese derecho a decidir sobre los propios cuerpos, reduciendo los componentes de derechos sexuales y reproductivos de las mujeres a una suerte de tutela ejercida por los hombres y el Estado.

Quizás la expresión máxima sobre el patriarcado respecto a la confiscación del derecho a decidir de las mujeres se encuentra en la prohibición del derecho sobre la interrupción del embarazo o como también se denomina el derecho al aborto; lo cual se advierte en diversas legislaciones donde este derecho está penalizado con privación de libertad a las mujeres que lo ejerzan. ``Si los hombres pudieran quedar embarazados el aborto no sólo sería un derecho sino una obligación`` manifiestan activistas a favor de la despenalización del aborto en Bolivia, señalando que la penalización del aborto no es más que una de tantas manifestaciones patriarcales del Estado y de su sistema jurídico por el cual se le prohíbe el poder de decisión sobre el cuerpo de las mujeres, aspecto central en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos.

De esa manera, el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres no pasa necesariamente por su introducción en el catálogo constitucional de derecho o en la elaboración de normas enunciativas, sino que requiere del desmontaje de las estructuras patriarcales de las sociedades que impiden que la mujer decida y disfrute de su cuerpo. Activistas feministas en Bolivia señalan ``no hay descolonización sin despatriarcalización`` lo cual permite establecer que no existe vigencia de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres allí donde los sistemas patriarcales están vigentes.

2.7 Homofobia y Transfobia

La población GLTB ha sido históricamente víctima de constantes hechos de discriminación por parte tanto de la sociedad como del Estado. Si bien hace varias décadas se ha quitado a la homosexualidad de la lista de enfermedades mentales, la población GLTBI está lejos de ejercer plenamente sus derechos fundamentales debido a que en muchos sectores de la sociedad y desde los diferentes órganos del Estado se mantienen vigentes enfoques intolerantes y discriminadores contra esta población.

Conforme lo dispuesto por la Ley No.045 del Estado Plurinacional de Bolivia, la homofobia ``Se refiere a la aversión, odio, prejuicio o discriminación contra hombres o mujeres homosexuales, también se incluye a las demás personas que integran a la diversidad sexual.`` y la transfobia es `` Se entiende como la discriminación hacia la transexualidad y las personas transexuales o transgénero, basada en su identidad de género``. Es decir que la homofobia y transfobia significan la negación y la restricción de los derechos fundamentales de una persona por su orientación sexual y su identidad de género.

Las personas GLBT en pleno siglo XXI siguen siendo víctimas de todo tipo de violencia, incluso hasta ser víctimas de asesinatos solamente por su condición sexual, en sus familias, fuentes de trabajo, centros educativos e instituciones del Estado como la Policía y las Fuerzas Armadas; la cuales van desde los estereotipos o la burla hasta la agresión física. Donde al igual que la violencia contra las mujeres, el Estado por ineficiencia o desinterés mantiene un manto de impunidad contra los agresores.

La homofobia puede manifestarse en diferentes sentidos o ámbitos, como tal se mencionó, pero la que más llama la atención es aquella que viene del propio Estado dentro de un sistema democrático, ya que si en la Grecia clásica se decía que la democracia es el gobierno de todas y de todos, este concepto no lo han experimentado plenamente las personas GLBT ya que el reconocimiento de sus derechos mediante leyes específicas es mínima o inexistente y hasta incluso desde los textos constitucionales se encargan expresamente de negarles derechos como al matrimonio o a la adopción, como se advirtió anteriormente. En esa línea, el Informe de la Defensoría del Pueblo de Bolivia (2013) establece que `` Pese a existir normativa tendiente a la protección a los derechos de la población LGBT, las vulneraciones aún son comunes y cotidianas, por lo que hay que fortalecer los procesos de exigibilidad para que la normativa no se quede en enunciados. Los derechos de las personas GLBT´s``

De esa manera, en las sociedades latinoamericanas aún perduran discursos sobre la anti naturalidad, inmoralidad y hasta lo pecaminoso de ser una persona GLTB lo cual repercute en una sistemática vulneración de diferentes derechos donde se incluyen los derechos sexuales y reproductivos. Por lo que un ejercicio pleno de los derechos fundamentales de las personas GLTB requieren de la eliminación total de la homofobia y discriminación por orientación sexual por parte de la sociedad pero principalmente por parte del Estado.

2.8 Adultocentrismo

La Ley Municipal de Juventudes del municipio de La Paz en Bolivia señala su artículo 5 inciso a) que el adultocentrismo es `` La interacción desigual entre adultos y jóvenes donde se interpreta la realidad de las juventudes desde miradas adultas y se refuerza prejuicios sobre las juventudes como falta de experiencia, inmadurez, irresponsabilidad, entre otros.`` En ese sentido, mediante el adultocentrismo se establece un sistema discriminación en contra de las y los jóvenes mediante la consolidación de estereotipos negativos sobre esta población.

Este adultocentrismo que se manifiesta a través de la discriminación de adolescentes y jóvenes provoca una exclusión de esta población en la participación política, mundo laboral, ejercicio libre de su sexualidad y personalidad, así como la generación de pobreza y desigualdades. Así, a nivel mundial y en Latinoamérica las tasas de desempleo juvenil son el doble del de la población adulta, tan preocupante es este dato que en Bolivia conforme datos del Fondo de Población de las Naciones Unidas (2013) el 50% de la población desempleada son jóvenes, entendiendo al empleo como empleo digno y de calidad.

