



Constitucionalización de Derechos Sociales: análisis de los procesos constituyentes recientes en África y América Latina, y perspectivas de futuro

Ponencias y conclusiones del proyecto sobre la efectividad de la constitucionalización de Derechos Sociales en los procesos de Suráfrica, Colombia, Venezuela, Bolivia, Ecuador y Túnez

Constitucionalización de Derechos Sociales: análisis de los procesos constituyentes recientes en África y América Latina, y perspectivas de futuro

Ponencias y conclusiones del proyecto
sobre la efectividad de la constitucionalización
de Derechos Sociales en los procesos de Suráfrica,
Colombia, Venezuela, Bolivia, Ecuador y Túnez

Coordinado por Quim Arrufat e Irene Escorihuela

Editado por el Observatori DESC con el apoyo de la
Agència Catalana de Cooperació al Desenvolupament

Constitucionalización de Derechos Sociales: análisis de los procesos constituyentes recientes en África y América Latina, y perspectivas de futuro

Ponencias y conclusiones del proyecto
sobre la efectividad de la constitucionalización
de Derechos Sociales en los procesos de Suráfrica,
Colombia, Venezuela, Bolivia, Ecuador y Túnez

OBSERVATORIO
DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS,
SOCIALES Y CULTURALES

CONSTITUCIONALIZACIÓN DE DERECHOS SOCIALES: ANÁLISIS DE
LOS PROCESOS CONSTITUYENTES RECIENTES EN ÁFRICA Y AMÉRICA
LATINA, Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Impreso en Catalunya
Compaginado por L'Apòstrof Coop

.

Barcelona, noviembre de 2018

DEDICATORIA

“El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado,(...) construimos un nuevo Estado.

Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.

Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico (...) de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.

Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país, (...) cumpliendo el mandato de nuestros pueblos (...).”

Preámbulo de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009)

10	Prólogo
	Irene Escorihuela
15	Avances y retrocesos en la protección de los derechos sociales en Colombia en el marco de la Constitución Política de 1991
	Jimena Sierra
45	Constitución Bolivariana de Venezuela ¿constitucionalismo social neoclásico o insurgente?
	Francisco Palacios y Gladys Gutiérrez
69	Diez años de constitución en Ecuador y Bolivia: el desmontaje por vía política y judicial del modelo de constitucionalismo social andino
	Albert Noguera
93	Balance de los derechos económicos y sociales en la nueva Constitución tunecina
	Seif Soudani
107	Conclusiones: Lecciones y retos del constitucionalismo en la defensa de los Derechos Sociales
	Quim Arrufat, Observatori DESC

PRÓLOGO

Una de las principales tareas del Observatorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) consiste en analizar los avances y retrocesos de estos derechos. Estudiamos a fondo las reformas legislativas, regresivas o garantistas, y las políticas públicas que desarrollan los DESC. Asimismo, denunciaremos las vulneraciones de derechos sociales ante los poderes públicos, por medio de la incidencia política ante distintos niveles de gobierno como a través de los tribunales. El litigio estratégico se configura así como una herramienta clave para hacer resonar las conculcaciones de derechos en la esfera internacional, ya sea en el sistema europeo de derechos humanos o en el sistema de Naciones Unidas.

Todas estas ramificaciones de la defensa de los DESC, y en particular la exigibilidad de los derechos sociales, parten de dos premisas básicas. En primer lugar, que nos encontramos ante derechos que han sido recono-

cidos a nivel internacional por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), y en particular por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. En segundo lugar, que podemos conectar las situaciones de injusticia diarias con las vulneraciones de estos derechos, dando lugar a la posibilidad de denunciar su incumplimiento y exigir su protección. No olvidemos que los Estados tienen la obligación de respetar, proteger, garantizar los derechos humanos. De esta manera, la medida en que los Estados adoptan en sus cartas magnas y catálogos de derechos los principios del DIDH y los propios derechos reconocidos en los tratados internacionales que han ratificado resulta fundamental a la hora de exigir su garantía. A pesar de las dificultades de justiciabilidad de los derechos sociales, resulta sensato deducir que aquellos Estados con un mayor reconocimiento de los derechos sociales

en sus constituciones contarán con más predisposición para su respeto y cumplimiento. No obstante, ¿es esta hipótesis cierta? ¿hasta qué punto es relevante la inclusión de un amplio catálogo de derechos a nivel constitucional a efectos de garantía? ¿Cuál es el rol de los tribunales en la protección de los mismos? El libro que presentamos a continuación trata de responder estas preguntas partiendo de distintas experiencias, de América Latina y África, que han elaborado sus cartas magnas los últimos 25 años. Desde los modelos económicos que estas constituciones propugnan, con diferencias abismales como es el caso de Colombia, Túnez o Venezuela; hasta la existencia de mecanismos de defensa en los tribunales –recursos de amparo o acciones de tutela–, con experiencias contrapuestas en la experiencia del activismo judicial de la Corte Constitucional de Colombia y la pasividad de los tribunales ecuatorianos en la defensa de los DESC; pasando por la incorporación en los textos constitu-

cionales de elementos determinantes como la eficacia horizontal de los derechos, la cláusula abierta de reconocimiento de nuevos derechos, la categorización y jerarquización de los DESC o la aplicabilidad directa de los derechos.

Junto con las mencionadas al inicio de este prólogo, otra vertiente imprescindible del trabajo del Observatorio DESC se centra en acompañar luchas sociales y participar en campañas que aspiren a la transformación social, a una conquista de más derechos. Sin duda, históricamente las movilizaciones sociales han resultado centrales en la lucha por los derechos. La plasmación constitucional de dichas demandas ha sido desigual en los distintos textos constitucionales, en función del contexto y del tipo de procesos en marcha. Conocer cómo se ha dado la traslación de demandas sociales en reconocimiento de DESC en las constituciones era uno de los objetivos del proyecto que da lugar a esta

“

La voluntad de una mayor protección de los derechos sociales es compartida por una amplia capa de la sociedad”

publicación. Otro de los propósitos de este libro era conocer qué rol habían jugado los distintos sujetos y colectivos en el debate constitucional. De este modo, algunos capítulos desgranaban los procesos constituyentes en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano, como es el caso de Ecuador y Bolivia, o en el contexto de las primaveras árabes, con el ejemplo de Túnez. Resulta evidente que la correlación de fuerzas presente en las asambleas constituyentes decantará la presencia de ciertos derechos en el texto constitucional o no, con mayores o menores mecanismos de salvaguarda. Además, la mayor parte de nuevas constituciones son fruto de fuertes movilizaciones previas, de agotamiento final de un ciclo de gobierno o de propuestas de cambio estructurales a nivel estatal. Impulsar un proceso constituyente que rehaga los

vínculos entre poder constituido y poder constituyente, que habilite un nuevo contrato social, no resulta baladí. Por ello, es clave identificar los nuevos sujetos que incorporan las constituciones seleccionadas, ya que su protagonismo está fuertemente relacionado con el tipo de reconocimiento de los DESC a nivel constitucional. Se hace especialmente patente, en el caso de las constituciones ecuatoriana y boliviana, el “reconocimiento integral de los derechos de los excluidos”, generando, en términos de Albert Noguera, una “reconfiguración del sujeto constitucional”.

Tras los capítulos que se detienen a analizar las distintas experiencias de constitucionalización de los derechos sociales, un último capítulo recoge algunas de las conclusiones extraídas tanto de esta obra como de la con-

ferencia organizada en noviembre de 2018 bajo el título “Constitucionalización de los derechos sociales: balance internacional, perspectivas y propuestas”. Además, reflexiona acerca del propio contexto europeo, español y catalán, en momentos de crisis de régimen y surgimiento de anhelos de procesos constituyentes a distintos niveles. La voluntad de una mayor protección de los derechos sociales es compartida por una amplia capa de la sociedad, en un contexto de regresión social tras la crisis económico-financiera, y consecuencia de medidas de austeridad como respuesta a la misma. Sin embargo, en el estado español, la débil protección constitucional de los derechos económicos sociales y culturales -a excepción del derecho a la educación-, reconocidos como principios rectores de la economía y no como derechos fundamentales, dificulta su exigibilidad. Los mecanismos de salvaguarda son asimismo prácticamente inexistentes, sin la posibilidad de recurrir ante un juez en proceso preferente y sumario ni en recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En numerosas ocasiones, el Comité DESC se ha pronunciado acerca de la necesidad de una modificación

constitucional que de una vez por todas cumpla con los principios de interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos, esto es, de un igual reconocimiento y protección a todos los derechos, sin jerarquías ni categorizaciones. El recorrido por las experiencias más recientes de nuevas constituciones esperamos que sirva para arrojar luz a este debate y aporte elementos novedosos sobre los que reflexionar, si bien no haré mucho *spoiler* si adelanto que las conclusiones abren nuevos interrogantes y promueven un balance ambivalente ante las preguntas planteadas. En cualquier caso, aprender de experiencias internacionales y explorar qué nuevos DESC se reconocen (añadiendo la “a” de derechos ambientales, recogidos en las constituciones de Ecuador y Bolivia), fruto de qué luchas sociales, y bajo qué mecanismos de salvaguarda judicial, deviene imprescindible para el avance en la defensa de estos derechos, caballo de batalla a día de hoy en nuestras sociedades.

Barcelona, Noviembre de 2018

AVANCES Y RETROCESOS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN COLOMBIA EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

Jimena Sierra Camargo¹

1. Introducción

En el marco del “boom” constitucional que surgió en varios países de América Latina a finales de los años noventa con el proceso de “constitucionalización” del mundo después de la caída del muro de Berlín, se emitieron nuevas constituciones en toda la región latinoamericana¹. Este fenómeno también dio lugar a lo que se conoce como el “nuevo constitucionalismo” por oposición a un constitucionalismo preservador, entendiéndose aquél como un “nuevo derecho” o como una nueva forma de interpretación constitucional basada en los derechos².

En Colombia específicamente se emitió la Constitución Política de 1991 que trajo consigo varias innovaciones en relación con la derogada Constitución de 1886, la cual había estado vigente por un poco más de un siglo. La nueva carta no solo estableció un generoso catálogo de derechos, que incluyó tanto a aquellos considerados como “civiles y políticos” como los llamados derechos “económicos sociales y culturales” y derechos “colec-

1 Véase: Uprimny, Rodrigo. “Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos”. Rodríguez Garavito, César. *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Siglo XXI Editores, 2011.

2 Véase: García Villegas, Mauricio. “El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia”. ¿Justicia para todos? Derechos sociales y democracia en Colombia. Editorial Norma, 2006; García Jaramillo, Leonardo. “El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* XLV.133 (2012): 93 – 118.

tivos”, sino que también creó una serie de acciones judiciales orientadas a hacer efectivos tales derechos, de tal manera que la ciudadanía pudiera contar con herramientas para hacerlos exigibles de manera directa ante las instancias judiciales. La nueva Constitución también estableció al Estado colombiano como una nación pluriétnica, multicultural, pluralista y secular.

Sin embargo, el proceso que precedió la expedición de la nueva constitución no estuvo exento de discusiones y debates que emergieron en un contexto local que reclamaba urgentemente un “cambio” pero que también reflejaban serias reservas y dudas frente a algunas de las exigencias que demandaba ese giro en un contexto global “post guerra fría”, y especialmente en el marco del llamado “Consenso de Washington”³, el cual marcó ese periodo por las nuevas corrientes de globalización que perfilaron las economías de varios países de América Latina.

Algunas de las políticas que surgieron a partir de dicho acuerdo, como la liberación del comercio internacional, la eliminación a las barreras a la inversión extranjera, la política de privatización y venta de las empresas públicas, la desregulación de los mercados y la protección de la propiedad privada, y las reformas tributarias, también influyeron en el proceso constituyente del 91. Las nuevas normas constitucionales y legales que se introdujeron al ordenamiento jurídico colombiano también respondieron a las reformas de ajuste estructural que fueron impulsadas en el marco de esa política y que buscaban integrar a Colombia al nuevo orden económico global. Esto llevó a que algunos sectores de izquierda en Colombia decidieran apartarse del proceso constituyente, argumentando que dicho proceso estaba enmarcado en un proyecto económico global que lejos de redundar en la protección de derechos como los derechos sociales y de llevar al país a un verdadero cambio podía contribuir sustancialmente a aumentar los niveles de desigualdad en Colombia⁴.

La ambivalencia de la Constitución de 1991, según la cual, por un lado se consignó un generoso catálogo de derechos y de mecanismos para hacerlos efectivos, pero por otro lado, sirvió como instrumento para “modernizar” al Estado colombiano en el ámbito de la política económica, si-

3 Williamson, John. “The Washington Consensus as policy prescription for development”. *Development Challenges in the 1990s: Leading Policymakers Speak from Experience*. Institute for International Economics, 2004.

4 Véase: Mosquera, Francisco. “No participamos de la Constituyente”. *Resistencia civil*. Tribuna Roja, 1995: 425 – 429.

guiendo los lineamientos de organismos financieros internacionales, creó desde entonces una tensión en la forma en que las distintas instituciones del Estado se relacionan con los derechos y los protegen. Al respecto, Julieta Lemaitre sostiene lo siguiente, refiriéndose a la Corte Constitucional como el ente competente de salvaguardar la integridad de la Constitución del 91:

“Al mismo tiempo, la Corte ha defendido y protegido el modelo económico de la Constitución, que se encuentra no solo en esta sino en las grandes reformas aprobadas por el Congreso en 1990 y 1991: las reformas laborales y del sistema de salud y seguridad social. Estas reformas limitaron los derechos laborales y además privatizaron parcialmente la prestación de los servicios de salud a través del seguro obligatorio y las pensiones”⁵.

2. El movimiento estudiantil de 1989

El proceso de reforma que dio lugar a la creación de la Constitución de 1991, también se remonta a la difícil situación de violencia que se vivió en Colombia durante la década de los años ochenta en la que fueron asesinados selectivamente varios líderes políticos y sociales, periodistas, altos funcionarios del gobierno, jueces y magistrados de la Corte Suprema de Justicia que tuvieron un papel protagónico en la lucha contra el narcotráfico. Lemaitre explica que el llamado “movimiento estudiantil de 1989” surgió en el marco de la masiva movilización que se produjo tras el asesinato del líder político liberal Luis Carlos Galán, quien para diversos sectores de la sociedad representaba la renovación de la clase política⁶. Este hecho trajo como consecuencia la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) de 1991 como un símbolo del rechazo generacional a

5 Lemaitre Ripoll, Julieta. *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Siglo del Hombre Editores y Universidad de Los Andes, 2009: 153.

6 Luis Carlos Galán Sarmiento fue un político colombiano, candidato a la Presidencia de la República en 1982 por el movimiento Nuevo Liberalismo y por el Partido Liberal Colombiano en 1989. Fue un líder político reconocido por su lucha contra el narcotráfico y por sus denuncias orientadas a depurar la política colombiana de las mafias. El 18 de agosto de 1989 fue asesinado en un evento público de su campaña electoral en el municipio de Soacha, Cundinamarca.

la violencia política de la época. Al respecto, es importante mencionar que dicha iniciativa no solo fue apoyada por estudiantes de universidades públicas y privadas, éstas últimas ajenas hasta ese momento a la movilización social, sino por sectores de la izquierda y por guerrillas que querían hacer una transición hacia la política electoral⁷.

En este contexto, en el año de 1990 surgió la llamada “Séptima papeleta” que se produjo como parte de la propuesta de incluir en las elecciones de marzo de ese año una papeleta que los ciudadanos podían introducir en las urnas de votación con el propósito de convocar a una ANC por medio del voto directo. Estudiantes de diferentes universidades lograron recolectar 30.000 firmas que entregaron al entonces Presidente de la República Virgilio Barco (1986- 1990) para apoyar lo que se denominó “el plebiscito para el plebiscito”⁸ y que consistía en una especie de “nuevo contrato social”⁹.

Gracias al significativo número de personas que depositó la “Séptima papeleta” en las urnas en las elecciones de marzo del 90, el ex Presidente Barco convocó a un plebiscito en las siguientes elecciones a realizarse en el mes de mayo del mismo año, para preguntarle al pueblo oficialmente si convocaba o no una ANC. Esta decisión también fue adoptada en un contexto en el que se estaba llevando a cabo el proceso de paz entre el gobierno y la guerrilla Movimiento 19 de Abril (M-19), la cual estaba interesada en la realización de un gran “diálogo nacional”. Finalmente, en las elecciones presidenciales del 27 de mayo de 1990 el 88% del electorado votó “Sí” a la convocatoria de la ANC¹⁰.

3.

El proceso constituyente del 91

Una vez convocada la ANC en la que participaron principalmente la guerrilla del M-19 y los partidos políticos tradicionales: el partido liberal y el partido conservador -los cuales a su vez habían acordado en el pasado la alternancia del poder por un periodo de 16 años en el mar-

7 Lemaitre, *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, 79 – 120.

8 *Ibid.*

9 *Ibid.*

10 *Ibid.*

co del llamado “Frente Nacional”¹¹-, surgieron varias discusiones sobre diferentes temas en torno al proceso constituyente, empezando por la forma procedimental por medio de la cual se dio lugar a la creación de la nueva constitución. Uno de los temas más debatidos fue el hecho de que la nueva Constitución en términos procedimentales, fue el resultado de la expedición de Decretos de “Estado de Sitio” que la Corte Suprema de Justicia¹² decidió declarar constitucionales por una reñida votación de 14 votos a favor y 12 en contra. Para esto, fue necesario probar que había un vínculo directo entre la escalada de violencia que se quería detener con la expedición de la nueva carta y la reforma constitucional¹³.

En la Constitución de 1886 la forma establecida para poder emitir una nueva Constitución consistía en impulsar un trámite de “reforma constitucional” por medio del Congreso de la República a través de un “Acto Legislativo”. Por esta razón, se tomó la decisión de modificar la Constitución vía decreto ante el eventual rechazo del Congreso a dicha reforma. Además, de manera paralela a la ANC, un pequeño cuerpo colegiado que fue más conocido como “el congresito” empezó a sesionar con el propósito de crear una serie de normas en materia económica, que luego harían parte del nuevo ordenamiento jurídico colombiano y que permitirían la incorporación de Colombia en la economía mundial en el marco del nuevo orden global. Dentro de los principales actores que apoyaron el proceso constituyente se encuentran algunos asesores

11 Sobre el Frente Nacional, el profesor Juan Jaramillo explica lo siguiente: “En el año de 1957 se aprobó, mediante plebiscito, una reforma constitucional, con la que se esperaba poner fin a la época de la Violencia, protagonizada entre liberales y conservadores. De esta enmienda surgió la figura del Frente Nacional, a través de la cual los partidos Liberal y Conservador decidieron distribuirse el poder político. Es así como se dispuso que, entre 1958 y 1974, los dos partidos se alternarían en la Presidencia de la República y se distribuirían por partes iguales los escaños en el Congreso y en los demás cuerpos colegiados”. Jaramillo Pérez, Juan Fernando. *Constitución, Democracia y Derechos. Textos Escogidos de Juan Fernando Jaramillo Pérez*. Dejusticia, 2016: 41.

12 Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 9 de Octubre de 1990.

13 Lemaitre, *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, 131.

del ex Presidente César Gaviria Trujillo (1990 – 1994)¹⁴ que eran reconocidos por apoyar el llamado “liberalismo gavirista”¹⁵ como Manuel José Cepeda, quien se desempeñó como asesor de asuntos constitucionales y Humberto de La Calle, quien fue Ministro de Gobierno.

El Decreto 1926 de 1990 finalmente fue adoptado por el ex Presidente César Gaviria como uno de los primeros actos de su gobierno. Lemaitre explica que esta norma fue fruto de un pacto político privado suscrito por “los partidos” que incluía a los liberales, los conservadores y al M-19 pero no a la Unión Patriótica (UP)¹⁶ ni a los estudiantes. Dicho pacto que fue reproducido en el decreto mencionado “establecía la forma como se iban harían las elecciones para la Asamblea, las calidades de los candidatos,

14 El gobierno de César Gaviria es reconocido por ser el punto de inflexión en la inserción del proyecto neoliberal en Colombia. Una de las características más marcadas de este gobierno fue la llamada ‘apertura económica’ y la concepción del libre mercado como eje del desarrollo económico. Estas características responden a los puntos centrales del Plan Nacional de Desarrollo de ese gobierno, más conocido como ‘*La Revolución Pacífica*’ y que se concentraron en tres puntos: (i) la apertura de las fronteras a los productos extranjeros; (ii) la modernización del Estado, la creación de nuevos mercados y la erradicación de los monopolios estatales; y (iii) la inversión social orientada a la población más vulnerable. Bajo la consigna ‘Bienvenidos al futuro’ y las banderas del gobierno de la ‘apertura económica’ y la modernización del mercado, bajo el gobierno de Gaviria se abrió el camino para poder llevar a cabo en Colombia algunos de las reformas impulsadas desde el Banco Mundial a través del llamado ‘Consenso de Washington’. Dentro de las medidas impulsadas por el gobierno de César Gaviria, cuyo Ministro de Comercio Exterior fue el ex Presidente de Colombia Juan Manuel Santos (2010 – 2014 y 2014 – 2018), se destacan aquellas que estuvieron orientadas a la flexibilización laboral (Ley 50 de 1990), la liberalización del comercio exterior a través del desmonte de aranceles y de otros requisitos para la realización de importaciones (Conpes 2494 de 1990), el establecimiento de un nuevo régimen de promoción y protección de la inversión extranjera (Conpes 2490 de 1990 y Conpes 2572 de 1991), la desregulación del mercado de capitales (Ley 45 de 1990), la desregulación del sector de las telecomunicaciones (Decretos 1900 y 1901 de 1990), el impulso del comercio exterior, del desarrollo tecnológico y de la productividad y la eficiencia (Ley 7 de 1991), la privatización del mercado de divisas y la eliminación del monopolio estatal sobre el control de cambios (Ley 9 de 1991), la privatización de la infraestructura portuaria a través de la eliminación de monopolios estatales y de la creación de un régimen de concesión portuaria (Ley 1 de 1991), la regulación y ajuste de la banca central (Ley 31 de 1992), la regulación en materia de cambios monetarios internacionales, incluyendo las inversiones de capital extranjero (Decreto 1735 de 1993), entre otras.

15 Lemaitre, *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, 125.

16 Si bien, se han promovido algunos intentos de procesos de democratización y de paz con los diferentes grupos armados ilegales, la mayoría han resultado fallidos. Uno de los fracasos más recordados es el proceso con las FARC que dio lugar al partido de la Unión Patriótica – UP. La UP fue un partido político que surgió en la década de los años ochenta como un proyecto de algunos sectores políticos y sociales para lograr la incorporación de las FARC-EP a la vida civil. En los años subsiguientes al impulso de ese proceso fueron exterminados aproximadamente 3.000 miembros de dicho partido, entre quienes se encontraban 8 congresistas, 13 diputados, 70 concejales, 11 alcaldes y miles de militantes. Por el exterminio de este grupo político, el Estado colombiano se encuentra demandado actualmente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Igualmente, en agosto de 2011 el Ministro del Interior y de Justicia pidió perdón a nombre del Estado Colombiano en plenaria del Congreso por el asesinato del dirigente de la UP, Manuel Cepeda Vargas. Con este acto, el Estado admitió la responsabilidad en el crimen del dirigente político cometido en 1994, que fue perpetrado por agentes del Estado y grupos paramilitares.

su tiempo de duración, y el temario que éste podía discutir”¹⁷. Finalmente con el aval de la Corte Suprema, las elecciones de la ANC se llevaron a cabo el 9 de diciembre de 1990 pero solo contaron con una votación de 3’700.000 personas. Por su parte, dentro de las 70 personas elegidas como constituyentes para la Asamblea solamente 4 eran mujeres y 2 eran indígenas. Por otro lado, también sorprendió la fuerte participación del partido de izquierda la Alianza Democrática M-19 (ADM-19).

El Partido Liberal contó con 25 constituyentes, el ADM con 19 y el ala conservadora liderada por el líder político Álvaro Gómez con 11. Dentro de los constituyentes también se encontraban sindicalistas, activistas de derechos humanos, 2 representantes de la UP, 2 cristianos, 1 estudiante y algunos ex guerrilleros de pequeños grupos armados que junto al M-19 también se habían desmovilizado. La Mesa Directiva de la ANC estuvo integrada por tres presidentes: Horacio Serpa del Partido Liberal, Álvaro Gómez del Partido Conservador y Antonio Navarro Wolff del ADM-19. Finalmente, para la aprobación de la Constitución que se hizo prácticamente por consenso fue necesario que se realizaran alianzas y acuerdos entre las fuerzas políticas de la ANC, donde los temas clave fueron la “paz”, los “derechos humanos” y la “democracia”.

4. Los derechos sociales en la Constitución Política de Colombia

El surgimiento de la Constitución de 1991 estuvo ligado a la idea del fin de la violencia política de los años anteriores y de la importancia de alcanzar la paz, no solamente entendida esta como la eliminación de los asesinatos o de la violencia física sino como un medio para conjurar las causas que habían llevado a esa época de violencia. En este sentido, la idea de evitar no solo la exclusión política sino otro tipo de exclusiones basadas en razones de edad, género, etnia o raza, fue esencial para la creación de un nuevo pacto constituyente “incluyente” bajo las ideas del pluralismo

17 Lemaitre, *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*, 125.

y del multiculturalismo. La Constitución del 91 se erigió entonces como un símbolo de la paz y del fin de la violencia con aspiraciones de justicia social y con el objetivo de la materialización de una sociedad democrática y garantista de los derechos humanos. La nueva Constitución que fue proclamada el 4 de julio de 1991 estableció en su artículo primero dentro del Título I “De los principios fundamentales” lo siguiente:

“Artículo 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”. (Subrayado fuera de texto).

Esta disposición confirmó la intención del constituyente de fortalecer la protección de los derechos humanos de acuerdo a su aspiración primordial de alcanzar la paz y de lograr el fin de la violencia. Esa protección se vio reflejada tanto en el generoso catálogo de derechos que incluyó el texto constitucional, como en la creación de la “acción de tutela” como mecanismo de aplicación directa de los derechos establecidos en la nueva carta. Esa intención del constituyente también se tradujo en la creación de nuevas instituciones encargadas de velar por el cumplimiento de los derechos humanos¹⁸ y en el diseño de nuevos mecanismos de participación ciudadana¹⁹.

Por su parte, dentro del generoso catálogo de derechos establecido en la Constitución del 91 se consignaron los llamados “derechos sociales”. La carta estableció expresamente el Capítulo 2 “De los derechos sociales, económicos y culturales” dentro del Título II “De los derechos, las garantías y los deberes”. En dicho capítulo incluyó un listado de derechos entre los que se encuentran el derecho a la familia (artículo 42); el derecho de la mujer a no ser discriminada y el derecho de protección constitucional de la mujer embarazada y de la mujer cabeza de familia (artículo 43); los derechos de los niños (artículo 44); los derechos de los adultos mayores (artículo 46); los derechos a las personas en situación de discapacidad (artículo 47); el derecho a la seguridad social (artículo 48); el derecho a la salud (artículo 49); el derecho a la vivienda digna (artículo 51); el derecho

18 Constitución Política de Colombia de 1991. Capítulo 2. Del Ministerio Público. Artículos 275 al 284.

19 Constitución Política de Colombia de 1991. Artículos 1, 2, 40, 41, 45, 79, 103, 104, 105, 106, 270, 272, 311, 318, 329, 342, 356, 361, 377,

al trabajo (artículo 53); el derecho a la alimentación (artículo 65); y el derecho a la educación (artículo 67); entre otros. Asimismo, en el capítulo 3 “De los derechos colectivos y del ambiente” del Título II, la Constitución incorporó otro listado de derechos más breve dentro de los cuales señaló principalmente el derecho al ambiente sano (artículo 79) y el derecho al espacio público (artículo 82).

Al establecerse dentro del mismo texto constitucional una diferencia entre el capítulo 1 “De los derechos fundamentales” y el capítulo 2 “De los derechos económicos sociales y culturales” -ambos contenidos en el Título II-, surgió la duda sobre si los derechos consignados en el capítulo 1, dentro de los cuales se encuentran referidos principalmente derechos “civiles y políticos” y “libertades individuales”, eran los únicos que podían ser aplicados directamente y reclamados judicialmente por medio de la “acción de tutela”. Sin embargo, tal como se explicará en las siguientes secciones de este texto, la Corte Constitucional Colombiana por medio del desarrollo de su jurisprudencia y en cumplimiento de su función de interpretar la Constitución y de velar por su integridad, ha realizado una interpretación amplia de los derechos fundamentales, que va más allá del criterio formalista de estar consignados o no en el capítulo 1 de la Constitución, argumentando que los derechos fundamentales son definidos como tales por su naturaleza.

5. La acción de tutela como mecanismo judicial para proteger los derechos sociales

Dentro de las acciones más llamativas consignadas en la Constitución de 1991 se encuentra la “acción de tutela” también conocida en otros países como “recurso de amparo”. Esta acción permite a todas las personas reclamar sus derechos fundamentales ante cualquier autoridad judicial cuando consideren que estos derechos han sido vulnerados o amenazados por la actuación de cualquier autoridad pública o por la actuación de particulares en el caso en el que el accionante se encuentre en una situación de subordinación o de indefensión frente a estos. De acuerdo a lo señala-

do en la Constitución de 1991, el trámite de la acción de tutela debe tener prelación en relación con otros procesos de los que tenga conocimiento la autoridad judicial y debe resolverse en un plazo de 10 días hábiles. El artículo 86 de la Constitución también establece que la acción de tutela sólo procede cuando no existe otro mecanismo judicial idóneo para proteger los derechos reclamados o cuando se utiliza como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable²⁰.

