

EL CONSTITUCIONALISMO DE TERCERA GENERACIÓN: ROMPIENDO LA TENSION ENTRE LA DEFINICIÓN SOCIAL DEL ESTADO Y EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DEGRADADO DE LOS DERECHOS SOCIALES

Albert NOGUERA FERNÁNDEZ
Universidad de Extremadura (España)

RESUMEN

Una de las características propias del constitucionalismo social o de segunda generación, donde se encuentra, entre muchas otras, la Constitución española de 1978, ha sido la tensión entre la definición social del Estado y el tratamiento constitucional degradado de los derechos sociales. ¿Puede desarrollarse un Estado social sin una plena protección constitucional y justiciabilidad de los derechos sociales? Los últimos procesos constituyentes en los países andinos han supuesto el establecimiento de un modelo constitucional de fuerte contenido social y de plena protección y justiciabilidad de los derechos sociales, que supera esta vieja tensión y, constituyen la manifestación de lo que, sin duda, podemos llamar un nuevo constitucionalismo de tercera generación. A través de qué mecanismos las nuevas Constituciones de los países andinos superan la citada tensión y porqué podemos hablar de nuevo constitucionalismo de tercera generación, es de lo que trata el presente artículo.

Palabras clave: Estado social, derechos sociales, constitucionalismo, justiciabilidad..

ABSTRACT

One of the characteristics of the social or second generation constitutionalism, where we find, among many others, the Spanish Constitution of 1978, has been the tension between the social definition of the state and the degraded constitutional treatment of social rights. Can a Social State be developed without full constitutional protection and judicial enforcement of social rights?. The latest constitutional process in the Andean countries has involved the establishment of a constitutional model of strong social content and full protection and judicial enforcement of social rights, which overcomes the old tensions and are the manifestation of what can undoubtedly be called a new third generation constitutionalism. The present article is about what mechanisms the new constitutions of the Andean countries use to overcome this tension, and why we can talk of third generation constitutionalism.

Key words: Welfare State, social rights, constitutionalism, judicial enforcement.

1. LA TENSION ENTRE EL “ESTADO SOCIAL” Y EL TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES: EL CASO DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.

El artículo 1 de la Constitución española de 1978 define al Estado como “*social y democrático de derecho*”, expresión con la que se delimita su naturaleza y que coloca al Estado en una relación intrínseca con la noción de “social”. Generalmente, la definición de un Estado como social ha implicado que el fin social impregna todo el articulado constitucional, el cual debe interpretarse en armonía con este fin. Y de hecho, de conformidad con esto, en el caso del texto constitucional español, la naturaleza social del Estado se expresa en diversos puntos del texto.

De acuerdo con el artículo 40.1, los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa.

El artículo 50 afirma que los poderes públicos promoverán el bienestar de los ciudadanos mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.

El artículo 39.1 establece que los poderes públicos asegurarán la protección social de la familia.

Sin embargo, estas previsiones sociales presentan en España un problema en la práctica, que es la contradicción existente entre la definición del Estado como “social”, por un lado, y el tratamiento constitucional degradado de los derechos sociales, por otro lado. Este es un problema común en el constitucionalismo social o de segunda generación surgido principalmente en Europa a lo largo del siglo XX. ¿Puede desarrollarse un Estado social sin protección ni posibilidades de exigibilidad de los derechos sociales?

1.1. ¿Los derechos sociales como no-derechos?

Aunque la Constitución española de 1978 incorpora todos los derechos sociales clásicos, el tratamiento que de ellos hace es absolutamente degradado.

Si bien muchas Constituciones diferencian en su articulado entre los derechos civiles y políticos como derechos fundamentales y los derechos sociales como no fundamentales¹, la Constitución española va todavía más allá en la degradación de los derechos sociales, ya que en ella, los derechos sociales, a diferencia de los

1. Es el caso, por ejemplo, de la Constitución colombiana de 1991, que dentro de su Título II “De los derechos, las garantías y los deberes”, recoge a los derechos civiles y políticos en el Capítulo I “De los derechos fundamentales”, y en cambio, recoge a los derechos sociales en un capítulo separado, el II “De los derechos sociales, económicos y culturales”, con lo cual, a diferencia de los primeros, a los que se otorga “fundamentalidad”, estos segundos son considerados como “no-fundamentales”. O el caso, para poner otro ejemplo de Constitución reciente, de la Constitución peruana de 1993, la cual reconoce sólo los derechos civiles como derechos fundamentales de la persona (Capítulo I del

civiles y políticos, no es que no sean considerados como derechos fundamentales sino que ni tan sólo se consideran derechos, al partir de la vieja idea según la cual los derechos sociales no son derechos sino que son otro tipo de normas legales, concretamente, garantías institucionales, principios o directrices para guiar las políticas sociales², pero no derechos.

La Constitución española define los derechos civiles y políticos como “derechos fundamentales” (art. 15 a 29) y los derechos sociales como “principios”, ubicándolos dentro del capítulo “Principios rectores de la política social y económica” (art. 39 al 52). Algunos autores definen el papel de estos principios o derechos en el interior de la Constitución española como “derechos aparentes o prometidos”³, o como “declaraciones retóricas que por su propia vaguedad son ineficaces desde el punto de vista jurídico”⁴.

Además así lo considera el propio Tribunal Constitucional (TC). De un lado, a partir de identificar la inviable tutela directa a través del recurso de amparo con la imposibilidad de perfilar posiciones subjetivas a partir de los principios rectores, el TC da a entender que de los principios rectores no cabe obtener ningún tipo de derecho subjetivo (ATC 241/1985). De otro lado, subraya el carácter no vinculante de los medios necesarios para cumplir los fines o las prestaciones constitucionales; por ejemplo, en relación al principio de protección familiar (art. 39) sostiene que “*es claro que corresponde a la libertad de configuración del legislador articular los instrumentos normativos o de otro tipo, a través de los que hacer efectivo el mandato constitucional, sin que ninguno de ellos resulte a priori constitucionalmente obligado*” (STC 222/1992); y, lo mismo cabe decir de la seguridad social, pues si bien corresponde a todos los poderes públicos la tarea de acercar la realidad al horizonte de los principios rectores, de “entre tales poderes son el legislador y el gobierno quienes deben adoptar decisiones y normas...” (STC 189/1987). Finalmente, tampoco parece haber acogido el criterio de “irregresividad” o irreversibilidad, esto es, la idea de que, si bien los derechos prestacionales no imponen una obligación de “avanzar”, sí establecen una prohibición de “retroceder”: del art. 50, relativo a la protección de los ancianos, no se deduce el deber de mantener “todas y cada una de las pensiones iniciales en

Título I) y a continuación, nombra en otros Capítulos, los derechos políticos y los derechos sociales y económicos como derechos no fundamentales.

2. Ver: EIDE, A. “Economic, social and cultural rights as human rights”. En EIDE A., KRAUDE, K., ROSAS, A. (eds.). *Economic, social and cultural rights: a textbook*. Dordrech. Martines Nijhoff. 1995. p. 22; BÖCKENFÖRDE, E.W. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden. Nomos. 1993; y, LAPORTA, F. “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”. En BETEGÓN, J. et.al. (ed.). *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2004. pp. 297-326.