Al creer el mundo adulto que las y los jóvenes son sinónimo de inmadurez e inexperiencia esto genera una falta de oportunidades de este grupo etario lo cual puede comprobarse en los bajos niveles de participación política, baja

cobertura de servicios de salud y hasta criminalización de las expresiones culturales juveniles como las tribus urbanas. Esta última situación se advierte en muchos países un aumento de población juvenil en centros penitenciarios. De esta manera, la falta de oportunidades para las y los jóvenes genera diferentes situaciones generadas a partir del adultocentrismo genera las siguientes consecuencias:

Embarazos no planeados y aumento de casos de VIH/SIDA

Conformación de agrupaciones juveniles que cometen delitos

Consumo excesivo de alcohol y otras drogas

Discriminación por la edad, sostenidas en enfoques adultocéntricos

Falta de información adecuada en diversas temáticas

Inseguridad ciudadana

Desigualdad en el ejercicio de derechos

Migración excesiva de los jóvenes hacia otros departamentos y al exterior

Mortalidad relacionada con violencia y factores de género

Fuente: Elaboración propia, a partir de datos extraídos de la Encuesta Nacional de la Adolescencia y Juventud del año 2008, de la Encuesta de Percepción Juvenil elaborada por el Gobierno Autónomo Municipal de La Paz el año 2009 y de la Memoria de Resultados de los Encuentros de Jóvenes en los macrodistrictos urbanos y distritos rurales del Municipio de La Paz realizados durante el año 2010.

Si bien por efecto del adultocentrismo las y los jóvenes ven vulnerados muchos de sus derechos, para efectos de la presente investigación, es importante señalar que el adultocentrismo no le permite a esta población ejercer plenamente sus derechos sexuales y reproductivos. Las y los jóvenes no pueden ejercer su sexualidad, no pueden recibir educación sexual porque eso incita a las relaciones sexuales tempranas, no pueden pedir métodos anticonceptivos y mucho menos usarlos, son manifestaciones cotidianas del mundo adulto en relación a la sexualidad de las y los jóvenes. Es decir, que existe un sistema de limitación y hasta criminalización del ejercicio de la

sexualidad de las y los jóvenes, por motivos culturales anclados en la religión, en la costumbre y en modelo social patriarcal.

Es decir, que el embarazo no planificado de adolescentes y jóvenes no se da por generación espontánea o por irresponsabilidad de las jóvenes, como ciertos enfoques adultocéntricos así lo plantean, sino que la consecuencia de la vulneración de los derechos sexuales y reproductivos de dicha población. Esta problemática tiene muchas causas que van desde las políticas públicas que restringen la dotación de métodos anticonceptivos hasta que la familia prohíbe a las mujeres a recibir educación sexual; por esa razón, las soluciones deben ser integrales donde como punta de lanza tenemos el reconocimiento constitucional que todas las personas tienen el derecho a ejercer sus derechos sexuales y reproductivos.

De esa manera, las y los jóvenes no podrán ejercer plenamente sus derechos sexuales y reproductivos, no podrán escoger cuándo y con quién tener relaciones sexuales, cuándo casarse, decidir cuántos hijos o hijas quieren tener, acceder libremente a métodos anticonceptivos, entre otros temas, si no están plenamente empoderadas y empoderados; donde el empoderamiento de las y los jóvenes para el ejercicio de todos sus derechos fundamentales, incluyendo los derechos sexuales y reproductivos, implica desmontar la estructuras adultocéntricas de la sociedad.

3. Perspectivas sobre el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos

Conforme lo analizado previamente, se advierte que el reconocimiento constitucional de los derechos sexuales y reproductivos no significa necesariamente su ejercicio pleno por parte de las mujeres y hombres de una sociedad.

En todo caso, conforme los datos analizados, se advierte que existen grandes vulneraciones y restricciones al ejercicio de esos derechos principalmente de las mujeres, jóvenes y personas GLTB. Vale decir que no es suficiente el reconocimiento constitucional de los derechos sexuales y reproductivos si es que no se desarrolla normativa y políticas públicas que efectivicen ese reconocimiento constitucional.

Si bien es una gran avance que el nuevo constitucionalismo latinoamericano haga un tratamiento sobre la sexualidad y reproducción humana como parte integrante del concepto de dignidad humana, es necesario que esta última fase del constitucionalismo desarrollo un enfoque sobre el cual se desarrollen normas y políticas públicas que efectivicen materialmente el pleno goce de los derechos sexuales y reproductivos, que en un tiempo reflejen la disminución y cambio en los alarmantes datos que se han observado anteriormente.

En ese sentido, la defensa y ejercicio, no sólo de los derechos sexuales y reproductivos, sino del conjunto de derechos fundamentales no se agota en el reconocimiento constitucional sino que ese hecho marca el camino de inicio, el cual se debe continuar con el ejercicio y respeto de los derechos en la familia, en el trabajo, en las calles, con la pareja y demás espacios donde la vida humana se desarrolla. Que el nuevo constitucionalismo latinoamericano haga un tratamiento de los derechos sexuales y reproductivos no significa una meta cumplida sino el inicio de la implementación de mecanismos estatales por el cual una persona pueda vivir y disfrutar su sexualidad con placer y libertad.

