

# 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 constitucionales<sup>1</sup>. 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 Constitución<sup>2</sup>.

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 desventaja<sup>3</sup>.

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 Mortati<sup>4</sup>, Hugo Sinzheimer<sup>5</sup>, Herman Heller<sup>6</sup> o Franz Neumann<sup>7</sup>, 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 constitucional<sup>8</sup>.

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 sociales<sup>9</sup>.

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 ellos<sup>10</sup>.

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 ecuatoriana<sup>11</sup>).

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*<sup>12</sup> 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 privados<sup>13</sup> (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-penetrarán, influirán y limitarán 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”<sup>14</sup>, 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

<sup>14</sup> 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)<sup>15</sup> 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 vejez<sup>16</sup>.

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 pilares<sup>17</sup>: 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 Fuente<sup>18</sup>, 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 obligatorio<sup>19</sup> 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 cobertura<sup>20</sup>. 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)<sup>21</sup>.

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 dólares<sup>22</sup>.

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 dólares<sup>23</sup>. 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.

<sup>22</sup> Ibid. p. 177.

<sup>23</sup> 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-

tencia<sup>24</sup>. En todos ellos, los jueces desconocen tal principio y aplican el Código Penal por encima de la Constitución, condenando penalmente a los dirigentes sociales<sup>25</sup>.

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 impuso<sup>26</sup>.

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)

<sup>26</sup> 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 Penal<sup>27</sup>.

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.

<sup>27</sup> 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)<sup>28</sup>, una acción de inconstitucionalidad abstracta (art. 202.1)<sup>29</sup> 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 Bolivia<sup>30</sup>.

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 inconstitucionalidad<sup>31</sup>, 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 Constitucional<sup>32</sup> 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 sociales<sup>33</sup>.

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 julio<sup>34</sup>, 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 concreta<sup>35</sup>.

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,

<sup>35</sup> 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 Ali<sup>36</sup> 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.