3. JIMÉNEZ CAMPO, J. *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*. Madrid. Trotta. 1999. p.24.

4. GARRIDO FALLA, F. “El artículo 53 de la Constitución”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. 21. 1979. p. 176.

su cuantía prevista ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual” (STC 134/1987)⁵.

En consecuencia, como vemos, esta idea de concebir a los derechos sociales no como derechos sino como principios, ha servido para ponerlo en conexión con la idea de que los derechos civiles y políticos son derechos que requieren de especial protección y los sociales no.

Esta diferencia, entre derechos y no derechos, es importante por dos cuestiones:

a) En primer lugar, porque denota un posicionamiento contradictorio con el propio carácter “social” del Estado establecido en el artículo 1 de la Constitución. Una Constitución no es una norma neutral, en el sentido de instaurar normas y procedimientos que puedan orientarse a cualquier fin, sino que todo texto constitucional se inscribe en una ideología concreta que se refleja en su contenido. Se llama “Fundamentales” a determinados derechos con el objeto de destacar su importancia decisiva en relación con los otros, se entiende que si a unos derechos se les califica de fundamentales y a otros no, es por el carácter relevante que se quiere otorgar a los bienes e intereses que los primeros protegen, los cuales se constituyen como fundamento del resto del ordenamiento jurídico.

En este sentido, al definir los derechos individuales como fundamentales y los derechos sociales como no-derechos o principios rectores de la política social y económica, la Constitución española está ubicando a los derechos individuales como derechos absolutos e inalienables que no pueden ser vulnerados por los poderes públicos ni los particulares, y a los derechos sociales como simples instrumentos funcionales para corregir las disfunciones de la antinomia libertad-igualdad⁶, pero sin constituir, en ningún momento, un aspecto problemático para los primeros.

b) En segundo lugar, porque derivado de la calificación de los derechos individuales como derechos fundamentales y de los derechos sociales como no-derechos, se desprenden grados distintos de protección para cada uno de estos grupos de derechos. No son las garantías que se asignan a un derecho lo que determina su carácter de fundamental o no, sino que es a la inversa⁷. En los ordenamientos jurídicos actuales, el sólo reconocimiento de unos derechos como fundamentales comporta la atribución de un conjunto de garantías que los otros derechos no tienen, como el principio de aplicación directa de los derechos u otros mecanismos jurisdiccionales.

Existen varias tesis que han intentado justificar, sin demasiado éxito, este desigual trato a los diferentes grupos de derechos. Veamos las dos principales:

5. PRIETO SANCHÍS, L. “El constitucionalismo de los derechos”. En CARBONELL, M. (ed.). *Teorías del neoconstitucionalismo*. Madrid. Trotta. 2007. p. 232.

6. CERRONI, U. *Marx y el derecho moderno*. Buenos Aires. Jorge Alvarez. 1965. pp. 170-173.

7. PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid. Trotta. 2007. p. 81.

1.1.1. *La tesis de la distinta naturaleza jurídica de los grupos de derechos*

Alguno de los principales argumentos que han utilizado aquellos que afirman que los derechos sociales no son “auténticos” derechos sino principios o directrices, es que no cumplen las características que cumplen los derechos civiles o políticos. La fórmula “*X tiene un derecho a Y, en virtud de P*”, sólo es coherente, nos dicen, si se puede dar una explicación convincente: a) de quien es el titular del derecho (X); b) de a qué tiene derecho, es decir, cual es el contenido del derecho (Y); y, c) de la razón por la cual este sujeto tiene tal derecho.

Estas explicaciones, nos dicen los defensores de esta tesis, sólo se pueden dar en el caso de los derechos civiles y políticos, pero no en el caso de los derechos sociales ya que no son derechos universales, no es posible establecer la naturaleza de las obligaciones que crean y no tienen su fundamento en valores morales sino en preferencias⁸.

Este es un argumento muy discutible. Veamos cada una de estas afirmaciones:

“... *Los derechos sociales no son universales*”

Existen diversas teorizaciones sobre la no universalidad de los derechos sociales. M. Cranston afirma que los derechos sociales no son universales, sino condicionales⁹. Su justificación es que los derechos sociales no se aplican siempre a todas las personas, por ejemplo, el derecho a vacaciones pagadas, es un derecho que se aplica sólo a los trabajadores, y como que no todos somos trabajadores, el derecho no es universal sino condicional, “tu tienes el derecho X si cumples la condición C”. No obstante, si utilizáramos esta lógica, también tendríamos que decir que los derechos civiles y políticos tampoco se aplican a todo el mundo siempre. Por ejemplo, el derecho a la presunción de inocencia, regulado en el art.11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se aplica sólo a aquellos sujetos que se encuentran imputados penalmente. O el derecho a la propiedad, se aplica sólo a las personas que tienen propiedad. O los derechos políticos se aplican sólo a los nacionales del país, no a los extranjeros. Por tanto, no existirían derechos universales, todos serían condicionales¹⁰.

En el discurso diario o cotidiano cuando decimos que la gente tiene derecho a un juicio transparente y con garantías, intuitivamente no sólo asociamos este derecho a los que están involucrados en un juicio sino a todas las personas, lo

8. PLANT, R. “Needs, Agency and Welfare Rights”. En MOON, J.D.(ed.). *Responsability, Rights and Welfare: A Theory of the Welfare State*. Boulder. Westview Press. 1988.

9. CRANSTON, M. “Human Rights, Real and Supposed”. En RAPHAEL, D.D. (ed.). *Political Theory and the Rights of Man*. Londres. Macmillan. 1967.

10. Sobre la distinción entre derechos condicionales y derechos categóricos, ver: THOMPSON, J.J. *The Realm of Rights*. Cambridge. Harvard University Press. 1990.

mismo pasa con el derecho a la asistencia sanitaria, no sólo lo asociamos a los que están enfermos sino a todos. Los derechos, tanto civiles, políticos o sociales, son por tanto, derechos categoriales de los cuales todos somos titulares¹¹.

Existe otro argumento contra la universalidad de los derechos sociales elaborado por L.W. Sumner y que se encuentra plenamente vigente en el pensamiento de muchos abogados. Este dice lo siguiente: los recursos son escasos y, en consecuencia, las necesidades de todos no pueden ser satisfechas, con lo cual no es cierto que todos los necesitados tengan derecho a los recursos necesarios para satisfacer sus demandas¹². La respuesta a este argumento la ha desarrollado C. Fried, señalando que en situaciones de conflicto de derechos entre dos personas, hay que aplicar el criterio de prioridad, que supone proteger el derecho de una de las partes y vulnerar el de la otra, pero eso no quiere decir que la segunda parte no sea titular del derecho universal respectivo¹³. Cuando se otorgan recursos para resolver necesidades de la gente, se tiene que ver la situación de los distintos potenciales destinatarios y decidir a cual hay que priorizar. Supongamos que dos personas necesiten una casa y sólo hay disponible una, habrá que mirar la situación de los dos ya que puede ser que uno de ellos esté enfermo y la necesite con mayor urgencia, pero eso no quiere decir que la otra persona no tenga derecho a una casa, y que tener una casa no sea un derecho universal¹⁴.