De esa manera, se plantea a continuación un enfoque por el cual se proponen líneas de acción que pueden servir a legisladoras y legisladores, servidoras y servidores públicos, juezas y jueces, y a la ciudadanía en general, para la elaboración de las diferentes normativas, políticas públicas, resolución de causas judiciales, y activismo ciudadano puedan destinado a la vigencia plena

de los derechos sexuales y reproductivos alcanzando la autonomía y disfrute del cuerpo de mujeres y hombres sin distinción alguna.

Este enfoque se desarrolla en 4 ejes centrales:

- Acceso a servicios de salud sexual y reproductiva
- Educación sexual y reproductiva
- Acceso a la justicia
- Empoderamiento personal y social

3.1 Acceso a servicios de salud sexual y reproductiva

El ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos requiere que todas las personas tengan un acceso libre y gratuito a los servicios de salud sexual y reproductiva. Estos servicios se deben caracterizar por tener una atención diferenciada en temas de sexualidad y reproducción dejando atrás los servicios de salud tradicional que sólo comprenden a la salud desde su aspecto biológico desconociendo que la salud tiene componentes psicológicos y sociales.

De esa manera, se propone las siguientes líneas de acción para promover el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva:

TABLA No. 21
LÍNEAS DE ACCIÓN
SOBRE ACCESO A SERVICIOS DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

<i>LÍNEA DE ACCIÓN</i>	<i>RESULTADO</i>
Capacitar al personal de salud en la prestación de servicios en sexualidad y reproducción con un enfoque de derechos humanos	Servidoras y servidores de salud capacitados en la prestación de servicios en salud sexual y reproductiva con calidad, calidez y sin discriminación por razones de sexo, orientación sexual e identidad de

	género
	Disminución de los casos de discriminación hacia las personas que viven con VIH/SIDA en los servicios de salud
Mejorar la cobertura de los servicios de salud reproductiva hacia las mujeres, especialmente a medios de planificación familiar	Mujeres deciden informada y libremente cuándo y cuántos hijos o hijos desean tener
Incorporar servicios de calidad y gratuitos de salud durante el embarazo, parto y postparto para las mujeres	Descenso de los índices de mortalidad y morbilidad materna
Incorporar prestaciones universales y gratuitas de alimentos a las mujeres que estén en gestación y lactancia	Mejoramiento de la alimentación de las mujeres embarazadas y lactantes asegurando un desarrollo saludable de las y los gestantes y recién nacidas y nacidos
Despenalización del aborto, procedimiento de realización de un aborto gratuito en los centros de salud	Disminución de abortos inseguros, disminución de mortalidad de mujeres por complicaciones en el procedimiento
Dotación gratuita de métodos anticonceptivos en los servicios de salud y lugares públicos	Disminución de contagio de ITS y VIH/SIDA Acceso de la población a los diferentes métodos anticonceptivos

Prestación de la inyección preventiva del cáncer de cuello uterino a mujeres de forma gratuita	Disminución en la detección de cáncer de cuello uterino
Servicios integrales y gratuitos para las personas que viven con VIH/SIDA	Mayor y mejor ejercicio del derecho a la salud de las personas que viven con VIH/SIDA
Actualización de protocolos médicos a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos	Ausencia de negación de servicios de salud sexual y reproductiva a la población
Promover el acceso a servicio de salud sexual a personas GLTB	Vida sexual placentera y satisfactoria de las personas GLTB
Legislación especializada sobre salud sexual y reproductiva	Políticas públicas con asignación presupuestaria que promueven el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos
Aumento presupuestario a los programas de salud sexual y reproductiva	Mayor acceso de la población a los servicios de salud sexual y reproductiva Mejora en los índices de salud integral de la población
Realización de una movilización social sobre el ejercicio placentero y responsable de la sexualidad con la participación de todos los sectores de la sociedad	Ruptura de los prejuicios y tabúes sociales presentes en la sociedad respecto a la sexualidad humana Sociedad inclusiva, diversa y democrática

Funcionamiento de servicios psicológicos diferenciados y gratuitos para adolescentes y jóvenes	Adolescentes y jóvenes mejoran su autoestima, construyen un proyecto de vida y ejercer su autonomía
Elaboración de normativa especializada sobre los derechos y mecanismos de protección para las personas que viven con VIH/SIDA	Prestaciones estatales para las personas que viven con VIH/SIDA Trabajo contra la discriminación y estigmatización de dicha población
Elaboración de normativa que establezca estrategias de lucha contra la discriminación	Grupos vulnerables protegidos legalmente, Sociedad democrática y diversa

FUENTE: Elaboración propia

3.2 Educación sexual y reproductiva

De muy poco serviría tener servicios de salud sexual y reproductiva accesible, con calidad y calidez si es que dichos servicios no van acompañados del componente educativo. Una persona puede conocer la existencia de un servicio de salud pero no usarlo por desconocer la importancia de utilizarlo, así es necesaria la implementación de programas en educación sexual y reproductiva por los cuales todas las personas aprendan los componentes de los derechos sexuales y reproductivos por los cuales tengan hábitos sexuales saludables, desmitificación de prejuicios y tabúes, y se inicie una nueva forma de comprender a la sexualidad y reproducción.