Con la Constitución de 1991 se incorporó la cláusula del Estado “social” de Derecho, se erigió el principio de “solidaridad” como uno de los principios fundamentales que deben orientar las actuaciones del Estado y se le otorgó al poder judicial un rol protagónico para garantizar los derechos de las personas y particularmente sus derechos fundamentales. Al permitir que cualquier juez pudiera resolver un caso de “tutela”, la carta le otorgó a todos los jueces de la República de Colombia una competencia de tipo constitucional para fallar sobre potenciales amenazas o vulneraciones a los derechos considerados como “fundamentales”. El nuevo mandato constitucional también creó la Corte Constitucional Colombiana²¹ como un tribunal autónomo para garantizar la integridad y la soberanía de la Constitución, y le atribuyó a este la competencia de seleccionar las decisiones de los jueces en casos de “tutela” para su revisión como una expresión del control constitucional concreto y de conocer de manera directa las llamadas “acciones de inconstitucionalidad”²² como una expresión del control normativo abstracto.

20 Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 86. 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. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

21 Constitución Política de Colombia de 1991. Título VIII “De la Rama Judicial”. Capítulo 4. “De la Jurisdicción Constitucional”.

22 Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 241.

6. Criterios para determinar los derechos fundamentales y para exigir los derechos sociales como derechos fundamentales

En relación con los derechos fundamentales, es importante mencionar en primer lugar que para saber si se está en presencia o no de un derecho fundamental y por lo tanto si los derechos que están siendo reclamados son susceptibles de ser protegidos por vía de la “acción de tutela”, existen diferentes criterios tanto de tipo formal como de tipo material. Esto significa que no solo se consideran “fundamentales” los derechos que se encuentran referidos dentro del capítulo 1 del Título II de la Constitución, sino que pueden existir otros derechos incluyendo derechos sociales o derechos colectivos que si bien no están señalados específicamente en ese capítulo, pueden ser protegidos por medio de dicha acción judicial por ser considerados “por su naturaleza” como fundamentales. De esta manera, la Corte Constitucional Colombiana por vía interpretativa ha decidido tutelar o proteger judicialmente los llamados “derechos sociales” teniendo en cuenta criterios de tipo material y no solo un criterio formalista.

En este sentido se han identificado siete criterios para determinar si se está o no en presencia de un derecho fundamental y si por lo tanto, este puede ser protegido por medio de la acción de tutela. El *primer* criterio se refiere a los derechos que están consignados expresamente en el capítulo 1 del Título II de la Constitución Política. El *segundo* criterio hace alusión a los derechos cuya violación implica la afectación de la “dignidad humana” entendida en tres facetas: vivir bien, vivir como se quiere vivir y vivir sin humillaciones²³. El *tercer* criterio se refiere a los derechos que por tener una relación de conexidad con otros derechos considerados “formalmente” como fundamentales por estar consignados así en el texto constitucional deben ser protegidos como tales. El *cuarto* criterio alude a los derechos cuya violación implica la afectación del “mínimo vital” o

²³ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-881 de 2002. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

de las condiciones mínimas con que debe contar una persona para tener una vida digna. Esto significa que cuando la subsistencia del tutelante se encuentra amenazada de tal manera que en caso de no garantizarle los derechos reclamados, sus condiciones para tener una vida digna podrían estar por debajo del mínimo aceptable, tales derechos deben ser protegidos por medio de la acción de tutela. Esto ocurre por ejemplo cuando la pensión o el salario de una persona no son reconocidos y esta depende de tales ingresos para subsistir²⁴.

El *quinto* criterio hace referencia al llamado “bloque de constitucionalidad” de acuerdo al cual no solo hacen parte de la Constitución Política los derechos establecidos en el texto constitucional, sino los tratados internacionales de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. Al hacerse esta ficción, las normas de los tratados internacionales que son considerados como parte del “bloque de constitucionalidad” son de aplicación directa en el ámbito interno. El *sexto* criterio hace alusión a los “sujetos de especial protección constitucional” que son personas que por sus especiales condiciones pueden estar en una situación especial de vulnerabilidad y por lo tanto sus derechos deben contar con una protección reforzada por medio de su reconocimiento como derechos fundamentales y de su exigibilidad vía acción de tutela. Dentro de los sujetos de especial protección se encuentran las personas en situación de discapacidad, las mujeres embarazadas y los recién nacidos, las personas portadoras de VIH, los pueblos y comunidades indígenas, las personas privadas de su libertad y las personas desplazadas por la violencia dentro del territorio nacional. Finalmente, el *séptimo* criterio se refiere a los llamados “derechos innominados” que se derivan de la cláusula establecida en el artículo 94 de la Constitución²⁵. De acuerdo a lo señalado en esta disposición, el catálogo de derechos establecidos en la carta no es exhaustivo y pueden existir derechos que si bien no están enunciados en el texto constitucional sí existen y deberían ser reconocidos para ser protegidos por medio de la acción de tutela. Al respecto, la Corte Constitucional ha reconocido como derechos fundamentales con base en la cláusula de los derechos innominados el derecho al agua, el derecho a la estabilidad laboral reforzada de

24 Corte Constitucional Colombiana, Sentencias T-307 de 1998. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz; T-260 de 1998. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz; T- 841 de 2004. Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis.

25 Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 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.

la mujer embarazada y el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE).

Respecto a este último ejemplo, cabe resaltar que el reconocimiento del derecho a la IVE como derecho fundamental, indiscutiblemente representó un avance en la jurisprudencia constitucional para la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. En la sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional Colombiana estableció el derecho a la IVE en tres escenarios: (i) Cuando esté en riesgo la salud física o mental de la madre; (ii) cuando existe grave malformación del feto que haga inviable su vida; (iii) cuando el embarazo haya sido producto de un acto de violencia sexual o incesto.

Para reconocer la IVE como derecho fundamental, la Corte Constitucional Colombiana argumentó que la prohibición total del aborto es inconstitucional. Según la Corte, si bien el legislador colombiano decidió adoptar medidas de carácter penal para proteger la vida en gestación, dada la relevancia de los derechos, principios y valores constitucionales en juego, “la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del *nasciturus*, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada”.

En la hipótesis referida por la Corte sobre el embarazo “no deseado” o producto de un acto de violencia sexual o incesto, la IVE constituye un derecho fundamental de la mujer embarazada en la medida que “la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo” y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en las hipótesis referidas ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente la vida de la mujer en todos los sentidos. En este orden de ideas, se considera que penalizar la interrupción del embarazo en las hipótesis señaladas por la Corte supone también una injerencia desproporcionada e irrazonable en la libertad y dignidad de la mujer.

Por su parte, la decisión de la Corte de despenalizar el aborto y de elevar la IVE a la categoría de derecho fundamental en la hipótesis según la cual con el embarazo se estaría poniendo en riesgo la salud física o mental de la madre, el tribunal constitucional se apoya principalmente en las obligaciones contraídas por el Estado colombiano que están basadas en disposiciones que hacen parte del “bloque de constitucionalidad” y que obligan al estado a adoptar medidas que protejan la vida y

la salud de las mujeres, tales como el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 12.1 de la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer, y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

En este sentido, la Corte señaló que “La prohibición del aborto cuando está en riesgo la salud o la vida de la madre puede constituir, por lo tanto, una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivadas de las normas del derecho internacional. En todo caso, esta hipótesis no cubre exclusivamente la afectación de la salud física de la mujer gestante sino también aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental. Recuérdese que el derecho a la salud, a la luz del artículo 12 del PIDESC supone el derecho al goce del más alto nivel posible de salud física y mental, y el embarazo puede causar una situación de angustia severa o, incluso graves alteraciones síquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica”.

Finalmente, en la hipótesis relativa a la “grave malformación del feto que haga inviable su vida” la Corte ha argumentado que en este caso es indispensable identificar desde el punto de vista constitucional qué clase de malformaciones plantean un problema límite que por su gravedad hacen que el feto sea inviable. En este sentido, la Corte ha aclarado que se trata de una hipótesis completamente distinta “a la simple identificación de alguna enfermedad en el feto que pueda ser curada antes o después del parto”. Según la Corte, en estos casos, “el deber estatal de proteger la vida del *nasciturus* pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica se encuentra en tales condiciones”. De manera adicional, la Corte señaló que penalizar la IVE en esta hipótesis implicaría además “la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable”.

7. La “progresividad” de los derechos sociales y el “estado de cosas de inconstitucionalidad”

Específicamente en lo que respecta a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, DESC) más conocidos como los “derechos sociales”, y que en su mayoría quedaron consignados expresamente en el capítulo 2 del Título II de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional Colombiana ha señalado que algunos de estos derechos tienen una fuerte faceta “progresiva”. Esto significa que su aplicación no siempre se puede dar de manera inmediata y que el Estado debe adoptar una serie de medidas en el marco de un plan para hacer efectivos gradualmente tales derechos²⁶. Sin embargo, la Corte Constitucional Colombiana también ha señalado que el carácter de progresividad de estos derechos no justifica la inacción del Estado ni la adopción de medidas de tipo regresivo en relación con los DESC²⁷.

Debido en parte a la abrumadora solicitud de la población colombiana de proteger sus derechos por medio de la acción de tutela, la Corte Constitucional ha emitido algunas sentencias declarando un “estado de cosas de inconstitucionalidad” en relación con ciertos derechos fundamentales incluyendo los derechos sociales que resultan vulnerados de manera sistemática y generalizada a un porcentaje significativo de determinado grupo poblacional o de toda la población. Como ejemplos se encuentran las decisiones de la Corte sobre la población desplazada por la violencia en Colombia²⁸, sobre la situación de riesgo de los defensores de derechos humanos²⁹, sobre las condiciones de hacinamiento e insalubridad de la población car-

26 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia SU- 111 de 1997. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

27 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T- 602 de 2003. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería.

28 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T- 025 de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.

29 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T- 590 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

celaria³⁰ y sobre las fallas estructurales para el goce efectivo del derecho a la salud³¹. En este tipo de decisiones la Corte ha reconocido que existe un problema estructural en la garantía de los derechos de estos grupos poblacionales, derechos que han sido vulnerados de manera generalizada y sistemática al punto de constituir un “estado de cosas de inconstitucionalidad”.

En estos casos, la Corte no solo ha emitido una decisión con efectos *inter partes* sino que ha vinculado a otras autoridades además de las directamente referidas en la acción de tutela por los accionantes pero que tienen competencia para la realización y materialización de los derechos en cuestión, y les ha ordenado que actúen para superar las fallas estructurales sobre tales derechos que han provocado ese “estado de cosas de inconstitucionalidad”. Para poder superar dicho estado, la Corte ha ordenado a las autoridades competentes emprender acciones para el diseño, elaboración o ejecución de políticas públicas y hacer una labor de monitoreo, seguimiento y control de las ordenes emitidas por el tribunal constitucional.

En lo que atañe a las órdenes emitidas por la Corte Constitucional Colombiana, es importante mencionar las llamadas “órdenes complejas” cuyo cumplimiento no es posible hacerse en menos de 48 horas como usualmente se ordena en las sentencias de tutela, que involucran a varias autoridades estatales y que además requieren de la participación de las comunidades afectadas directamente con la decisión. Al respecto, cabe resaltar la sentencia T-418 de 2010³² de la Corte Constitucional Colombiana que adoptó en dicha sentencia la decisión de proteger el derecho fundamental al agua y los derechos a la vida y a la salud de los tutelantes.

Sin embargo, más allá de la decisión del caso concreto, la Corte también emitió una serie de órdenes complejas para proteger el derecho fundamental al agua y garantizar su goce efectivo. Al respecto, la Corte señaló que “las obligaciones derivadas del derecho fundamental al agua pueden implicar facetas positivas, que demanden medidas complejas por parte del Estado, como la realización de obras, o facetas negativas, que supongan la abstención por parte de la Administración”. Según la Corte, las complejidades que implica la acción de la Administración Pública pueden

30 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T- 388 de 2013. Magistrado Ponente: María Victoria Calle.

31 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T- 760 de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.

32 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-418 de 2010. Magistrada Ponente: María Victoria Calle.

abarcando el diseño, la elaboración, la implementación, la evaluación y el control de las políticas públicas. Sobre este punto, el tribunal constitucional señaló específicamente lo siguiente:

“[...] una orden de tutela es simple cuando comprende una sola decisión de hacer o de abstenerse de hacer algo que se encuentra dentro de la órbita de control exclusivo de la persona destinataria de la orden y se puede adoptar y ejecutar en corto tiempo, usualmente mediante una sola decisión o acto. Por el contrario, una orden de tutela es compleja cuando conlleva un conjunto de acciones u omisiones que sobrepasan la órbita de control exclusivo de la persona destinataria de la orden, y, con frecuencia, requieren de un plazo superior a 48 horas para que el cumplimiento sea pleno. Para la Corte, las ‘órdenes complejas’ son ‘mandatos de hacer que generalmente requieren del transcurso de un lapso significativo de tiempo, y dependen de procesos decisorios y acciones administrativas que pueden requerir el concurso de diferentes autoridades y llegar a representar un gasto considerable de recursos, todo lo cual suele enmarcarse dentro de una determinada política pública”.

De acuerdo a lo anterior, la Corte ordenó a la Alcaldía del municipio de Arbeláez adoptar “las medidas adecuadas y necesarias para diseñar un plan específico para la comunidad rural a la que pertenecen los accionantes, para asegurarles que no sean los últimos de la fila en acceder al servicio de agua”. Según la decisión de la Corte, el Plan diseñado no puede “desconocer los lineamientos generales de las políticas que en materia de agua se hayan trazado, pero tales lineamientos han de ser ajustados, para respetar el derecho al agua necesaria para asegurar un mínimo vital en dignidad a la comunidad en cuestión. El plan específico que se adopte para la comunidad deberá contener fechas y plazos precisos que permitan hacer un seguimiento del desarrollo del plan a la comunidad; deberá prever mecanismos de control y evaluación, que permitan dar cuenta del avance del mismo y sus grados de cumplimiento, y deberá tener por objeto asegurar el derecho a acceder y disponer de agua con regularidad y continuidad”. Igualmente, la Corte señaló que el plan debe contar con “espacios de participación efectivos y reales, durante el diseño, la elaboración, la implementación, la evaluación y el control del plan que se adopte” para las personas afectadas y vinculadas al proceso de cumplimiento de la decisión de la Corte. Tales espacios además deben permitir que se conozcan las necesidades y problemas específicos de la comunidad, y deben contar con mecanismos para controlar y fiscalizar el cumplimiento de las acciones que se acuerde adelantar.

8.

Algunos casos emblemáticos en relación con la protección de los DESC

En materia de protección judicial de los DESC existe una amplia jurisprudencia que ha desarrollado el tema relativo a la protección de los derechos sociales por medio de la “acción de tutela”. A continuación se va a realizar una breve síntesis de cuatro casos que fueron seleccionados para este capítulo por ser conocidos como decisiones emblemáticas de la Corte en relación con la protección judicial de los DESC en Colombia en temas que han sido especialmente controversiales. *Primero*, se explicará la sentencia T-129 de 2011 sobre el derecho a la consulta previa en Colombia; *segundo*, se explicará la decisión SU-070 de 2013 sobre el fuero de maternidad; *tercero*, se hará referencia a los principales argumentos de la Corte en la sentencia T-261 de 2012 sobre el fuero sindical; y *cuarto*, se explicará la sentencia T-760 de 2008 sobre el derecho a la salud.

8.1 SENTENCIA T-129 DE 2011: EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y AL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO.

En la sentencia T-129 de 2011³³ sobre el derecho a la consulta previa en Colombia resulta de gran relevancia debido a que en esta decisión y en la sentencia T-769 de 2009³⁴, la Corte Constitucional Colombiana se refirió al alcance de la consulta previa como “consentimiento previo, libre e informado” y particularmente en casos de proyectos de “desarrollo económico” que quieran llevarse a cabo en territorios donde habitan grupos indígenas y comunidades étnicas y que puedan acarrear serios impactos de tipo social, cultural, económico y ambiental en esos territorios. Específicamente en el caso que dio lugar a la sentencia T-129 de 2011, la Corte falló a favor de la comunidad indígena Embera Katío de Pescadito

33 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-129 de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

34 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-769 de 2009. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

ubicada en la reserva indígena Chidima-Toló. Según la Corte, dadas las implicaciones del caso, resultaba insuficiente que las comunidades solo fueran “escuchadas” para dar cumplimiento al requisito de la consulta previa. Invocando el artículo 32 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, la Corte señaló que el nivel del impacto que produzcan los “proyectos de desarrollo” sobre los territorios de los pueblos indígenas debe incidir en su nivel de participación en dichos proyectos.

En esta sentencia la Corte decidió proteger los derechos fundamentales a la consulta previa de las comunidades étnicas tutelantes y a la existencia, autonomía, integridad e identidad cultural y social de tales pueblos, al igual que a la protección de las riquezas naturales y culturales de la Nación. En este sentido, ordenó a las autoridades respectivas iniciar los trámites respectivos de la consulta previa, haciéndola extensiva a todas las partes involucradas en el proceso de planeación y ejecución de una obra con la que aquellas resultaban afectadas, teniendo en cuenta la búsqueda del consentimiento previo, libre e informado de la comunidad y ponderando las alternativas reales de modificar dicha obra. También se ordenó “suspender todas las actividades de prospección, exploración legal e ilegal o similares en materia minera que se estén llevando a cabo o se vayan a adelantar, en desarrollo de contratos de concesión con cualquier persona que tenga la potencialidad de afectar por este aspecto a las comunidades indígenas Embera Katío Chidima Tolo y Pescadito, hasta tanto se agote el proceso de consulta previa y la búsqueda del consentimiento informado de las comunidades étnicas implicadas” en los términos y sub reglas fijadas en la decisión proferida por la Corte.

Según la Corte, “sobre la base de los principios de dignidad humana y pluralismo, reconoce un estatus especial de protección con derechos y prerrogativas específicas a las comunidades étnicas para que bajo sus usos y costumbres hagan parte de la Nación. De otra parte, la diversidad cultural está relacionada con las representaciones de vida y concepciones del mundo que la mayoría de las veces no son sincrónicas con las costumbres dominantes o el arquetipo mayoritario en la organización política, social, económica, productiva o incluso de religión, raza, lengua, etc. Lo cual refuerza la necesidad de protección del Estado sobre la base de la protección a la multiculturalidad y a las minorías”.

Finalmente, en dicha decisión la Corte Constitucional también hizo énfasis en el “principio *pro homine*” que según este tribunal deben imponer

“la aplicación de las normas jurídicas que sean más favorables al ser humano y sus derechos”. Esto significa que debe prevalecer aquella interpretación que “propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución”. Este principio está contemplado en los artículos 1 y 2 de la Constitución Política, en los que se estipula el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado Social y Democrático de Derecho. Igualmente, dicho principio es considerado como “un fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, por parte de todas las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades”.

8.2 SENTENCIA SU-070 DE 2013: EL FUERO DE MATERNIDAD COMO DERECHO DE LA MUJER EMBARAZADA Y LACTANTE A NO SER DISCRIMINADA EN EL ÁMBITO LABORAL.

En relación con la decisión SU-070 de 2013 sobre el fuero de maternidad³⁵, en esta sentencia de unificación en la cual la Corte adoptó decisiones en relación con varios casos que tenían hechos similares, este tribunal ordenó a diferentes entidades el pago de la licencia de maternidad, de salarios, de prestaciones dejadas de percibir y de las indemnizaciones a las que hubiera lugar, a varias mujeres que se encontraban en estado de embarazo. Según la Corte, de acuerdo con el artículo 43 de la Constitución³⁶ existe un deber específico estatal en relación con la mujer embarazada tanto durante el embarazo como durante el periodo de lactancia. Este deber implica dos obligaciones principales: “la especial protección estatal de la mujer embarazada y lactante, sin distinción, y un deber prestacional también a cargo del Estado: otorgar un subsidio cuando esté desempleada o desamparada”. Igualmente, el Estado tiene el deber de proteger a la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo, que es lo que se conoce como “fuero de maternidad”, cuyo objeto es “impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia”.

35 Corte Constitucional Colombiana, Sentencias SU-070 y SU-071 de 2013. Magistrado Ponente: Alexei Julio Estrada.

36 Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 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 éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

En esta decisión específicamente en lo que respecta a “la protección de estabilidad laboral reforzada” a favor de las mujeres trabajadoras en estado de embarazo, la Corte señaló que esta protección también se extiende a las mujeres vinculadas por modalidades distintas a la relación de trabajo, e incluso por contratos de trabajo o prestación de servicios a término fijo. Según el tribunal constitucional, esta protección también responde “a la garantía establecida en el artículo 53 de la Constitución, de acuerdo con la cual debe darse prioridad a la aplicación del principio de estabilidad laboral y de primacía de la realidad sobre las formas así como a la protección de la mujer y de la maternidad” de acuerdo al artículo 43 de la Constitución³⁷.

8.3 SENTENCIA T-261 DE 2012: EL FUERO SINDICAL Y LOS DERECHOS A LA ORGANIZACIÓN SINDICAL, ASOCIACIÓN Y TRABAJO.

En lo que atañe a la sentencia T-261 de 2012 sobre el fuero sindical, en este caso la Corte Constitucional decidió amparar los derechos a la organización sindical, asociación y trabajo invocados por el representante legal del sindicato SIMTRAEMCALI. En este caso la Corte reiteró su jurisprudencia sobre la facultad que tienen los sindicatos para emprender acciones orientadas a proteger los derechos tanto de los miembros de su organización como del sindicato como organización. En relación con la procedencia de la acción de tutela como mecanismo para proteger los derechos de un trabajador sindicalizado que haya sido despedido, y particularmente de su derecho a la organización sindical, la Corte señaló lo siguiente:

“Cuando las pretensiones de un sindicato están dirigidas a salvaguardar los derechos fundamentales de asociación y de huelga, presuntamente vulnerados por el Estado cuando decide dar apli-

³⁷ En relación con el reconocimiento de los derechos de las mujeres en el marco del proceso que dio lugar a la Constitución de 1991, cabe resaltar varias de las normas que se adoptaron en esa época para lograr la igualdad efectiva de derechos para las mujeres. Al respecto, Juan Jaramillo sostiene lo siguiente: “Este propósito ha conducido a la expedición de distintas leyes en favor de las mujeres, tal como ha ocurrido con las leyes 82 de 1993, dirigida a prestar un apoyo especial a las mujeres cabeza de familia; 258 de 1996, que establece una serie de condiciones para la enajenación de la vivienda familiar, con lo cual se pretende proteger el patrimonio de la familia, en favor de la mujer y los hijos; 294 de 1996, luego reformada por la 575 de 2000, orientada a prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar; 581 de 2000, más conocida como ley de cuotas; 750 de 2000, por medio de la cual se expiden normas en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario para las mujeres cabeza de familia; 731 de 2002, que contempla una serie de normas para favorecer a las mujeres del campo; y 764 de 2002, con el fin de establecer sueldos para las madres comunitarias que dependen del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”. Jaramillo Pérez, *Constitución, Democracia y Derechos, Textos Escogidos de Juan Fernando Jaramillo Pérez*, 50.

cación preferente a las normas de derecho interno, desconociendo de manera indirecta los postulados de los convenios internacionalmente pactados y las recomendaciones emitidas por sus intérpretes autorizados, se activa la competencia del juez de tutela para examinar la posible vulneración de esos derechos fundamentales, con independencia de la protección individual de los derechos laborales a que haya lugar en los procesos ante la jurisdicción ordinaria". (Subrayado fuera de texto).

Por su parte, en lo que respecta a la aplicación de normas internacionales de derechos humanos y específicamente de normas sobre el derecho al trabajo y su relación con el llamado "bloque de constitucionalidad" este tribunal constitucional señaló que los tratados ratificados por Colombia, que se refieran a derechos humanos fundamentales de tipo laboral, y que hacen parte del "bloque de constitucionalidad", deben ser tenidos en cuenta para determinar el alcance y contenido de los derechos que están siendo presuntamente vulnerados o amenazados.

La Corte también señaló que a efectos de determinar el alcance de estos derechos deben tenerse en cuenta las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que obligan al Estado colombiano a armonizar su legislación interna con las obligaciones contraídas en los instrumentos internacionales. Al respecto, la Corte sostuvo que los convenios 87 y 98 de la OIT aprobados por las leyes 26 y 27 de 1976, relativos a la libertad sindical y al derecho de negociación colectiva respectivamente, integran el "bloque de constitucionalidad". En este sentido, si las normas que versan sobre el derecho de asociación sindical y negociación colectiva en el ordenamiento jurídico interno son contrarias a lo señalado en esos instrumentos internacionales, estos deberán aplicarse de manera directa con prelación sobre la legislación interna en materia laboral.

Por su parte, en la decisión mencionada la Corte reiteró su jurisprudencia e invocó particularmente las sentencias T-568 de 1999, T-1211 de 2000 y T-603 de 2003 en las cuales también se ampararon los derechos invocados por los sindicatos accionantes, para señalar que "las recomendaciones proferidas por el Comité de Libertad Sindical de la OIT debidamente aprobadas por el Consejo de Administración tienen una orden expresa de carácter vinculante para el Estado colombiano y por tanto es imperativo el acatamiento de lo allí ordenado". Según la Corte, el incumplimiento de tales recomendaciones implica la violación de los derechos

fundamentales de los accionantes y desconoce el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que fija los alcances de los derechos fundamentales.

Sobre este punto la Corte precisó que no solo las personas naturales que habitan el territorio nacional están vinculadas a tales obligaciones sino que “todas las personas jurídicas que desarrollen su objeto social en suelo colombiano y que celebren negocios jurídicos que tengan como sustento parte de la legislación contenida en los convenios internacionales, con mayor razón están obligados a cumplir los compromisos internacionalmente adquiridos, cada uno de los órganos de la administración, incluidas las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, bien sean estas del orden nacional o territorial”.

8.4 SENTENCIA T-760 DE 2008: LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD Y LAS FALLAS ESTRUCTURALES DEL SISTEMA.

En lo que respecta a la sentencia T-760 de 2008 sobre el derecho a la salud, es importante mencionar que durante la primera década posterior a la expedición de la Constitución de 1991 se produjo un avance importante por medio de la jurisprudencia constitucional en relación con la protección y el cubrimiento del derecho a la salud. Sin embargo, debido en parte a la privatización de este servicio público y al ánimo de lucro que orienta las actividades de las empresas prestadoras de salud, se empezaron a poner en evidencia las fallas significativas en la prestación de este servicio³⁸. En un periodo de 10 años comprendidos entre 1999 y 2009 se decidieron 775.102 tutelas relacionadas sobre el derecho a la salud equivalentes al 40% de las tutelas presentadas en todo el país.

Esto puso de presente el debate sobre lo problemático e ineficaz que resultaba resolver caso por caso frente a las fallas estructurales del sistema de salud en Colombia que estaban provocando la alarmante presentación de tutelas para reclamar la protección de ese derecho³⁹. Sobre este punto, la sentencia T-760 de 2008 hizo un amplio diagnóstico sobre las falencias de este servicio, resaltando algunos de los factores que afectan la garantía de la salud de las y los colombianos, tales como el ánimo de

38 Arango, Rodolfo. “Los derechos sociales en Iberoamérica: Estado de la cuestión y perspectivas de futuro”. 2016: 32.

39 Rodríguez Garavito, César y Sepúlveda, Magdalena. “Colombia: La Corte Constitucional y su contribución a la justicia social”. Langford, Malcolm (Editor). Siglo del Hombre Editores, 2013: 248.

lucro en la prestación del servicio, la ineficacia del control del Estado y la desprotección de un alto porcentaje de la población ante la ineficiente prestación de este servicio.

En dicha sentencia la Corte Constitucional Colombiana seleccionó 22 tutelas⁴⁰ en donde el acceso a los servicios de salud requerido fue negado y que representaban fallas estructurales del sistema de salud. También hizo énfasis en las obligaciones internacionales contraídas por el Estado colombiano, principalmente en la Observación General N°14 del Comité DESC de Naciones Unidas, y ordenó al gobierno colombiano cumplir con una serie de órdenes de carácter estructural. Entre las órdenes emitidas, la Corte destacó el deber del gobierno colombiano de actualizar periódicamente los servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS) siguiendo criterios técnicos y contando con la participación de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud.

Los casos seleccionados por la Corte en la sentencia referida contienen problemas jurídicos que van desde el acceso efectivo al sistema de salud hasta la financiación de los servicios médicos no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud (POS), pasando por la dificultad en resolver los desacuerdos entre los interesados sin acudir a la acción de tutela. Según la Corte, los órganos responsables de lo que podría denominarse genéricamente como “la regulación del sistema de salud” no han adoptado decisiones ni medidas efectivas orientadas a garantizar a las personas su derecho a la salud sin tener que acudir a la acción de tutela, a pesar de los esfuerzos que se han realizado al respecto.

En la sentencia mencionada, la Corte también reiteró las tres vías por las cuales el derecho a la salud puede ser protegido como un derecho constitucional fundamental. La *primera* vía es establecer la relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal

⁴⁰ Los servicios negados se presentaron específicamente por las siguientes situaciones: acceso a servicios de salud contemplados en el plan obligatorio de salud, POS, sometidos a pagos moderados; acceso a servicios de salud no incluidos dentro del POS; acceso a los servicios de salud que requiere un menor para su adecuado desarrollo; reconocimiento de incapacidades laborales cuando no se cumplen los requisitos de pago oportuno; acceso a los servicios de salud en condiciones de integralidad; acceso a los servicios de salud de alto costo y para tratar enfermedades catastróficas, así como a los exámenes diagnósticos; acceso a los servicios de salud requeridos por personas vinculadas al Sistema de Salud, en especial si se trata de menores; acceso a los servicios de salud cuando se requiere desplazarse a vivir en lugar distinto a aquel en que reside la persona; libertad de elección de la *‘entidad encargada de garantizarle el acceso a la prestación de los servicios de salud’* y duda acerca de la inclusión del lente intraocular en el POS y procedencia del recobro. También fueron revisados casos en los cuales alguna Entidad Prestadora de Salud (EPS) pedía el reembolso oportuno de los gastos de un servicio médico no cubierto por el POS.

y el derecho a la dignidad humana. Esta vía le ha permitido a la Corte identificar varios aspectos de lo que se considera como “el núcleo esencial” del derecho a la salud para admitir su justiciabilidad por vía de la acción de tutela. La *segunda* es reconocer su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección constitucional. Y, por último, la *tercera* vía es afirmar en general la naturaleza fundamental del derecho a la salud en lo que respecta a su ámbito básico. Este ámbito coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud.