“... no es posible establecer la naturaleza de las obligaciones que los derechos sociales crean”

El problema no reside en que no sea posible establecer la naturaleza de las obligaciones que los derechos sociales crean, sino en que no se ha realizado un trabajo legislativo, judicial o doctrinario de desarrollo de sus bases conceptuales y contenidos, lo que supone inconvenientes y límites a la hora de poder aplicar estos derechos. Pero ello no quiere decir que no se pueda hacer, ante el problema de la falta de especificación del contenido de los derechos sociales, es precisamente necesario dar contenido a estos derechos. Durante los últimos años, una cada vez

11. FABRE, C. *Social Rights under the Constitution*. Oxford. Clarendon Press. 2000. pp. 26-32.

12. SUMNER, L.W. *The Moral Foundation of Rights*. Oxford. Clarendon Press. 1987.

13. FRIED, C. *Right and Wrong*. Cambridge. Harvard University Press. 1978.

14. Como ha señalado A. Sen esta argumentación presenta algunos problemas. En muchas ocasiones es muy difícil poder definir el interés de quien es más importante que el de quien. Si A necesita tratamiento médico por bronquitis crónica y B necesita una casa, y no hay recursos suficientes para cubrir las necesidades de los dos, ¿qué necesidad es más importante? Sin embargo, aunque es cierto que hay que reconocer esta dificultad, ella no niega el carácter universal de los derechos sociales, primero porque A y B tienen un derecho que hace que los recursos sean gastados en uno de ellos, en lugar de en otra cosa menos importante y, segundo, porque tanto A como B tienen derecho a que el Estado siga adoptando las medidas necesarias para que sus necesidades puedan ser cumplidas (Ver: SEN, A. *Inequality Re-Examined*. Oxford. Clarendon Press. 1992).

mayor jurisprudencia de casos nacionales, en distintos países, en materia de derechos sociales está ayudando a ofrecer criterios de interpretación de los mismos¹⁵.

“... Los derechos sociales no tienen su fundamento en valores morales sino en preferencias”

Una objeción tradicional a los derechos sociales es que muchas veces no responden a necesidades básicas sino a preferencias y, por tanto, no tienen su fundamento en la dignidad humana.

Sin duda, esta es una visión difícilmente aceptable desde la teoría de los derechos fundamentales. Entender esta “no aceptación” obliga a detenernos en la noción de derechos fundamentales.

Como han señalado diversos autores, los derechos fundamentales son la integración de dos elementos: moral y derecho. Todo derecho fundamental es, a la vez:

a) Una pretensión moral de justicia construida sobre los elementos que conforman la idea moderna de dignidad humana y realización integral de la persona en la vida social. En la cultura moderna influida por el pensamiento liberal, democrático, socialista, y post-materialista (post-mayo del 68) estos elementos son básicamente cuatro: no interferencia en la libertad; participación en el ejercicio del poder; prestación de servicios; y, reconocimiento de la identidad cultural, sexual, nacional, etc. y protección del medio ambiente. Elementos que aparecen en el

15. Argentina, por ejemplo, ha probado de dar contenido a algunos derechos sociales como el de la asistencia sanitaria, a través de definir el tipo y alcance de tratamiento que todo centro sanitario debe dar (Ver: Argentina, Leyes 23660 y 23661; Decretos Presidenciales 492/95 y 1615; Resoluciones Ministeriales del Ministro de Salud y Acción Social 247/1996 y reformas (157/1998, 542/1999, 939/2000, 1/2001)).

Paralelamente, encontramos también, resoluciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de las cortes inferiores de Argentina en relación al derecho a la asistencia sanitaria (Argentina, Corte Suprema de Justicia, Sentencias: Campodonico de Beriacqua, Ana Carina 24/10/2000; Laudinicia, Ángela Francisca 9/3/2004; Lifschitz, Graciela Beatriz 15/6/2005; Martín, Sergio Gustavo 8/6/2004 (estos son casos donde la Corte Suprema ordenó a la administración y otros proveedores del servicio de salud cubrir el tratamiento y entregar medicación al demandante); Ver también: Corte de apelación civil y comercial de Bahía Blanca, Sección II, en *C. y otros v. Ministerio de Salud y Acción Social de la provincia de Buenos Aires*, 9/2/1997, donde la corte local de apelación ordenó al gobierno provincial dar mediación a 34 enfermos de SIDA; Corte administrativa de apelación federal de Argentina, Sección IV, en Viceconte, Mariela 2/6/1998, donde la Corte federal de apelación ordenó garantizar la producción de una vacuna en un momento en que amenazaba la interrupción de financiación para ello (COURTIS, C. “Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectives from Latin America”. En GARGARELLA, R., DOMINGO, P. y ROUX, T. (eds.). *Courts and Social Transformation in New Democracies*. Aldershot. Ashgate. 2006. p. 181. Nota 15). O, numerosas sentencias de la Corte Constitucional colombiana o jurisprudencia de protección del consumidor y del medioambiente en Brasil (Ibid. p. 172).

fundamento de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales y colectivos¹⁶; y,

b) La recepción de esta pretensión moral de justicia en el derecho positivo. Una pretensión moral de justicia no deja de ser simplemente una pretensión si no se pone a su servicio un sistema normativo, apoyado en el aparato coactivo del Estado, que actúe contra aquellos que no consideren entre sus objetivos el respeto a los derechos. La dimensión jurídica no es un añadido a unos derechos que son autosuficientes sólo con su aspecto ético, sino que es un elemento inseparable

16. Aquellos elementos que conforman la idea moderna de dignidad humana ha variado según los autores. Norberto Bobbio en la introducción de "El tiempo de los derechos" señala como fundamentos de esta idea de dignidad humana el elemento de limitar la interferencia del poder en los ámbitos de libertad personal (derechos civiles) y el elemento de recibir prestaciones o beneficios del poder (derechos sociales). No hace referencia, sin embargo, al elemento de participación de las personas en el ejercicio del poder, el propio Bobbio había teorizado lo que él llamaba las tres paradojas de la democracia actual (el Estado como gran conglomeración humana, la tecnocracia y la burocracia, y la cultura del consumo y el hombre-masa), a partir de las cuales justificaba la imposibilidad de participación de los ciudadanos en el ejercicio del poder y defendía la delegación de la soberanía a manos de los representantes, quizá por esto no incluye este elemento en su idea de dignidad humana (BOBBIO, N. "¿Qué alternativas a la democracia representativa?". En *Revista de Ciencias Sociales*. 16. Valparaíso. Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales. Universidad de Chile. 1980). Sin embargo, este aspecto le supondrá a Bobbio la posterior crítica de Gregorio Peces-Barba en sus "Lecciones de Derechos Fundamentales", donde a los dos elementos ya previstos por Bobbio, Peces-Barba incorpora el elemento democrático (PECES-BARBA, G. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid. Dykinson. 2004). No obstante, el análisis de Peces-Barba también es insuficiente, en tanto olvida el elemento de reconocimiento de la identidad cultural, sexual, nacional, etc. y la protección del medio ambiente.

Paralelamente, Luigi Ferrajoli ha indicado tres criterios axiológicos sugeridos, nos dice, por la experiencia histórica del constitucionalismo estatal e internacional, que fundamentan los derechos fundamentales.