De esa manera, se propone las siguientes líneas de acción para promover la educación sexual y reproductiva:

TABLA No. 22
LÍNEAS DE ACCIÓN
SOBRE EDUCACIÓN SEXUAL Y REPRODUCTIVA

LÍNEA DE ACCIÓN	RESULTADO
Introducción de contenidos y competencias sobre educación sexual y reproductiva dentro de los currículos de la educación formal y alternativa	Niñas, niños, adolescentes y jóvenes adquieren conocimientos sobre su sexualidad y reproducción para tomar decisiones autónomas e informadas
Incluir en la educación familiar la temática de maternidad y paternidad responsables	Miembros de las familias reconocen que la maternidad y paternidad es responsabilidad de hombres y mujeres
Capacitar a las jefas y jefes de familia sobre la importancia de la educación de sus hijas e hijos	Disminución de los índices de deserción escolar principalmente de las niñas y mujeres jóvenes
Normar la prohibición de restricción del derecho a la educación a las jóvenes mujeres que están embarazadas	Disminución de los índices de expulsiones de centros educativos de las jóvenes embarazadas
Educar sobre la importancia del uso de métodos anticonceptivos	Disminución del embarazo no planificado en adolescentes Disminución de casos de ITS y VIH/SIDA, principalmente en adolescentes y jóvenes
Establecer un enfoque educativo en derechos humanos sobre la sexualidad	Eliminación de enfoques educativos moralistas que coartan la comprensión y disfrute de una

	sexualidad placentera y responsable de adolescentes y jóvenes
Programas de capacitación en sexualidad a madres y padres de familia	Desmitificación de la sexualidad de adolescentes y jóvenes
Programas de capacitación, orientación y protección a las mujeres	Disminución de mujeres en situación de violencia
Programas de capacitación permanente sobre los derechos sexuales de las mujeres	Evitación de embarazos no planificados Reducción de la violencia contra la mujer
Programas de capacitación a hombres sobre el tema de masculinidades	Cambio de las estructuras patriarcales que limitan los roles de género de mujeres y hombres Cambio de prácticas y discursos machistas y misóginos de parte de hombres

FUENTE: Elaboración propia

3.3 Acceso a la justicia

Como se estudió anteriormente, una de las características de los derechos fundamentales es la interdependencia por la cual el ejercicio o vulneración de un derecho vincula al resto de derechos que protegen la dignidad humana. De esa manera, las vulneraciones y restricciones de los derechos sexuales y reproductivos están relacionadas a la ausencia o ineficacia de mecanismos jurisdiccionales para la protección de esos derechos; es decir, las dificultades que se encuentran para el goce de los derechos sexuales y reproductivos están

también relacionadas a las vulneraciones que tienen las personas en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia.

Por esa razón, para mejorar el derecho de acceso a la justicia que se relaciona con la sexualidad y reproducción humana se plantean las siguientes líneas de acción:

**TABLA No. 23
LÍNEAS DE ACCIÓN
SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA**

<i>LÍNEA DE ACCIÓN</i>	<i>RESULTADO</i>
Persecución penal y sanción a los agresores de mujeres y personas GLTB	Disminución de los índices de violencia contra las mujeres y personas GLTB
Sensibilización sobre derechos humanos, con énfasis en derechos sexuales y reproductivos, a personal de la Policía, jueces, fiscales e investigadores	Involucramiento de servidoras y servidores públicos en las temáticas de violencia contra la mujer y población GLTB Mejor acceso del derecho de acceso a la justicia de mujeres y personas GLTB
Despenalización del aborto	Recuperación de la autonomía de las mujeres sobre el derecho a decidir sobre sus cuerpos dejando atrás su criminalización
Creación de servicios integrales, gratuitos y oportunos para las víctimas de violencia sexual y de género	Víctimas protegidas y acompañadas ante una situación de violencia Incremento de las denuncias por violencia sexual y de género

Establecimiento de procedimientos judiciales respecto a la aceleración procesal en casos de violencia sexual y de género	Disminución de la mora procesal en los casos de violencia sexual y de género Disminuir la impunidad en los actos de violencia sexual y de género
Abrogar normativa que permita el matrimonio de mujeres menores de edad	Disminución de violencia sexual, embarazos durante la adolescencia Desmontaje de la patriarcalización en el ordenamiento jurídico
Abrogar normativa que restringe el ejercicio de derechos fundamentales de la población GLBT como la nulidad del matrimonio entre personas del mismo sexo y la prohibición de adoptar hijas e hijos	Disminución de la discriminación estatal en contra de la población GLTB Vigencia y ejercicio de libertades fundamentales de la población GLTB
Establecimiento de sanciones disciplinarias de carácter administrativo a servidoras y servidores públicos que realicen dilaciones en la sustanciación de procesos referidos a discriminación, violencia sexual y de género	Fin de la retardación de justicia e impunidad de los agresores que comenten hechos de discriminación, violencia sexual y de género

FUENTE: Elaboración propia

3.4 Empoderamiento personal y social

La ciudadanía plena está relacionada con el ejercicio de todos los derechos fundamentales sin excepciones ya que se entiende que la dignidad humana es un conjunto indivisible por el cual todos los aspectos de la vida humana están integrados. Así, el menoscabo de los derechos sexuales y reproductivos no sólo afecta a la salud sexual y reproductiva de las personas sino que también restringe las posibilidades de participación e incidencia que pueda tener una persona en su sociedad.