9. La “sostenibilidad fiscal” como límite a la protección judicial de los derechos sociales

Debido al rol protagónico que ha tenido la Corte Constitucional Colombiana en la protección de los derechos sociales y particularmente a través de la acción de tutela, se han emitido algunas críticas por parte de algunos sectores provenientes de las diferentes ramas del poder público, quienes han cuestionado el “activismo judicial” de la Corte Constitucional alegando que al emitir órdenes a diferentes autoridades estatales que implican el diseño y la elaboración de políticas públicas, el tribunal constitucional estaría excediendo sus competencias y afectando el principio de separación de poderes del Estado, especialmente cuando tales órdenes implican una significativa erogación del presupuesto nacional.

Como consecuencia de este debate, el Congreso de la República de Colombia aprobó una reforma constitucional por medio del Acto Legislativo N° 03 del 1 de julio de 2011 en el que se estableció que la llamada “sostenibilidad fiscal” es un factor que debe ser tenido en cuenta al mo-

mento de fallar sobre la protección de derechos constitucionales⁴¹. Sin embargo, un grupo de ciudadanos interpuso una demanda en contra de la reforma mencionada por considerar que su aprobación en realidad implicaba una “sustitución de la Constitución” por afectar de manera grave la concepción del Estado y específicamente la cláusula del Estado “social” de Derecho. En esta medida, los demandantes alegaron que, para poder llevar a cabo dicha reforma, debía haberse tramitado una “Asamblea Nacional Constituyente”, que es la forma en la que puede pronunciarse el constituyente primario, en lugar de una reforma aprobada por el Congreso de la República, el cual es entendido como el constituyente secundario y no está habilitado para aprobar una reforma que “sustituya la constitución”.

41 Congreso de la República de Colombia. Acto Legislativo N° 03 de 2011 “Por el cual se establece el principio de sostenibilidad fiscal”. **Artículo 1°.** El artículo 334 de la Constitución Política quedará así: La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario. El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones. La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica. El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales. **Parágrafo.** Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar Los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva. **Artículo 2°.** El primer inciso del artículo 339 de la Constitución Política quedará así: Habrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal. **Artículo 3°.** El primer inciso del artículo 346 de la Constitución Política quedará así: El Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura. El presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo.

Finalmente, la norma demandada fue declarada exequible por medio de las sentencias C-288⁴² y C-332 de 2012⁴³. De acuerdo con el texto final de la norma aprobada, la sostenibilidad fiscal es considerada como un “instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho” y “debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica”. En este sentido, para hacer efectiva la llamada “sostenibilidad fiscal” como criterio orientador en la toma de decisiones por parte de las autoridades estatales, dicha reforma creó el llamado “incidente de sostenibilidad fiscal” según el cual “El Procurador General de la Nación o uno de los ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio”. La norma establece específicamente que una vez iniciado dicho incidente “Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal”.

Sin embargo, la norma también aclara que “En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales” y que “bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”. Aunque la norma incluyó estas salvaguardas explicando que la sostenibilidad fiscal no puede traducirse en la afectación de los derechos fundamentales, lo cierto es que con esta norma se quiso poner ciertos límites a las decisiones judiciales que como ocurre en algunos de los casos de tutela que han protegido los derechos sociales, y especialmente en aquellas decisiones que implican importantes facetas prestacionales y que pueden implicar erogaciones del presupuesto público. En esta medida es inevitable que con esta reforma constitucional se terminen afectando decisiones que tengan un impacto en la protección de los derechos sociales, invocando la llamada “sostenibilidad fiscal” entendida como la potestad de las autoridades de adoptar medidas que tengan en

42 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-288 de 2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

43 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-332 de 2012. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

cuenta las “restricciones presupuestales” o de limitar aquellas decisiones que excedan tales restricciones.

Al respecto, también llama la atención sobre esta reforma constitucional que se aluda a la sostenibilidad fiscal como un “principio” y que se considere como un “instrumento” para alcanzar “progresivamente” los objetivos del Estado “social” de Derecho, es decir, que se establezca la sostenibilidad fiscal como una condición para la realización de este modelo de Estado. La “constitucionalización” de la sostenibilidad fiscal, la identificación de este nuevo principio constitucional con la “progresividad” de los derechos sociales y con el cumplimiento gradual de los objetivos del Estado “social” de Derecho y su operatividad a través de la creación del llamado “incidente de sostenibilidad fiscal” indica que este instrumento no es un mero criterio de interpretación sino que se le quiere elevar a la categoría de principio constitucional haciendo una transición de un Estado social de Derecho a una especie de “Estado Fiscal”⁴⁴. En este sentido, se ha cuestionado si la llamada “sostenibilidad fiscal” en realidad implica una “regresividad social” dado que la justificación de dicha medida es la limitación de los gastos del Estado a los recursos presupuestados como condición para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado social de derecho, limitación que además sugiere la existencia de una aparente tensión entre “el derecho de un individuo o de un grupo a su bienestar, y el derecho de toda la sociedad a tener unas finanzas sanas”⁴⁵.

10. Conclusión

No cabe duda que la Constitución del 91 representó un avance significativo en la protección judicial de los derechos sociales en Colombia y que el papel de la Corte Constitucional que fue creada por la Carta para salvaguardar su integridad ha sido fundamental en esa tarea. Sin embargo, desde sus inicios el proceso que dio lugar a la expedición de la Carta

44 Arango, Rodolfo. “Regulación incidente fiscal: adiós al Estado social y a la tutela”, 5 de diciembre de 2013. Disponible en: <http://iusconstifil.blogspot.com/2013/12/regulacion-incidente-fiscal-adios-al.html>.

45 Gallón, Gustavo. “¿Sostenibilidad Fiscal o Regresividad Social” en el *Diario El Tiempo*, 15 de junio de 2011. Disponible en: <https://www.elespectador.com/opinion/sostenibilidad-fiscal-o-regresividad-social>.

estuvo enmarcado en un contexto económico global que ha influido al mismo tiempo y de manera sustancial en las restricciones de tales derechos, primordialmente en el campo de las políticas públicas. El rol del juez constitucional en un contexto económico que indiscutiblemente ha repercutido en la restricción de los derechos sociales ha sido fundamental para mitigar dicha situación, sin embargo la protección constitucional de estos derechos por la vía judicial no ha sido suficiente.

Algunos de los esfuerzos realizados por la Corte Constitucional como las sentencias por medio de las cuales ha reconocido la existencia de un “estado de cosas de inconstitucionalidad” y en general el rol del juez constitucional en hacer una interpretación amplia para la protección de los derechos sociales han tratado de ser limitados. Un ejemplo de esto es lo ocurrido con la aprobación de la reforma constitucional que dio lugar al llamado “incidente de sostenibilidad fiscal”, el cual ha sido elevado a la categoría de “principio constitucional” y que se instauró para restringir expresamente las decisiones de los jueces en materia de derechos sociales, bajo la justificación de la afectación del presupuesto nacional por la adopción de medidas orientadas a garantizar tales derechos. En este sentido, resulta esencial reflexionar sobre la importancia de que todos los poderes públicos actúen de manera coordinada en favor de la realización de los derechos sociales y no para su restricción.

El aislamiento o la cooptación de entes que han jugado un importante papel en la protección de los derechos sociales, como es el caso de la Corte Constitucional, podría conducir a aumentar la brecha de desigualdad en Colombia y a profundizar el vaciamiento de la democracia. Los enormes esfuerzos de este tribunal en su labor interpretativa para tratar de corregir dicha situación deben contar con el acompañamiento de los otros poderes públicos quienes deben servir de apoyo a las decisiones de la Corte orientadas a disminuir esa brecha para promover una verdadera transformación social en lugar de limitar la labor de este tribunal.

CONSTITUCIÓN BOLIVARIANA DE VENEZUELA ¿CONSTITUCIONALISMO SOCIAL NEOCLÁSICO O INSURGENTE?¹¹

Francisco Palacios Romeo (Profesor Titular de Derecho Constitucional / Univ. de Zaragoza)

Gladys Gutiérrez Alvarado (Magistrada del Tribunal Supremo (Sala Constitucional) / República Bolivariana de Venezuela)

La Constitución Bolivariana de Venezuela (CBV) genera una ruptura político-constitucional que tiene su base histórica en la crisis estructural del modelo de Estado liberal que afecta a todo el sistema sub-continental latinoamericano en la llamada “década pérdida” y posterior “década trágica” (1980-2000). Y en ello no existen muchas diferencias, de fondo, con las crisis a las que se vieron sometidos la mayoría de Estados bajo la crisis del Estado liberal en Europa durante el mismo lapso².

¿Nuevo modelo? No en cuanto a la asunción del modelo de Estado social-democrático que ya había sido pactado desde mediados del siglo XX en el ámbito europeo. En este sentido es un texto *neoclásico*. Sí supone ruptura e innovación en cuanto al desarrollo constitucional del contrato social y la teoría clásica del Estado social, cubriendo algunas omisiones y debilidades; desde esta perspectiva recoge condiciones y presupuestos de

1 Este trabajo es una actualización de los *Materiales sobre Nuevo Constitucionalismo I* (Fundación Procuraduría de la República Bolivariana de Venezuela, 2008) en el marco de los talleres de formación 2008-2009, dirigidos por los mismos autores. Los juicios sobre actores políticos de presente son exclusiva responsabilidad del profesor Francisco Palacios

2 Para una lectura sobre hegemonía del pensamiento y gobierno neo-liberal en Latinoamérica, vid. F. Palacios, “Neoliberalismo, hegemonía y nuevo orden. Estrategia y resultante final en Latinoamérica”, *Revista de Estudios Políticos* n^o 98, Madrid, 1998, pp. 59-103.

tipo *insurgente* dentro de un respeto escrupuloso a la teoría general de la Constitución.

¿Definitivo y eficaz el nuevo modelo? No, en absoluto. Nunca un texto constitucional es definitivamente eficaz para generar modelos de derechos, modelo de Estado o modelo de sociedad porque juegan un papel fundamental todos los elementos distorsionadores del proceso institucional. En ese sentido Venezuela es casi el mejor ejemplo de cómo los elementos-poderes fácticos de distorsión y desconfiguración políticos, económicos y sociales pueden generar un *quebrantamiento constitucional sistémico*.

Una Constitución —la mejor Constitución— no tiene o tendría poderes taumatúrgicos ante la voluntad de los poderes constituidos (fácticos, por supuesto). La CBV es el mejor ejemplo en el actual decurso histórico-político de Venezuela.

I.

La previa espoleta histórico-social

I.1. Ruptura expropiatoria del Estado liberal

La teorización y nacimiento del Estado social a partir de la segunda mitad del siglo XX se justificó por la orfandad del individuo ante la expropiación (eliminación de espacios naturales básicos dominados por el individuo) que de todos los espacios económicos y sociales había efectuado el propio Estado en su desarrollo (S. XVI-XVIII). Y consecutivamente por la propia habilitación civil asignada por el Estado liberal en la venta pródiga y clientelar de lotes y licencias a los clanes propietarios afines (origen y desarrollo espurio del sistema de propiedad), compuestos por el consenso constitucional nobleza-alta burguesía (S. XIX).

En todo ese proceso el constitucionalismo liberal sirve de mampara superestructural para dicha expropiación y disociación social. Idéntica dinámica se da en América, tanto en su estructura colonial como postcolonial. En el caso de Venezuela, 30 textos constitucionales en menos de un siglo (1811-1893) con decenas de estados de excepcionalidad apun-

talan/estabilizan el liberalismo criollo. Llegado el siglo XX los intentos social-soberanistas son cortocircuitados con sucesivos golpes de Estado, que no sólo acaban con unos mínimos apuntes de democracia social sino con un básico intento por desprenderse del hegemonismo europeo o estadounidense. Fue el caso de la Constitución de 1945³.

I.2. Nuevo contrato social

El Estado Social viene a reconfigurar el contrato social, a suplir el paradigma depredador liberal con base a la hipótesis por la cual un ciudadano -por el hecho de nacer igual y libre- tendría derecho (derecho natural) a una parte alícuota de la riqueza y de los espacios que hubiera en dicha sociedad. Hipótesis ésta inédita y fallida por la mencionada apropiación de los espacios que hace la propiedad privada (expansiva) y el Estado, y que dan lugar a las responsabilidades materiales del Estado habilitante de la expropiación. Por lo tanto, el Estado está en la obligación de suplir esa expropiación del individuo, devolviéndola en derechos sociales, retornándola bajo una nueva estructura de espacio efectivo y una correlativa procura existencial⁴. La teoría del Estado Social argumentó a favor de la importancia del Estado como motor eficiente, cómo ante la desaparición de espacios autónomos el Estado ha de acometer la tarea de su cobertura y organización.

De todo lo anterior el constitucionalismo debería haber tomado nota y articular (trasposición) de dicho presupuesto en todas sus complejidades. No lo hizo.

I.3. Fragilidad del constitucionalismo social

El Estado social se comienza a desarrollar en la Europa de postguerra, pero sin acometer la trasposición mencionada. Más bien hay un retroceso comparando con el texto de Weimar, sólo básicamente salvado por la Constitución de Italia (1947). El Estado Social se facturó en Europa a pesar del modelo constitucional.

3 Para una visión pormenorizada de la dialéctica histórico-constitucional en Venezuela, F. Palacios, "La reformulación del Estado en la historia constitucional de Venezuela. En torno al concepto social de seguridad integral en la Constitución de 1999", *Un siglo de constitucionalismo en América Latina* (C. Andrews, coord.), CIDE/Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2017, pp. 471-528.

4 Vid. E. Forsthoﬀ, *El Estado de la sociedad industrial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975). Argumentario éste que no procede de un planteo revolucionario sino de un intelectual conservador, que fue asumido como núcleo teórico de legitimación por todo el ius publicismo europeo y que, posteriormente, fue reconocido en su desarrollo hasta por un tipo de liberalismo (v. gr. *Informe Beveridge*).

En el continente americano ni siquiera se desarrolla el Estado social básicamente. Y ello a pesar de la presencia de textos de vanguardia como el texto mexicano de 1917. El constitucionalismo social en algunos pocos textos sirvió de precario apoyo para los breves intentos social-soberanistas, finiquitados en su práctica totalidad por sucesivos golpes de Estado, de Perón a Allende. Quedaron constituciones con básico calado social nominal que servirían en la mayoría de los casos como experimentos de reparto clientelar bipartidista del poder. Ese sería el caso en Venezuela de la Constitución de 1961 (1961-1999) bajo la previa incardinación de un nuevo golpe de Estado⁵.

En conclusión, sólo ha llegado a existir en el derecho comparado un constitucionalismo de cláusula. Además, la cláusula Estado Social no sería un producto explícito de la mayoría de las constituciones sino una construcción a merced de la jurisprudencia, de determinados desarrollos normativos y, fundamentalmente, de la capacidad reivindicativa del tejido civil-popular. No ha llegado a ser una cláusula compromisoria de resultados fijos sino una formulación con grandes niveles de incertidumbre política y jurisprudencial cuando no de simple inconsistencia⁶. La prueba es que en cuanto la coyuntura económica y los grupos de presión hegemónicos actuaron sobre el Estado, la cláusula social no pudo evitar que: a) los contenidos de los derechos sociales fueron desustancializados; b) la legislación de desarrollo sufriera recortes esenciales tanto en cuanto a derechos laborales como de previsión; c) las políticas públicas conexas sufrieran fuertes quebrantos de servicios públicos; d) se fortalecieran todas las áreas normativas que protegían la intangibilidad de la propiedad privada, favorecían la concentración oligopolística, propiciaban la especulación financiera y promovían la deslocalización. En definitiva, el contrato social en Europa no pasaría de ser un contrato social aleatorio. Estado social que no resistió, desde la década de los setenta se asiste a su devaluación, adulteración o incluso su destrucción⁷.

5 Vid., F. Palacios, "La reformulación del Estado...", *op. cit.*, pp. 486-498.

6 Vid. G. Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 11 y ss.

7 Vid. C. de Cabo, *La teoría constitucional de la solidaridad*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 7-20. La llamada crisis del Estado social ha patentado como el sistema de garantías y controles para los derechos sociales era cuasi-inexistente. Por el contrario la crisis probó la fortaleza jurídica del derecho patrimonial, ya que se desarrollaron los bloques normativos y se incrementaron las formulaciones de tutela para todo tipo de derechos mercantiles y para la intangibilidad de la propiedad privada. Y de esto hay múltiples ejemplos que van desde el quebranto de determinadas tipologías de tributación -e incluso de figuras fiscales completas- hasta la desvinculación de múltiples obligaciones empresariales respecto al factor trabajo.

II.

Las bases teóricas clásicas de la C. B. V.

La CBV asume a lo largo de todo su articulado un modelo de Estado social, activo, participativo y comunitario⁸. Asignará un papel social proactivo y protagónico al Estado, una función positiva a la Administración Pública y un rol distinto al individuo; en paralelo, pone los cauces para dinamizar al tejido civil no de forma individual y competitiva sino solidaria y comunitaria. Con una diferencia respecto al decurso histórico-social europeo, una diferencia que hay que establecer desde el principio: este modelo social sí va a ser constitucionalizado. Es un constitucionalismo social extenso, garantista, sincrético, reglamentista, cuasi-administrativo y participativo. Novedoso. La CBV genera una parte social dogmática que recoge un elenco de derechos sociales radicalmente amplio y ausente en el constitucionalismo social europeo que, además, cubre con mecanismos garantistas notables.

II.1.Reproducción de la teoría jurídico-social clásica

No se trata de ningún experimento excéntrico, populista o de aventurerismo revolucionario, sino que una simple reflexión sobre los contenidos del texto constitucional nos conduce a la más clásica teorización *ius-publicista* de principios de siglo XX sobre generación de espacios sociales y aprovisionamiento individual de mínimos materiales vitales. Por ello -y con total premeditación didáctica- se partirá de los dos grandes tópicos de la construcción *ius-social* en la teoría del Derecho y en la teoría de la Constitución: el papel activo material del Estado a favor del individuo (*status positivus*) y el papel de un Estado planificador-aprovisionador a través de una Administración Pública eficazmente gestora que ponga en el centro de sus funciones la preocupación-previsión por la existencia humana, gestando un sistema de medidas denominado procura existencial⁹.

8 Desde su artículo 2 y su *Preámbulo* se asumen los calificativos democrático, social y participativo.

9 E. Forsthoff, *Sociedad Industrial y Administración Pública*, E.N.A.P., Madrid, 1967, pp. 19-38. Forsthoff acuñaría el concepto espacio efectivo-procura existencial (*daseinsvorsorge*) recogiendo elementos dispersos de tendencias que reunían todo el arco teórico del ius publicismo: E. Kaufmann, O. Mayer, H. Laski, P. Laband, R. Stein o R. Smend; incluyendo a H. Heller, promotor del término “Estado social”. Así se establecería un consenso teórico que abarcaba desde el conservadurismo cristiano al marxismo.

Por lo tanto, la CBV -el nuevo constitucionalismo latinoamericano- es una tarea que conecta con la aspiración que se abrió en el campo jurídico europeo de dar soluciones a la orfandad del individuo tras la decadencia del modelo liberal. Tarea pendiente para el constitucionalismo comparado. La nueva Constitución Bolivariana de Venezuela inaugura un nuevo modelo constitucional-social no sólo para referenciarse en la crisis del Estado liberal sino también -ya con perspectiva histórica- intentar evitar las carencias y déficit del modelo de constitucionalismo social de posguerra.

II.2. Sistema de procura existencial activa

El sistema social de la CBV abarca dos objetivos que compone lo que hemos denominado “sistema de procura existencial activa”:

a) Cimenta el nuevo modelo de Estado en un nuevo modelo constitucional que asume con complejidad y consistencia toda la dogmática jurídica de la procura existencial. Lo hace a través de una tabla omnicomprendensiva de derechos sociales y un estatuto constitucional económico. Por primera vez se asume la protección y garantía de los derechos sociales como la principal función de un Estado y, por lo tanto, de una administración pública¹⁰.

b) Por primera vez no tiende a depositar el peso de la construcción social bajo la arquitectura directa del Estado ni le hace solitario responsable del *daseinsvorsorge*. Es ahí donde cobra gran importancia el factor de construcción civil-comunitaria del modelo social que recoge los parámetros teóricos anteriormente mencionados en la taxonomía de Gurvitch, en las hipótesis de la escuela crítica y del neocorporatismo extenso y participativo. No sólo recoge estos dos paradigmas clásicos sino que plantea unas bases de participación que no sólo implicarían al plano de las grandes corporaciones sociales de intereses (corporatismo básico) sino que, sobre todo, imbrican el elemento participación en el doble plano de lo micro-político y de lo micro-económico¹¹. No hay dialéctica entre más Estado y Sociedad civil (menos Estado). Se rompe el dogma liberal de esa inevitable dialéctica: la Sociedad civil-popular asume un papel de organización colectiva múltiple en simbiosis con el Estado. Supone una nueva forma de estructura política-social, donde se implementen nuevos mecanismos de

¹⁰ Una teorización global sobre garantismo en L. Ferrajoli, *Derechos y garantías*, Trotta, Madrid, 2006.

¹¹ Esto era especialmente visible en el proyecto de Reforma Constitucional de la CBV (2007) que planteaba todo un sistema extenso de participación.

participación política directa y organización económica solidaria. Técnicamente supone más base y, por lo tanto, mayores dificultades por parte del determinismo economicista y de los poderes fácticos para limitar, acabar o condicionar con un modelo de Estado social y comunitario¹².

Podría parecer muy ambicioso que cuando se está en presencia de Estados precarios, que ni siquiera han consolidado derechos civiles o políticos, se pretenda ya no sólo construir un Estado social amplio sino generar una estructura social comunitaria y deliberativa. No es contradictorio ni quimérico. Por una sencilla razón: el Estado periférico sufre tal desvertebración que por sí solo no es instrumento suficiente para generar un modelo social y ni siquiera para consolidar un sistema civil y político. Necesita todo un amplio tejido social para afrontar esa tarea. Por ello también la CBV asumió desde su Preámbulo el principio participativo que desgana a lo largo de múltiples artículos.

El texto de 1999 da un salto cualitativo respecto a todo el constitucionalismo social anterior por la incorporación de una serie de elementos novedosos. En paralelo la búsqueda elíptica de un nuevo sujeto y la reflexión implícita sobre un nuevo poder constituyente permanente¹³

II.3. Relación mimética respecto al sistema internacional de derechos sociales

Hablar de relación mimética no es gratuito. De hecho, todo texto constitucional debería subordinarse a los documentos de derechos humanos solemnemente rubricados por los Estados. Algunos ámbitos académicos han mantenido que el maximalismo de los nuevos derechos económicos, sociales y culturales (DESC) es reflejo de cierta inmadurez en determinadas nuevas fuerzas políticas, producto de determinadas exigencias de ideologías desfasadas e incluso que supone una extensión demagógica del populismo caudillista. Crítica de la que fue especial víctima el proceso venezolano.

12 La generación de un modelo de participación completo junto con la articulación de un sistema amplio de derechos sociales son elementos esenciales de un Estado Constitucional democrático (vid. al respecto F. Palacios, “El Estado Constitucional. Entre la democracia deliberativa y el autoritarismo institucional”, *Teoría y práctica del poder constituyente*, R. Martínez (ed.), Tirant, Valencia, pp. 103-108 y 115-123.

13 No es sitio para extenderse en elucubraciones teóricas. Al respecto vid. A. Noguera, “Hacia una redefinición de la teoría del poder constituyente”, y M. Aparicio, “La apertura de una brecha constituyente como respuesta a la crisis. El tiempo de los sujetos”, ambos en *Teoría y práctica del poder constituyente*, R. Martínez (ed.), Tirant, Valencia, 2014.

No, todo lo contrario. No asumir un planteamiento constitucional amplio de los DESC es ignorar todo su desarrollo normativo internacional. El nuevo constitucionalismo social se esfuerza por seguir los delineamientos jurídico-programáticos de la comunidad internacional, al contrario de lo que intentan los planteamientos neoliberales. Por ejemplo, instrumentos jurídicos tales como el *Protocolo de San Salvador*, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, la *Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos* o el documento final de la *Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena* (Naciones Unidas, 1993).

Desde la entrada en vigor del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales los Estados asumen un compromiso normativo directo. El Pacto no parte de la idea primera de asignar “más derechos” sino de buscar las bases materiales necesarias para que sean hábiles, posibles, los derechos civiles y políticos. Filosofía ratificada por la Asamblea General (1977) en la resolución sobre “criterios y medios para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales”, expositor normativo de la teoría de la integridad e indivisibilidad de los derechos humanos¹⁴.

En idéntico sentido trabaja el Protocolo de San Salvador como anexo a la Convención Americana, que genera en los Estados una obligación normativa para una extensión amplia de los derechos sociales, sobre la filosofía de la integridad, con un incipiente y parcial papel de control de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana¹⁵.

Paradójicamente estos y otros instrumentos (como la entrada en vigor de los Pactos o del Protocolo) se materializan en plena década de los 90, durante la radical eclosión neoliberal y ofensiva de las políticas neomonetaristas explicitadas desde distintos ámbitos del hegemonismo estadounidense y en plena ejecución de uno de sus instrumentos más agresivos tal cual sería el Plan Brady¹⁶.

14 Resolución 32/130 (1977).

15 El “Preámbulo” del Protocolo (17 Noviembre de 1988; entrada en vigor el 15 Noviembre de 1999) parte de “la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros(...)Sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. Venezuela ha presentado adhesión y ratificación.

16 F. Palacios, *La civilización de choque. Hegemonía occidental y Estado periférico*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1999, pp. 377-394.

Desde la perspectiva regional también ha habido plasmación de la realidad normativa respecto a la integridad de los derechos humanos con la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Consonante con los diferentes textos constitucionales de Venezuela, Ecuador y Colombia habían dado a los derechos sociales y a los derechos colectivos¹⁷.

III.

El versátil sistema constitucional de derechos sociales¹⁸

La CBV contempla todo lo que se considera elenco extenso de derechos sociales, es decir, servicios públicos universalizados, derechos de previsión y derechos laborales; y como cuarto vector un grupo de derechos asistenciales, referenciados a sectores vulnerables. Hasta aquí sería lo que se correspondería con una clasificación clásica de derechos sociales. A partir de aquí marcan la diferencia los siguientes elementos:

a) capacidad expansiva de derechos no considerados constitucionalmente hasta ahora.

b) detalle reglamentista con el que están configurados buena parte de derechos sociales.

c) intrusismo positivo de derechos civiles insertos en la lógica de los sociales.

17 Carta suscrita en 2002, recoge ya la filosofía integralista pactada en el Acta de Carabobo (2001) y en la Declaración de Machu Pichu (2001). El art. 3 describe la filosofía integral de la Carta de una forma textual y contundente: “Los países miembros afirman el principio de que todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados y que, en consecuencia, debe prestarse igual y decidida atención a la aplicación, promoción y protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los económicos, sociales y culturales del derecho al desarrollo”.

18 Una explicación más desarrollada de todo el sistema social de la CBV en F. Palacios, “Quiebra del Estado liberal-aleatorio, constitucionalización material del Estado social y apertura de un nuevo sistema comunitario”, *Estudios sobre la Constitución Bolivariana de Venezuela*, F. Palacios (coord.), Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 2009.

d) asunción de los derechos sociales recogidos en los textos internacionales ratificados.

e) la incorporación de todo el elenco social y económico de derechos a una nueva lógica de participación directa comunitaria en la factura económica y social (supone la aportación más novedosa y un salto cualitativo).

Los cuatro primeros elementos redundan en la alta multiplicación del articulado social hasta hacer un conjunto de 43.

La CBV asume la compleja lógica de dos cláusulas: a) convencionalidad, b) inmanentismo:

a) Convencionalidad. Parte del supuesto de cómo la jerarquía constitucional acoge a todos los derechos humanos insertos en los tratados, pactos y convenciones ratificados por el Estado. Tiene cláusula de prevalencia en el orden interno siempre y cuando tenga contenidos más favorables que las propias normas internas. Esta cláusula es especialmente relevante para los DESC, ya que son los que están descritos con mayor generosidad y exhaustividad en los muy numerosos tratados y convenios internacionales¹⁹.

b) Inmanentismo. Traslada directamente al campo del derecho natural al hacer susceptibles de ser acogidos todos aquellos derechos “inherentes a la persona” aunque no figuren recogidos expresamente en texto alguno; dando con ello una extraordinaria relevancia a la actuación de los poderes públicos y, mucho más concretamente, al ámbito jurisprudencial en un campo tan potencialmente polivalente como el de los DESC²⁰. Especial trascendencia tiene el mandato de aplicación directa de toda esta panoplia *iushumanista* a falta de desarrollo normativo²¹. Es importante dejar constancia de cómo estas cláusulas son doctrinalmente excepcionales ya que abren unas posibilidades infinitas en la configuración de derechos

19 Además el texto venezolano (art. 23) acentúa esta asunción al explicitarlos como “de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

20 Artículo 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”); y en artículo 27 (“aún de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales...”).

21 “La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos” (art. 22). La cláusula inmanentista respecto a la aplicabilidad directa es general para todos los derechos, pero es obvio que en caso de los Ecosoc adquiere una versatilidad extraordinaria teniendo en cuenta que dichos derechos están presentes en la casi práctica totalidad de los espacios jurídicos

sociales, e incluso en la conformación del modelo latinoamericano de Estado Social.

En función de todo lo anterior, la sistemática a contemplar sería la compuesta por: servicios esenciales, derechos de previsión, derechos laborales, derechos de propiedad social, derechos especiales, derechos culturales y derechos complejos.

III.1. Servicios esenciales universalizados. El pivote educativo-sanitario

Los servicios básicos tienen exposición fragmentada. Adelanta su cobertura en artículos específicos antes de hacer su enunciado general en el artículo 84 donde se establece el principio de universalidad²².