El primero de estos criterios es el del nexo entre derechos humanos y paz instituido en el preámbulo de la Declaración universal de 1948. Deben estar garantizados como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria para la paz: el derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad, pero también en un mundo en el que sobrevivir es siempre menos un hecho natural y cada vez más un hecho artificial, los derechos sociales para la supervivencia.

El segundo criterio, particularmente relevante para el tema de los derechos de las minorías, es el del nexo entre derechos e igualdad. La igualdad es en primer lugar igualdad en los derechos de libertad, que garantizan el igual valor de todas las diferencias personales (de nacionalidad, de sexo, de lengua, de religión, de condiciones personales y sociales, etc.) que hacen de cada persona un individuo diferente a todos los demás y de cada individuo una persona igual a todas las otras; y, en segundo lugar, igualdad en los derechos sociales, que garantizan la reducción de las desigualdades económicas y sociales.

El tercer criterio es el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil. Todos los derechos fundamentales son leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: en primer lugar el derecho a la vida contra la ley de quien es más fuerte físicamente, en segundo lugar los derechos a la inmunidad y de libertad contra el arbitrio de quien más fuerte políticamente, y en tercer lugar, los derechos sociales que son derechos a la supervivencia contra la ley de quien es más fuerte social y económicamente. (FERRAJOLI, L. "Sobre los Derechos fundamentales". En CARBONELL, M. (ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Cit. pp. 72-73).

para la misma existencia de estos. Los derechos no son derechos sin pertenecer al ordenamiento y poder así ser eficaces en la vida social, realizando la función que los justifica.

En consecuencia, será la integración de estos dos elementos, moral y derecho, la que creará la noción de derecho fundamental. El reconocimiento integral de la dignidad humana supone aceptar una moralidad que incluya los cuatro elementos axiológicos citados, y supone aceptar, también, que la eficacia social de estas pretensiones morales necesita de su incorporación al derecho positivo, en forma de derechos fundamentales, para garantizar la protección y justiciabilidad de los derechos de la dignidad humana.

Al igual que la dignidad humana es indivisible, los derechos fundamentales, es decir, los derechos civiles, políticos, sociales y colectivos, son también inseparables y exigen de un igual trato. Todos ellos tienen su fundamento en la dignidad humana.

En este sentido, la declaración final de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, declara que todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados¹⁷. Esto significa que tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos y sociales, deben ser tratados de la misma manera y con el mismo énfasis. Así pues, toda persona debería tener derecho a una efectiva reparación en caso de vulneración de cualquier derecho suyo, sea del tipo que sea, como dice el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Con estas aclaraciones parece evidente pues, la imposibilidad de aceptar la visión de que los derechos civiles y políticos y los derechos sociales son derechos que tienen diferente naturaleza.

1.1.2. *La tesis de la distinta naturaleza de las medidas necesarias para implementar los derechos*

Otra tesis que han intentado justificar, sin demasiado éxito, este desigual trato a los diferentes grupos de derechos, ha sido la que afirma que el desigual trato entre derechos civiles y políticos y derechos sociales se debe no a la distinta naturaleza jurídica de los derechos, sino a la distinta naturaleza de las medidas que se necesitan para hacer efectivos cada uno de estos grupos de derechos. Esta es una visión que diferencia entre los derechos civiles y políticos como derechos “negativos” y los derechos sociales como derechos “positivos”¹⁸.

17. UN Do.A/CONF. 157/23, #I.5

18. La diferencia entre derechos negativos y positivos ha sido establecida por FRIED, C. *Right and Wrong*. Cit.

La clasificación responde al hecho de que, según afirman los defensores de esta visión¹⁹, los derechos civiles y políticos no requieren de intervención del Estado para ser realizados y, por tanto, su cumplimiento es gratuito o casi-gratuito. Los derechos civiles y políticos, nos dicen, sólo imponen al Estado un conjunto de prohibiciones (la prohibición contra la tortura y la esclavitud, la prohibición de privar arbitrariamente a alguien de su libertad, la prohibición de interferir en la privacidad de alguien o en su libertad de expresión, asociación o circulación, etc.). Para respetar estos derechos lo único que tiene que hacer el Estado es no practicar tortura, detenciones arbitrarias, persecución religiosa, etc.. Por tanto, respetar estos derechos le sale al Estado gratis o, en cualquier caso no le supone un gasto por encima del exigido para asegurar la existencia del Estado²⁰.

En cambio, la aplicación de los derechos sociales sí requiere de intervención estatal así como de un importante gasto económico, lo que hace que sea mucho más difícil aplicarlos²¹, de ahí que no se pueda dotar a los derechos sociales de aquellas características que son inherentes a los derechos, como son los mecanismos jurisdiccionales de justiciabilidad (recurso de amparo, etc.).

Ahora bien, esta distinción entre derechos civiles y políticos como derechos negativos y derechos sociales como derechos positivos, es muy discutible.

Lo es por dos lados, primero porque es discutible que el reconocimiento de los derechos civiles y políticos no implique costo económico alguno para el Estado. No todos los derechos civiles son negativos, ya que algunos de ellos no imponen el deber al Estado o a otra gente de no intervenir, sino al contrario, de intervenir. Está claro que el derecho civil a la tutela judicial efectiva no es un derecho negativo sino positivo, impone al Estado el deber de ejercer justicia y, por tanto, de ofrecer un servicio a la gente. O que el derecho político a votar es también un derecho positivo pues implica el deber del Estado de organizar un proceso electoral²².

19. KARTASHKIN, V. "Economic, Social and Cultural Rights". En VASAK, K. y ALSTON, P. (eds.). *The International Dimensions of Human Rights*. Paris. Greenwood Press. 1982.; Van de LUYTGAARDEN, E. *Introduction to the theory of Human Rights Law*. Utrecht. Universidad de Utrecht. 1993.

20. Van HOOFF, G.J.H. "The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traditional Views". En ALSTON, P. y TOMASEVSKI, K. (eds.). *The Right to food*. Dordrecht. Martinus Nijhoff. 1984. p.103.

21. Sobre esta distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales ver: BOSSUYT, M. "La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels". *Revue des droits de l'homme*. 8. 1975. pp. 789-791; BOSSUYT, M. *L'interdiction de la discrimination Dans le droit International des droits de l'homme*. Bruselas. Bruylant. 1976. pp. 173-217; HESSE, C. "Significado de los derechos fundamentales". En BENDA, E., HESSE, C., VOGEL, J.J. y W. MAIHOFFER, W. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid. Marcial Pons-IVAP. 1996. pp. 97-105.

22. Tampoco los derechos sociales conllevan sólo obligaciones positivas, sino también negativas. Por ejemplo, el derecho a la subsistencia conllevan unas obligaciones negativas, tanto del Estado como de las demás personas, de abstenerse de actuar contra nadie en manera que menoscabe sus recursos

Y segundo, porque aunque reconocer los derechos sociales implicara mayor costo económico que reconocer los civiles o políticos, sea el que sea, ello no es justificación para no garantizar su plena eficacia. Fijémonos en el siguiente ejemplo: en Estados Unidos, durante la década de los 70, las condiciones de sobrepoblación e insalubridad de muchos centros de detención provocaron la presentación ante los tribunales de diversas demandas alegando vulneración de la octava enmienda de la Constitución, que establece la prohibición de lo que llama “cruel and unusual punishments”. Cuando los jueces pedían explicaciones a los administradores de estos centros, respondían que ellos no tenían culpa alguna, que las pobres condiciones en que se encontraban los centros de detención era fruto de la falta de financiación estatal. Frente a esta respuesta, los tribunales señalaron que la falta de recursos nunca puede ser una justificación para privar a alguien de sus derechos constitucionales, y que si el Estado no puede obtener recursos para garantizar a las personas que detenga, el respeto de todos sus derechos constitucionales, entonces simplemente no está permitido que el Estado detenga más personas²³.