Por esa razón, el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos también depende del desarrollo del empoderamiento personal de cada mujer y hombre por el cual no sólo decidan sobre sus cuerpos sino también decidan sobre el desarrollo de su sociedad. Para desarrollar el empoderamiento personal se proponen las siguientes líneas de acción:

TABLA No. 24
LÍNEAS DE ACCIÓN
SOBRE EMPODERAMIENTO PERSONAL Y SOCIAL

LÍNEA DE ACCIÓN	RESULTADO
Dotar de educación y fuentes de trabajo a poblaciones vulnerables	Disminución de la exclusión social y el comercio sexual Disminución de la vulnerabilidad de mujeres, jóvenes, personas GLTBI y personas que viven con VIH/SIDA
Establecimiento de políticas y campañas continuas sobre seguridad ciudadana	Disminución del abuso sexual especialmente de mujeres y menores de edad
Participación política de los diferentes grupos sociales que	Ejercicio de una sexualidad placentera y responsable

exijan el respeto y ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos	
Campañas en medios de comunicación que expliquen los componentes centrales de los derechos sexuales y reproductivos	Población conoce sus derechos sexuales y reproductivos permitiendo su mejor ejercicio
Creación de plataformas ciudadanas de participación y control social	Participación activa en la elaboración de normativa y políticas públicas Participación activa en procesos de rendición de cuentas y control social Ciudadanía conoce el destino de los recursos destinados a servicios de salud sexual y reproductiva
Implementación de mecanismos de abogacía y cabildeo para el reconocimiento legal del derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo	Población GLTB empoderada y reconocida en el ejercicio pleno de sus derechos Sociedad inclusiva que trabaja contra las formas de discriminación por motivos de orientación sexual e identidad genérica
Creación y fortalecimiento de espacios de diálogo entre la ciudadanía y autoridades para definir conjuntamente políticas referidas	Políticas públicas en salud sexual y reproductiva que responden a las necesidades de la ciudadanía

Programas de asertividad, resiliencia, autodeterminación y autoestima para mujeres, adolescentes, jóvenes, personas GLTB y personas que viven con VIH/SIDA

Promover el acceso al crédito financiero para mujeres, jóvenes, personas GLTB y personas que viven con VIH/SIDA

Crear políticas que protejan a las mujeres servidoras públicas del acoso y violencia política

Elaboración de normativa que establezca la paridad y alternancia de sexos en puestos públicos

FUENTE: Elaboración propia

En definitiva, las líneas de acción anteriormente descritas para el desarrollo de normativa y políticas públicas respecto al ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos deben coadyuvar a que mujeres y hombres, sin distinción y ningún tipo de discriminación, puedan disfrutar de una sexualidad libre, placentera y responsable mediante el disfrute de su salud integral y su libertad.

La futura normativa, políticas públicas e interpretación judicial que se realice respecto a los ámbitos de la sexualidad y reproducción humana deben tener como objetivo la promoción y el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos de todas las mujeres y hombres de la sociedad durante todas las

etapas de su vida (niñez, adolescencia, juventud, adultez y tercera edad) mediante la introducción y consolidación de un enfoque de derechos humanos, género, generacional, intercultural y descolonizador, que permita el más alto desarrollo de la personalidad humana y la reducción de los preocupantes índices de los sectores vulnerables en esta temática. En ese sentido, la sociedad y, principalmente, el Estado tienen el deber de promover un trabajo integral y continuo en las familias, parejas, centros educativos, centros de salud, medios de comunicación, entre otros espacios sociales para trabajar en desmontar las estructuras patriarcales, homofóbicas, transfóbicas y adultocéntricas que provocan una serie de actos discriminatorios que restringen y menoscaban el goce de los derechos sexuales y reproductivos.



CONCLUSIONES

Luego de haber realizado la presente investigación se ha podido llegar a diferentes conclusiones sobre el entendimiento de los derechos sexuales y reproductivos como derechos fundamentales y cómo el nuevo constitucionalismo latinoamericano los reconoce, además de establecer cuáles deberían ser los lineamientos de las futuras normativas y políticas públicas que aseguran su vigencia y ejercicio. Es decir, se ha cumplido con el objetivo general y objetivos específicos que se han establecido para la presente investigación.

Respecto al objetivo general se ha analizado cuáles son los ámbitos donde se desarrolla la sexualidad y reproducción humana y cómo repercuten en el desarrollo de la vida de toda persona, es por ello que al ser una parte importante de la vida no se puede excluir a la sexualidad y reproducción del concepto de dignidad humana. Entonces, al ser la sexualidad y reproducción partes integrantes de la dignidad humana también deben formar parte de los derechos fundamentales; así, los derechos sexuales y reproductivos, al ser los que reconocen y protegen a este importante ámbito de la dignidad humana, también son derechos fundamentales.

De esa manera, se puede concluir que la sexualidad y reproducción humana son partes integrantes e importantes de la dignidad humana porque representan espacios centrales en el desarrollo integral de la persona. La sexualidad humana es un aspecto central a lo largo de la vida de toda persona ya que determina su personalidad y sus relaciones con las demás personas; es por ello, que el desarrollo integral de la personalidad no puede estar completa si es que no existe un desarrollo pleno de la sexualidad humana, por lo que es importante que el Estado asegure su ejercicio pleno.

Por su parte, la reproducción humana al estar relacionada con la posibilidad y la decisión de las personas, principalmente mujeres, de tener hijas o hijos de forma informada también necesita de una protección estatal para que todas las personas tengan una reproducción libre e informada.