Los sistemas nacionales de salud se blindan especialmente desde el punto de vista financiero. Se desvincula de la financiación determinista de una caja de seguridad social, y se opta por una fórmula no exclusivamente previsoría al obligar a los presupuestos generales a su financiación incondicionada²³.

El modelo también parte de la universalización de la salud, y lo hace de una forma especialmente contundente, concreta e imperativa, que afecta a las obligaciones sociales que debe afrontar obligatoriamente el sector privado. ¿Redundante? En absoluto. A nadie se le escapa que incluso una proclamación constitucional de universalidad de un servicio público puede tener amplias posibilidades de excepción o frustración del mismo, sobre todo en coyunturas político-sociales de recursos públicos escasos. Coyunturas sociales que, sin embargo, suelen contar con un sector privado exclusivo, con niveles de atención muy por encima del propio sector público. Se recogen también todos los aspectos mencionados desde la óptica de integralidad e indivisibilidad de los derechos. Su artículo 83 hace del derecho a la salud un desarrollo necesario del primigenio derecho a la vida. Otra peculiaridad es el explícito blindaje que se hace de la sanidad pública como servicio público intangible y no privatizable²⁴.

La universalización de la educación es otro elemento relevante. Se cubren todos los años de enseñanza primaria y secundaria e incluso aún

22 V. gr. Art. 81 CBV (discapitados).

23 Art. 85 CBV: “El financiamiento del sistema público de salud es responsabilidad del Estado”.

24 “Los bienes y servicios públicos de salud son propiedad del Estado y no podrán ser privatizados” (art. 84 CBV).

más novedosamente la educación preescolar²⁵. Ello es prueba de equidad pero también de asumir un riesgo en su real universalización.

En paralelo al reconocimiento de una educación universal se concreta el tema de la alfabetización. La alfabetización se hace no sólo un tema de Estado sino de Estado constitucional. No resulta baladí su mención expresa y la obligatoriedad inaplazable de su erradicación para los poderes públicos en sociedades con porcentajes próximos al 30%. Lo mismo ocurre con el servicio educativo destinado a “grupos y espacios difíciles”, aquellos grupos sociales, aquellos ámbitos geográficos, en los que el Estado liberal, durante siglos, no ha tenido ningún interés en abordar la mínima presencia social como Estado, en su nula intención en llegar físicamente a zonas aun no rentabilizables económicamente²⁶. Se establecen además una serie de pluses a la universalización como constitucionalizar la prestación escolar añadida de “servicios de carácter social”²⁷, e introducir obligaciones concretas para los medios de comunicación²⁸.

III.2. Derechos de previsión. El reglamentismo constitucional preventivo

El modelo venezolano no es muy extenso en su enumeración, pero es terminante en su protección por encima de consideraciones posibilistas: “El Estado tiene la obligación y responsabilidad de asegurar la efectividad de este derecho”. Hace del sistema de protección social un todo que incluye elementos que habitualmente tienen diferentes grados de protección. Así el art. 86 habla de un servicio público de seguridad social que cubre toda circunstancia de previsión social clásica pero que, también, incluye elementos tan heterodoxos como la vivienda o “cargas derivadas de la vida familiar”. El sistema es universal en su cobertura y no necesariamente contributivo, un sistema de “financiamiento solidario”²⁹. Estamos ante un modelo de seguridad social que tiene pretensiones de ser un modelo diferente que cubra y ayude a configurar un modelo social completo.

25 La CBV menciona la gratuidad de “...todos sus niveles, desde el maternal...” (art. 103).

26 Art. 103 CBV.

27 Art. 103 CBV. Reconocimiento de que en sociedades precarias la universalización de la educación no garantiza su efectiva prestación si no se acompaña de una infraestructura alimentaria y de material escolar.

28 Art. 108 CBV. Este propósito, que no es sino mandato constitucional, ha sido criminalizado en su desarrollo normativo por la oposición como una intromisión adoctrinadora por parte del gobierno.

29 El art. 86 menciona como “La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección”.

III.3. Derechos laborales. Derecho al ocio como elemento del sistema

Los artículos relativos a derechos laborales son excepcionalmente numerosos. Es aquí donde el reglamentismo hace su mayor entrada en escena. Es texto minucioso y detallista que supone todo un epistolario laboral. Elementos tales como remuneración mínima vital, estabilidad en el empleo, adiestramiento y descanso necesario.

Se protege no sólo el derecho al trabajo sino también la garantía de condiciones de seguridad, higiene y ambiente adecuado. Y también se comienza por la intangibilidad, irrenunciabilidad y antiformalismo de los derechos (*plus actum quam scriptum valet*)³⁰. Se habla de salario suficiente, jornada de trabajo con limitación de ocho horas diarias y cuarenta y cuatro semanales, descanso semanal y vacaciones remuneradas. De la misma manera que la estabilidad laboral, la contratación indefinida como regla general tiene constitucionalización propia en el art. 93. No sólo hay tanta concreción sino la composición de un sistema, de una cultura laboral que gire sobre el derecho al ocio. Filosofía social por la que el trabajo debe tener la función de realización personal primaria, y ser complementario de un más extenso espacio de ocio³¹.

III.4. Propiedad social: el instituto expropiatorio y el derecho penal económico en el sistema de derechos fundamentales

La CBV tiene una de sus principales características en la ampliación que hace del espacio público como supuesto de derecho constitucional. Ámbito público que se hace extensible a una polivalente participación del ciudadano individual y colectivo³².

A) Propiedad pública. En el caso de la propiedad pública (social y estatal) el texto integra buena parte de su Constitución Económica en el Capítulo destinado a derechos fundamentales económicos. Ello tiene consecuencias inéditas en el constitucionalismo comparado en la conformación de una conexidad que hace del espacio de constitución

³⁰ Art. 89.

³¹ El art. 90 pone los pilares de un sistema vinculante por el que se debe tender a la disminución de la jornada de trabajo disponiendo lo necesario para la optimización del tiempo libre “en beneficio del desarrollo físico, espiritual y cultural de los trabajadores y trabajadoras”.

³² Para un análisis de la confusa, interesada e ideológica catalogación de lo público y lo privado en la teoría y práctica del constitucionalismo vid., A. de Cabo, *Lo público como supuesto constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1997.

económica una parte de la dogmática de derechos fundamentales económicos. Esta cuestión no es sólo una cuestión de mejor o peor sistematización sino que el hacerlo así tiene consecuencias definitivas sobre sus garantías. El Capítulo de derechos económicos -desde el respeto básico y la promoción a la propiedad privada- recoge la prohibición de monopolios, de oligopolios y de cartelización además de abrir mandato constitucional a distintas figuras de derecho penal económico en torno a delitos económicos tales como la especulación, la usura y los ilícitos económicos en general³³.

El principio de la función social de la propiedad se transforma en sagrado, y se desarrolla bajo un modelo de Constitución económica en títulos aparte y además mantienen una serie de elementos en sus capítulos de derechos que incluyen al instituto expropiatorio. ¿Cómo sostener que la expropiación forma parte del derecho individual más allá de ser un instrumento en manos del Estado? A causa del papel que se asigna a ciudadanos y a comunidades que es propositivo y consultivo, convirtiéndose el individuo en sujeto no sólo pasivo sino también activo de este tipo tan cualificado de intervención pública.

B) Propiedad mixta. Modelo muy amplio en cuanto a la formulación de un modelo de propiedad mixto donde los trabajadores tengan un importante protagonismo en la gestión de las empresas. También se alude al derecho para acceder a la propiedad de la empresa. Se habla de “estimular” la participación en la propiedad y el papel activo del Estado para que la ley regule la transferencia de acciones y participaciones. Tras una tímida alusión en el art. 91 sobre participación en el beneficio de la empresa, traslada todo el peso de la cuestión al artículo 70 donde se habla de la autogestión y la cogestión como medios de ejercicio de la soberanía popular. Se habla de estos derechos económicos desde el Capítulo de derechos políticos (Capítulo IV), y debe ser señal no de una mala técnica sino de la pretensión consciente de habilitar determinados derechos sobre propiedad social dentro de un ejercicio directo de la soberanía. Abriéndose hacia un concepto de soberanía y seguridad más allá del de su clásica utilización tópica y semántica³⁴.

Dentro del capítulo de propiedad social lo más interesante es la intención de constitucionalizar la generación de un sector de economía comu-

33 El art. 114 habla de cómo las conductas mencionadas e incluso “otros delitos conexos” serán “penados severamente de acuerdo con la ley”.

34 Art. 70, recogido dentro de los derechos políticos (Capítulo IV).

nitaria que sólo habría sido consumado en el modelo venezolano hasta ese momento. Se trataría de generar un modelo económico que sea extensión del modelo participativo general. Construir un modelo participativo, una sociedad civil desplegada y ocupando espacios reales de poder, desfragmentando no sólo ámbitos institucionales sino también ámbitos económicos. Lo hace con la pretensión de hacer de las formas de acceso social a la propiedad la columna vertebral de un nuevo modelo democrático. Lo hace en el mencionado artículo 70 -auténtico artículo/emblema de todo el texto constitucional- donde todas las formas de acceso económico a la propiedad social se hacen ejercicios de soberanía popular. El artículo 70 habla de cooperativas en una formulación tan amplia que incluye “las de carácter financiero”, cajas de ahorro, empresa comunitaria y una caja abierta a todas formas asociativas bajo el compromiso de darles eficacia por la vía legislativa. Completado por la alusión muy semejante que se hace en el Capítulo VIII donde se introduce el concepto de “economía popular”, y que ha venido dando nombre a varios ministerios y a un bloque legislativo comunitarista de tal naturaleza³⁵.

IV.5. Derechos de protección especial: la sistemática de la conjunción

En el modelo hay una regulación extensa que genera nuevos sujetos e incluso matiza las situaciones de ejercicio del derecho, donde dichos sujetos están articulados para formar sistemas y subsistemas. Los sectores protegidos se individualizan incluso una vez que ya han sido regulados globalmente con anterioridad: familia, infancia, ancianidad y discapacitados. También se da la conformación de regulaciones de derechos transgeneracionales donde quedan vinculados derechos civiles y sociales: a) irrupción de numerosos nuevos sujetos sociales de protección específica; b) regulación de situaciones complejas protegidas constitucionalmente. Se personaliza a un amplio elenco de “grupos vulnerables”. Se obliga tanto al espacio público como al privado a dar atención prioritaria y especializada para niños, tercera edad, discapacitados, mujeres embarazadas e incluso adolescentes. De nuevo componen este espacio una serie de artículos que no resisten un análisis separado por generaciones de derechos, ya que se aúnan derechos civiles y sociales como única forma de establecer bloques

³⁵ En el año 2010 se legisló abundantemente al respecto una vez fracasado el *Proyecto de Reforma constitucional* (2007): *Ley de las Comunas* (2010), *Ley de Consejos comunales* (2010), *Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno* (2010), *Ley Orgánica del Poder Público Municipal* (reforma 2010), *Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal* (2010).

de nuevos sujetos con lógica propia. De este modo se protegen derechos civiles primarios tales como la integridad psíquica y física del niño, así como su derecho a la identidad y ciudadanía. A la vez que en el mismo artículo se habla de seguridad social y nutrición³⁶.

Buen ejemplo de ello sería la regulación del derecho a la vivienda donde se vincula el derecho a la vivienda con el medio ambiente, donde se puede hacer a las municipalidades actores interventores y donde se articula la competencia de los mismos para utilizar los institutos de expropiación, reserva y control. ¿Qué sentido tiene aunar elementos tan diferentes que, por otro lado, ya están constitucionalizados de forma individual? Una vez más tiene dos funciones: a) dotarlos de mayor garantía (la misma intensidad con mayor extensión genera mayores posibilidades de eficacia); b) provocar un efecto didáctico mayor en relación a los propios operadores políticos y funcionarios de municipios y administraciones menores. De esta manera la CBV no sólo habla de vivienda digna en genérico y en detallado (“dimensiones apropiadas e higiénicas”) sino que obliga a gestar servicios básicos esenciales y la conformación de un hábitat que promueva un modelo de urbanismo comunitarista. Comunitarismo hábil en una mecánica de corresponsabilidad entre Estado (financiador) y ciudadano (gestor)³⁷. La necesaria individualización exhaustiva de actores a proteger no excluye la lógica comunitaria, todo lo contrario: hace necesaria una conjunción de sistema.

IV.6. Los derechos sociales como complejos conformadores de sistema

Nos referimos con ello aquellas acuñaciones originales del nuevo constitucionalismo. Son expresiones no encuadrables en la ingeniería constitucional más ortodoxa, y que dan a los textos personalidad propia, articulan derechos complejos y no dejan opción a una interpretación esquiva. En su mayoría están codificados para la construcción de un modelo social muy proteccionista y activamente comunitarista.

La CBV tiene giros especiales en el papel que le asigna a la participación, no sólo como derecho político o como derecho social laboral sino

³⁶ Como muestra sirva el caso de los discapacitados donde el art. 81 CBV menciona el derecho de “las personas sordas o mudas a expresarse y comunicarse a través de la lengua de señas venezolana” y donde en otro artículo se obliga a los medios de comunicación a “incorporar subtítulos y traducción a la lengua de señas” (art. 101). Otros artículos al respecto: 58, 78, 79, 80, 103

³⁷ Art. 82 C. B. V.

como núcleo del sistema social tanto al regular el urbanismo, como la educación, como la salud. La participación deja de ser un derecho de limitación política para pasar a ser un derecho introducido en la lógica del derecho social; con lo cual el derecho social deja de ser un derecho eminentemente pasivo que aporta el Estado pasando a estar integrado en un sistema de participación con: a) ciudadanía con mayores espacios para la toma de decisiones y, por lo tanto, para la libertad; b) Estado con menos capacidad para relativizar y disminuir los derechos sociales, o para recalificarlos como derechos asistenciales³⁸.

El campo civil-mercantil se ve afectado en cuanto a la protección constitucional que se hace del trabajador tanto como deudor o como acreedor a través de la inembargabilidad del salario, o el crédito preferencial sobre deudas empresariales³⁹ También de resultas jurídicas laborales recogemos el reconocimiento del trabajo doméstico no remunerado⁴⁰. Desde el punto de vista financiero se hacen especialmente interesantes las prioridades presupuestarias proactivas⁴¹.

V. Modelo alternativo y desarrollo técnico garantista

La nueva técnica constitucional articulada por la CBV se basa en los principios de: exhaustividad, sincretismo, reglamentismo, equivalencia, progresividad, conexidad y horizontalidad.

¿Son superfluos o incorrectos? Sí, desde la puridad de la técnica ius-constitucional ortodoxa, por definición minimalista, breve, y con vocación defensiva. No son superfluos desde las condiciones y objetivos de las nuevas constituciones que intentan cumplimentar las necesidades de sus respectivas sociedades, obedeciendo a fines superiores:

38 Art. 70 (laboral), art. 84 (salud), art. 102 (educación), art. 82 (urbanismo).

39 Art. 91 CBV.

40 Art. 88 CBV.

41 Es el caso de la educación, mencionada como inversión prioritaria en cita expresa a las “recomendaciones de Naciones Unidas” (art. 103)

a) Poderes públicos obligados a darle más eficacia a derechos que se concretan

b) Generación de un modelo integral que aúne de forma complementaria las distintas generaciones para conectar una función técnico-constitucional con la realidad social

c) Fijación del valor igual de todos los derechos

d) Pérdida de espacio de la hermenéutica judicial-constitucional al primar los principios de progresividad y conexidad

e) Función didáctico-integradora en sociedades con alta disfuncionalidad en cultura cívica

V.1.Ius sincretismo

Principio que consiste en cómo el contenido del titulado sobre derechos sociales incluye derechos procedentes de los ámbitos civil y político. ¿Explicación de estructura? La falta de presencia del Estado que ha generado una supervivencia de individuos y de grupos cimentada sobre prácticas marginal-comunitarias. O lo que es lo mismo, a través de una autorregulación y práctica civil que regulaba el grupo, el clan, la comunidad y que llevaba aparejada ciertas coberturas asistenciales aportadas por los iguales y por los “próximos” ante la ausencia de Estado. Para el ciudadano de estas sociedades -muy poco estructuradas civilmente y con atrofia del desarrollo del Estado- la dinámica cotidiana y comunitaria de los diferentes derechos es simultánea e indivisible. En razón de que la obligada práctica comunitarista ha desarrollado esa percepción positiva de la indisolubilidad de los campos civil, social y aun político. Por ello, el nuevo constitucionalismo apuesta por esa redacción mixta, como una forma de hacer más comprensible todo el grupo de dichos derechos a una población instalada, hasta ahora, en actitudes sociales marginal-comunitaristas ante la defeción anterior del Estado liberal.

Por ejemplo se produce este hecho en referencia a los derechos civiles más primarios como las formas de matrimonio y los requisitos de derecho de familia para contraerlo, la igualdad de los cónyuges, los efectos de los matrimonios religiosos, el reconocimiento del divorcio, la igualdad de género, la regulación sobre la intimidad o el honor y otros⁴². La regulación

42 Arts. 75-77 CBV.

en bloque de la familia puede ser tan exhaustiva que llega a acoger constitucionalmente el reconocimiento del concubinato o de las parejas de hecho⁴³. También el derecho a la propiedad privada, y variantes como el de propiedad intelectual. Todo aquello relacionado con el derecho-libertad de educación, desde la elección o creación de centro docente a la libertad de cátedra. Así como también la libertad de información. Todos ellos conforman sistemas de derechos de varias generaciones interrelacionados en los mismos artículos⁴⁴.

Lo mismo ocurre con derechos políticos, fundamentalmente los de tipo laboral⁴⁵.

V. 2. Reglamentismo

Los derechos dejan así de ser matrices genéricas que se desarrollan normativamente según conveniencias partidarias o dejan de ser unos elementos indeterminados a ser interpretados judicialmente -de forma aleatoria o indeterminada- por las distintas instancias de control. Y dejan de serlo porque están ya concretados en muchos de sus términos desde el propio texto constitucional. La concreción, en ocasiones, va más allá de un simple desarrollo normativo y raya el reglamentismo más exhaustivo⁴⁶.

El texto venezolano se muestra reglamentista especialmente en la parte estrictamente social de educación y derechos laborales. El caso de la educación superior puede ser ejemplo significativo en donde el articulado soporta desde largas exposiciones de motivos hasta cuestiones tan concretas próximas a filosofías de evaluación y acreditación⁴⁷. Pero el terreno común donde la regulación se hace exhaustiva es el laboral. El refuerzo reglamentista especial de los derechos laborales puede tener su explicación en la debilidad de la garantía jurisdiccional ordinaria de sus contenidos mínimos. Todas las sociedades periféricas encuentran mercados de trabajo desregularizados, muchas situaciones de servidumbres planas y mercados laborales rurales pseudo esclavistas. Este mimo especial respecto a los derechos laborales es, en primer lugar, una cuestión de justicia primaria y de

43 En este sentido el art. 77 CBV.

44 Arts. 102-104 CBV.

45 Especialmente lo hacen en largos artículos de enunciado minucioso de todo lo relacionado con la organización sindical, el conflicto colectivo y las relaciones laborales. Suponen auténticas concreciones constitucionales del derecho colectivo del trabajo. La Constitución de Venezuela en su artículo 96 y, sobre todo, en su extenso artículo 95.

46 Ello hace *extenso* al nuevo constitucionalismo: 350 artículos de la Constitución de Venezuela, los 380 de la de Colombia, los 411 de la de Bolivia o los 444 artículos de la Constitución de Ecuador.

47 Arts. 102-108 CBV.

derechos humanos, pero también procede de la convicción de que sin una estabilidad mínima del factor trabajo es imposible vertebrar una sociedad y un Estado mínimos. Como resultado se cuenta con largos artículos que son detallados enunciados de derecho laboral y más concretamente de derecho colectivo del trabajo. De esta manera se regula: desde la jornada de trabajo semanal o la jornada nocturna a las vacaciones remuneradas; desde los intereses de la mora en pago de salarios a la simulación en fraude de ley de la normativa laboral⁴⁸; desde el pago de indemnizaciones y la participación en beneficios a sus excepciones en forma de viáticos o subsidios ocasionales. En derecho colectivo laboral se reglamenta con exhaustividad desde el ejercicio de la democracia sindical al papel de los tribunales de arbitraje⁴⁹. También la regulación de la seguridad social tiene una amplitud considerable que se encarga sobre todo de garantizar la intangibilidad de la caja contable además de generar sistemas especiales de seguridad social⁵⁰.

V.3.Equivalencia

El texto de la CBV alberga todos los enunciados bajo la misma categoría (derechos). Lo hace desde la máxima e igual jerarquía para todos ellos (fundamentales). Abarca su protección omnimoda e incondicional (garantía extensa) Su articulado referente a garantías es absolutamente incluyente, es decir abarca todos los derechos con semejante nivel de garantía y jerarquía entre los diferentes tipos de derechos. Lo hace con la máxima contundencia en cuanto: a) su inclusión en el amparo constitucional; b) su eficacia para-reglamentaria; c) la responsabilidad objetiva y subjetiva del funcionariado y del Estado. Como se decía al comienzo, esta garantía máxima -y fundamentalmente la para reglamentaria- asigna a los Ecosoc una polivalencia jurídica ilimitada.

Y lo hace tanto a través de una técnica concentrada, con base a un recurso de amparo concreto, como mediante sistema difuso. El artículo 27 no hace diferencias para garantizar y proteger los derechos a través del recurso de amparo. Artículo que iguala a los derechos sociales respecto a los demás, dotándoles de la máxima protección. Lo hace con generosidad técnica cubriendo extensión, intensidad, espacios y referentes. Es el artículo más importante de todo el texto constitucional. Las referencias a un

48 Arts. 90 a 94 de la CBV.

49 Art. 95 C. B. V.

50 Las precauciones constitucionales respecto a la intangibilidad de la caja y patrimonio del seguro social se justifican por la secular presencia de modelos de muy alta "vaporosidad" de los distintos espacios del sector público (art. 86 de la CBV).

sistema difuso extenso de garantías se reconocen en el artículo 26 en el que, para que no quede ninguna duda de su extensión omnicompreensiva, se redacta de forma explícitamente retórica apelando “incluso” a los derechos colectivos o difusos.

V.4. Progresividad

El texto milita en el criterio de progresividad extensa desde su enunciado del artículo 19 y en relación con los arts. 7 y 25. Dos cuestiones:

a) No regresividad. Bajo el clásico aforismo de que ninguna situación social debe ser susceptible de empeorar. La jurisprudencia de las diferentes salas del Tribunal Supremo ha recogido este criterio de forma explícita en numerosas sentencias sobre los más diferentes temas de textura social. Todos los derechos sociales han sido amparados bajo este presupuesto a pesar de la excepcionalidad que vive el país y de la que resulta una esquizofrénica y paradójica realidad.

b) Contenido esencial extenso. El contenido esencial no queda sólo para impugnar hipotética legislación inconstitucional sino que pasa a formar parte de la técnica resolutoria del recurso de tutela. De tal manera que se producen amparos que pasan a rectificar decisiones concretas de políticas públicas que no afectan a un ciudadano sino que se hacen extensibles a toda una colectividad.

V. 5. Conexidad

El derecho a la salud ha sido el elemento más representativo a este respecto siendo ejemplo de “integridad intergeneracional” al ponerlo en conexión con el derecho a la vida⁵¹. De la misma forma la progresividad alcanza a los derechos de previsión en todas sus esferas incluido el amparo asignado respecto al ámbito privado dotando a tales derechos de una interpretación progresiva maximalista favorable extensa⁵².

⁵¹ La sentencia de la Sala Constitucional (12 junio 2002) es ejemplo para todas las características mencionadas y, en relación a la conexidad, señala como según “el artículo 83 de la Constitución, la salud constituye *“un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida”*. Igualmente, señala la citada sentencia que el Estado debe promover y desarrollar todas las políticas encaminadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios, por ello, el derecho a la salud constituye uno de los pilares fundamentales del Estado Social de Derecho”.

⁵² Tal como se desprende de la ejemplar sentencia de la Sala Constitucional (25/1/2005). Doctrina sobre progresividad que tiene una exhaustiva exposición en un voto concurrente de Morales Lamuño en la misma sentencia.

La extensión de la protección ha sido muy generalizada, tal cual ha sucedido incluso con la protección extensiva a los considerados clásicamente como sociales secundarios, tal cual es el caso de la vivienda o lo que sería el caso de los derechos difusos. En este caso la dogmática tradicional ha considerado que los derechos difusos se corresponden con simples intereses generales imposibles de proteger como derechos subjetivos. Sin embargo la nueva jurisprudencia venezolana ha sostenido que derechos difusos pueden concretarse como derechos subjetivos siempre que la última ratio sea una lesión que aunque general pueda ser determinada⁵³.

V.6. Horizontalidad

La CBV también consolida otra vertiente de la tutela con la que se venía especulando en la dogmática clásica pero sin acometer su contemplación y mucho menos su constitucionalización. Es el campo de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (o eficacia ante terceros particulares) en estado de hibernación desde su consideración por la doctrina alemana a mitad de siglo pasado⁵⁴. Los derechos públicos subjetivos dejan de pertenecer a la exclusiva dialéctica Estado-ciudadano para pasar a establecerse una triple relación en la que el Estado amplía su campo de protección *erga omnes*. Es la CBV el primer texto constitucional en el que se establecen obligaciones directas para los particulares en la conformación de derechos fundamentales y de derechos sociales en particular. Así son considerados los siguientes derechos: a) derechos laborales en la relación trabajador-empresario⁵⁵; b) obligaciones en la prestación del derecho a la educación⁵⁶; c) obligaciones que contraen los medios de comunicación como servicio público aprovisionador de derechos fundamentales⁵⁷; d) deber de las empresas privadas, susceptibles de generar impacto ambiental y de presupuestar investigaciones al respecto⁵⁸.

53 En este sentido la sentencia SC-TSJ 22/08/2001: “Que la razón de la demanda (o del amparo interpuesto) sea la lesión general a la calidad de vida de todos los habitantes del país o de sectores de él, ya que la situación jurídica de todos los componentes de la sociedad o de sus grupos o sectores, ha quedado lesionada al desmejorarse su calidad común de vida”.

54 La *horizontalewirkung* es otra de las asignaturas pendientes del constitucionalismo europeo.

55 Art. 89 CBV.

56 Art. 107 CBV.

57 Art. 108 CBV.

58 Art 129 CBV. Resulta especialmente significativa su redacción inequívocamente imperativa. “Todas las actividades susceptibles de generar daños a los ecosistemas deben ser previamente acompañadas de estudios de impacto ambiental y socio cultural...”.

VI.A modo de conclusión: progresividad pasiva y quebrantamiento constitucional

Es evidente que hablar de progresividad no significa una satisfacción y garantía absoluta y universal de todo ese *desideratum* ius social. Hay una limitación constitucional implícita a una garantía exhaustiva de los derechos sociales con el objetivo de evitar que dicha exhaustividad pueda generar un cuadro de derechos exhausto. Esta limitación estaría marcada por el principio doctrinal de posibilidad⁵⁹.

En el caso de Venezuela se parte de la losa pasiva del pasado, como en la práctica totalidad de Estados americanos. A ello hay que sumar un estado permanente de excepcionalidad paralizante, cuya etiología tiene los siguientes presupuestos:

a) la servidumbre de una estructura administrativa absolutamente rudimentaria, patrimonializada e inserta en vicios y corruptelas heredados, que incluso se han ido potenciando con la simbiosis de determinada clase política gubernamental;

b) el sabotaje permanente del entramado político-civil de oposición, que traspasa el ámbito de lo político para instalarse también en la estrategia de grupos económicos y administrativos de muy amplio espectro;

c) la prefiguración internacional como Estado-canalla por parte del hegemonismo estadounidense y unión europeísta, que ha conllevado ser unos de los Estados más sancionados y bloqueados del mundo⁶⁰.

Lamentablemente -después de casi dos décadas- no sólo podemos hablar de las limitaciones de la progresividad pasiva sino de cómo el mencionado estado de excepcionalidad político, económico y social es de tal magnitud que ha generado per se un *quebrantamiento constitucional radical*. En este sentido la CBV antes que neoclásica o insurgente es, simplemente, voluble. Tal cual otros muchos voluntariosos textos de la historia constitucional.

59 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2) que obliga al Estado hasta el límite de sus posibilidades (“hasta el máximo de los recursos de que disponga”).

60 El Estado estaría obligado a cumplimentar los distintos derechos sociales progresivamente, en la medida en que la articulación del nuevo Estado pudiera ser capaz de avanzar en la anterior etiología. El presupuesto sobre progresividad pasiva ha venido siendo abonado por distinta jurisprudencia de la Sala Constitucional como en el caso de la sentencia SC-TSJ 26/05/2004. Esta sentencia recoge las limitaciones a las que está sometida la extensión de los derechos (“teniendo en cuenta el estado económico del Estado”) pero también es un artículo que asume en toda su intensidad el principio de progresividad hasta el punto de hacer responsable al Estado del aparato probatorio en que basar su negativa u omisión (“supuestos que colocan en cabeza del Estado la carga probatoria”).

Consideramos necesario terminar repitiendo lo que ya fue prefacio y es ahora un epitafio: la Constitución -la mejor Constitución- ni ha tenido ni tendrá poderes taumatúrgicos ante la voluntad de los poderes constituidos (fácticos, por supuesto). La CBV es el mejor ejemplo. Y el futuro, como lo fue el pasado, se escribe en idéntica forma de dialéctica: *poder fáctico constituido vs. poder civil popular constituido*.

DIEZ AÑOS DE CONSTITUCIÓN EN ECUADOR Y BOLÍVIA: EL DESMONTAJE POR VÍA POLÍTICA Y JUDICIAL DEL MODELO DE CONSTITUCIONALISMO SOCIAL ANDINO

Albert Noguera Fernández

1. Introducción

En las décadas de 1990 y del 2000 se produjo en los países de la zona andina de América Latina un fortalecimiento de la idea de constitucionalismo y el surgimiento de procesos constituyentes que dan lugar a nuevas Constituciones en países como Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (1998 y 2008) o Bolivia (2009).