Con ello, los tribunales norteamericanos reconocieron que el respeto de los derechos civiles no es gratuito y sin embargo, no por eso, la falta de presupuesto no puede usarse para justificar la vulneración de un derecho civil. Parece claro pues, que esta regla deba aplicarse también para el caso de los derechos sociales. Por tanto, parece claro que esta justificación para intentar explicar el desigual trato a los diversos grupos de derechos no es, tampoco, muy convincente.

En resumen, y más allá de que las tesis que intentan justificar este desigual trato a los diferentes grupos de derechos, no sean demasiado creíbles, no cabe duda que existe en el constitucionalismo de segunda generación una tensión entre la definición del Estado como “social” y el tratamiento constitucional degradado de los derechos sociales.

de subsistencia. La inembargabilidad de la vivienda familiar, establecida en muchas Constituciones, es una obligación negativa de no interferir en el legítimo derecho de una familia a tener una vivienda digna (FABRE, C. *Social Rights under the Constitution*. Cit. p. 44).

23. “Inadequate resources can never be an adequate justification for the state’s depriving any person of his constitutional rights. If the State cannot obtain the resources to detain persons awaiting trial in accordance with minimum constitutional standards, the state simply will not be permitted to detain such persons”. *Hamilton v Love*, 328 F Supp 1182, 1194 (E D Ark 1971). Citado por: HUNT, P. *Reclaiming Social Rights. International and Comparative Perspectives*. Londres. Dartmouth. 1996. p. 56.

2. EL CONSTITUCIONALISMO ANDINO DE TERCERA GENERACIÓN Y LA SUPERACIÓN DE LA TENSIÓN ESTADO SOCIAL-DERECHOS SOCIALES.

Algunos autores²⁴ han situado el proceso constituyente colombiano de 1991 como la primera manifestación constituyente que define un punto y aparte o un punto de inflexión en la evolución constitucional, no sólo latinoamericana sino mundial. En la Constitución colombiana aparecen, aún de forma imperfecta pero claramente reconocible, algunos rasgos novedosos y diferenciados con respecto al constitucionalismo clásico, que más tarde impregnarán los procesos constituyentes ecuatoriano de 1998, venezolano de 1999, boliviano de 2006-2009 y, de nuevo, Ecuador en 2007-2008; y que, sin duda, nos permiten hablar de un nuevo constitucionalismo andino de tercera generación.

Estos rasgos comunes, presentes en los citados procesos constituyentes, son en primer lugar, rasgos procedimentales, esto es, que suponen un rescate de los principios de soberanía popular y de la doctrina clásica del poder constituyente originario, y, en segundo lugar, son también rasgos de contenido²⁵.

Uno de estos nuevos rasgos de contenido que diferencian claramente estas Constituciones con respecto a las anteriores, es el desarrollo de derechos sociales ya existentes y el reconocimiento de nuevos derechos sociales, así como el establecimiento de nuevos mecanismos para la justiciabilidad de los mismos.

Veremos a continuación como el avance en reconocimiento, protección y justiciabilidad que algunas de las nuevas Constituciones andinas han implicado en materia de derechos sociales, especialmente en Venezuela, Bolivia y Ecuador, constituyen, a diferencia de otras Constituciones, un marco jurídico-político ideal para la creación de un modelo de Estado plenamente social superador de la vieja tensión Estado social-derechos sociales presente en el constitucionalismo de segunda generación.

Las Constituciones de Venezuela de 1999, de Ecuador de 1998 y 2008, y de Bolivia 2009, constituyen la manifestación principal del llamado neo-constitucionalismo de tercera generación, caracterizado como decía al inicio, entre otros aspectos, por fijar un modelo constitucional de fuerte “activismo social” por

24. VICIANO PASTOR, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R. “El proceso constituyente venezolano en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. *Ágora. Revista de Ciencias Sociales*. 13. Valencia. Fundación CEPS. 2005. pp. 55-68.

25. Estas últimas Constituciones recogen un conjunto de innovaciones que las diferencian claramente de sus precedentes, la reformulación de la división en los tres poderes clásicos y creación del Poder de control social y el poder electoral, la creación de nuevas formas de participación política, la inclusión de elementos mixtos de control de la constitucionalidad, la regulación de los bancos centrales, una reconstrucción de la Constitución económica incluido el concepto de propiedad privada, etc.

parte del Estado²⁶ y de protección y justiciabilidad de los derechos sociales, sin precedentes en otras Constituciones.

Todas estas Constituciones suponen una plena reactivación de los derechos sociales como derechos “de primera”, plenamente protegidos y justiciables, y al mismo nivel y jerarquía que los civiles y políticos.

2.1. Reconocimiento pleno e igual jerarquía de todos los derechos

Si nos fijamos, en las Constituciones de Venezuela de 1999 y de Ecuador de 1998 y 2008, ya no se habla de “derechos fundamentales”, sino simplemente de “derechos” o de “derechos humanos”.

Normalmente se habla en los textos constitucionales de “Derechos Fundamentales” para establecer algún tipo de diferencia entre todos los derechos que aparecen en la Constitución. Esta diferencia expresa que en la Constitución no sólo aparecen los derechos explícitos en la declaración de derechos, los fundamentales que son de aplicación directa, sino que a lo largo del texto constitucional aparecerán muchos otros derechos de desarrollo legislativo. Además, la consagración positiva de un derecho como Fundamental obliga a los operadores jurídicos a maximizar, en el momento de la interpretación constitucional, los mecanismos que permitan su protección frente a otros. Sin embargo, en modelos donde las diferencias entre derechos ya no existen en el orden lógico-deóntico, ni en la ausencia o presencia de características como la exigibilidad judicial, o en cuanto a las obligaciones que generan, lo que sucede en el caso de las Constituciones de Venezuela y Ecuador, ¿qué sentido tiene continuar manteniendo la diferenciación entre derechos fundamentales y no fundamentales? Esta es una diferenciación que sólo es útil a paradigmas ideológico-políticos de negación parcial de derechos, pero no a modelos basados en la indivisibilidad e interdependencia de los derechos. Es por eso que ni la Constitución de Venezuela de 1999 ni las Constituciones de Ecuador de 1998 y 2008 ya no usan la expresión “derechos fundamentales”, sino que, como decía antes, hablan sólo de “derechos” o “derechos humanos”.

Por otro lado, la Constitución de Bolivia de 2009, a pesar de sí hablar de derechos fundamentales, incluye a todos los grupos de derechos bajo la denominación de “fundamentales”, y también deja clara, de manera explícita, la igual jerarquía y trato, sin ningún tipo de distinción, a todos los grupos de derechos constitucionalmente reconocidos, cuando en el art. 13.III, establece: “*La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros*”. Así como, cuando en art. 109. I, señala: “*Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección*”.