Es por ello, que la sexualidad y reproducción adquieren una relevancia en la actualidad, dejando de lado los prejuicios y tabúes sociales mediante los cuales se había construido su entendimiento sesgado y limitador, donde esa relevancia se advierte en el reconocimiento y desarrollo de los derechos sexuales y reproductivos como derechos fundamentales porque son integrantes centrales de la dignidad humana. Cuando una persona ejerce sus derechos sexuales y reproductivos tiene toda la capacidad para desarrollar todo su potencial como individuo y es capaz de ser una ciudadana y ciudadano comprometido con el desarrollo de su sociedad.

Por su parte, el nuevo constitucionalismo latinoamericano establece que los derechos sexuales y reproductivos son derechos fundamentales porque dentro de esta última corriente del derecho constitucional no existe una prelación de los derechos ya que todos tienen la misma jerarquía. Este hecho se ha comprobado analizando los textos constitucionales de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia donde sí hay un reconocimiento, tanto explícito como implícito, de los mencionados derechos en el catálogo constitucional de derechos fundamentales. Así, éstos derechos están vinculados no sólo con el goce de una sexualidad libre y placentera o una reproducción informada y autónoma, sino que también se vinculan con el ejercicio del derecho a la libertad, vida, integridad persona, salud, entre otros, conforme la característica de interdependencia de los derechos fundamentales.

Así, el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos permite que toda persona tenga protegida su sexualidad y reproducción generando que adquiriera un bienestar integral, autoestima, autonomía y participación social.

En otras palabras, mujeres y hombres van a adquirir un desarrollo pleno de su personalidad en la medida que el Estado proteja todos los ámbitos de la sexualidad y reproducción humana.

Conforme lo analizado en los objetivos específicos, se puede concluir que el desarrollo tanto histórico como teórico del entendimiento de los derechos fundamentales implica necesariamente que los derechos sexuales y reproductivos adquieren esa fundamentalidad por la importancia de la materia que protegen. Es decir, los derechos fundamentales han avanzado en un entendimiento de la dignidad humana como un sistema integral donde ninguna parte de la vida humana queda por fuera de ese concepto, por lo que la sexualidad y reproducción humana salen de los históricos ámbitos de la prohibición y persecución para ser elementos centrales del desarrollo de la dignidad de toda persona.

Asimismo, este avance en los alcances de los derechos fundamentales, que se refieren a la sexualidad y reproducción humana, han sido recogidos tanto por el Neoconstitucionalismo pero principalmente por el nuevo constitucionalismo latinoamericano mediante los cuales diferentes textos constitucionales, como Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia, han introducido sea implícita o explícitamente a los derechos sexuales y reproductivos dentro de sus catálogos constitucionales de derechos fundamentales. Este hecho si bien significa un gran avance para la protección y ejercicio de la sexualidad y reproducción de mujeres y hombres todavía no es suficiente para su ejercicio y protección plena ya que, tal como se analizó en la investigación, existen a nivel mundial y en América Latina preocupantes índices de vulneraciones a éstos derechos destacándose la violencia contra la mujeres y personas GLBTI, aumento de los embarazos no planificados en adolescentes y jóvenes, aumento de mortalidad y morbilidad materno infantil, aumento de transmisión de ITS y VIH/SIDA, entre otros temas de suma preocupación.

Por esa razón, no es suficiente que los derechos sexuales y reproductivos estén reconocidos por un texto constitucional sino que necesitan ineludiblemente de normativa infra constitucional y políticas públicas que desarrollen efectivamente estos derechos atacando a los problemas estructurales de la sociedad por los cuales se restringe el ejercicio de una sexualidad y reproducción placentera y responsable tal como lo es la discriminación, patriarcalización, homofobia y adultocentrismo, por dar algunos ejemplos. Es así que, en la investigación se han propuesto diferentes líneas de acción sobre las cuales se puede desarrollar normativa y políticas públicas que aseguren el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos. Es decir, para que mujeres y hombres ejerzan sus derechos sexuales y reproductivos de forma plena, el Estado debe asegurar con preponderancia, entre otros temas importantes, lo siguiente:

- Acceso gratuito a servicios de salud sexuales y reproductiva especialmente a mujeres
- Educación sexual y reproductiva desde la niñez en todos los ámbitos educativos
- Acceso gratuito a métodos anticonceptivos desde la adolescencia
- Acceso gratuito y oportuno a todos los servicios de salud para las personas que viven con VIH/SIDA
- Despenalización del aborto, aborto legal y seguro dentro de los servicios de salud estatales
- Legalización del derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo

Sin la vigencia de estos elementos mínimos para el ejercicio libre y pleno de los derechos sexuales y reproductivos, no sirve de mucho que la sexualidad y reproducción formen parte de la dignidad humana o que estén reconocidos dentro de los textos constitucionales, sino que es necesario un compromiso

tanto de la sociedad pero principalmente del Estado para que mediante normativa y políticas públicas se vaya asegurando progresivamente la protección de todos los ámbitos de la sexualidad y reproducción humana. La consolidación de un Estado constitucional no sólo representa una vigencia de instituciones democráticas, del imperio de la Constitución o la vigencia del poder constituyente popular, sino que también representa que todas las personas sin importar su sexo, edad u orientación sexual puedan ejercer sus derechos fundamentales sin ninguna restricción, de los cuales los derechos sexuales y reproductivos son integrantes importantes.