Estas nuevas constituciones latinoamericanas crean una forma constitucional propia, reconocible en muchos elementos que son claramente diferentes y especialmente provocadores con aquellos que, tradicionalmente, se había considerado como correcto en la doctrina constitucional clásica.

El presente capítulo se detendrá en analizar lo referente al modelo de constitucionalismo social introducido por las Constituciones de Ecuador de 2008 y de Bolivia de 2009. Para ello, trataremos tres aspectos: primero, ver cuáles son los rasgos definitorios del nuevo modelo de constitucionalismo social que estas Constituciones crean. Segundo, el balance de su implementación durante los 10 años de vigencia de estas Constituciones. Y, tercero, las lecciones que podemos sacar de estos procesos.

2. Constitucionalismo social europeo y andino: dos modelos diferenciados

Si tuviéramos que señalar cuales son las novedades que, en materia de derechos sociales, las Constituciones de Bolivia y Ecuador introducen respecto al constitucionalismo social europeo de posguerra del siglo XX y, por tanto, porqué conforman un modelo de constitucionalismo social propio y diferente, diría que son, básicamente, dos: 1. Por un lado, una reconfiguración del sujeto constitucional de referencia y del tipo de derechos sociales centrales constituyentes. Y, 2. Por otro lado, una reconfiguración, en clave garantista, de los principios de interpretación y aplicación de los derechos.

Estos dos elementos hacen que a diferencia del modelo social propio de Estado social europeo de posguerra al que llamaremos como un constitucionalismo de “*reconocimiento parcial de los derechos del trabajo*”, las Constituciones boliviana y ecuatoriana crean un nuevo modelo constitucional de “*reconocimiento integral de derechos de los excluidos*”.

Detengámonos en estas dos reconfiguraciones de las Constituciones ecuatoriana y boliviana que hacen que éstas conformen un modelo de constitucionalismo propio.

2.1. La reconfiguración del sujeto constitucional de referencia y del tipo de derechos sociales centrales constituyentes

Los y las constituyentes de Bolivia y Ecuador que participan en los grupos de trabajo respectivos de redacción del borrador de la Constitución, no provenían de un partido obrero clásico, sino de un archipiélago de movimientos sociales y grupos en situación de exclusión (indígenas, afros, trabajadores informales, mujeres, etc.). Ello lleva a que por influencia de éstos se produzca, como primera novedad de estos textos, una reconfiguración del sujeto constitucional de referencia y del tipo de derechos sociales centrales constituyentes.

Para explicar esto partiré de la distinción entre lo que llamo derechos centrales constituyentes y derechos complementarios constitucionales¹. La diferencia entre ambos viene dada por el papel o función que cada derecho juega en el seno de una formación económico-social histórico-concreta.

Denomino derechos centrales constituyentes a aquellos o aquel derecho fundante a partir del cual se ordena una sociedad históricamente determinada y la vida de los individuos que viven en ella, en tanto se vuelve la clave constitutiva e interpretativa fundamental de la organización social, política y económica. Estos son “derechos totalidad”. Se trata de derechos base alrededor de cuyo reconocimiento se construye y articula la totalidad interconectada de relaciones económico-sociales propias de la sociedad en cuestión. Dos de los principales ejemplos de este tipo de derechos son la propiedad en el siglo XIX y el trabajo en el siglo XX.

Durante el Estado liberal temprano, el elemento que determinaba el acceso a todos los demás derechos era la propiedad. La legislación regulaba las relaciones individuales y atribuía a cada cual sus derechos en relación con la propiedad. La estructuración de los dos ámbitos del espacio público (Sociedad Política y Sociedad Civil) se hace en él alrededor del concepto de propiedad. La Sociedad Política era un espacio donde solo tenían sufragio activo y pasivo los individuos propietarios y la sociedad civil se concebía como aquel espacio donde los individuos propietarios desarrollaban su actividad mercantil.

Durante el s. XX el trabajo productivo se conformó en el constitucionalismo social europeo de postguerra en el componente fundamental que constituía y estructuraba la ciudadanía política y social. Constituciones como la de la República española de 1931 empieza su primer artículo señalando “España es una República democrática de trabajadores de toda clase”, o como la de la República italiana de 1947, establece también en el art. 1: “Italia es una República democrática fundada en el trabajo”. El trabajo era, en el Estado social, el elemento fundante y determinante de acceso a la ciudadanía y del sistema de relaciones políticas y económicas.

Por el contrario, denominaré derechos complementarios constitucionales, al resto de derechos. Estos son “derechos-fragmento” que regulan relaciones simples de la realidad social constituidas por las vinculaciones de individuos a individuos o entre una pluralidad de ellos. Se

1 Esta diferencia viene desarrollada en: A. NOGUERA y M. NAVAS, *Los nuevos derechos de participación ¿Derechos constituyentes o constitucionales?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 32-49.

trata de derechos cuyo reconocimiento es valioso en tanto implica una ampliación de libertad, pero no afecta estructuralmente a la base del sistema. Dos ejemplos de derechos conformados durante las últimas décadas como derechos constitucionales son: el derecho al aborto o el reconocimiento o equiparación jurídica con las demás de las parejas de un mismo sexo.

En consecuencia, derechos centrales constituyentes y derechos complementarios constitucionales se diferencian en función de su interrelación con y afectación sobre el sistema político, económico y cultural de una sociedad.

Los procesos constituyentes ocurridos en los países europeos después de la segunda guerra mundial fueron realizados con una fuerte presencia de partidos obreros clásicos en el marco de sociedades de pleno empleo donde el único exponente de asalariación era el obrero-masa con familias nucleares heterosexuales con esquemas rígidos y estables de relación patriarcal entre el ámbito doméstico y profesional. Ello hizo que la organización y extensión de la participación y la representación, así como el reconocimiento y garantía de derechos y prestaciones sociales en el interior del Estado social, se hiciera en torno al trabajo-asalariado y sus organizaciones. Las Constituciones del Estado social europeo de posguerra fueron modelos trabajo-centristas donde el trabajo y sus derechos se concebían como categoría central constituyente para entender la sociedad y como lugar de integración social.

El tránsito, en las décadas de los 70 y los 80, de sociedades fordistas de pleno empleo a nuevas sociedades post-fordistas con cada vez más gente en puestos de trabajo inseguro o sin trabajo, con múltiples y plurales formas de convivencia con altos grados de monoparentalidad, con un proceso de globalización que acelera el fenómeno migratorio, etc. implicó una fragmentación de los ejes de desigualdad y la visibilización de grupos en situación de vulnerabilidad que obligó a una reestructuración del modelo de protección social y al reconocimiento de derechos a estos grupos.

Sin embargo, la integración en el espacio de constitucionalidad de estos nuevos grupos, no se hace mediante la redacción de nuevas constituciones ni siquiera, de reformas constitucionales. Se hace por otras dos vías: en primer lugar, por una vía constitucional indirecta. Su integración y la prohibición de su discriminación en el constitucionalismo social europeo no se llevó a cabo mediante una mención explícita de los distintos tipos de grupos en el texto constitucional y el desarrollo de sus derechos específicos, sino por vía de la cláusula general de igualdad que estaba presente en todas las Constituciones, la cual actúa como de plataforma de acceso, de asimi-

lación, de los miembros de los grupos en situación de vulnerabilidad a los espacios, derechos y roles de “normalidad”. Y, en segundo lugar, por la vía legislativa, jurisprudencial y política.

Por eso definimos los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad en el constitucionalismo social europeo, como derechos complementarios constitucionales, porque al margen de su grado de eficacia, actúan como derechos que complementan y corrigen el modelo trabajo-centrista imperante en las Constituciones de posguerra todavía hoy vigentes en estos países.

A diferencia de los procesos europeos de posguerra, el sujeto político constituyente en Bolivia y Ecuador no se estructuró alrededor de un partido obrero clásico o coalición de partidos sino alrededor de la agregación de múltiples movimientos o luchas de grupos en situación de vulnerabilidad. Esta naturaleza del sujeto constituyente determinó que la forma de constitucionalismo social emergente fuera totalmente distinta al modelo europeo. En concreto, determinó tres aspectos:

Por un lado, la invisibilización jurídica de estos grupos durante décadas determinó su voluntad de visibilización explícita en el texto constitucional, lo que se expresa en el establecimiento en las constituciones de ambos países, de cartas de derechos larguísimas donde hay secciones propias para cada uno de los grupos y sus derechos en el interior de la Constitución².

Por otro lado, la desconfianza hacia las estructuras de Estado y un Poder judicial que durante décadas los había oprimido actuando al servicio de los poderosos, determinó la fijación constitucional de garantías de acceso y protección judicial, así como de criterios de interpretación jurisdiccional en favor de los grupos en situación de vulnerabilidad y/o desventaja³.

2 Así por ejemplo, la Constitución ecuatoriana de 2008 incorpora dentro del Título II (*Derechos*) un capítulo tercero (*Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria*) donde se incluyen secciones dedicadas a: Adultas y adultos mayores (Sección primera. Arts. 36-38), jóvenes (sección segunda. Art. 39), movilidad Humana (sección tercera. Arts. 40-42), mujeres embarazadas (sección cuarta. Art. 43), niñas, niños y adolescentes (sección quinta. Arts. 44-46), personas con discapacidad (sección sexta. Arts. 47-49), personas con enfermedades catastróficas (sección séptima. Art. 50), personas privadas de libertad (sección octava. Art. 51) y personas usuarias y consumidoras (sección novena. Arts. 52-55). Además, el capítulo cuarto está dedicado a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades (Arts. 56-60).

O por lo que respecta a la Constitución de Bolivia de 2009, dentro del Capítulo de derechos sociales y económicos, se desarrolla de manera expresa, en secciones separadas, los derechos de grupos sociales específicos: los derechos de niñez, adolescencia y juventud (Sección V. Arts. 58 a 61), los derechos de las personas adultas mayores (Sección VII. Arts. 67 a 79), los derechos de las personas con discapacidad (Sección VIII. Arts. 70 a 72) y los derechos de las personas privadas de libertad (Sección IX. Arts. 73 a 74).

3 Vid. A. NOGUERA, “Derechos fundamentales, fundamentalísimos o, simplemente, derechos? El principio de indivisibilidad de los derechos en el viejo y el nuevo constitucionalismo”, en *Derechos y libertades*, núm. 21, 2009, pp. 137-144.

Y por otro lado, la invisibilización política de estos grupos durante años, determinó su voluntad de asegurar espacios para su representación política que se expresa tanto en la fijación de cuotas de presencia de estos grupos en los órganos de Estado, como en una transformación de las estructuras tradicionales de participación y relación Estado-Sociedad.

Así pues, podemos decir que el hecho de que el constitucionalismo social propio de la Constitución boliviana de 2009 o ecuatoriana de 2008 no sea la integración dentro del texto constitucional de la contradicción Capital-Trabajo asalariado mediante la subjetivación del Trabajo y reconocimiento de derechos vinculados al trabajo-salario, sino la integración del conflicto oligarquías-grupos en situación de vulnerabilidad hasta ahora excluidos de la ciudadanía, hace que los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad y el derecho antidiscriminatorio no sean derechos complementarios constitucionales como pasa en el constitucionalismo social europeo, sino que constituyen el centro axiológico de la Constitución, determinando la propia naturaleza de la Constitución y convirtiéndose en derechos centrales constituyentes.

En consecuencia, estas constituciones llevan a cabo una reconfiguración del sujeto constitucional de referencia que ya no es el Trabajo como clase orgánica sino el conjunto de grupos fragmentados en situación de vulnerabilidad. Y una reconfiguración del tipo de derechos sociales de referencia. Los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad y el derecho antidiscriminatorio dejan de ser derechos complementarios de los derechos vinculados al trabajo-salario, para pasar a sustituirlos como derechos centrales constituyentes del modelo.

2.2. La reconfiguración, en clave garantista, de los principios de interpretación y aplicación de los derechos

De acuerdo con la construcción doctrinal del Estado social europeo de posguerra formulada por autores como Constantino Mortati⁴, Hugo Sinzheimer⁵, Herman Heller⁶ o Franz Neumann⁷, entre otros, el Estado social surge, en el siglo XX, fruto de un pacto entre Capital y Trabajo caracterizado por la inte-

4 C. MORTATI, "Il lavoro nella costituzione", en *Il diritto al lavoro*, Guiffré, Milán, 1954, pp. 149 y ss.

5 H. SINZHEIMER, "Relazione all'assemblea costituente (2 junio 1919)", en *Laboratorio Weimar*, Lavoro, Roma, 1982, pp. 45-47.

6 H. HELLER, "El derecho constitucional de la República de Weimar. Derechos y deberes fundamentales", en *Escritos políticos*, Alianza, Madrid, 1985, pp. 269-281.

7 F. NEUMANN, "Il significato sociale dei diritti fondamentali nella costituzione di Weimar", en *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, Il Mulino, Bolobia, 1983, pp. 121-140.

gración del Trabajo en el interior de la Constitución. De manera que pasamos de un Estado uniclase a un Estado pluriclase en cuyo interior pasa a darse un equilibrio constitucional redistributivo de poder y de instrumentos de auto-defensa de intereses entre las organizaciones empresariales y los sindicatos. Se da una paridad constitucional entre mercado y Estado. El Estado social en los países europeos debía suponer, en consecuencia, la integración, en condiciones de equilibrio, de la contradicción Capital-Trabajo en el interior del texto constitucional⁸.

Ahora bien, en la práctica, si bien el Estado social sí implicó la integración del conflicto Capital-Trabajo en el interior de la Constitución, esta no se produce nunca en términos de equilibrio constitucional redistributivo entre clases sociales, sino en términos de clara asimetría en favor del mercado y en perjuicio del Trabajo. Este desequilibrio se manifiesta a través de elementos como el reconocimiento de fundamentalidad sólo a los derechos civiles y políticos pero no a los derechos sociales. La aplicabilidad directa de los derechos civiles y políticos pero no de los derechos sociales. O, el otorgamiento de mayores garantías de protección a los derechos civiles o políticos que a los derechos sociales⁹.

Con esta regulación constitucional de los derechos, no puede hablarse de un equilibrio o paridad constitucional redistributiva entre clases sociales, sino de una subordinación de lo público-social y de los derechos

8 Sobre ello, vid. también G. MAESTRO, *La Constitución del trabajo en el Estado social*, Comares, Granada, 2002; C. DE CABO, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Trotta, Madrid, 2010.

9 Ejemplo de ello es la propia Constitución española (CE) de 1978. Si bien, en su art. 1, el texto constitucional define España como un Estado social, a continuación, el resto del articulado otorga un trato a los derechos sociales como derechos de segunda. En la CE, con excepción de la educación, la libertad sindical y la huelga (arts. 27 y 28 CE) considerado en el texto constitucional como un derecho fundamental y el trabajo, la negociación colectiva y las medidas de conflicto colectivo que considera como derechos no fundamentales, la Constitución ubica todos los otros derechos sociales (Seguridad social, salud, vivienda, pensiones, etc.) fuera de las Secciones 1 y 2 del Capítulo II y dentro del Capítulo III (Principios rectores de la política social y económica. -Arts. 39 a 52-), otorgándoles la categoría no de derechos sino de principios. De esta diferente categorización entre derechos fundamentales, derechos y principios se desprenden grados distintos de protección para cada uno de estos grupos de derechos. El art. 53 CE otorga a los principios del Capítulo III un grado de protección muy inferior que a los derechos ubicados en las Secciones 1 y 2 del Capítulo II. Mientras que los derechos fundamentales (Sección 1) podrán alegarse, por el simple hecho de estar reconocidos en la Constitución, ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, los derechos (Sección 2) y los principios del Capítulo III sólo podrán alegarse ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con el contenido de las leyes que los desarrollen, con la diferencia que mientras en los primeros la CE establece que el legislador está obligado a respetar el contenido esencial de los derechos, en el caso de los principios no se establece explícitamente.

de clase propios del Trabajo, a lo privado y a los derechos propios del mercado.

En estas condiciones el campo de lucha de los derechos entre clases no es equilibrado ni neutral, puesto que en caso de conflicto entre un derecho civil o político fundamental (la propiedad, por ejemplo) y un derecho social no fundamental (la vivienda, por ejemplo), las obligaciones del Estado o los ciudadanos con los derechos civiles o políticos tienen siempre prioridad con respecto a sus obligaciones con los derechos sociales, que al no disponer de fundamentalidad hace que no haya ningún obligado respecto a ellos¹⁰.

Plenamente conscientes de este modelo europeo de posguerra y de sus deficiencias, los constitucionalistas de izquierdas presente en el grupo de trabajo que elaboraba el borrador de Constitución en Bolivia y Ecuador intervienen para llevar a cabo una reconfiguración, en clave garantista, de los principios de interpretación y aplicación de los derechos. En concreto, se plantean cuatro grandes ampliaciones o expansiones en el reconocimiento de derechos:

Una primera expansión hacia la plena protección y garantía hacia todos los derechos, no sólo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales. Ello implicó la incorporación en los textos constitucionales de estos países de la igual jerarquía de todos los derechos o el principio de indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos (arts. 13.I y 13.III de la Constitución boliviana y 11.6 de la ecuatoriana), el principio de aplicabilidad directa de todos los derechos (arts. 109 de la Constitución boliviana y 11.3 de la ecuatoriana), o el principio de cláusula abierta en el reconocimiento de derechos (arts. 13.II de la Constitución boliviana y 11.7 de la ecuatoriana¹¹).

Una segunda expansión hacia la confrontación con todos los poderes, no sólo los poderes públicos sino también los privados. Ello implica el reconocimiento de la *Drittwirkung*¹² o posibilidad de interponer recursos

10 Sobre ello, vid. A. NOGUERA, *La igualdad ante el fin del Estado social. Propuestas constitucionales para construir una nueva igualdad*, Sequitur, Madrid, 2014, pp. 177-179.

11 Art. 11.7 Constitución Ecuador 2008: "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".

12 La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares se ha denominado con el término "Drittwirkung", pues ha sido estudiada con especial atención por la doctrina alemana.

de amparo no sólo frente a violaciones de derechos provenientes de los poderes públicos, sino también de los poderes privados¹³ (arts. 128 de la Constitución boliviana y 88 de la ecuatoriana).

Una tercera expansión hacia todos los niveles territoriales, no sólo el ámbito del derecho estatal, sino también en el del derecho internacional, lo que se plasma, principalmente, en el reconocimiento de la jerarquía constitucional y aplicabilidad directa de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (arts. 13.IV y 256.I de la Constitución boliviana y 11.3 de la ecuatoriana).

Y, una cuarta expansión en garantía de los derechos a todas las personas, no sólo a los nacionales, expresada en el reconocimiento del principio de universalidad, desvinculando la ciudadanía de la nacionalidad (arts. 14.I de la Constitución boliviana y 10 de la ecuatoriana).

Estas cuatro expansiones son incorporadas en los textos de Bolivia y Ecuador, produciéndose una reconfiguración, en clave garantista, de los principios de interpretación y aplicación de los derechos que permite conformar un campo de lucha de derechos entre clases y grupos sociales equilibrado y neutral.

Una sociedad donde todos los derechos generan las mismas obligaciones, los distintos grupos de derechos se inter-penetran, influyen y limitan constantemente, produciéndose una redefinición o cambios en la naturaleza de todos los derechos. El ejemplo paradigmático es el derecho a la propiedad. La igual jerarquía y protección de todos los derechos conlleva la pérdida del carácter absoluto del derecho de propiedad sobre la base de consideraciones sociales, medioambientales, etc.

A la vez, cualquier conflicto entre derechos no implica que haya de antemano un derecho fuerte y uno de débil, no implica una subordinación, de ante mano, de lo público-social y de los derechos de clase propios del Trabajo, a lo privado y a los derechos propios del mercado, sino que este conflicto debe ser resuelto en función del caso concreto aplicando técnicas de ponderación o nivelación entre ellos. Ninguno de los derechos en conflicto no tendría un contenido fijo sino que define su contenido en función de interrelaciones concretas con el resto de derechos, cada derecho “nace de nuevo en cada situación de conflicto y es actualizado y

13 Sobre ello, vid. P. VEGA GARCÍA, “La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)”, en M. Carbonell (coord.), *Derechos Fundamentales y Estado*, UNAM, México, 2002, p. 693.

concretado caso por caso”¹⁴, con lo cual toda lucha por los derechos sociales tiene posibilidades de triunfar también en el ámbito jurídico. Por eso hablo de un campo de lucha de los derechos entre clases de carácter neutral e imparcial.

Esta sería, entonces, la segunda diferencia en el modelo de regulación de los derechos sociales de las Constituciones de Bolivia y Ecuador respecto al constitucionalismo social europeo de posguerra.

En resumen, podemos decir que las Constituciones de Bolivia y Ecuador introducen respecto al constitucionalismo social europeo de posguerra propio del siglo XX, dos grandes reconfiguraciones: en primer lugar, una reconfiguración, en clave garantista, de los principios de interpretación y aplicación de los derechos. Y, en segundo lugar, una reconfiguración del sujeto constitucional de referencia y del tipo de derechos sociales centrales constituyentes. Ello hace que podamos hablar en estos países de un modelo propio al que denominamos como constitucionalismo de “*reconocimiento integral de derechos de los excluidos*”.

3.

Diez años de constitución: el desmontaje del modelo social andino por vía legislativa y jurisprudencial

Estas dos reconfiguraciones descritas que caracterizan el modelo de constitucionalismo social andino han sido, durante los diez años de vigencia de las Constituciones, vaciadas, en gran parte, por el poder político por vía legislativa y por el poder judicial por vía jurisprudencial. A pesar de haber cambiado las Constituciones, el poder político y judicial de ambos países continúa operando con la cultura jurídica de la vieja Constitución, no de la nueva, produciéndose un vaciamiento del modelo. Detengámonos en algunos ejemplos que permitan demostrar esta afirmación

¹⁴ P. HÄBERLE, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*, Trotta, Madrid, 1998, p. 104.

3.1. Vaciamiento de la reconfiguración del sujeto constitucional de referencia y del tipo de derechos sociales centrales constituyente: el Sistema de Seguridad Social en Ecuador

Un ejemplo de vaciamiento por vía legislativa, en Ecuador, de la reconfiguración del sujeto constitucional de referencia y del tipo de derechos sociales centrales constituyente, la encontramos a través del modelo de seguridad social que se acaba desarrollando legislativamente en el país.

El diseño de un sistema de seguridad social que fuera coherente con la reconfiguración señalada debería proteger, especialmente, no a los trabajadores con una relación contractual formalizada de trabajo que conforman una minoría en países como Bolivia o Ecuador, sino a los grupos en situación de vulnerabilidad y formas de trabajo informal, no dependiente, de subsistencia y de rebusque de existencia, que son las que conforman la amplia mayoría de los sectores populares en estos países. En tal contexto, un sistema de seguridad social universal y que tuviera como destinatario principal a estos sujetos excluidos y sus derechos, debería basarse sobre dos aspectos:

Primero, no hacer depender el acceso a la seguridad social de largos periodos de cotización, puesto el trabajo informal, no dependiente, de subsistencia y de rebusque de existencia no ha cotizado nunca o casi-nunca.

Y segundo, no organizar el sistema de seguridad social entorno a un sistema de pensiones por capitalización donde cada individuo cotiza para sí mismo, por lo que en este caso las prestaciones guardan una relación directa con las aportaciones que cada uno ha ido realizando, sino entorno a un sistema de reparto donde se utilizan fondos públicos y los aportes de los trabajadores cotizantes en activo para que todas las personas, independientemente de si aportaron más o menos, tengan una pensión que les permita vivir con dignidad.

En su art. 3.1 la Constitución ecuatoriana de 2008 establece como uno de los deberes fundamentales del Estado el asegurar el derecho a la seguridad social sin discriminación posible. La principal norma que desarrolla el derecho a la seguridad social es la Ley de Seguridad Social (LSS) de 2001 que, desde la aprobación de la Constitución de 2008, ha sufrido distintas reformas. Un análisis detallado la LSS permite ver que ésta establece un modelo abiertamente contrario a los dos aspectos que acabo de señalar:

En primer lugar, señala que la afiliación de los trabajadores autónomos, por cuenta propia o no dependientes no es obligatoria sino voluntaria (art. 10.b LSS)¹⁵ para, a continuación, establecer (art. 201 LSS) que para acceder a la prestación por vejez, se requieren 20 años de cotización (240 aportaciones o más) y tener cumplidos al menos 65 años. Este período excede los 15 años establecidos en el artículo 29.2.a) del Acuerdo núm. 102 de la OIT sobre normas mínimas de la seguridad social para el acceso a la jubilación o prestaciones de vejez¹⁶.

Y, en segundo lugar, la LSS no implementa un sistema de reparto, sino de capitalización. Una valoración inicial de las normas de seguridad social ecuatorianas muestra cierta similitud con algunas de las estrategias de reforma que predicaba el Banco Mundial en los años 1990. En este periodo, el banco Mundial planteaba un modelo destinado a ir desinstalando del cuadro normativo el sistema de reparto y creando un modelo por capitalización puro, a través de incentivar un cambio paulatino pero a medio-largo plazo demoledor, por su intencionalidad privatizadora, que estaba basada en tres pilares¹⁷: 1) un pilar gestionado públicamente, con participación obligatoria, beneficios definidos y financiados con impuestos y que cumpliría un objetivo redistributivo, 2) un programa de ahorro privado obligatorio, de contribuciones definidas y gestionado privadamente y 3) un sistema de ahorro voluntario capitalizado para aquellas personas que desean tener mayores niveles de seguridad y de ahorro personal. Pues bien, tal como afirman Adoración Guamán, Raúl Lorente, Cayetano Nuñez y Mikel de la Fuente¹⁸, si se observa con detenimiento La LSS, es fácil detectar en su contenido la existencia, con algunas variantes, de estos tres pilares en el Libro Segundo. El Título III en el que se regula el régimen solidario obligatorio, el Título IV que regula el régimen de

15 Autores como Raúl Lorente y Adoración Guamán han propuesto una reforma del sistema ecuatoriano fijando la necesidad de establecer el registro obligatorio a la seguridad social para todos los trabajadores no dependientes, primero a través de un periodo transitorio que aliente a los trabajadores a unirse voluntariamente y muestra los beneficios de afiliarse al sistema, para establecer la obligatoriedad al final de este periodo (R. LORENTE y A. GUAMÁN, “The process towards labour formalisation in Ecuador over the last decade”, *Labour Studies*, Vol. 7. Núm. 1, 2018, p. 19).

16 *Ibid.* p. 17.

17 C. OCHANDO, “Restricciones económicas de las reformas de los Sistemas de Seguridad Social en algunos países latinoamericanos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 69, 2007, pp. 117 ss.

18 A. GUAMÁN, R. LORENTE, C. NUÑEZ y M. DE LA FUENTE, *La Seguridad Social en Ecuador* (Manuscrito), proyecto de investigación IAEN–UVEG, 2016, p. 99.

ahorro obligatorio¹⁹ y el Título V que regula los fondos complementarios voluntarios.

En consecuencia, lo que hace la LSS es crear un sistema dirigido a beneficiar a aquellos que a lo largo de su vida laboral han cotizado, esto es a las clases medias con contrato y salarios medios-altos. Ello hace que la precariedad, la informalidad o la improvisación laboral que son las situaciones propias de los grupos en situación de vulnerabilidad mayoritarios que la Constitución había ubicado como sujeto constitucional de referencia, constituyen una dificultad insalvable para completar carreras asegurativas o plazos de cotización suficientes que permitan acceder a prestaciones contributivas de seguridad social. Ello explica que según cifras del 2012, más de la mitad (el 55,4%) de la población económicamente activa continuaba en situación de falta de cobertura²⁰. De manera que, a la práctica, tales grupos a pesar de ocupar la centralidad constitucional son ahora, por vía legislativa, desplazados de nuevo a los márgenes del sistema de seguridad social.

Este favorecimiento de las clases medias con salarios medios-altos por encima de los grupos en situación de vulnerabilidad se hace todavía más evidente si nos detenemos a comparar las pensiones que reciben unos y otros. Para todos estos grupos cuyos miembros alcanzan 65 años de edad y no reúnen los requisitos necesarios para acceder a las pensiones contributivas, en general, por no disponer del número de las cotizaciones requeridas, el Estado les asigna una pensión no contributiva a través del “Bono de Desarrollo Humano” (BDH)²¹.

19 N. Rodríguez y A. Salamanca afirman que el Sistema “está constituido por un régimen de solidaridad intergeneracional y un régimen de capitalización individual. Sin embargo, solo opera el primero por ser declarada inconstitucional la Ley 55/2001 en algunas partes de su articulado por la Resolución del Tribunal Constitucional número 52 (Registro Oficial número 525 Suplemento 1, de 16 de febrero de 2005). Entre otras, se declara la inconstitucionalidad de que capitalización individual estuviese a cargo de la Comisión Técnica de Inversiones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social “a través de la empresa adjudicataria administradora del fondo provisional”, que tendrá a su cargo la entrega de las prestaciones de invalidez, vejez y muerte, como preveía el artículo 167 original. Asimismo, se declara inconstitucional en su totalidad el artículo 176 de la Ley, por atentar contra el principio de solidaridad” (N. Rodríguez y A. Salamanca, *La arquitectura ecuatoriana de seguridad social. El derecho constitucional a la seguridad social universal y equitativa (2008-2016)*, Citado por A. GUAMÁN, R. LORENTE, C. NUÑEZ y M. DE LA FUENTE, *La Seguridad Social en Ecuador* (Manuscrito), Op. Cit. p. 99).

20 Ibid. p. 101.

21 El BDH también opera para personas en situación de pobreza o necesidad para todo el rango de edades. Hay 3 modalidades de acceso al Bono de Desarrollo Humano, las tres en la actualidad tienen una prestación de 50 USD: Transferencia monetaria condicional mensual. Pensión para adultos mayores. Pensión para personas con discapacidad.

A través del BDH se proporciona la cifra más elevada de cobertura de pensiones a los mayores de 65 años, más del 50% de los adultos mayores acceden a una pensión de vejez no por vía de la pensión contributiva del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), sino por vía de una pensión no contributiva asignada mediante BDH.