26. Con menor grado en el caso de la Constitución ecuatoriana de 1998 elaborada por una Asamblea Constituyente con mayoría del Partido Social Cristiano, de tendencia neoliberal.

2.2. La indivisibilidad, interrelación e interdependencia de los derechos

Derivado del tratamiento igualitario de todos los grupos de derechos está el obligatorio reconocimiento del principio de indivisibilidad, interrelación e interdependencia de los derechos.

Sin derechos sociales básicos, los civiles corren el riesgo de verse vaciados de contenido, el derecho a la vida o a la integridad física no pueden escindirse, sin grave menoscabo de su contenido, del derecho a un nivel adecuado de salud, por ejemplo. Y de manera similar, frente al argumento de que el derecho a la libertad de expresión o a la asociación nada significa para quien padece hambre o no tiene casa, podría afirmarse que la conquista del derecho a la alimentación o a una vivienda depende en buena medida de la disposición de libertades civiles y políticas que permitan reivindicarlo²⁷. Este principio de indivisibilidad de los derechos que parece tan obvio, y que, de hecho, ha sido incorporado en todos los tratados internacionales de derechos humanos de las últimas décadas (el informe final de la Conferencia Mundial de los derechos humanos celebrada en Viena en junio de 1993 declara que todos los derechos humanos son “universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados”²⁸, no está sin embargo explícitamente recogido en la anteriormente analizada Constitución española, ni en la mayoría de Constituciones que conforman el denominado constitucionalismo social de segunda generación, las cuales se basan, en cambio, en la vieja interpretación atomista y fragmentada de los derechos sustentada o en la visión neo-kantiana²⁹ o en la visión liberal de la fragmentación de los derechos³⁰.

27. PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías*. Cit. 2007. pp. 40-41; EIDE, A. y ROSAS, A. “Economic, social and cultural rights: a universal Challenge”. En EIDE, A., KRAUSE, C. y ROSAS, A. *Economic, Social and Cultural Rights: a handbook*. Cit. p. 17.

28. Otros ejemplos de esta integración son la Convención sobre los derechos de la niñez (1989), donde la libertad de expresión e información (art. 13), libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 14) y otros derechos civiles se encuentran junto al derecho a la salud (art. 24), a la seguridad social (art. 25), a un nivel de vida adecuado (art. 27), a la educación (art. 28) y a la protección frente a la explotación económica (art. 32). Este es un tratado que ha sido ratificado por cerca de 150 Estados, lo que constituye la mayoría de la comunidad internacional. O, la Convención internacional de eliminación de todas las formas de discriminación racial (1969) y la Convención internacional de eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (1981), incluyen referencias expresas al derecho de gozar en igual medida de los derechos sociales, económicos y culturales que de los derechos civiles y políticos.

29. HOHFELD, W.N. *Fundamental Legal Conceptions*. Westport, Connecticut. Greenwood Press. 1978.

30. RAWLS, J. *The Theory of Justice*. Harvard. Harvard University Press. 1999; La diferencia entre estas dos visiones atomistas está en la fundamentación que cada una de ellas otorga a los derechos fundamentales. Para la primera, la neo-kantiana, la fundamentación de los derechos no está en la dignidad humana sino en ser el remedio a enfrentamientos entre partes, mientras que para la segunda, la liberal, sí está en la dignidad humana, aunque se basa en una concepción “amputada” o “reduccionista” de dignidad humana.

Frente a esta visión, la nuevas Constituciones venezolana de 1999, ecuatoriana de 2008 y boliviana de 2009 reconocen explícitamente el principio de indivisibilidad, interrelación e interdependencia de los derechos en sus artículos 19³¹, 11.6³² i 13.I³³, respectivamente.

2.3. La cláusula abierta para el reconocimiento de nuevos derechos

Estrechamente vinculado con el tema de la indivisibilidad e interrelación de los derechos, está el tema de la cláusula abierta reconocida en el art. 27³⁴ de la Constitución venezolana de 1999, el art. 11.7³⁵ de la Constitución de 2008 y el art. 13.2³⁶ de la Constitución boliviana de 2009. Estos artículos señalan que el reconocimiento de los derechos establecidos en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos no excluye los demás derechos que derivados de la dignidad humana sean necesarios para su pleno desarrollo.

El concepto de dignidad humana el cual aparece en el fundamento de los derechos fundamentales no es un concepto absoluto o supra-histórico, por tanto, los derechos fundamentales tampoco lo son. Estos deben ser comprendidos, en definitiva, como respuestas históricas a problemas de convivencia, a conflictos y luchas sociales concretas o a diferentes carencias o necesidad humanas, las cuales aparecen también como históricas, relativas, instrumentales y socialmente condicionadas³⁷. Dicho en otras palabras, no podemos afirmar que existan dere-

31. Art. 19 de la Constitución bolivariana de Venezuela de 1999: “El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. (...)”.

32. Art. 11.6 de la Constitución de Ecuador de 2008: “Todos los principios y los derechos fundamentales son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”.

33. Art. 13.I de la Constitución boliviana de 2009: “Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos”.

34. Art. 22 de la Constitución bolivariana de Venezuela de 1999: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”; y, el artículo 27, dice: “Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”.

35. Art. 11.7 de la Constitución de Ecuador de 2008: “El reconocimiento de los derechos y las garantías establecidas en esta Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos no excluye los demás derechos que derivados de la dignidad de las personas y los pueblos, sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”.

36. Art. 13.2 de la Constitución de Bolivia de 2007: “Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.”

37. AÑON, M.J. “Fundamentos de los derechos y las necesidades básicas”. En BALLESTEROS, J. (ed.). *Derechos humanos*. Madrid. Tecnos. 1992. pp. 100-115.

chos naturales, porque éstos son siempre adquiridos mediante diferentes procesos históricos y luchas sociales³⁸.

Por tanto, a diferencia de la concepción iusnaturalista³⁹, o “estática” de los derechos, la cual se caracteriza por su falta de capacidad para asumir la historicidad de los derechos y su génesis en la realidad social, con lo que la evolución, la ampliación y la especificación de los mismos tanto en lo referente a sus contenidos como a sus titulares, no es posible con estos derechos naturales⁴⁰, las Constituciones venezolana, ecuatoriana y boliviana parten de una concepción dinámica de los derechos, reconociendo la posibilidad de nuevos derechos en el catálogo de derechos, dando con ello especial relevancia al ámbito jurisprudencial.