De lo contrario, si continúan los prejuicios y tabúes que rodean al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos las cifras de violencia contra la mujer y personas GLTB, de embarazos no planificados en la adolescencia y juventud, ITS y VIH/SIDA, entre otros temas seguirán en aumento de forma inevitable generando que los postulados constitucionales al respecto sean una mera declaración de buenas intenciones pero que no tienen ninguna vigencia en la realidad. Por ello, el respeto y vigencia de la libertad, la democracia y Constitución representa también que mujeres y hombres de toda edad puedan ejercer de forma informada y responsable una sexualidad y reproducción libre y placentera.

RECOMENDACIONES

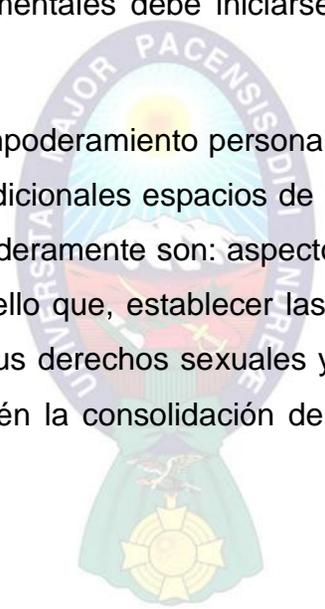
Tal como se analizó en el capítulo cuarto de la presente investigación, es necesario un desarrollo normativo y de políticas públicas que acompañen el reconocimiento constitucional de los derechos sexuales y reproductivos para asegurar su pleno ejercicio por parte de todas las personas. En ese sentido, además de lo ya propuesto, se recomienda una formación continua dirigida a todos los sectores de la sociedad sobre la salud sexual y reproductiva y su influencia en el desarrollo de la persona, estos programas de educación deben ser incluidos en espacios de educación formal como las escuelas y universidades pero también en espacios de educación alternativa dirigidas principalmente a adultas y adultos de todos los sectores de la sociedad.

Este programa educativo debe tener como objetivo los siguientes puntos:

- Reducir la discriminación contra mujeres, jóvenes y personas GLTB
- Promover la participación de mujeres, jóvenes y personas GLTB en los diversos espacios de la sociedad civil
- Promover la educación continua para niñas, adolescentes y jóvenes mujeres
- Promover el conocimiento y mecanismos de ejercicio de los Derechos Humanos para cambiar estructuras, políticas y prácticas culturales que restringen el goce de la sexualidad
- Garantizar a mujeres jóvenes la planificación voluntaria de la familia
- Empoderar a las niñas y adolescentes para que tomen decisiones propias sobre su vida
- Empoderar a todas las personas sobre el ejercicio de una sexualidad libre, responsable y placentera dejando de lado prejuicios y tabúes

Sin duda alguna, se pueden recomendar diferentes propuestas y estrategias para asegurar que toda persona ejerza sus derechos y reproductivos tanto de parte de la sociedad como del Estado, que van desde un reconocimiento constitucional hasta la asignación presupuestaria de servicios de salud sexual y reproductiva que sean gratuitos, pero ello de nada servirá sino se realiza un empoderamiento de las y los ciudadanos sobre el ejercicio de sus derechos fundamentales. Cuando una persona está empoderada sobre sus derechos va a exigirlos en todo momento y lugar no permitiendo su vulneración, así este empoderamiento no sólo de los derechos sexuales y reproductivos sino de todos los derechos fundamentales debe iniciarse desde la niñez mediante la educación.

De esa forma, con este empoderamiento personal la sexualidad y reproducción humana saldrán de los tradicionales espacios de restricciones y prejuicios para erigirse como lo que verdaderamente son: aspectos centrales en la vida y en la dignidad humana. Es por ello que, establecer las condiciones necesarias para que toda persona ejerza sus derechos sexuales y reproductivos con plenitud y libertad es asegurar también la consolidación de una sociedad más inclusiva, pacífica y democrática.



BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. E. Garzón Valdez. Madrid España. CEC Madrid. 1993.
- Attard, Maria Elena. *Sistematización de jurisprudencia y esquemas jurisprudenciales de Pueblos Indígenas en el marco del sistema plural de control de constitucionalidad*. La Paz, Bolivia. Editorial Presencia. 2011.
- Bidart Campos, Germán. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Ciudad de México, México. Editorial Kapelusz, 2006.
- Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Bogotá, Colombia. Editorial Temis. 2005.
- Carbonell, Miguel. *Teorías del Neoconstitucionalismo*. Madrid, España. Editorial Trotta. 2007.
- Conferencia de Población y Desarrollo, 1994.
- Conferencia sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación, 1995.
- Constitución Política del Estado de Bolivia, 2009.
- Córdova, Rosío. *Reflexiones teórico metodológicas en torno al estudio de la sexualidad*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Planeta, 2007.
- Dahl, Robert. *La democracia, una guía para los ciudadanos*. Madrid, España. Editorial Taurus. 1999.
- Defensor del Pueblo de Bolivia, *Informe sobre el estado de los Derechos Humanos gestión 2013*.
- De Sousa Santos, Boaventura. *Estado, derecho y luchas sociales*. Bogotá, Colombia. ILSA, 1991.
- Díaz, Ana María y Gómez, Hernán. *Los derechos sexuales y reproductivos de los varones. Una reflexión acerca de la masculinidad y los derechos*. Santa Fe de Bogotá, Colombia. Profamilia. 1998.

- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, España. Editorial Trotta. 2006.
- Fondo de Población de las Naciones Unidas. *Informe del estado de la población mundial*. Nueva York, Estados Unidos. Naciones Unidas, 2013.
- Foucault, Michel. *La ética del cuidado de uno mismo como práctica de la libertad*. Madrid, España. Editorial Sapiencia, 1999.
- García Pelayo, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid. España. Editorial Alianza. 1984.
- Giddens, Anthony. *La transformación de la intimidad (Sexualidad, amor y erotismo en las sociedades modernas)*. Madrid, España. Editorial Cátedra. 1998.
- Gramsci, Antonio. *La política y el Estado moderno*. Ciudad de México, México. Editorial Fontamara. 1998.
- Guastini, Ricardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Ciudad de México, México. IIJ-UNAm-Trotta. 2010.
- Gysling, Jacqueline. “Salud y derechos reproductivos: conceptos en construcción” en Teresa VALDÉS y Miren BUSTO (eds.). *Sexualidad y reproducción: hacia la construcción de derechos*. Santiago, Chile. Corporación de Salud y Políticas Sociales y Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. 1994.
- Habermas, Jürgen. *La reconstrucción del materialismo histórico*. Madrid, España. Editorial Taurus. 1981.
- Hauriou, André, y otros. *Derecho constitucional e instituciones políticas*, traducción de José Antonio González. Barcelona, España. Editorial Ariel. 1980.
- Heller, Herman. *Teoría del Estado*. Ciudad de México. Fondo de Cultura Económica, México. 1955.
- Hesse, Konrad. *Constitución y Derecho Constitucional*, en AA VV, *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid, España. Editorial Marcial Pons. 1996.

- Informe Anual sobre el estado de la población mundial, Fondo de Población de las Naciones Unidas, 2013
- Kant, Inmanuel. *Lo bello y lo sublime. La Paz perpetua*. Madrid, España. Editorial Espasa Calpe. 1979.
- Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho* (versión digital), Universidad Nacional Autónoma de México, traducción de la segunda edición en alemán por Roberto J. Bernengo. Ciudad de México, México. 1982.
- Keynes, John Maynard. *La teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*. Oxford, Inglaterra. Oxford University Press. 1960.
- Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship*. Oxford, Inglaterra. Oxford University Press, 1995.
- Lagarde, Marcela. “*La regulación social del género: el género como filtro de poder*”, en *Enciclopedia de la sexualidad*. Ciudad de México, México. 1994.
- Locke, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Aguilar. 1963.
- Maquiavelo, Nicolás. *Los Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, I, 12. Madrid, España. Editorial Alianza. 1990.
- Martínez Dalmau, Rubén. *El proceso constituyente boliviano*. La Paz – Bolivia. Editorial Oxfam Gran Bretaña, 2008.
- Marx, Karl. *El capital: crítica de la economía capitalista*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Siglo XXI. 1975.
- Ministerio de Salud del Estado Plurinacional de Bolivia, Encuesta Nacional de Salud, 2008
- Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, Barón de. *El espíritu de las leyes*, traducción castellana de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. Madrid, España. Editorial Tecnos. 1980.

- Nikken, Pedro. *El derecho internacional de los Derechos Humanos*. Caracas, Venezuela. Editorial Dykinson, 2003.
- Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. 1992.
- Noguera, Albert. *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch. 2010
- Ossorio, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta. 2003.
- Peces Barba, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid, España. Editorial Dykinson 2004.
- Pisarello, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid, España. Editorial Trotta. 2007.
- Radbruch, Gustav. *Relativismo y derecho*. Bogotá, Colombia. Editorial Temis. 1999.
- Rawls, John. *Teoría de la justicia*, Traducción de María Dolores González, México DF, México. Fondo de Cultura Económica, Sexta reimpression. 2006.
- Reyes, Emma María. *Nuevos horizontes: nuestra salud y los derechos sexuales y reproductivos*. México DF, México. Salud y Género. 1999.
- Rousseau, Jean Jacques. *El contrato social*, Libro Cuarto, Capítulo I. Madrid, España. Editorial Losada. 1985.
- Sagües, Nestor Pedro. *Teoría de la Constitución*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. 2001
- Salvioli, Fabián. *La Constitución de la nación argentina y los derechos humanos*. Buenos Aires – Argentina. Ediciones Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos, 2002.
- Sieyès, Emmanuel Joseph. *¿Qué es el Tercer Estado?* Madrid, España. Editorial Alianza. 1992.

- Uprimny Yepes, Rodrigo. *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*. Bogotá, Colombia. FUAC. 1992.
- Valencia Vega, Alipio. *Manual de Derecho Constitucional*. La Paz, Bolivia. Editorial Juventud. 1964.
- Vela Orbezo, Bernardo. “*Política y epistemología. Una aproximación al auténtico espíritu científico*”, en Vela Orbezo, Bernardo. *Dilemas de la política*. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia, CIPE. 2008.
- Weber, Max. *El político y el científico*. Madrid, España. Editorial Alianza, 1984.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción al español de M. Gascón y epílogo de G. Peces-Barba. Madrid, España. Editorial Trotta. 2002.

WEBGRAFÍA

- 📄 <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/11921/1/DyL-2009-21-noguera.pdf>
- 📄 http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/anyo2010/Revista_Trabajo_87.pdf
- 📄 http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf
- 📄 <http://www.tc.gov.bo/Articulold-7.html>