Pues bien, Mientras que el BDH proporcionaba en el año 2012 ingresos a más de 788.000 personas, más de la mitad de las pensiones de mayores de 65 años existentes en el país, y la aportación económica del Estado a este bono era de 247 millones de dólares. Las pensiones contributivas del IESS incluían a menos de 38 mil personas, y recibía una aportación económica del Estado de 311 millones de dólares²².

Esta diferencia tan enorme entre las aportaciones del Estado entre los colectivos de ingresos medios-altos y los de menores ingresos constituye un rasgo de importante inequidad. La mayoría de pensionistas, que acceden a la misma por vía del BDH, reciben una cuantía de 50 dólares lo que según cifras del propio Gobierno es inferior al ingreso familiar per cápita necesario para superar la línea de pobreza que fija en 84 dólares²³. Mientras que la minoría que acceden a la pensión por el sistema de seguridad social reciben una alta cuantía.

En consecuencia, repito, si bien la Constitución implica una reconfiguración del sujeto constitucional de referencia y el tipo de derechos sociales centrales constituyentes, el poder político lleva a cabo, por vía legislativa, un desmontaje de esta reconfiguración, volviendo a colocar a los grupos tradicionalmente excluidos en los márgenes del sistema.

3.2. Vaciamiento de la reconfiguración, en clave garantista, de los principios de interpretación y aplicación de los derechos: las sentencias sobre el derecho a la resistencia y la Sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana de 2014 en el caso La Cocha

Conjuntamente con lo anterior, podemos poner también ejemplos de vaciamiento por vía jurisprudencial de la reconfiguración, en clave garantista, de los principios de interpretación y aplicación de los derechos que establece la Constitución.

²² Ibid. p. 177.

²³ Ibid. p. 104.

Se trata de casos donde el Poder judicial ecuatoriano desobedece el principio de aplicabilidad directa de los derechos reconocidos en la Constitución y aplica la Ley por encima de la misma. Podemos referirnos a un caso relativo al derecho a la resistencia del art. 98 de la Constitución como garantía social de derechos sociales y a un caso relativo al derecho a la justicia indígena del art. 171 de la Constitución.

Empezando por el primero, la Constitución ecuatoriana reconoce en el art. 98 el derecho a la resistencia que, en su forma actual, hace referencia a la idea contemporánea de desobediencia como forma de ejercicio de determinados derechos fundamentales vulnerados por acción u omisión por el Estado o por un poder privado. La única manera que permite garantizar hoy el ejercicio de este derecho es a través del reconocimiento del principio de aplicabilidad directa de todos los derechos constitucionales, reconocido en el art. 11.3 de la Constitución. ¿Por qué?

Pues imaginemos el caso de trabajadores que ejercen su derecho a la resistencia, llevando a cabo actos de protesta y desobediencia contra una empresa transnacional que vulnera sus derechos sociales laborales. En el caso de que la empresa denuncie ante los tribunales a los dirigentes sindicales acusándoles de determinados tipos penales como pueden ser sabotaje o incluso, terrorismo, el juez debería poder llevar a cabo una valoración holística del caso, considerando que el sujeto, en el contexto de la resistencia social, no tiene como finalidad delinquir para beneficiarse, sino por el contrario, el delito que pudo haber resultado de la acción de resistencia fue producto de su intención de mejorar una situación de discriminación, vulneración o desconocimiento de un determinado derecho que le afecta gravemente, con lo cual debe proceder a una aplicación del principio de aplicabilidad directa del derecho constitucional a la resistencia por encima del código penal y, establecer que el acto de resistencia está amparado por la Constitución.

Con la cual cosa, la reconfiguración, en clave garantista, de los principios de interpretación y aplicación de los derechos, en este caso a través de la introducción del principio de aplicabilidad directa de los derechos, permite hacer efectivo el derecho a la resistencia como garantía social de los derechos sociales e imponerla por encima de las denuncias de la empresa por vulnerar el Código Penal.

Pues bien, en la amplia mayoría de casos de derecho a la resistencia que se han dado en el país, ningún juez hace uso del principio de aplicabilidad directa de los derechos para proteger el derecho a la resis-

tencia²⁴. En todos ellos, los jueces desconocen tal principio y aplican el Código Penal por encima de la Constitución, condenando penalmente a los dirigentes sociales²⁵.

Por tanto, nos encontramos ante un desmontaje por vía jurisprudencia de todo el potencial garantista de los nuevos principios de interpretación y aplicación de los derechos establecidos en la Constitución.

En segundo lugar, podemos referirnos a otro caso: la Constitución ecuatoriana reconoce la posibilidad de las autoridades de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas de ejercer “funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres” (art. 171). Además, el art. 76.7.i) añade que los casos resueltos por la jurisdicción indígena no podrán volver a juzgarse por la justicia ordinaria. Asimismo, el art. 9 del Convenio 169 de 1989 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, donde se establece la obligación de “respetar los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

De acuerdo con el principio de aplicabilidad directa de la Constitución y de los instrumentos internacionales de Derechos humanos, re-

24 En sede de tribunales ordinarios, el derecho a la resistencia ha sido alegado en múltiples momentos, desde el 2008 en adelante, por individuos y por colectivos. Desde entonces hasta hoy, son casi inexistentes las sentencias en todo el país que hayan reconocido y protegido jurisdiccionalmente el uso del derecho a la resistencia. Una de las pocas sentencias en el país que ha reconocido y protegido el derecho a la resistencia es la del 29 de septiembre de 2009, del Juzgado vigésimo quinto de lo civil de Pichincha (Quito) en el Juicio No. 2009-1028 (caso Luis O. Tamayo c. Rodrigo Ricaurte M.), aunque se trata de un caso de resistencia individual o del particular. Con relación a la Corte Constitucional no existe tampoco una jurisprudencia clara de pleno reconocimiento de este derecho. Constan algunas sentencias donde la Corte trata casos vinculados con este derecho. En todas ellas, el derecho a la resistencia aparece en la sentencia de la Corte como mero *Obiter dictum* pues se resuelve el caso en base a la existencia de vicios procedimentales sin tener que entrar a pronunciarse sobre la resistencia como tal. La Sentencia N.º. 0004-09-SAN-CC, Caso N.º 0001-08-AN (Pambilar/ENDESA-BOTROSA), de 24 de septiembre de 2009, y la Sentencia N.º 008-12-SAN-CC. Caso N.º 0085-09-AN (El Rosal/ADELCA), de 17 de abril de 2012, tratan de casos donde la Corte resuelve una acción por incumplimiento. La primera interpuesta por Floresmino Villalta y la segunda por Ligia Raquel Pillaguano Collaguanzo. Ambos activistas sociales fueron beneficiarios de la Resolución de Amnistía de la Asamblea Constituyente, de 14 de marzo de 2008, y ante la negativa de los jueces ordinarios de ejecutarla presentaron una Acción por incumplimiento ante la Corte Constitucional. En ambos casos, la Corte Constitucional resolvió a favor de sus acciones, obligando a ejecutar la amnistía. Sin embargo, en su argumentación la Corte no hace referencia al derecho a la resistencia, sino que se basa en el principio de legalidad y a la seguridad jurídica.

25 Sobre ello vid. A. NOGUERA, “El derecho a la resistencia y justiciabilidad de los derechos sociales en Ecuador”, *Revista Derecho Social Latinoamérica*, núm. 1, 2016, pp. 101-106.

conocido en el art. 11.3 de la Constitución ecuatoriana, estos derechos de los pueblos indígenas deberían ser de aplicación por encima de la ley. Sin embargo, una vez más los tribunales ordinarios incumplen este principio procediendo a aplicar la ley por encima de la Constitución.

El 9 de mayo de 2010, cinco jóvenes de la Comunidad Indígena de Guantopolo asesinaron a una persona de la Comunidad Indígena de La Cocha durante el desarrollo de una fiesta en el territorio de la Nacionalidad Kichwa de Panzaleo del Ecuador. Tanto la Comunidad de La Cocha como la Comunidad de Guantopolo forman parte de la Nacionalidad Kichwa de Panzaleo. Frente a la denuncia del caso y previo acuerdo de las autoridades de las dos comunidades indígenas involucradas, de la familia de la víctima y de los presuntos victimarios, la comunidad de La Cocha asumió la competencia del caso. Los cinco jóvenes denunciados se sometieron a la justicia indígena y aceptaron las decisiones que la Asamblea General Comunitaria de La Cocha les impuso²⁶.

No obstante, después de que en mayo de 2010 la Asamblea General Comunitaria de La Cocha hubiera enjuiciado y resuelto el caso, la Fiscalía, el Ministro de Gobierno, la Policía, entre otras instituciones del Estado, deciden, vulnerando el principio de aplicabilidad directa de la Constitución que, en el citado art. 171 y 76.7.i), prohíbe de doble enjuiciamiento, no respetar la decisión de la justicia indígena e inician proceso penal tanto contra los cinco acusados en el caso, como contra las autoridades de la justicia indígena que habían enjuiciado el caso, por delito de secuestro sobre los cinco jóvenes.

Ello abrió un debate sobre las competencias de la justicia indígena que se manifestó en la Sentencia de la Corte Constitucional de 30 de julio de 2014 (Sentencia No. 113-14-SEP-CC) resolviendo una acción extraordinaria de protección (signada con el código 0731-10-EP)

²⁶ A los primeros 4 acusados se les impusieron las siguientes medidas de reparación, corrección y rehabilitación: una indemnización de cinco mil dólares a favor de la familia del fallecido, quienes deciden entregar dicha cantidad a la comunidad para la compra de equipos y materiales en su beneficio; prohibición del ingreso a las fiestas sociales y culturales de la parroquia Zumbahua por el lapso de cinco años; expulsión de la comunidad de los implicados por dos años y rehabilitación por parte de familiares; baño de agua y ortiga por treinta minutos; cargar un quintal de tierra. Al quinto acusado, autor material del asesinato: vuelta a la plaza y perdón público, cargando un quintal de tierra desnudo; baño de agua y ortiga por cuarenta minutos; consejos por parte de los dirigentes indígenas; trabajo comunitario por cinco años, con seguimiento y evaluación; indemnización a la madre del difunto con mil setecientos cincuenta dólares. Sobre ello, vid. R. LLASAG, "Avances, límites y retos de la administración de justicia indígena en el Ecuador, año 2010: El Caso La Cocha", en *Develando el desencanto. Informe sobre derechos humanos Ecuador 2010*, Programa Andino de Derechos Humanos/UASB, Quito, 2010.

presentada por el hermano de la víctima para realizar un control de constitucionalidad de las decisiones adoptadas por la Comunidad de La Cocha, y donde la Corte también opta por reducir el alcance de la justicia indígena comunitaria reconocida en la Constitución en favor de la aplicación del Código Penal. La sentencia avala que el caso deba volver a ser enjuiciado por la Justicia ordinaria de conformidad con la Ley o Código Penal²⁷.

Así pues, tanto en el caso del derecho a la resistencia como en el de la justicia indígena, asistimos a un vaciamiento por vía jurisprudencial de la reconfiguración, en clave garantista, de los principios de interpretación y aplicación de los derechos que establece la Constitución, para volver al viejo modelo de imperio de la ley.

Estos son sólo algunos ejemplos que nos permiten afirmar que durante los diez años de vigencia de las Constituciones se ha producido un vaciamiento por parte del poder político y judicial, de las dos reconfiguraciones descritas anteriormente, que caracterizaban al modelo de constitucionalismo social andino como un modelo propio de “*reconocimiento integral de derechos de los excluidos*”.

Aunque nos hemos referido a Ecuador, podemos poner ejemplos similares que vienen a confirmar esta afirmación también para el caso de Bolivia.

²⁷ En su sentencia, la Corte determina que, en el enjuiciamiento del caso, la Asamblea General Comunitaria de la Cocha había respetado el principio de debido proceso, con participación de las mujeres indígenas y aplicando las sanciones previstas en su propio derecho, las que eran aceptadas y conocidas por toda la Comunidad. Sin embargo, en la página 34 de la sentencia, la Corte señala que cuando la justicia indígena conoce un caso que afecta al derecho a la vida, ésta “no juzga ni sanciona la afectación a la vida, en tanto bien jurídico protegido y derecho subjetivo de la persona, sino que lo asume, lo juzga y lo sanciona en tanto genera un conflicto múltiple entre las familias y en la comunidad, que debe ser resuelto con el fin de restaurar la armonía de la comunidad; en este sentido, no se juzga el atentado contra la vida considerada individualmente [...] sino en función de las afectaciones que este hecho provoca en la vida de la comunidad”. En resumen, lo que viene a decir la sentencia es que el objeto del juicio en la justicia indígena es el bien jurídico comunidad o dicho de otra forma, el sujeto entendido como ser social o en su dimensión excéntrica, pero no la vida como bien jurídico en sí mismo o el sujeto entendido como ser individual o en su dimensión concéntrica. Así pues, y partiendo de una interpretación liberal individualista de la persona constitucionalizada como un cuerpo reconstruido en su unicidad, que tiene valor de manera aislada y por sí mismo, la sentencia abala que el caso deba volver a ser enjuiciado por la Justicia ordinaria puesto que la justicia indígena, al entender el sujeto no de manera individual sino como conjunto de relaciones sociales, no lo había hecho. La Corte Constitucional establece: “[...] en caso de que ocurra un delito contra la vida dentro de una comunidad o territorio indígena, el Estado garantizará, al igual que en el resto del territorio nacional, que el mismo sea juzgado y sancionado de conformidad con las leyes propias del Derecho Penal Ordinario”.

3.3. La supresión por vía legislativa y jurisprudencial de la acción ciudadana de inconstitucionalidad del art. 132 de la Constitución boliviana

La Constitución boliviana de 2009, reconoce tres acciones de control de constitucionalidad: una acción ciudadana de inconstitucionalidad (art. 132)²⁸, una acción de inconstitucionalidad abstracta (art. 202.1)²⁹ de la que se deriva, implícitamente, una acción de inconstitucionalidad concreta, no prevista en la Constitución pero si en los arts. 79-84 del Código Procesal Constitucional (CPC) de Bolivia³⁰.

Así pues, el art. 132 reconoce, claramente, el derecho a toda persona individual o colectiva afectada por una norma jurídica contraria a la Constitución, a poder presentar la acción ciudadana de inconstitucionalidad. Esta vía se constituye en una garantía directa de protección de los derechos sociales por parte de los ciudadanos.

En países donde la acción ciudadana de inconstitucionalidad es reconocida, ésta ha sido utilizada, en muchas ocasiones, para lograr la justiciabilidad de derechos sociales. Colombia es un ejemplo de ello.

En 1993, tres ciudadanos colombianos presentaron, en este país, una acción de inconstitucionalidad contra el art. 142 de la Ley 100/1993 sobre pensiones de jubilación. Las tres acciones se acumularon y resolvieron en la sentencia C-409 de 1994 de la Corte Constitucional colombiana. Concretamente, una de las cuestiones que se impugnaron fue que la ley reconocía el pago de un mes de pensión adicional *“solo para los pensionados antes del 1 de enero de 1988”*. Este hecho respondía a que a partir de 1988 se había establecido mediante ley en Colombia que cada año se produciría un reajuste de oficio de las pensiones de jubilación con el mismo porcentaje de incremento que dispusiera el Gobierno para el salario mínimo legal mensual. No obstante, aquellos quienes habían obtenido el

28 Art. 132 Constitución Bolivia: “Toda persona individual o colectiva afectada por una norma jurídica contraria a la Constitución tendrá derecho a presentar la Acción de Inconstitucionalidad”.

29 Art. 202.1 Constitución Bolivia: “Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, (...) conocer y resolver: En única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales. Si la acción es de carácter abstracto, sólo podrán interponerla la Presidenta o Presidente de la República, Senadoras y Senadores, Diputadas y Diputados, Legisladores, Legisladoras y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas”.

30 Art. 79 CPC: “Tienen legitimación activa para interponer Acción de Inconstitucionalidad Concreta, la Jueza, Juez, Tribunal o Autoridad Administrativa que, de oficio o a instancia de una de las partes, entienda que la resolución del proceso judicial o administrativo, depende de la constitucionalidad de la norma contra la que se promueve la acción”.

reconocimiento de su pensión antes de esta Ley de 1988 no se les aplicaba el citado ajuste, sino que sus bases de reajuste eran mucho más bajas. De ahí que el Congreso resolviera reconocerles como compensación el pago del mes adicional para compensar su situación.

Frente a ello, los recurrentes argumentaron que al institucionalizar el mes adicional solo para los pensionados antes del 1 de enero de 1988, se estaba favoreciendo injustificadamente, a través de un mandato general, a un núcleo singular de personas en detrimento de otras, lo que vulnera el principio constitucional de igualdad. Por esa razón pedían que se eliminara la expresión “*solo para los pensionados antes del 1 de enero de 1988*” y que se extendiera el mes adicional a todos los pensionados del país. La Corte Constitucional aceptó y resolvió a favor la acción de inconstitucionalidad³¹, lo que significó una mejora importante la cuantía de las pensiones de jubilación.

Otro ejemplo, también en Colombia, es la sentencia C-776 de 2003 de la Corte Constitucional. El caso aquí es una acción de inconstitucionalidad presentada por un ciudadano colombiano contra los artículos de la Ley 788/2002, de 27 de diciembre, que extendía el IVA a todo un listado de productos de primera necesidad, pasando a estar gravados con un 7% de IVA. La Corte Constitucional³² aceptó y resolvió a favor de la acción, declarando inconstitucional los citados artículos.

Resulta evidente, en consecuencia, que la posibilidad de los ciudadanos de presentar acciones de inconstitucionalidad contra leyes o normas con rango de ley constituye una importante garantía o mecanismo de defensa de derechos sociales³³.

Pues bien, a pesar de que el citado art. 132 de la Constitución boliviana de 2009 reconoce, abiertamente, la acción ciudadana de inconstitucionalidad, el CPC de Bolivia aprobado por Ley 254/2012, de 5 de julio³⁴, con la función de desarrollar legislativamente, entre otros aspectos, las acciones de inconstitucionalidad, reproduce en gran parte el redactado establecido por la Ley del Tribunal Constitucional de 1836 y señala que las acciones de inconstitucionalidad se pueden presentar solo “a instancia de las au-

31 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-409 de 1994.

32 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-776 de 2003.

33 Sobre estas y otras experiencias, vid. R. UPRIMNY YEPES. “Should Courts enforce social rights? The experience of the Colombian Constitutional Court”, en F. COOMANS (ed.) *Justiciability of Economic and Social Rights*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006.

34 El Código Procesal Constitucional deroga y sustituye la parte segunda de la Ley 027/2010 del Tribunal Constitucional Plurinacional.

toridades públicas señaladas en el presente Código” (art. 72 CPC), para proceder a continuación, a regular la acción de inconstitucionalidad abstracta (arts. 74-78 CPC) y concreta (arts. 79-84 CPC), no haciendo ninguna referencia a la acción ciudadana de inconstitucionalidad, como si no existiera.

Lo mismo ha hecho también el Tribunal Constitucional de Bolivia en la Sentencia 1954/2014, de 8 de octubre, en la que niega la existencia de una acción ciudadana de inconstitucionalidad, señalando que únicamente existe las acciones de inconstitucionalidad abstracta y concreta³⁵.

De esta manera, se produce por parte del poder legislativo y del Tribunal Constitucional Plurinacional, el desmontaje de un mecanismo fundamental de protección de derechos sociales por parte de los ciudadanos como es la acción ciudadana de inconstitucionalidad prevista por el Constituyente en el texto constitucional.

4. Lecciones de la experiencia andina: el reto de superar el choque de culturas jurídicas entre constitución y estado

La causa principal del desmontaje post-constituyente de las dos reconfiguraciones descritas la encontramos en el choque de culturas jurídicas entre Constitución i poder político y judicial.

Mientras en el momento constituyente los movimientos sociales, caracterizados por ser estructuras de rebelión problematizadoras con el orden establecido, ocupan el centro de decisión política, la normativa emergente introduce novedades vanguardistas y avanzadas. En el momento post-constituyente de reinstitucionalización del proceso en que los poderes constituidos de Estado, donde los partidos y la burocracia estatal,

³⁵ Sobre ello, vid. CA. GOITIA CABALLERO, “El derecho a una acción directa de inconstitucionalidad”, *Ciencia y Cultura*, Universidad Católica Boliviana, núm. 35, 2015, p. 102

caracterizados por ser estructuras de reproducción del orden, vuelven a recuperar el centro de decisión política, la normatividad que emiten se caracteriza por llevar a cabo una interpretación conservadora del texto constitucional que desactiva su potencial transformador.

Se produce, por tanto, un choque de culturas jurídicas entre la nueva cultura participativa, social y transformadora de la Constitución nacida de los movimientos sociales, frente a la vieja cultura positivista, rígida y conservadora todavía extendida en el poder político y judicial y que bloquea el potencial transformador de la Constitución.

Este no es un problema nuevo, en su libro *The Dilemmas of Lenin: Terrorism, War, Empire, Love and Revolution*, Tariq Ali³⁶ desarrolla lo que llama los tres dilemas a los que Lenin tuvo que enfrentarse. Uno de ellos fue la percepción del revolucionario ruso de que la visión del futuro Estado socialista redactada en agosto y septiembre de 1917 no llegó nunca a verse plasmada en la realidad y que una de las causas de ello estaba en que la vieja burocracia zarista había logrado conquistar a sus compañeros, que habían adoptado con bastante facilidad los viejos métodos de gobierno y las prácticas culturales del pasado. A partir de este momento, Lenin adquirió conciencia de la dificultad técnica de generar un nuevo tipo de Estado. Crear de cero un nuevo tipo de Estado que rompa totalmente con las viejas formas es una tarea, decía él, que requiere de mucho conocimiento técnico y jurídico y que es fundamental para lograr que la Constitución no se vuelva papel mojado.

Una Constitución novedosa, participativa, social y transformadora exige necesariamente ser institucionalizada en una forma de organización política, léase Estado, novedosa que permita implementarla. Para ello no es suficiente con, simplemente, cambiar las personas que ocupan el viejo aparato de Estado.

Difícilmente podemos aceptar íntegramente la concepción del Estado-sujeto desarrollada por Max Weber y otros sociólogos de la corriente institucionalista-funcionalista, según la cual el Estado es un ente con una autonomía absoluta que ejerce una función racionalizante y englobante, con lo que no es el sujeto el que cambia el Estado sino el Estado el que cambia el sujeto. Pero tampoco la podemos negar absolutamente ni defender una concepción meramente instrumentalista del Estado, como

36 T. ALI, *The Dilemmas of Lenin: Terrorism, War, Empire, Love and Revolution*, Verso, Londres, 2018.

la concepción del Estado-cosa desarrollada por Lasalle, según la cual el Estado serían un medio o instrumento pasivo, sin ninguna autonomía, que puede ser utilizado cuando se quiera por cualquiera para lograr fines previamente delimitados.

Es incuestionable que el Estado ejerce siempre una cierta función asimiladora sobre cualquier sujeto que entre en él. Precisamente por ello, la única manera de crear una nueva cultura jurídica no positivista, rígida ni conservadora que permita que la nueva Constitución sea eficaz pasa por institucionalizar un nuevo modelo de Estado y democracia que supere la vieja estructura liberal, donde la producción normativa o de Derecho y su ejecución y control dejaría de corresponder, en exclusiva, a organismos técnico-formales separados de la población, es decir, instituciones y órganos representativos de monopolio estatal, para pasar a un nuevo e histórico sujeto colectivo participante conformado por la población en general y por la sociedad civil organizada.

Estas son algunas de las lecciones que podemos extraer sobre la cuestión de la constitucionalización, implementación y eficacia de los derechos sociales en los nuevos modelos constitucionales de Bolivia y Ecuador, a diez años vista de la aprobación de sus Constituciones.

5. Bibliografía

- Ali, T., *The Dilemmas of Lenin: Terrorism, War, Empire, Love and Revolution*, Verso, Londres, 2018.
- De Cabo, C. *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Trotta, Madrid, 2010.
- Guamán, A., R. Lorente, C. Nuñez y M. De la Fuente, *La Seguridad Social en Ecuador* (manuscrito), proyecto de investigación IAEN-UVEG, 2016.
- Goitia Caballero, C.A. “El derecho a una acción directa de inconstitucionalidad”, *Ciencia y Cultura*, Universidad Católica Boliviana, núm. 35, 2015.
- Häberle, P. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*, Trotta, Madrid, 1998.
- Heller, H. “El derecho constitucional de la República de Weimar. Derechos y

deberes fundamentales”, en *Escritos políticos*, Alianza, Madrid, 1985.

- Lorente, R. y A. Guamán, “The process towards labour formalisation in Ecuador over the last decade”, *Labour Studies*, Vol. 7. Núm. 1, 2018.
- Llasag, R. “Avances, límites y retos de la administración de justicia indígena en el Ecuador, año 2010: El Caso La Cocha”, en *Develando el desencanto. Informe sobre derechos humanos Ecuador 2010*, Programa Andino de Derechos Humanos/UASB, Quito, 2010.
- Maestro, G. *La Constitución del trabajo en el Estado social*, Comares, Granada, 2002.
- Mortati, C., “Il lavoro nella costituzione”, en *Il diritto al lavoro*, Guiffré, Milán, 1954.
- Neumann, F., “Il significato sociale dei diritti fondamentali nella costituzione di Weimar”, en *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittadura*, Il Mulino, Bolobia.
- Noguera, A. y M. Navas, *Los nuevos derechos de participación ¿Derechos constituyentes o constitucionales?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- Noguera, A., “Derechos fundamentales, fundamentalísimos o, simplemente, derechos? El principio de indivisibilidad de los derechos en el viejo y el nuevo constitucionalismo”, en *Derechos y libertades*, núm. 21, 2009.
- _____, “El derecho a la resistencia y justiciabilidad de los derechos sociales en Ecuador”, *Revista Derecho Social Latinoamérica*, núm. 1, 2016.
- _____, *La igualdad ante el fin del Estado social. Propuestas constitucionales para construir una nueva igualdad*, Sequitur, Madrid, 2014.
- Ochando, C. “Restricciones económicas de las reformas de los Sistemas de Seguridad Social en algunos países latinoamericanos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 69, 2007.
- Sinzheimer, H. “Relazione all’assemblea costituente (2 junio 1919)”, en *Laboratorio Weimar*, Lavoro, Roma, 1982.
- Uprimny Yepes, R. “Should Courts enforce social rights? The experience of the Colombian Constitutional Court”, en F. Coomans (ed.), *Justiciability of Economic and Social Rights*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006.
- Vega García, P. “La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)”, en M. Carbonell (coord.), *Derechos Fundamentales y Estado*, UNAM, México, 2002.

BALANCE DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN TUNECINA

Seif Soudani¹

A lo largo de su historia contemporánea, Túnez proporciona una ilustración sorprendente de la estrecha correlación entre modernidad y conquista social. Así, la abolición de la esclavitud en Túnez, desde 1846, ya había allanado el camino para una progresiva consagración de los derechos humanos más esenciales y para una modernización social singular en la región árabe. Bajo presión externa, el país se dotó del Pacto Fundamental en 1857 y de una Constitución en 1861, la primera en el mundo musulmán.

Este acuerdo constitucional prescriptivo, que rompía con la tradición árabe-musulmana, consagró muchos derechos económicos y sociales, como el derecho a la propiedad, el derecho a la seguridad jurídica, la legalidad fiscal, la legalidad penal y la libertad de comercio e industria. Túnez obtuvo por consiguiente una ventaja sobre el resto del mundo árabe, que Bourguiba, el primer presidente de la República proclamada en 1957, consolidó incluso si ocupó el gobierno indefinidamente (1956-1987) ignorando los principios de la República. República que él mismo ensalzaba. Siguió en el poder hasta que Ben Ali lo depuso. Este último, a su vez, será expulsado en 2011 por el movimiento de protesta cuya magnitud sorprendió a actores y observadores y causó tanto la disolución de las instituciones políticas como la derogación de la Constitución de 1959.

1 Periodista tunecino, ex subdirector de comunicación de la Instancia Verdad y Dignidad.

Evento generador de la Primavera árabe, la revolución tunecina de 2011 parece haber dado a Túnez una nueva ventaja en comparación con los Estados árabes en términos de modernización social y política. La Constitución adoptada en enero de 2014 al final de una crisis compleja es parte del proceso de modernización, iniciado muy temprano, que había roto, al menos desde el siglo XIX, con el “modelo” de gobierno de las sociedades árabe-musulmanas. Esta constitución se piensa y se proclama, en su preámbulo, como respuesta a las demandas de la revolución de la libertad y la dignidad.

La Revolución de la Dignidad surgió en una de las regiones más desfavorecidas del país en respuesta a un déficit de desarrollo económico y social que la crisis financiera internacional había agravado. El desempleo afectaba masivamente a los graduados universitarios y el descontento fue al mismo tiempo social y político. En el imaginario colectivo, el déficit de desarrollo era producto de la mala gestión de las finanzas públicas y el incumplimiento de los derechos socioeconómicos que el Estado tenía que consolidar. Este sentimiento compartido generó frustración, especialmente entre los jóvenes, y un fuerte sentimiento de injusticia y arbitrariedad que iba a resultar fatal para el régimen. De hecho, a través de esta revolución, Túnez ha recuperado una tradición de su pasado, atravesado por revueltas fiscales² a menudo recordadas por los historiadores³.

Sin embargo, si se observan las evoluciones durante el período 1960-2010, es fácil observar que el Estado tunecino independiente había logrado notables resultados en cuanto a su desarrollo económico y social. La promulgación, a partir de 1956, del Código de Estatuto Personal que permitió la emancipación de las mujeres, la generalización de la educación desde 1958, el establecimiento de un sistema de seguridad social en 1960, la limitación de los nacimientos a partir de 1961, la legalización del aborto desde 1964, la legislación protectora para los trabajadores (incluido el Cód-

2 La revolución de 1864, la que mejor conocemos, fue el resultado de un gestión desastrosa de las finanzas públicas y precedió a una pequeña pérdida de la soberanía fiscal de Túnez en 1869/1870 y su soberanía política en 1881. El soberano tunecino inició, a raíz de una visita a París en 1846, una política desmesurada de gasto público para modernizar el país y crear servicios públicos, particularmente un ejército. Al mismo tiempo, el estilo de vida de la corona aumentó aún más las necesidades financieras del estado. El aumento de impuestos se volvió inevitable. De ahí que se doblara, en 1864, un impuesto sobre las personas físicas llamado Mejsa que provocaría inmediatamente un levantamiento popular que comenzó en la misma área geográfica que el de 2011.