2.4. Garantías y justiciabilidad de los derechos sociales

Son varias las garantías que estas Constituciones establecen para garantizar la justiciabilidad de los derechos sociales. En primer lugar, las Constituciones a que nos referimos fijan un conjunto de recursos jurisdiccionales, es decir, recursos concretos que permiten a los particulares titulares de derechos sociales oponerse a la arbitrariedad o la pasividad de las autoridades, o de otros particulares, y promover el reconocimiento y la efectividad de sus derechos. Estos son entre otros:

- el tradicional recurso de amparo;
- el recurso de inconstitucionalidad para solicitar la nulidad normas legales promulgadas y que sean contrarias a los derechos sociales constitucionalmente establecidos;
- la acción de cumplimiento para evitar situaciones de omisión que impliquen vulneración de derechos constitucionalmente reconocidos como por ejemplo la tardanza en la producción de leyes de desarrollo constitucional necesarias muchas veces para tornar efectivas determinadas cláusulas “programáticas” de la Constitución, o la mora en la ejecución, es decir, supuestos donde hay decisiones tomadas pero que no se cumplen, como podría ser el caso de una jubilación o un retiro ya otorgado, pero que no se paga;
- las llamadas acciones colectivas, entre ellas la acción popular, que permiten superar los límites procesales e inadecuación de los mecanismos procesales tradicionales para proteger determinados derechos sociales. Los mecanismos

38. FARIÑAS DULCE, M.J. *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológica-jurídica a la actitud postmoderna*. Madrid. Dyckinson. 2006. pp. 5-8.

39. La visión iusnaturalista concibe a los derechos como derechos de los seres humanos en el estado de naturaleza y consiguientemente, previos al Estado y al Derechos positivo. Al deducirse de un sistema jurídico natural, previo y superior al positivo, son universales, inalienables, imprescriptibles, con lo que la evolución de la sociedad no es tenida en cuenta en su configuración.

40. PECES-BARBA, G. *Lecciones de derechos fundamentales*. Cit. pp. 51-52.

tradicionales de justiciabilidad de los derechos fueron creados dentro del paradigma de los derechos de propiedad del siglo XIX, esto determina de manera clara su naturaleza⁴¹. Se trata de formas procesales que fueron desarrolladas pensando en juicios bilaterales o conflictos entre individuos privados. Ello provoca, por ejemplo, que sean mecanismos que no sirvan para tramitar demandas colectivas de protección de derechos sociales de grupos que comparten una situación similar y que son situaciones que requieren de un remedio colectivo. O que se trate de mecanismos procesales que exigen una gran cantidad de pruebas cuando las violaciones de derechos sociales, a menudo, requieren de urgente resolución.

Pero conjuntamente, con los diferentes recursos jurisdiccionales previstos, las Constituciones señaladas establecen también otras características. Una de ellas es la de la aplicabilidad directa de los derechos sociales, conjuntamente con todos los otros, esto es, que por el simple hecho de estar reconocidos en la Constitución son derechos directamente exigibles por vía judicial por parte de los interesados en casos concretos, independientemente de si existe o no legislación que los desarrolle. La vinculación, por tanto, de las autoridades del Estado y de los particulares a estos derechos sociales es absoluta. El objetivo del principio de aplicabilidad directa es evitar el fenómeno de la “legislación negativa”, es decir, que por falta de leyes que desarrollen estos derechos no puedan tener eficacia. En las Constituciones de Venezuela de 1999, de Ecuador de 1998 y 2008, así como en la Constitución boliviana de 2009, optar por igual jerarquía de los derechos sociales y los derechos civiles y políticos, implica obviamente optar por la aplicabilidad directa de los primeros.⁴²

Además de establecer la aplicabilidad inmediata de los derechos sociales establecidos en la Constitución, estos textos reconocen también explícitamente, al igual que la Constitución argentina incorporó en su reforma del año 1994, la aplicabilidad directa de los derechos sociales y económicos establecidos en tratados internacionales de derechos humanos, lo que incluye, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales o el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido también como Pacto de San Salvador.

El artículo 18 de la Constitución ecuatoriana de 1998 y el 11.3 de la de 2008 establecen: “Los derechos y garantías establecidos (...) en los instrumentos interna-

41. LOPEZ, J.R. “Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito”. En FARIA, J.E. (ed.). *Direitos Humanos, Directos Sociais e Justiça*. Sao Paulo. Malheiros. 1994. pp. 114-138.

42. El artículo 18 de la Constitución ecuatoriana de 1998 y el art. 11.3 de la Constitución de 2008, establecen: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”; Asimismo, el artículo 22 de la Constitución venezolana afirma: “...La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”; El artículo 109 de la Constitución boliviana de 2009, dice: “todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables...”.

cionales de derechos humanos serán directamente e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal, autoridad o funcionario, de oficio o a instancia de parte”.

El artículo 23 de la Constitución venezolana dice: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.” Ya en el artículo 128 de la anterior Constitución venezolana de 1961 establecía un mecanismo mediante el cual los tratados se incorporaban al orden interno de manera positiva, y en materia de tratados internacionales de derechos humanos este artículo se reforzaba con el 50, lo que otorgaba rango constitucional a los derechos recogidos en tratados internacionales de derechos humanos por considerarlos inherentes a la persona. La Constitución de 1999, por su parte, en el citado artículo 23 desarrolla y actualiza esta tendencia incluyendo lo que se conoce en la doctrina como la “cláusula del individuo más favorecido”, que implica se aplicará al ciudadano la normativa que amplíe en mayor medida sus derechos y garantías⁴³.

Y, el artículo 256.I de la Constitución boliviana de 2009 señala también: “Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta”. Aunque no aparecía en la Constitución anterior ningún artículo de esta naturaleza, el Tribunal Constitucional boliviano incorporó en el 2003 y el 2004, mediante su jurisprudencia (Sentencias 1662/2003-R y 1494/2004-R), los tratados internacionales de derechos humanos en el llamado “bloque de constitucionalidad”⁴⁴.

43. PÉREZ, M. “El sistema de derechos humanos en la Constitución de 1999”. En SALAMANCA, L. y VICIANO PASTOR, R. (eds.). *El sistema político en la Constitución bolivariana de Venezuela*. Caracas. Vadell Hermanos. 2004. pp. 187-188.

44. En su Sentencia 1662/2003-R el Tribunal Constitucional de Bolivia señaló: ... este Tribunal Constitucional, realizando la interpretación constitucional integradora, en el marco de la cláusula abierta prevista en el artículo 35 de la Constitución, ha establecido que los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, forman parte del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, e manera que dichos instrumentos internacionales tienen carácter normativo y son de aplicación directa, por lo mismo los derechos en ellos consagrados son invocables por las personas y tutelables a través de los recursos de hábeas corpus y amparo constitucional conforme corresponda...”; por su parte, la Sentencia 1494/2004-R, el Tribunal precisó que el amparo constitucional protege los siguientes derechos: “...1. los expresamente previstos en el catálogo de derechos señalado en el artículo 7 de la Constitución; 2. Otros derechos que si bien no están incluidos en el artículo 7 aludido, por su naturaleza y ubicación sistemática son parte integrante de los derechos fundamentales que establece el orden constitucional boliviano (así. SS.CC. 338/2003-R, 1662/2003-R, 686/2004-R, entre otras); 3. Los derechos contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Bolivia...”. (DERMIZAKY, P. *Derechos y garantías fundamentales*. Cochabamba. Alexander. pp. 131-132).

El reconocimiento de jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, refuerza la operatividad de los derechos de los trabajadores, en tanto que son parte sustancial de los derechos humanos, por varias razones: la primera, debe tenerse en cuenta la responsabilidad internacional que el Estado asume con la adopción de tales documentos ante un eventual incumplimiento de las normas allí establecidas⁴⁵. Y, segundo, la sola adhesión a estos instrumentos comporta la asunción por el Estado de tres obligaciones principales: respetar los derechos protegidos, garantizar el goce y pleno ejercicio de aquellos derechos a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, y adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos tales derechos⁴⁶.

En resumen, queda claro como las Constituciones de Ecuador de 1998 y 2008, la venezolana del 99 y la boliviana de 2009 establecen sin rodeos, la posibilidad de exigibilidad inmediata ante los tribunales locales de los derechos sociales, tanto los contemplados en la propia Constitución como en los tratados internacionales de derechos humanos.

Otra garantía que las citadas Constituciones fijan es el principio de prohibición de regresividad de los derechos. Esta prohibición de regresividad actúa como cláusula de control jurídico del cumplimiento, por parte del poder político, del mandato del Estado social⁴⁷. Por un lado, la Constitución venezolana de 1999, la Constitución ecuatoriana de 2008 y la boliviana de 2009, reconocen en sus artículos 19, 11.8 y 13.1 respectivamente, el principio de progresividad de los derechos, del cual se deriva la prohibición de regresividad de los mismos. Por otro lado, la recién aprobada Constitución ecuatoriana de 2008, en su art. 11, señala de manera explícita: “*Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales*”. Además, en los artículos referidos a la reforma constitucional parcial (arts. 441 y 442), la Constitución ecuatoriana de 2008 establece un límite a la reforma constitucional en materia de derechos y garantías: “*La enmienda de uno o varios artículos de la Constitución que (...) no establezca restricciones a los derechos y garantías (...), se realizará: (...)*” (art. 441) y “*La reforma parcial que no suponga una restricción en los derechos y garantías constitucionales (...), tendrá lugar por (...)*” (art. 442). Como puede observarse, estos artículos no dicen que las disposiciones referidas a derechos y garantías estén sin más sustraídas de la reforma constitucional, estas disposiciones no son inmodificables, sino que lo único que se afirma es que la modificación no puede restringir los derechos y garantías reconocidas.

45. FAYT, C.S. *Evolución de los derechos sociales: del reconocimiento a la exigibilidad*. Buenos Aires. FEDYE. 2007. p. 89.

46. PINTO, M. *Temas de derechos humanos*. Buenos Aires. Editores del puerto. 2004. p. 47.

47. Ver: COURTIS, C. “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”. En COURTIS, C. (ed.). *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires. Editores del puerto. 2006. pp. 18-20; ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid. Trotta. 2002. pp. 92-113.

Y, añadido a lo anterior, las Constituciones citadas, al otorgar rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, entre los que se encuentran el PIDESC o el Protocolo de San Salvador que en su artículo 4 establece: “No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales”, implica también que el principio de prohibición de regresividad de los derechos se conforme como un principio más de aplicación e interpretación de los derechos en el país.

Finalmente, y vinculado con esta cuestión de la prohibición de regresividad de los derechos, se reconoce también la figura de la reserva de ley orgánica en materia de derechos. Normalmente suele calificarse a la reserva de ley orgánica como un mecanismo de protección de los derechos. Se trata de una garantía que reside en la fuente que la produce, el Parlamento, y que establece que cualquier regulación que desarrolle los derechos fundamentales requiere para su aprobación mayoría cualificada de los votos de la cámara. Su objetivo se basa en el hecho, que los derechos fundamentales son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no-otorgamiento no puede quedar en manos de mayorías parlamentarias coyunturales⁴⁸. Ello de por sí define que no pueden ser materia de reforma sustancial por vía legislativa ordinaria o administrativa, la plena e incontrolada disposición de los derechos sociales por parte del poder político acabaría por transformarlos en simples instrumentos de la voluntad política, lo que es absolutamente incompatible con la noción de dignidad humana. La reserva de Ley orgánica está por tanto vinculada con la noción de seguridad jurídica la cual, a la vez, guarda íntima relación con la prohibición de regresividad de los derechos.

La Constitución de Venezuela de 1999 dispone en su artículo 203 que el desarrollo de los derechos constitucionales, sin establecer distinción alguna, corresponde a ley orgánica, por lo que incluye sin duda los derechos sociales. No queda muy claro en el precepto la mayoría exigida para aprobar las leyes orgánicas, pero parece que han de ser los dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, pues así se requiere para su reforma.

La Constitución de Ecuador de 1998, el artículo 142.3 establece reserva de ley orgánica para la regulación de las garantías de los derechos, que en la Constitución abarcan también los derechos sociales, y los procedimientos para su protección. El artículo 143 fija mayoría absoluta de los miembros del Congreso Nacional para la aprobación, modificación, derogación o interpretación de las mismas. Así mismo, el texto constitucional ecuatoriano de 2008 establece el mismo planteamiento (art. 133).

En el caso de Bolivia, esta garantía no se recoge en tanto la Constitución de 2009, al igual que la anterior, sólo reconocen un único procedimiento legislativo ordinario, con lo cual no existen leyes orgánicas.

48. ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1997. p. 432.

A pesar de que la reserva de Ley orgánica sí sirve para garantizar en mayor grado la disciplina de determinados ámbitos materiales frente a modificaciones introducidas por mayorías parlamentarias coyunturales, no es, sin embargo, una precaución suficiente, baste con citar por ejemplo las continuas reformas que sufrió la Constitución ecuatoriana previa a la del 98, especialmente a partir de 1992, en la que el quórum de aprobación era de los dos tercios de los miembros del Congreso, o recordar las referidas enmiendas constitucionales en Brasil, durante la década de los 90, destinadas a vaciar de contenido muchos derechos sociales, y cuyo quórum de aprobación era de tres quintos de los miembros del Congreso.

3. CONCLUSIONES

Del trabajo presentado podemos sacar las siguientes conclusiones:

1. Una de las tensiones propias del constitucionalismo social o de segunda generación ha sido la definición del Estado como “social”, a la vez, que hace un tratamiento constitucional degradado de los derechos sociales, surgiendo la pregunta de: ¿puede desarrollarse un Estado social sin protección ni posibilidades de exigibilidad de los derechos sociales?.

2. La Constitución española, manifestación de este constitucionalismo de segunda generación, define en su artículo 1.1 España como un “Estado social”, pero a continuación, define los derechos civiles y políticos como “derechos fundamentales” y los derechos sociales como “principios”, ubicándolos dentro del capítulo “Principios rectores de la política social y económica”. El texto parte de la vieja concepción que afirma que los derechos sociales no son derechos sino otro tipo de normas legales, principios o directrices para guiar las políticas sociales.

3. Este desigual trato de los diferentes grupos de derechos tiene importantes consecuencias negativas en cuanto a la posibilidad de protección y justiciabilidad de los derechos sociales.

4. En contraposición a este constitucionalismo de segunda generación, durante las últimas décadas las Constituciones surgidas de los últimos procesos constituyentes en los países andinos han creado un marco jurídico-político ideal para la creación de un modelo de Estado plenamente social, con pleno reconocimiento y justiciabilidad de los derechos sociales, superador de la vieja tensión Estado social-derechos sociales presente en el constitucionalismo de segunda generación.

5. El establecimiento de un nuevo modelo constitucional superador de la tensión entre la definición social del Estado y el reconocimiento constitucional degradado de los derechos sociales, nos permite hablar del surgimiento, en América Latina, de un constitucionalismo de tercera generación.