3 Para ilustrar la correlación entre las revoluciones y los impuestos, Gabriel Ardant se refirió a dos revoluciones famosas, la primera ya tiene mil años, la del hombre burro, y la segunda tiene solo 150 años. años; la de Ben Ghdhim de 1864, Gabriel Ardant, La historia del impuesto, p.399

digo de Trabajo de 1966) y la liberalización de las inversiones desde 1969 llevaron a un crecimiento económico de alrededor del 5% y la aparición de una clase media que, en vísperas de la crisis financiera internacional de 2008⁴, representaba más de dos tercios de la población. El espectacular desarrollo de los servicios públicos, en particular la electricidad, el agua potable y la salud pública, ayudó a transformar el panorama social y la calidad de vida de los tunecinos. La escuela gratuita fue un verdadero estímulo social en beneficio de las clases más desfavorecidas⁵. Además, los gobernantes del estado independiente extraían su “legitimidad” no de las urnas, sino a partir de la satisfacción del disfrute real, por parte de la mayoría de los ciudadanos, de los derechos económicos y sociales.

Sin embargo, la política de transferencias sociales, aunque generosa en comparación con el potencial del país, no era suficiente para satisfacer la necesidad inevitable de las nuevas generaciones y las regiones desfavorecidas. La escala del desempleo y las disparidades flagrantes entre regiones y categorías, combinadas con el despotismo absolutista⁶, debían conducir a una explosión social en un país históricamente acostumbrado a las revueltas. Si bien Túnez se había modernizado relativamente a nivel socioeconómico, no se había democratizado. Además, el deterioro de la calidad de los servicios públicos anuncia el deterioro de los derechos económicos y sociales cuya eficacia depende esencialmente de los servicios prestados por las autoridades públicas o bajo su responsabilidad.

La revolución fue el resultado de esta discrepancia entre las ambiciones legítimas creadas por este progreso en una juventud cada vez peor preparada para el mercado laboral y la dura realidad económica confrontada a la globalización despiadada. Así, el bloqueo del ascensor social, provocado por la crisis económica y política, produjo rápidamente injusticias y engendró descontento que no solo amenazaba al orden social, sino que también socavaba la unidad nacional y la cohesión social. El déficit de

4 No fue una coincidencia que la crisis en la cuenca minera de Gafsa de 2008, la génesis de la revolución tunecina, se desencadenara concomitantemente con la crisis internacional. El poder en el lugar ya no tenía los medios financieros para satisfacer las necesidades locales.

5 Todos los indicadores de desarrollo (tasa de escolarización, electrificación, suministro de agua potable, número de médicos por habitante, dominio de la demografía, ingresos per cápita promedio) muestran que las políticas públicas han producido una verdadera modernización de la sociedad. Todos los servicios públicos y su generalización en todo el territorio nacional reflejan opciones y una buena gestión de las finanzas públicas, incluso si la calidad de algunos servicios públicos se ha deteriorado considerablemente por razones muy complejas, entre las que destaca la libre.

6 En el interior, el gobierno prácticamente no tenía aliados, ya que había logrado la hazaña de levantar contra él todas las estructuras y elites que rechazaban la lealtad al Presidente.

justicia social vio incrementado su conflictividad bajo el efecto de varios factores entre los cuales el nivel educativo de una población exigente. El debilitamiento de la autoridad del estado por la revolución solo lo acentuó.

¿Cómo ha podido el poder constituyente tunecino aprehender los derechos económicos y sociales, especialmente a medida que aumentaban la impaciencia y las expectativas y la riqueza a distribuir escaseaba? ¿Ha establecido la Constitución los principios e instrumentos que obligarán a los futuros gobernantes a lograr la justicia social, proclamados solemnemente como un objetivo por el poder constituyente? ¿El nuevo mecanismo constitucional, cuya arquitectura y la calidad de su redacción a veces dejan mucho que desear⁷, promueve la meritocracia y la difusión del conocimiento como las principales fuerzas de igualación de las condiciones del ser humano? Ciertamente, la nueva Constitución ha proclamado la mayoría de los derechos económicos y sociales, los llamados derechos de segunda generación. Es más rico y más explícito en este asunto que la de 1 de junio de 1959. Pero esta proclamación, por más solemne que sea, no es ni exhaustiva ni suficiente para hacer real el disfrute de estos derechos. Además, desafortunadamente, la empresa ha sido arrinconada en un mundo donde ocupa un lugar marginal en la creación de la riqueza que debería redistribuir.

Derechos proclamados

El lema de la revolución tunecina, la dignidad humana, ha sido elevado a rango constitucional porque constituye un atributo esencial de la naturaleza humana. Además de su connotación religiosa arraigada⁸, este valor legalmente protegido es la base de todos los derechos humanos y en particular los derechos económicos y sociales. De aquí en adelante, es parte del lema de la República junto a la libertad, la justicia y el orden (Artículo 4 de la Constitución), mientras que en la versión inicial de la Constitución de 1959 se le hizo una simple alusión. El preámbulo expresa una inequívoca

7 La redacción del texto está lejos de satisfacer el rigor legal. Las fórmulas literarias que a veces carecen de imperfección o significado preciso dejan al jurista perplejo. Es así con esta fórmula del § 1 del artículo 8 según el cual “la juventud es una fuerza viva en la construcción de la nación”. De manera similar, los artículos 39 y 42 deberían haber seguido o incluso haberse fusionado, ya que fueron el resultado de un compromiso difícil pero mal concebido entre dos tendencias, el tradicionalismo y la modernidad.

8 Ya en 1486, un escritor renacentista italiano (Pic de la Mirandole) escribió en un libro titulado “De dignitate hominis” que “He leído en libros árabes que no se puede encontrar nada más admirable”. mundo que hombre “. Enciclopedia Universalis, ver humanismo.

necesidad social tanto de reconocimiento de derechos, libertades, particularidades y redistribución para romper con el estatus de sujeto y con unas desigualdades insoportables. El término “dignidad” se ha utilizado varias veces en el texto de la Constitución: dos veces en el preámbulo y tres veces en artículos (artículos 4, 23 y 30). Este recurso repetido a la dignidad expresa la voluntad del poder constituyente de erigir como imperativo principal tanto la redistribución en nombre de la solidaridad social como el reconocimiento de los grupos desfavorecidos en nombre de la diversidad. Además de este denominador común de varios derechos humanos, la Constitución ha consagrado importantes derechos económicos y sociales en un largo capítulo dedicado a los derechos y libertades (artículos 21 a 49).

Derechos relacionados con la noción de “bienestar”.

Entre ellos se encuentra el “derecho a la salud”, reconocido para cada ser humano, especificado en el Artículo 38.1, y no solo para los ciudadanos, mientras que en la Constitución de 1959 el derecho a la salud ha sido objeto de pista en el preámbulo. El mismo artículo no solo proclamó este derecho, sino que también responsabilizó al Estado de garantizar la prevención y la atención médica a “todos los ciudadanos”.

El estado también garantiza atención médica gratuita para “personas” sin apoyo y bajos ingresos. Esta variabilidad de los conceptos utilizados (persona, ciudadano o ser humano) está cargada de consecuencias. El texto incluso se aventuró a obligar al Estado a proporcionar los medios necesarios para garantizar “la seguridad y la calidad de los servicios de salud”. Uno puede preguntarse sobre el realismo y la conveniencia de tal disposición dados los medios limitados del Estado y el litigio que puede generar.

Entre los derechos que contribuyen al bienestar, la Constitución establece que “el derecho al agua está garantizado” (art. 44). Esta disposición puede parecer emocionante, pero las condiciones climáticas del país pueden hacerla hipotética. Se teme que los litigios no garanticen este derecho para una parte importante de la población, ya que el 20% de los tunecinos no tienen agua corriente. Aquí también, los autores de la Constitución han sido poco realistas. El poder constituyente debería, como lo había hecho juiciosamente para el deporte y el ocio (art. 43), considerar una obligación de habilitación de medios en este asunto en lugar de garantizar un derecho que se sabe que es prácticamente imposible de satisfacer en el estado actual.

El mismo artículo de la Constitución no omitió el derecho a la seguridad social al referirse a la ley. Hay que decir que el silencio de la Constitución de 1959 sobre el derecho a la seguridad social no había impedido al legislador generalizar progresivamente la cobertura de la seguridad social. La constitucionalización de este derecho obliga al Estado a ampliar la cobertura a todas las “personas”, incluidas las de las nacionalidades extranjeras y a los residentes en Túnez.

Los derechos relacionados con el desarrollo de la persona

El derecho a la educación pública gratuita y obligatoria durante décadas ha sido un afianzamiento denso y confuso y, durante la redacción de la Constitución, fue fuente de discrepancias en relación con la voluntad de los islamistas de arabizar e islamizar la educación. El abandono de la versión original de lo que se convirtió en el artículo 39 es un mal menor ya que el uso de las lenguas extranjeras se incluyó *in extremis* para contener las protestas planteadas por la disposición de dicho artículo. La obligación constitucional de “arraigar en las generaciones más jóvenes la identidad árabe-musulmana” es una reacción a la modernización del sistema educativo llevada a cabo por el gobierno desde 1958. Corre un serio riesgo que se convierta en base constitucional para iniciativas de islamización y arabización que podrían poner en peligro la modernización y democratización del sistema tunecino.

El derecho a la cultura, consagrado en el artículo 42, forma parte de la evolución internacional de consagrar la diversidad cultural, la tolerancia, la apertura, el diálogo entre civilizaciones, el derecho de las futuras generaciones y la protección del patrimonio cultural. El texto está bien diseñado y cumple con las aspiraciones del país de unirse y contribuir, como siempre había hecho tradicionalmente, a la civilización humana.

El afianzamiento de los derechos de la infancia (artículo 47) y de quienes sufren de discapacidad (artículo 48) responde a una necesidad social real de apoyar estas dos categorías frágiles. A pesar de que el estado ya ha desarrollado una legislación para protegerlos, sigue siendo cierto que el afianzamiento de estos derechos consolida el estado de estas categorías más cuanto que las estructuras públicas o privadas de su gestión están todavía por debajo de las necesidades. En adelante, el Estado tiene la obligación de ser proactivo en la protección de los niños y los discapacitados, de modo que su incumplimiento puede ser recurrido.

El derecho a la “no regresión”

El estatus de la mujer se revolucionó cuando Bourguiba, entonces Primer Ministro, promulgó el código del estatuto personal el 13 de agosto de 1956, después de haber conseguido arrancar, diez días antes⁹, el poder de promulgar leyes de las manos del monarca tunecino. Esa fue la verdadera primera Constitución que revolucionaría la sociedad tunecina. Singular en el mundo árabe, el estatus de la mujer es cuestionado regularmente y en voz alta por algunos islamistas, que lo describen como enemigo del islam, que nunca han aceptado la abolición de la poligamia, el repudio y la legalización de la adopción y el aborto. Los temores, perfectamente justificados, de cuestionar los derechos de las mujeres han llevado a los seguidores de la modernidad (entre los cuales, agentes de la sociedad civil y partidos políticos) a exigir la inmunización de estos derechos contra las aventuras de una eventual mayoría que se pudiera verse tentada por el retorno a las llamadas tradiciones islámicas.

Por lo tanto, el artículo 46, uno de los más importantes de la Constitución, establece el principio de no regresión en el área de los derechos de las mujeres. Según este artículo, el Estado se compromete a proteger los derechos adquiridos de las mujeres y a consolidarlos. Con este fin, además de la obligación de tomar las medidas necesarias para erradicar la violencia contra las mujeres, el Estado debe garantizar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres para asumir las diversas responsabilidades y aplicar la paridad en los órganos y asambleas elegidos (artículos 46 y 34) porque no es suficiente proclamar la igualdad entre mujeres y hombres, como lo ha propuesto el artículo 21, cuya fórmula es algo restrictiva ya que es para los ciudadanos. La igualdad a la que se refiere este artículo 21 puede ser interpretada por aquellos que son profundamente hostiles a la igualdad entre mujeres y hombres y que son numerosos, incluyendo entre las mujeres en la universidad, como limitados al ámbito de los derechos conferidos por la ciudadanía. ¿La discriminación prohibida por el artículo 21.1 de la Constitución incluye la discriminación en la herencia? La prohibición de la discriminación se refería únicamente al alcance del primer párrafo y no a todos los derechos conferidos por el párrafo 2 del mismo Artículo 21. La redacción de este texto no parece neutral, incluso si el esquema general de la Constitución debería, de conformidad con el artículo 146, conducir a la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer. Túnez se había comprometido a hacerlo

9 El 3 de agosto de 1956, Bourguiba obtuvo de Bey la delegación del poder normativo.

eliminando las reservas relativas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)¹⁰.

Derechos patrimoniales

Además, la Constitución de la Segunda República confirmó el estatuto del derecho de propiedad cuya constitucionalización se remonta a 1857/1861. La Constitución de 1959 debía renovar un derecho virtualmente sagrado en la historia¹¹ y en la imaginación colectiva. Cuando el estado se aventuró en una política de colectivización durante la década de 1960, su política fracasó debido a la vinculación de las personas, especialmente de los campesinos, a sus propiedades. La nueva Constitución ha considerado necesario reservar para la propiedad intelectual una mención especial en el mismo Artículo 41 que, además, se refiere a la ley de garantías y posibles limitaciones al derecho de propiedad. La legislación relativa a la expropiación para fines públicos y a la requisa debe actualizarse para otorgar al propietario garantías reales contra posibles abusos cuando las autoridades públicas están obligadas a actuar en interés público y a expensas del derecho de propiedad.

Derechos relacionados con intereses profesionales.

En comparación con la Constitución de 1959, la Constitución de 2014 innovó significativamente en el área de los derechos de interés profesional. Es mucho más generosa en la medida en que se han dedicado varias disposiciones a esta categoría de derechos. Así, la libertad de formar sindicatos, omitida en la Constitución de 1959, está claramente consagrada en el Artículo 35 de la Carta Magna, que exige que estas entidades respeten la Constitución, la ley y la transparencia financiera y rechacen la violencia. Aunque la ley prevé esta libertad desde 1966, su respeto no siempre ha sido observado por las autoridades públicas. Es lamentable que esta disposición, aplicable a los partidos y asociaciones, no exigiera a estas entidades el respeto de los principios democráticos en cuanto a su organización. La ley orgánica debería poder corregir esta omisión para evitar la creación de organizaciones antidemocráticas.

¹⁰ Decreto legislativo N° 103, de 24 de octubre de 2011. Sin embargo, Túnez mantiene su declaración que podría servir como pretexto para abstenerse de aplicar el principio constitucional de igualdad entre mujeres y hombres.

¹¹ Uno de los más grandes historiadores y sociólogos de todos los tiempos, IBN KHALDOUN, postuló, en 1382, que las infracciones del derecho de propiedad están anunciando la caída del estado.

El principio del derecho de sindicación se extendió por el artículo 36 con los mismos términos utilizados en el artículo 8 de la Constitución de 1959, que era particularmente lacónico. Sin embargo, para superar las dificultades planteadas por la anterior disposición constitucional, el artículo 36 ha aportado una triple precisión: en primer lugar, el derecho de huelga se reconoce explícitamente como un derecho relacionado con el derecho de sindicación. Uno puede lamentar la fórmula utilizada “incluido el derecho de huelga” porque puede significar que el derecho de huelga no es independiente del derecho de sindicación. En segundo lugar, las fuerzas de seguridad y los funcionarios de aduanas, aunque gozan del derecho de sindicación, no tienen derecho a huelga. Cada uno de los dos derechos tiene su singularidad y la prohibición del derecho de huelga debería haberse limitado a los agentes activos del organismo aduanero y evitar extender la prohibición a los agentes que no tienen prerrogativas sensibles. Finalmente, el personal del ejército nacional está privado del derecho de sindicación y del derecho de huelga. Estas aclaraciones se hicieron necesarias tanto por las interpretaciones de la antigua disposición constitucional que abrió el camino a las interpretaciones restrictivas del derecho de sindicación como en el contexto postrevolucionario en el que se produjeron huelgas salvajes, incluso por agentes de las fuerzas de seguridad interior y de aduanas. La racionalización del derecho de sindicación, ejercida por los organismos que constituyen el núcleo duro del Estado, se había hecho necesaria, sobre todo porque la autoridad del Estado estaba severamente cuestionada por prácticas, a veces anarquistas, en nombre ejercicio de los derechos y libertades. Esta racionalización se practica en los países democráticos.

El derecho al trabajo es, en términos legales, una verdadera conquista social porque si en la antigua Constitución aparecía simplemente una alusión a este derecho en su preámbulo, en la de 2014 se le dedica todo su artículo 40. Este artículo responsabiliza al Estado de tomar las medidas necesarias para garantizarlo sobre la base de mérito y equidad. Esta es una fuerte respuesta al desempleo que afecta a un gran segmento de la población, incluidos los graduados universitarios en las llamadas áreas interiores¹². El mismo texto ha dado otros pasos en términos de garantías en beneficio del trabajador, ya que reconoce “a todos los ciudadanos ... el derecho a trabajar en condiciones dignas y con un salario justo”. Estas innovaciones no dejarán de producir sus efectos en los textos sub-legisla-

¹² En 2014, la tasa de desempleo de los graduados universitarios es del orden del 33%. Sería más del doble de la tasa de desempleo calculada sobre la población en edad de trabajar.

tivos, así como en las relaciones entre los interlocutores sociales, en particular en relación al concepto de salario justo, que no será fácil de determinar. El Estado también debe reorganizar su servicio público de empleo para que pueda cumplir con este imperativo constitucional en condiciones que respeten tanto el mérito como la equidad. Se debe garantizar la igualdad en este servicio público y el principio de no discriminación en el empleo. Este enfoque es parte de los compromisos internacionales de Túnez, que había ratificado, muy pronto, varios convenios de la OIT, en particular el número 111 (en 1959) y el número 122 (en 1965).

Omisiones con respecto a los derechos

A pesar de la extensión de su capítulo de derechos, la nueva Constitución no ha sido exhaustiva sobre los derechos económicos y sociales. El silencio sobre ciertos derechos es sorprendente, especialmente porque los sindicatos fueron particularmente activos en la Asamblea Constituyente al reclamar estos derechos. El tenso contexto social debería haber alentado al constituyente a preocuparse más por promover una democracia social que recogiera el peso de los interlocutores sociales. Estas omisiones se refieren, en particular, a los empleadores, que están igualmente preocupados como los empleados por los derechos y libertades¹³. Sin embargo, los dos principales sindicatos de trabajadores y la patronal jugaron, junto con el Colegio de Abogados y la Liga Tunecina de Derechos Humanos, un papel histórico en el marco del “Diálogo Nacional” para encontrar compromisos que permitieran superar la crisis engendrada por los asesinatos políticos y el deseo de islamizar el derecho y las instituciones. Pero no puede excluirse que este papel político desempeñado por las dos principales organizaciones sindicales haya dado lugar, en la Asamblea, a cierta desconfianza de dichas organizaciones en relación con los derechos económicos y sociales con los que se encuentran. Este papel político de los sindicatos puso también de manifiesto la incapacidad de los partidos políticos para encontrar, por sí solos, los compromisos. La gravedad de la situación política llevó a los sindicatos a favorecer la solución política por encima de las consideraciones socioeconómicas que, naturalmente, son su responsabilidad.

La nueva Constitución no ha juzgado importante poner atención en la libertad de comercio e industria. Sin embargo, esta libertad económi-

¹³ La libertad de asociación, que se rige principalmente por el Código de Trabajo de 1966, es reconocida por los empleadores que se han organizado en organizaciones de empleadores durante varias décadas y que se han convertido en interlocutores sociales.

ca fue proclamada desde 1857 por el Pacto fundamental. Puede pensarse que esto no es una mera omisión, especialmente porque la organización histórica de la patronal, así como el poderoso sindicato, ha actuado en la Asamblea Constituyente en defensa de derechos que considera legítimos y necesarios para la siguiente etapa. Obviamente, el Órgano Constituyente no reservó para las quejas del Sindicato de Patronos la misma acogida que para las del Sindicato de Trabajadores. La desconfianza del capital, combinada con la proximidad de los exdirigentes del sindicato al expresidente y su entorno, no favoreció el reconocimiento por parte de los agentes económicos de ciertos derechos que podrían reequilibrar las relaciones entre los interlocutores sociales.

Entre las garantías omitidas estaba la prohibición del trabajo forzoso, aunque Túnez independientemente había ratificado los Convenios n° 29 y n° 105 de la Organización Internacional del Trabajo muy temprano. La Constitución tenía mucho que ganar si hubiera constitucionalizado esta garantía fundamental del ser humano ya reconocida por el dispositivo infra-constitucional y, por lo tanto, inmunizándola contra cualquier tentación de regresión social. De manera similar, la libertad de trabajo, en caso de huelga, no fue consagrada por la Constitución debido a una hostilidad muy fuerte del sindicato, cuyo enorme peso en el clima social no podía ignorar el constituyente, clima ya muy tenso por la propia Revolución. Las violaciones de esta libertad ciertamente están recogidas por el Código Penal, pero ha caído en desuso.

Por otra parte, la negativa de la Asamblea Nacional Constituyente para consagrar el diálogo social es sorprendente ya que es en el marco de la Constituyente donde se firma un documento importante sobre el pacto social en el aniversario de la revolución, el 14 de enero de 2013. Este texto, de valor político, plantea establecer la democracia social y en particular el derecho a la negociación colectiva, que es inevitable. La negativa a consagrar el diálogo social parece haber desalentado a los iniciadores y actores sociales, ya que el documento, firmado desde 2013, no había tenido hasta entonces efectos concretos. Sin embargo, el difícil contexto nacional debería haber contribuido al fortalecimiento del diálogo social y a promover el espíritu democrático que representa dicho diálogo. De hecho, el debilitamiento del poder adquisitivo de los trabajadores ha dado lugar a lo que parece un desorden social y a la multiplicación indiscriminada de huelgas que afectan a la competitividad de la economía y debilita aún más las finanzas públicas que conforman el instrumento de redistribución de la riqueza.

Por otra parte, el contexto internacional debería haber llevado a los constituyentes a ampliar de forma explícita las reglas de la buena gestión de la empresa para protegerse de la aleatoriedad sea de controles abusivos por parte de las autoridades públicas competentes, sea de sus propios directivos. La proclamación en el texto de la libertad de empresa habría podido ser un mensaje útil para los operadores económicos para animarles a invertir y tranquilizarles frente a cualquier turbulencia de todo tipo. La creación de empleo y de riqueza para su redistribución, con el fin de instaurar una inexcusable justicia social pasa por la inversión y su protección contra los peligros y abusos de ningún tipo.

El silencio de la Constitución sobre las finanzas sociales es difícil de entender, especialmente por un creciente déficit preocupante que amenaza la sostenibilidad del sistema de seguridad social. Su gestión está encomendada al ejecutivo sin control parlamentario. Se tendría que haber planteado una ley anual que rigiera las finanzas sociales y que reflejaría su especificidad al tiempo que debería imponer equilibrio en los diversos fondos sociales. La protección de los contribuyentes y sus derechos pasa por esta exigencia de buena gestión, para la cual la constitucionalización hubiera permitido contener la laxitud y el endeudamiento desmesurado.

Es cierto que el artículo 12 de la Constitución proclama la justicia social como un objetivo que debe cumplir el Estado¹⁴. Pero este último esconde un equilibrio de poder que requiere un compromiso entre los derechos de los actores socioeconómicos. En realidad, la justicia social es al mismo tiempo un proyecto¹⁵ que apunta al bienestar colectivo¹⁶ y un enfoque emprendido para contener las desigualdades e injusticias producidas por la naturaleza o por el propio sistema social. Voces más comprometidas y más decididas dirán que la justicia social es una lucha contra las desigualdades cuyos efectos devastadores sobre la cohesión social ya no hace falta demostrar. La protección de las clases sociales frágiles no debe poner en peligro los derechos

14 El artículo 12 asigna al Estado el deber “de garantizar el logro de la justicia social, el desarrollo sostenible y el equilibrio de las regiones, teniendo en cuenta los indicadores de desarrollo y sobre la base del principio de discriminación positiva. . Además, el Estado se dedica a la explotación racional de los recursos nacionales “.

15 La Declaración de Filadelfia de 1944 establece que la justicia social es “el objetivo central de cualquier política nacional o internacional”. Por lo tanto, “todos los programas de acción y medidas tomadas a nivel nacional e internacional, particularmente en el campo económico y financiero, deben ser apreciados desde este punto de vista y aceptados solo en la medida en que parezcan favorecer, y no obstaculizar el cumplimiento de este objetivo fundamental “(Artículo II (c)).

16 Según la Declaración de Filadelfia “Todos los seres humanos, independientemente de su raza, credo o sexo, tienen el derecho de continuar su progreso material y su desarrollo espiritual en libertad y dignidad, en seguridad económica y con oportunidades. igual “(Artículo II a).

de los inversores que son desarrolladores y creadores de riqueza. La ecuación que enfrentan los gobiernos está lejos de ser simple, ya que, debido a la falta de capital público suficiente, el papel del estado es esencialmente el de la regulación. El estado de bienestar, revisado y repensado, todavía tiene un brillante futuro por delante.

Además, debemos tener cuidado de no creer que la injusticia social es el resultado de la pura desigualdad económica. La redistribución de la riqueza es ciertamente la parte más visible de la justicia social, ya que supone correcciones de las desigualdades económicas que se han vuelto cada vez más problemáticas. Pero debemos poner atención en otro requisito, no menos esencial para desencadenar el proceso de justicia social, el del reconocimiento. La negación de la justicia social es un riesgo que los gobiernos deben evitar. Tan generoso como es, el sistema constitucional por sí solo no es suficiente para traducir los derechos económicos y sociales en términos concretos.

LECCIONES Y RETOS DEL CONSTITUCIONALISMO EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS SOCIALES¹

Coordinado por Quim Arrufat, Observatorio DESC

1. Introducción

Al final de todas las reflexiones escritas y debatidas en el marco de este ejercicio de análisis comparado y balance de un ciclo de nuevas constituciones en nuestros Sures más cercanos, quedan principalmente en pie algunas reflexiones y el doble de preguntas que al principio. Preguntas que nos interpelan a seguir observando, activando, anticipando y preparando grietas y oportunidades por donde abrir paso a la dignidad humana como derecho fundamental. Es decir, y esencialmente, poner freno -y revertir donde se pueda- al obscuro abismo entre ricos y pobres, poderosos y desposeídos, que se hace a cada paso más hondo y más ancho. En los Sures, como en el Norte, como en el ecuador entre Sures y Norte que es la franja de mapa que nos toca vivir. Pues eso: hemos comparado y manoseado los diferentes procesos constituyentes y sus consecuencias sobre los derechos sociales. Pero las conclusiones, como veréis, abren más y nuevas preguntas que nos tocará responder en algún momento del futuro cercano.

Hasta qué punto es útil la inclusión de derechos sociales tales como el derecho a la vivienda en un texto constitucional? En cuántos casos y en

1 Conjunto de reflexiones extraídas de los debates y talleres celebrados en la segunda mitad de 2018 en Barcelona, Cataluña, entre diferentes expertos y actores relacionados con los respectivos procesos constituyentes de Suráfrica, Colombia, Venezuela, Bolivia, Ecuador y Túnez (procesos realizados todos ellos a lo largo los últimos 25-30 años), así como de Cataluña y España, participantes de forma física y / o por videoconferencias y otros medios, del proyecto “Instituir derechos económicos, sociales y culturales de forma efectiva: balance y perspectivas de la constitucionalización de derechos económicos, sociales y culturales “, proyecto organizado por el Observatorio DESC con el apoyo de la Agencia Catalana de Cooperación al Desarrollo.

qué casos esta presencia en la carta magna guarda relación alguna con el nivel de cumplimiento efectivo de estos derechos sociales? Puede parecer que las constituciones surgidas a caballo del auge del liberalismo como ideología configuradora de los actuales estados-nación han sabido articular un cierto marco jurídico de protección de derechos civiles y políticos, con consecuencias reales sobre su aplicación efectiva. Pero en los derechos económicos, sociales y culturales no está claro si en general se ha avanzado mucho, se está avanzando aún, o más bien hay una cierta incompatibilidad, al menos en la práctica política, en dotar a las constituciones de este alcance. Los derechos económicos y sociales representan aquella tercera capa o generación de derechos humanos reclamados en pleno período de descolonización del entonces llamado Tercer Mundo y básicamente ponen de relieve que de poco sirven los derechos civiles y políticos, sin una cobertura de las necesidades materiales del individuo que aseguren un mínimo vital.

Todas estas cuestiones relativas a la constitucionalización de los derechos sociales y la relación con su implementación efectiva es el tema de esta publicación. Pero esta vez queríamos abordar este balance no desde la teoría, sino desde el análisis de 6 ejemplos más o menos recientes de nuevas constituciones en África y América Latina. Unas constituciones surgidas los últimos 25 años de procesos de cambio político que, al menos de entrada, abrieron puertas a un mayor protagonismo popular y, en consecuencia sería plausible pensar que los correspondientes procesos constituyentes procuraron reflejar esta entrada protagonista de las clases populares en forma de más derechos civiles y políticos, pero también de los derechos sociales y económicos. Justamente en unas sociedades, las de África y América Latina, donde la desigualdad interna crece, y se suma a una desigualdad más global, la de un sistema-mundo fuertemente dividido en centro y periferias.

Este epílogo es el resumen del trabajo de análisis, debate y balance hecho a lo largo del proyecto del que es producto. Sin embargo, lejos de resolver la cuestión, las conclusiones abren nuevas preguntas raíz de las reflexiones hechas durante los trabajos de este proyecto de balance del papel de los derechos sociales en las constituciones y qué perspectivas se dibujan para el futuro.

2.

Las aportaciones del ciclo de nuevo constitucionalismo latinoamericano

Es innegable que el constitucionalismo en el espacio político de la Europa Occidental no se ha movido los últimos 50 años apenas. No en el ámbito interior del Estado-nación. En todo caso, ha vivido un desarrollo continuado, incluso interesante, en un ámbito supraestatal / internacional que reclama, y formalmente así está establecido, jerarquía y vinculación sobre y dentro de los marcos constitucionales estatales. Son las convenciones, tratados y normas que desde el ámbito ONU, Unión Europea, Consejo de Europa y otras instancias internacionales, van perfilando los límites y márgenes del derecho constitucional, sin tocar ni tampoco explícitamente contradecir los textos constitucionales propios de cada país. Sino completándolos, ampliándolos, desplegándolos. En una u otra dirección determinada, obviamente. Pero sin embargo prescinden del debate público, y de algún tipo de ejercicio de legitimación democrática directa. El último intento de pasar por referéndum popular este nuevo constitucionalismo que se despliega por encima de los Estados fue la ronda fallida de aprobación de la llamada Constitución Europea, oficialmente “Tratado por el que se establece una Constitución Europea”, dado que contradictoriamente a 200 años de tradición liberal, representativa y democrática en Europa, la Unión Europea no tiene un demos europeo, ni relación con el mismo, y por tanto no hay ningún sujeto constituyente. Hay estados que firman tratados.

Sin embargo es claramente remarcable que las cuatro constituciones latinoamericanas que constituyen este ciclo de nuevo constitucionalismo latinoamericano (Colombia, Venezuela, Ecuador, Bolivia) introducen explícitamente en sus textos conceptos, valores y principios que provienen justamente de este Derecho Internacional. Una aportación que hace todos estos principios mucho más operativos y exigibles, y que además sí cuentan con referéndum popular directo. Aniza García lo describe como un “nuevo paradigma en materia de reconocimiento y protección de Derechos” y hace la siguiente enumeración, que transcribimos textualmente:

a) El reconocimiento implícito o explícito de la indivisibilidad, interdependencia e igual jerarquía de todos los derechos.

b) La ampliación del catálogo ya sea por la inclusión de nuevos derechos, ya sea por la interpretación extensiva de los ya previstos, o incluso por el reconocimiento de aquellos que, a pesar de no estar expresamente mencionados en el texto constitucional, se encuentran consagrados en la carta internacional o claramente vinculados a la dignidad humana.

c) El reconocimiento de la jerarquía máxima a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de su prevalencia respecto de otras normas de orden interno.

d) El fortalecimiento de las normas dirigidas a erradicar la discriminación y asegurar la eficacia de los derechos también respecto de aquellos grupos hasta ahora excluidos, así como el reconocimiento de la composición multiétnica y pluricultural de los Estados y la consecuente incorporación de las normas, instituciones y mecanismos destinados a proteger estas identidades (sus territorios, recursos naturales, tradiciones, prácticas culturales, lenguas, e incluso sus sistemas de resolución de conflictos y sus funciones jurisdiccionales).

e) El reconocimiento de los derechos como estructuras complejas que demandan tanto acciones positivas como de abstención de los poderes públicos, según se desprende de los propios términos en los que están consagrados.

f) El reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos, es decir, de la posibilidad de que estos sean oponibles no sólo ante los poderes públicos sino también ante sujetos privados en condiciones de afectarles. Esta cuestión adquiere relevancia en el marco del actual sistema mundial, donde los agentes privados -sobre todo, las grandes corporaciones transnacionales- tienen cada vez más poder económico (y en consecuencia político), y están, por tanto, en situación de vulnerar derechos .

g) La justiciabilidad como garantía de los derechos sociales, particularmente aquellos vinculados con el acceso a los recursos destinados a la satisfacción de las necesidades humanas básicas.

g) El reconocimiento de la aplicación directa e inmediata del conjunto de los derechos; es decir, que no es indispensable su configuración legislativa posterior para que tengan vigencia plena y sean eficaces.

h) La previsión de un sistema de protección con mecanismos reforza-

dos de garantía para todos los derechos, incluida la posibilidad de reclamarlos ante los órganos internacionales competentes; así como el intento de fortalecer el rol y la independencia de las instancias judiciales.

i) El reconocimiento de la dimensión colectiva de los derechos y, en este caso, la previsión de mecanismos idóneos para hacerlos efectivos.

j) La profundización del modelo democrático mediante el impulso de la descentralización y, particularmente, la incorporación de mecanismos que favorezcan la participación directa y efectiva de la ciudadanía, así como el ejercicio pleno de sus derechos.

3.

El marco constitucional hoy: garantía de derechos para las personas o escudo para el estado (o el estatus quo)?

La génesis del constitucionalismo nos transporta a la pugna entre los Antiguos Regímenes absolutistas y las reclamaciones de reglas iguales para todos de la nueva clase social emergente, la burguesía. Los textos constitucionales, pues, eran cartas de derechos que ostentaban la calidad de soberanas, es decir, que su contenido debía ser respetado por todos, incluso el soberano en el caso de las monarquías que tuvieron que ir aceptando limitaciones a su absolutismo. Justamente por eso, las llamamos monarquías constitucionales, en aquella época. Es pues el concepto “constitución” un concepto arrancado del poder absoluto para construir espacios de derechos individuales y, por tanto, sinónimo de libertad y emancipación, de progreso y de luz, de vanguardia de una serie de cambios que iban a sacudir mortalmente los viejos privilegios y servidumbres.

La evolución del Estado en Europa Occidental, después de la 2ª Guerra Mundial, se encaminó hacia conformar un sistema de provisión colectiva de servicios públicos para garantizar el ejercicio de algunos derechos sociales fundamentales, tales como la educación, el transporte o la sanidad. En este sentido, materializó avances sociales conocidos como Estado del

Bienestar, más que avances en formulaciones de derechos. Resolvió por la vía material (política pública), más que por atribuciones inmateriales (derechos). Los nuevos textos constitucionales no se nutrieron demasiado de esta nueva filosofía del bienestar que daba un nuevo sentido en el estado.

Las incógnitas y las dudas surgen siempre a la luz de los tiempos presentes. Con un Estado de Bienestar en lenta pero continuada crisis de adelgazamiento, y en unos tiempos políticos sobre los que el nacionalismo de estado y el populismo autoritario recobran poder, qué nuevo papel, además de los antiguos, van a jugar las constituciones como normas supremas? Dependerá mucho de los casos, evidentemente. Pero hace tiempo que en Europa las constituciones ya no son vanguardia de nuevas libertades, sino a lo sumo diques de contención de garantías clásicas. En su lugar, las constituciones pueden llegar a ser percibidas más bien como escudos del Estado frente a las demandas ciudadanas que reclaman más derechos, más garantías, nuevas libertades y cuestionan, otra vez, el mantenimiento contra todo progreso de viejos privilegios. En un extremo, cierta lectura conservadora de los textos constitucionales puede usarlos justamente de argumento para descartar reclamaciones de más derechos, sobre todo en el campo social y económico

Justamente en América Latina es donde en los últimos 15 años más puertas se han abierto al avance de las constituciones hacia posiciones de innovación en materia de nuevos y mayores derechos en los campos cultural, social y económico. La ola de procesos constituyentes que ha vivido la región, con un fuerte protagonismo movilizad de las clases populares y sus reclamaciones, se adentra de lleno en un nuevo constitucionalismo progresista. Un ciclo que abren tímidamente Colombia (1991) sin casi efectos prácticos, y Argentina (1994) y que da un salto adelante en Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009). Un ciclo, sin embargo, que seguramente podemos dar por cerrado actualmente, tras quedar sin efecto ni fuerza el intento de Chile (2011-?) de sumarse a la corriente. Nuevos derechos y más derechos son una cuestión que pasa siempre por confrontar aquellos viejos privilegios que el anterior régimen constitucional protegía. Nada que no sea una continuación del motor de cambio propio de la tradición liberal del Estado de Derecho, y de la Historia en general. Es por eso, porque es en el Sur donde más se han movido estos los últimos años las relaciones entre derechos sociales y constituciones, la razón por la que hemos querido abordar casos del Sur y consultar sus protagonistas y expertos.

4.

El límite —o no— de la provisión material

La garantía de los derechos civiles y políticos en un estado determinado recae en la existencia de un Estado de Derecho, una Justicia imparcial, unos procesos con garantías y un estado que materialmente pueda disponer todos estos elementos al servicio de la justicia. Un vistazo rápido al estado del mundo y a la salud de los estados en el mundo -casi todos ellos tallados con el patrón liberal-europeo- nos da una imagen muy desigual de los efectos de la organización social sobre un territorio concreto dicha Estado liberal. Hay seguramente un desencaje de culturas políticas, pero no es menos cierto que hay una incapacidad de muchos estados de acceso a los recursos y a la soberanía económica y política imprescindible para por lo menos desplegarse en su propio territorio y hacer funcionar instituciones básicas, como por ejemplo la Justicia. Podemos afirmar que la disponibilidad de recursos materiales es un elemento que condiciona el propio desarrollo del estado en su forma liberal, es decir, en la forma que lo conocemos o lo pensamos en Europa desde hace entre dos y tres siglos.

Pero si bien las limitaciones materiales, fruto de un determinado sistema desigual de distribución de recursos, son tan sólo uno de los elementos que impide la efectiva implementación del paquete de derechos civiles y políticos en muchos rincones del mundo en la periferia de la periferia del orden mundial, en el caso de los derechos sociales y económicos la cuestión de las posibilidades materiales es clave para que en buena parte del mundo, digan lo que digan las leyes y constituciones, su despliegue sea implantable.

Ahora bien, situándonos en el minoritario club de estados que sí disponen, en general, de recursos materiales para distribuir o no en forma de derechos sociales y económicos, tampoco es evidente, ni de lejos, que éstos tengan muchas posibilidades de prosperar. Este club de estados asume mayoritariamente el paquete de derechos civiles y políticos, asentado sobre una administración de justicia imparcial y con suficientes recursos para actuar de forma efectiva, en el marco de un estado con bastantes efectivos y recursos disponibles para actuar y garantizar el orden en su territorio. Casi que de forma independiente al volumen de recursos materiales de que dispone el país, la reclamación de derechos sociales y eco-

nómicos siempre choca con un primer muro de difícil franqueo y que, de forma práctica, se resume en falta de disponibilidad presupuestaria.

Ciertamente, la aplicación universal de los derechos sociales y económicos, sean cuales sean, en general, requiere de una implicación proactiva del estado en el aumento de ingresos fiscales o la vía que considere oportuna, pero que tiene una característica ineludible y es que se enfrenta a la propiedad privada de una u otra forma. Toda política redistributiva parte de la supremacía del bien colectivo por encima de la propiedad privada. Con muchas comillas e interpretaciones.

De esta forma está generalmente aceptado que los preceptos constitucionales relativos a los derechos sociales y económicos queden supeditados a la voluntad reformadora del Gobierno, es decir, configuren un capítulo de derechos en la Constitución que son poco más que inspiración, horizonte o una mera orientación de hacia dónde se quisiera que el estado avanzara. Sin ninguna relación vinculante con si realmente avanza o retrocede. En este punto mismo hay un debate entre los expertos: es pues útil o relevante que sin embargo se incluyan artículos relativos a derechos sociales y económicos aún sabiendo que quedarán fuera de toda implementación efectiva y también, naturalmente, de toda justiciabilidad? No es en cierto sentido hipócrita consagrar el derecho a la vivienda en un país, como España, donde nunca ha sido concebido por el Estado como un derecho social, sino como una mercancía, e incluso como objeto de especulación financiera?

La mayor parte de argumentos apuntan que tanto por tanto más vale incluir los derechos en la Constitución, pues refuerza la autoridad y la legitimidad de las reivindicación políticas y sociales que se hagan en la dirección de avanzar en el cumplimiento parcial o total, pero efectivo, de aquel derecho social. Por ejemplo, en el propio derecho a la vivienda en España: de la propia cúspide -la Constitución de 1978- del marco jurídico de donde emana la legalidad de los desahucios, emerge también el rango constitucional de un derecho como el de la vivienda que no ha querido ser aplicado nunca, a pesar de formar parte del más alto nivel de la jerarquía jurídica, que es la Constitución (y los tratados internacionales vinculantes).

Al abordar otros casos, el juego que en teoría ofrece la inclusión en la constitución de estos derechos sociales no efectivos es más amplio, que no quiere decir que haya servido para un más amplio despliegue o implementación de estos derechos. Es el caso de Colombia donde el proceso constituyente recogió algunos derechos sociales en un rango y posición dentro del texto que dejaba abierta la posibilidad de considerarlos dere-

chos reclamables frente al Estado, como lo son los que tienen que ver con derechos y libertades fundamentales del individuo. Y sin embargo hay que concluir severamente que los derechos no se desarrollan ni reclaman solos. Un Gobierno que no esté dispuesto a ninguna reforma para implementar un derecho social que necesariamente, en mayor o menor grado, implica más gasto público, y esto es más ingresos, y eso va por fuerza en detrimento de la propiedad privada, es un estado que difícilmente desplegará ningún derecho social. Por mucho y largo proceso y por mucha sentencia, siempre interpretable y recurrible, excusable o individualizable.

Pero es más, y tiene que ver con la siguiente conclusión: y si no hay ni siquiera juez que, ante la opción, use ese derecho social constitucionalizado para abrir una vía jurídica de reclamación frente al estado de su cumplimiento efectivo? Parece que en Colombia un balance de las pequeñas victorias y avances recogidos en la nueva Constitución de 1991 es que ningún juez recurrió nunca a usar aquellos artículos o principios en ningún litigio. La judicatura entera, como si fuera cortada por el mismo patrón, obvió los artículos y principios relativos a derechos sociales y económicos, hasta que la jurisprudencia construida sobre la nueva Constitución los hizo marginales, inservibles, inexistentes.

5.

El papel del poder judicial

Desprendámonos de toda otra consideración, contexto o lectura social y política. En la más imparcial de la Justicia, la justicia la seguirían impartiendo personas, que en uso de su autoridad y conocimientos, aplican por fuerza criterios propios en un determinado momento. Fundamentados en Derecho, es decir, leyes y sentencias anteriores, y recurribles si se considera que son erróneos o parciales. Sí. Pero finalmente pasan por el tamiz de personas que, como tales, están para aplicar un criterio propio que llegue hasta donde toda la observación jurídica ya no llega o no es clara al respecto del caso que se juzga. Encima, si nos situamos en un mundo desigual y conflictivo, y en concreto en dos continentes con fuertes antagonismos sociales, incluso étnico-culturales, resulta ingenuo o interesado cualquier juicio que no observe la importancia de la judicatura. El poder judicial está hecho finalmente de personas, en el marco de sociedades divididas por clases sociales, con visiones e intereses diversos, si no directamente opuestos.

En este sentido cabe destacar por su importante incidencia en la actualidad, el importante rol político que está jugando el poder judicial en la configuración del poder ejecutivo, asumiendo o atribuyéndose funciones impropias. Hablamos de las intensas e injustificadas campañas de acoso judicial a Rafael Correa, Cristina Kirchner o Lula, tres de los principales gobiernos progresistas de América Latina en esta última década.

En el caso de Lula en Brasil, además, su procesamiento, inhabilitación y prisión por un supuesto soborno en el que habría aceptado un piso a cambio de favores políticos a una empresa, ha sido clave para la victoria electoral del candidato de extrema derecha, hoy Presidente de esta potencia regional con recursos naturales ingentes por explotar. En este caso, como en el resto, es determinante la persona del juez. La eliminación de Lula del tablero electoral le ha valido al juez del caso el puesto de Ministro de Justicia en el nuevo gobierno racista y ultraliberal de Brasil.

Es accesorio recordar el papel central que también está jugando el poder judicial encarnado en personas concretas, de una determinada ideología y formación, en la represión y operación política contra el referéndum del 1-O en Cataluña, que es a la vez un proceso de reconstrucción de la legitimidad del marco constitucional por vías que el poder judicial no debería recorrer y que sólo se entienden desde la complicidad estratégica e ideológica del poder político y el judicial. O más concretamente, de las personas al frente de uno y otro poder.

Sin duda, tanto en España como en los países estudiados en este trabajo, los períodos de prueba y transición de dictaduras militares a sistemas democráticos basados en la igualdad de oportunidades y la meritocracia ya caducaron. Excepto en el caso más reciente de Túnez. Y el balance de la aplicación de la igualdad de oportunidades y la meritocracia en los estudios y carrera judiciales no es positivo. En realidad, sin derechos sociales universales, provistos, sostenidos y garantizados por un Estado en pleno ejercicio de su potestad y, diríamos incluso, de su deber en cuanto a la redistribución interna de la riqueza, difícilmente dará una diversidad de orígenes sociales e ideologías entre la judicatura. El balance por el contrario muestra una tendencia inversa: en estos relativamente nuevos sistemas democráticos, el poder judicial juega un papel político de alto nivel en la preservación y reproducción de los privilegios de las oligarquías nacionales, tradicionalmente al frente del estado.

En medio de esta tendencia general observada queda muy lejos poder contar con despliegues jurisprudenciales favorables a la implementación

de los derechos sociales contenidos formalmente en las nuevas constituciones. Por esta razón observamos que se hace imprescindible concretar el rango constitucional de derecho fundamental, así como el marco y los instrumentos de desarrollo de estos derechos sociales constitucionalizados, o difícilmente ningún derecho social inscrito en una constitución verá la luz fuera de ésta, frente unos poderes judiciales fuertemente decantados social e ideológicamente, y activamente apoyados en su papel de actor político abriendo capítulos nuevos y complicados, sin todavía ninguna previsión de final a la vista.

6. Estados duros hacia su gente, estados dóciles para con los mercados.

Con el arranque a finales de los 90 del concepto de la “globalización” como principal variable para explicar las transformaciones que estamos viviendo, muchos pensadores derivaron diferentes teorías, con diferentes hipótesis o pronósticos de futuro en relación al Estado. Una de las principales conclusiones a que llevaban buena parte de estas reflexiones era que el estado perdería relevancia, poder, soberanía y autoridad en este nuevo marco globalizado. Lo cierto es que 20 años después del auge del concepto de “globalización”, el Estado ha sufrido cambios, pero no los describiríamos exactamente como se pronosticó. El Estado sigue manteniendo toda o más autoridad, pero en concreto autoridad coercitiva, sobre todo con las personas físicas y principalmente en la función de mantenimiento del orden. Evidentemente orden público, pero notoriamente orden en mayúsculas, es decir, aquel que garantiza el capital obediencia universal de todo sujeto a las normas fiscales, comerciales y bancarias. No deja de ser una función básica del Estado para proporcionar la seguridad necesaria a la inversión para hacer funcionar la economía. Sólo que el Estado parece haberse quedado con la función primaria de garante del orden, mientras la economía va un poco donde el mercado quiere. Ya no el estado.

Esta última crisis que aún no dibuja su final nos ha dado imágenes de fuerte contundencia coercitiva contra impagos de alquileres o de hipo-

tecas, y una eficiencia loable en dejar claro que quien no paga, no tiene derechos (luz, casa, gas, agua, estudios, transporte). El orden, entendido como la solvencia del estado para mantener las normas comerciales intactas, se ha revelado duro, soberano, autoritario con los débiles. Inflexible. Exaltadamente inflexible para no difuminar la imagen de orden ante los mercados. Unos mercados cada vez más volátiles e influenciados, ante los que toda prevención es poca y ninguna demostración de autoridad y orden público está de más..

El estado tiene una renovada y fundamental función. Esta, sin embargo, deja poco margen a las ideas que inspiraban el auge de la “globalización” en relación a un estado camino de mayor integración en marcos internacionales (ONU, UE, OEA) ni ningún tipo de Constitución Regional o Universal que interceda en el conflicto social imponiendo de nuevo marcos de derechos y libertad individuales por encima de otros poderes, estados, corporaciones multinacionales o fondos de inversión. No, la idea de gobernanza mundial, a caballo entre Bretton Woods (BM, FMI) y San Francisco (Declaración de Derechos Humanos, ONU), que a los 90 había recuperado prestigio y expectativa, hoy no parece verosímil. En su lugar hay estados rearmados, libertades ciudadanas más restringidas, sistemas de control más estrictos sobre la propia población, y abundantes recortes de derechos sociales vía austeridad, programas de reajuste y priorización del pago de la deuda.

El Estado es cada vez menos capaz de ofrecer y garantizar a la ciudadanía servicios y prestaciones suficientes para garantizar ciertos derechos sociales que parecían conquistados o que resultan fundamentales para la vida. Al contrario, la presión de los capitales y la competencia global llevan los estados a devaluar costes por la vía de rebajar salarios. Bajar salarios supone momentáneamente ofrecer precios más competitivos para la exportación. Pero a menos salarios, menos ingresos públicos, que son menos servicios públicos y más dependencia de los mercados.

La operación da resultados conocidos: Estados que se endurecen hacia el interior, hacia los de abajo. Son Estados que están lejos de ir cediendo poder hacia arriba (instituciones internacionales) y hacia al lado (nuevos poderes de las regiones) como se había pronosticado años atrás. Pero al mismo tiempo son Estados blandos de cara a los mercados. Frágiles ante la opinión esquizofrénica del mercado de valores. Muy atentos a la especulación y, por tanto, al permanente juego del mentiroso. Cuando en agosto de 2011 los mercados devaluaban la calidad de la deuda española

subiendo hasta 600 puntos la prima de riesgo, los dos partidos centrales del sistema político español se pusieron rápidamente de acuerdo para modificar nada menos que la Constitución. Introdujeron un principio rector del gasto público, es decir, un principio que afecta directamente a la prestación de servicios que dan cobertura justamente a los derechos sociales. “Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones entender siempre incluidos en el estado de gastos de sus Presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objetivo de enmienda o modificación”. El principio rector de que antes se paga la deuda, que se preservan derechos sociales, si entran en contradicción por escasez de recursos públicos, como ha sido y sigue siendo el caso.

¿Guarda pues relación perversa la flexibilidad y porosidad hacia las exigencias de los mercados, con la dureza coercitiva hacia adentro? Es inevitable este rol del estado o hay margen de maniobra? ¿Es un comportamiento absolutamente condicionado por variables externas, o hay en ello parte de apuesta ideológica por mantener al estado bajo régimen autoritario de puertas adentro, y en régimen de subasta de puertas afuera?

7.

¿Es conveniente revisar periódicamente las constituciones? ¿Cada cuando sería pertinente revisarlas?

Es una pregunta recurrente y sin embargo no tiene respuesta. Algunos teóricos se atreven a formular periodos de revisión ideales equiparables al periodo que comprende una generación, en el sentido más amplio: entre 25 y 40 años. Otros esgrimen argumentaciones más funcionales que escapen a este debate aduciendo que en cualquier caso hay que reformarla cuando sea necesario, no por sistema. Está claro que los derechos sociales raramente son necesarios a ojos de todos. Una tercera posición más prudente advierte que reabrir debates constitucionales, según cómo, puede resultar en constituciones más débiles, menos garantistas, con menor

presencia de los derechos sociales. O también podemos encontrar quien evita situar el foco en reformas de finales inciertos, y lo fija sobretodo en el hecho de que no se han usado o explorado algunos artículos que deberían recuperarse justamente ahora que las condiciones podrían hacer efectiva su implementación.

Estas y otras posiciones son lícitas en un debate que ciertamente flota sobre el papel de las constituciones y su relación viva con su sociedad. No sólo es debate en España, a ahora que celebra 40 años de vigencia, sino -en coordenadas ciertamente diferentes- en el conjunto de una Europa Occidental que hizo sus constituciones en un contexto histórico, económico y sociológico muy diferente al actual.

8. Crisis de legitimidad de la Constitución de 1978 y las oportunidades constituyentes. Aprender del Sur. Abrir oportunidades en el Norte

La actual crisis ha puesto de relieve distancias importantes entre sociedad y ordenamiento jurídico, que redundan en un serio deterioro de la legitimidad constitucional, es decir, del régimen político vigente. Son distancias hoy por hoy tan anchas que en el caso de Cataluña la idea de elaborar una constitución propia se ha convertido en un horizonte deseable para mayorías sociales cualificadas. En 2015, la idea de un proceso constituyente soberano en Cataluña, no subordinado, obtuvo en las elecciones del 27 de Septiembre una mayoría absoluta de votos y escaños en el Parlamento.. La propuesta fue un eje común en los programas de hasta 4 espacios políticos diferentes, formalizados en esos comicios alrededor de tres candidaturas electorales : JuntsxSí (CDC y ERC), CUP- Crida Constituent y Catalunya Sí Que es Pot.

Sin embargo, también es cierto que, a pesar de que persiste la distancia entre sociedad y Constitución, entre realidad y necesidades materia-

les y marco constitucional, el clima político rousseauiano de 2015 se ha transformado este 2019 en hobbesiano. Del debate público sobre un nuevo contrato social hemos pasado al debate sobre cómo protegernos y poner freno al creciente autoritarismo del Estado. Hemos pasado en pocos años a la constatación de la dureza, presencia y peso del Estado como instrumento de imposición de orden y autoridad.

Crece la sensación de que la Constitución se usa hoy más bien contra los derechos civiles, políticos y sociales de la ciudadanía, más que como garantía de ellos. Como también crece la constatación, entre otros, que los mecanismos de reforma constitucional con mayorías reforzadas no eran mecanismos de refuerzo legitimador, sino que eran principalmente minorías de veto. Y un doble voto en Congreso y Senado que da a la cámara alta un nuevo poder de veto.

En el año 2014 hubo un tiempo en España donde tomó fuerza y cuerpo en el debate social y político la idea de abrir un proceso constituyente en España. Incluso planteado en algún momento en plural: “Procesos constituyentes”, reconociendo por primera vez una naturaleza política soberana y diferenciada para las naciones mal llamadas “periféricas” que forman parte, quieran o no unos y otros, del Estado Español. Cataluña, País Vasco (y Navarra), Galicia y, según como, Andalucía. Sin embargo, las elecciones generales de diciembre de 2015, con su repetición en junio de 2016, congelaron expectativas y enfriaron la idea de horizontes complicados de materializar como el constituyente.

En Cataluña, el debate constituyente arraigó antes y con más fuerza, ligado a la hegemonía política del independentismo, pero también a la voluntad amplia de la sociedad de cambio social y político expresada en múltiples manifestaciones y movimientos como el 15M. De hecho, varios colectivos, movimientos y organizaciones se fundaron alrededor de preparar y animar un eventual proceso constituyente en Cataluña. La legislatura del Parlamento de Cataluña iniciada en 2015 creó incluso una comisión parlamentaria para debatir los términos y el calendario. Sin embargo su materialización política quedó también congelada o truncada a partir del 1 de Octubre. Y en cualquier caso, la presión de la calle y el debate en el Parlamento no tuvieron traslado alguno al ejecutivo catalán que, a pesar de celebrar algún acto simbólico sobre la temática, no dedicó ningún esfuerzo a su concreción y preparación técnica. También en Cataluña, la violenta represión desplegada por el Estado en torno al referéndum del 1 de Octubre ha neutralizado, al menos de momento, la idea de proceso constituyente en un futuro próximo.

De hecho, el propio endurecimiento conservador, nacionalista y represivo del Estado, sumado a la emergencia con fuerza de nuevas fuerzas de extrema derecha, y una derechización general de las fuerzas políticas y los discursos públicos, alejan de momento cualquier apuesta de cambio progresista en una reforma constitucional. El temor a involuciones, más que a una ampliación de derechos y garantías, descarta la conveniencia de insistir en abrir al debate el marco constitucional del 78 en España, como poco.

Ciertamente adivinar el futuro político de Cataluña y España no es fácil. Son tiempos de ciclos cortos, cambios rápidos y alta movilización política. Pero sin embargo es probable que de una forma u otra el debate constituyente no desaparezca e incluso vuelva a la centralidad política. Sobre todo en Cataluña. Por esta razón es pues imprescindible que ejercicios como el que el Observatorio DESC hemos intentado hacer en este proyecto se propaguen. Con el objetivo de acumular relatos, aprender de otras experiencias y preparar lo más concretamente posible el terreno jurídico y el contenido constitucional que podría recoger avances e innovaciones en la ampliación de las garantías sobre los derechos sociales. Unos derechos sociales severamente cuestionados por el statu quo en el transcurso de una crisis económica y financiera con traducción política e institucional que ha entrado ya en su décimo año, de austeridad y regresiones múltiples en el campo de los derechos sociales.

Lorae evellatio velit la consequis ut tempore laborempore labo. Nati aped maio. Et experae ptatum veliqui beatintia si cor sum explis incti cus vellam facium aces cor alit repedi nim rersperspit ex estestium lam assum labo. Hicilic ipiende pro voluptatum quis net iur minis quate- mo lorum, sim cum, ullatem odignis exerorem ipsapis alicitas eni qua- tium,Rae nimos eici sinvent istemqui to veni officii optat dolestion con- senima quia id quiae porion nis dolupta tquasplis re etum veruptust, aspel idit ipsae corenisti qui omnita accum accus quunt acestem arum, eaturibusa cone corerfe riossim apis exernatqui idest, sandani mporior aliqui omnimos dem apidusc illiciti offic te dolorenim sunt estrunt in cullitae. Bis etur?

Arum quiam quis vel millam restrum, net quo doluptas inimus et dolla niatiaescim quibus everae. Libea perspiet que magni verempe di- tiatiora volorescia quiat voloremper sit aliscil ilibusd anihiet ecaborp orrumen descid modisin veliquis ad et que vollupt aessit a serum ali- que nam, as aliquis ped quia aut et, ommolup tasseque duscit es es am, cum sedi tempore occus.

Icil moluptati nihilla cerecta tiumqui cuptiorposae consequis re ero demporis eat qui dolenderum inullaut quibus mos verundissum lita- quaspit modis ea commolor a invelesequi dolestis mi, ullatia qui volore eaquam si utem sam velecus apidus, auda que sedio bercid eumquia as enti accae. Bis reptibusam unt odi sum re ipsa veriasi taquas audior sit ius.